

## QUESTIONS ÉTHIQUES D'AUJOURD'HUI

par Jean-Marie PONTIER

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*



Le tumulte du monde peut conduire à de multiples interrogations et réflexions. Parmi elles, retenons quelques faits de nature à nous interroger et à nous faire nous poser des questions d'un point de vue qui est éthique avant d'être juridique, même si bien d'autres considérations entrent en jeu. Les questions d'éthique politique ne manquent pas, même en faisant abstraction des considérations d'intérêt, qui peuvent naturellement parasiter la dimension éthique (mais il en a probablement été toujours ainsi) : fallait-il intervenir en Syrie, faut-il intervenir en Irak ? Et l'on pourrait multiplier les exemples. Mais tenons-nous en à un champ, immense et crucial, celui de l'éthique dans le domaine de la santé (prise dans un sens général) à travers quelques exemples d'actualité qui montrent que les progrès de la médecine et de la biologie soulèvent des questions inédites, qui ne pouvaient pas se poser autrefois.

Prenons un premier exemple, purement français, ayant couvert les années 2013-2014, qui est très représentatif des réactions que l'on peut rencontrer dans notre pays. Un universitaire, scientifique, de Caen, a fait paraître une étude, financée sur fonds publics, sur les effets sur des rats d'un maïs transgénique, non pas le « célèbre » maïs Mons810, mais le maïs NK603. Ces rats, nourris pendant deux ans avec ledit maïs, souffriraient de cancers plus fréquents que les rats nourris avec un maïs non OGM. Les images, mises en ligne par l'équipe du professeur en question, ont fait au moins le tour de France, peut-être d'autres pays et elles ont de quoi faire peur. Les médias, qui aiment le sensationnel, se sont évidemment emparés de l'affaire, multipliant les titres accrocheurs et alarmistes.

Mais la communauté scientifique s'est immédiatement démarquée de cette étude, qui n'a pas été conduite selon des critères scientifiques (rats prédisposés à des cancers, etc.). Cette étude souffre elle-même, selon le Haut conseil des biotechnologies, de défauts rédhibitoires. La désapprobation de la communauté scientifique ne peut pas être plus nette. Mais ce qui demeure, c'est l'annonce, c'est la peur, ce sont des souvenirs vagues mais inquiétants, et, sur internet, ce sont les résultats de l'étude et les articles de journaux les présentant qui apparaissent en premier, non les très fortes critiques d'organismes scientifiques. Ce qui est assez désastreux en l'espèce est le non-respect par un scientifique des règles méthodologiques de toute recherche, ce qui discrédite le discours scientifique, entretient le doute sur les études sérieuses et envoie les individus entre les bras de n'importe quel charlatan. « La déroute de la pensée », écrit un scientifique à propos de cette publication faussement scientifique (J. de Kervasdoué, Ils ont perdu la raison, Laffont 2014).

Passons à un tout autre domaine, en allant sur le plan international. Parmi les « faits divers » qui nous ont été relatés, tous les médias ont parlé cet été de cette femme thaïlandaise qui, pour survivre, avait accepté d'être mère porteuse d'un embryon d'un couple australien, des jumeaux étant attendus. Au cours de la grossesse il est apparu que l'un des jumeaux était porteur du chromosome surnuméraire à la 21<sup>ème</sup> paire. La mère porteuse n'a pas voulu, par conviction religieuse (elle est bouddhiste), d'interruption volontaire de grossesse. A la naissance, les « commanditaires » qu'étaient les parents refusèrent l'enfant atteint de la trisomie 21, prenant seulement celui qui était exempt de toute affection. La mère porteuse a décidé de garder l'enfant et de l'élever.

Au-delà de la compassion générale manifestée à l'égard de cette femme (le fait que nous en ayons pu en avoir connaissance, que l'écho ait été mondial, est peut-être aussi une illustration de ce que Mac-Luhan a appelé, avec beaucoup de justesse, le « village planétaire »), le refus des parents de prendre l'enfant affecté d'une anomalie chromosomique porté par une autre, même s'il est conforme aux normes des deux pays concernés, nous renvoie aussi à des questions éthiques et, de manière plus générale, aux questions soulevés par la gestation pour autrui (GPA), comme on l'appelle en France. Le droit est également concerné en la matière puisque la France, qui ne reconnaît pas (pour l'instant) la GPA, s'est vue condamnée le 26 juin par la Cour européenne des droits de l'homme pour ne pas avoir transcrit à l'état civil les actes de naissance d'enfants issus d'une GPA pratiquée à l'étranger. Faut-il poursuivre pénalement les couples français qui vont rechercher une mère porteuse à l'étranger ? Certains parlementaires le préconisent (notamment le rapporteur d'une loi qui porte son nom, J. Leonetti). Une nouvelle

législation sera peut-être adoptée, mais il n'y a aucun consensus sur ce que pourrait être cette loi.

Voici un autre fait, tout aussi significatif. En Italie, un juge italien a dû cet été prendre une décision difficile relativement à des jumeaux que revendiquaient deux familles. Deux couples de quadragénaires s'étaient présentés le même jour dans un hôpital romain pour une fécondation *in vitro* (FIV). Lors d'examens au cours de la grossesse de l'une des deux femmes (l'autre FIV ayant, semble-t-il, échoué) il apparut qu'elle n'avait pas le même ADN que ses enfants. L'explication est malheureusement simple : l'hôpital a commis une erreur du fait de l'homonymie des deux couples, et a inversé les embryons.

A la naissance, les deux couples, le couple génétique et le couple dont la femme a porté et développé l'embryon, ont revendiqué la paternité des enfants. Ne pouvant parvenir à un compromis entre les deux familles, la justice a dû trancher. Lequel de ces deux couples devait garder les enfants ? Qui sont les parents ? Le droit ne donne pas de réponse toute faite. La cour de Rome a décidé que même si elle n'a pas le même ADN que son enfant, la mère naturelle est celle qui met au monde. Les parents biologiques ont été déboutés, la cour ayant voulu privilégier pour les enfants « la stabilité de leur statut et leur droit de vivre avec ce qui est leur famille ». Les débats ne sont pas pour autant terminés, et on imagine aussi les problèmes psychologiques des enfants plus tard. Il est certain que des problèmes du même ordre se présenteront dans l'avenir, des cas auxquels les législateurs n'ont pas pensé, et qui poseront des questions éthiques difficiles.

Un tout autre problème éthique, et qui est également juridique, politique, est posé à propos du fait suivant. Durant le mois d'août 2014, en Grande-Bretagne, le *National Institute for Health and Care Excellence* (Nice) a recommandé aux pouvoirs publics, qui ont suivi l'avis, de refuser un nouveau traitement anti-cancer contre une forme agressive de cancer du sein. Ce nouveau médicament, produit par les laboratoires Roche (le Kadcylla), a cependant été homologué par l'UE en 2013. Mais le Nice a estimé qu'il ne pouvait le recommander au *National Health Service* (NHS) en raison de son coût : 113 000 euros pour le traitement d'une personne à raison de trois doses par semaine pendant en moyenne 14,5 mois.

Le cas de ce médicament n'est pas isolé : dans de nombreux pays on s'interroge sur l'opportunité d'agréer certains médicaments à raison de leur coût. Et, lorsqu'ils sont agréés, la charge pour les organismes de sécurité sociale va aggraver les déficits dans des proportions considérables. Un exemple, en France, est celui des traitements pour l'hépatite C, dont on connaît les conséquences parfois très graves pour la santé (cirrhose,

cancer du foie). Une véritable « révolution thérapeutique » s'est produite dernièrement avec l'arrivée de nouvelles molécules appelées antirétroviraux d'action directe (AAD). Ces nouveaux traitements sont plus efficaces et ont moins d'effets secondaires que les traitements utilisés jusqu'ici (association d'interféron et d'un antiviral). La Haute Autorité de santé (HAS) recommande d'utiliser ces nouveaux traitements pour les patients qui, en termes médicaux, en sont au stade F3 (fibrose hépatique sévère) ou F4 (cirrhose).

Jusqu'à là les choses sont simples. Elles le deviennent moins lorsque l'on sait que le principal traitement AAD qui vient de sortir (le Sovaldi ou Sofosbuvir, produit par le laboratoire américain Gilead) est d'un coût, pour une personne, de 60 000 à 80 000 euros pour une cure de trois mois. Sachant qu'il y aurait en France environ 232 000 personnes atteintes par l'hépatite C (avec 5000 nouveaux cas chaque année) et dont 49% en seraient aux stades F2 à F4, il est facile de calculer le coût global ... Selon l'ONG Médecins du Monde, le traitement appliqué à 55% des 232 000 personnes atteintes équivaldrait au budget annuel des hôpitaux publics parisiens (APHP). Ou encore, le directeur de la CNAM (caisse nationale d'assurance maladie) estime que le coût de ce traitement pour 25 000 patients représenterait 1,9 milliard d'euros par an, soit 7% du budget des dépenses de médicaments.

On le voit, les contraintes budgétaires vont à l'encontre d'une amélioration éventuelle de la santé. Que faire ? Comment financer ces dépenses ? Qui doit en supporter la charge ? En France, on s'est interrogé, pour les mêmes raisons budgétaires, sur le problème suivant, corrélé au précédent, mais encore plus délicat à régler : la collectivité doit-elle assumer la prise en charge de médicaments très coûteux et qui dans certains cas ne prolongent la vie que de quelques mois ?

Les ressources consacrées à la santé ne sont pas extensibles à l'infini, d'où l'interrogation de certains sur le remboursement de molécules onéreuses dont le bénéfice thérapeutique paraît modeste. Pour certains cancers du poumon, un médicament administré pendant 18 semaines permet de prolonger la vie des patients de 1,2 mois en moyenne pour un coût par personne d'environ 58 000 euros. Si l'on compte le nombre de personnes atteintes de tels cancers dans n'importe lequel de nos pays, le coût monte rapidement à des centaines de millions d'euros. Certains sont d'autant plus réservés que la quasi-totalité des cancers du poumon est due au fait de fumer. Mais faut-il pour autant sanctionner les intéressés ? Et tous ceux qui ont un cancer du poumon ne fument pas (tabagisme passif par exemple).

La difficulté présentée par ces médicaments au coût si élevé est que l'effort très important fait par la collectivité en faveur d'un malade a pour effet de réduire les moyens financiers disponibles pour d'autres usages, par exemple la prévention. Les pouvoirs

publics sont conduits, par la force des choses, à procéder à des choix, notamment en matière de remboursement de médicaments ou d'interventions thérapeutiques.

Le débat concerne particulièrement les nouvelles thérapeutiques des cancers, appelées thérapeutiques « ciblées ». Apparues dans les années 90, elles n'agissent que sur certaines tumeurs ayant des caractéristiques biomoléculaires bien précises. Certaines de ces molécules ont permis des avancées considérables, par exemple pour la leucémie myéloïde chronique. Dans d'autres cas le bénéfice est modeste, quelques mois de gagnés.

Mais les choses sont en fait plus compliquées. Si une molécule prolonge en moyenne la vie du patient de 3 mois, cela peut être intéressant pour un cancer qui tue en moyenne les patients au bout d'un an. Ce bénéfice de trois mois est moins important pour un cancer pour lequel 80% des patients sont toujours en vie au bout de 5 ans. Et il faut également tenir compte des effets secondaires de ces médicaments.

Une autre question, tout aussi difficile, est la suivante : dans un contexte de maîtrise des dépenses publiques, est-il légitime que la solidarité nationale (la sécurité sociale dans le cadre français) continue à assumer le coût de quelques mois de vie gagnés ? Le problème ne se pose pas seulement pour les cancers, qui viennent d'être pris en exemple, mais également pour certains traitements en rhumatologie ou dans le cas de la DMLA (dégénérescence maculaire liée à l'âge). Il se profilait déjà depuis plusieurs années, il devient crucial, sans que personne ait, jusqu'à présent, de réponse satisfaisante à apporter.

Toujours dans le domaine de la santé, l'épidémie due au virus Ebola soulève, elle aussi, des questions d'ordre éthique et, par voie de conséquence, politiques. L'épidémie due à ce virus se propage vite, elle a aussi un impact médiatique considérable. D'où des interrogations sur nos réactions face à ce virus. Le sentiment de peur plus ou moins ressenti, est peut-être lié à notre insuffisance (actuelle) de l'étiologie de la maladie, à l'absence (actuellement) de vaccin, à la crainte que le virus n'arrive chez nous. Mais peut-être cette peur inavouée et enfouie renvoie-t-elle dans l'inconscient collectif à des peurs ancestrales face à des maladies qui semaient l'épouvante parce que l'on n'en connaissait pas les causes, ni les vecteurs de transmission.

D'où également des questions éthiques sur ce que nous faisons, collectivement, à travers nos institutions, nos Etats. L'OMS a été saisie de la question des traitements expérimentaux sur cette fièvre hémorragique. Ces traitements soulèvent bien des questions : est-il souhaitable de les diffuser avant que tous les tests aient été effectués, sans connaître les effets secondaires (et sachant qu'un certain nombre de personnes infectées guérissent spontanément) ? Et si l'on répond positivement à cette question,

auprès de qui faudrait-il les diffuser en priorité : auprès des malades (africains ? occidentaux ?) ? Des personnels soignants ? Et comment tenir la balance entre les exigences médicales et le respect des rituels accompagnant la mort d'un proche ? Au surplus, sur un autre registre, et comme le dit un auteur, Ebola est devenu la « métaphore des inégalités de notre monde ».

La question, éthique, du choix des personnes à soigner en priorité, pourrait se poser chez nous. Il y a quelques années, du temps du virus H1N1 (grippe) et, plus encore, du virus H5N1 (influenzavirus A, ou grippe aviaire), dont on ne savait pas quelle serait sa contagiosité et combien de personnes seraient atteintes, une circulaire (confidentielle) avait été adressée à tous les chefs d'établissements hospitaliers pour leur indiquer quelles catégories de personnes devraient être soignées en priorité en cas d'afflux massif de personnes infectées. De telles épidémies – puisque la famille des H1 et des H7 paraît bien fournie (par exemple le virus H7N9, détecté depuis 2013, et qui possède une forte virulence) – pourraient un jour survenir dans nos pays. Quant aux réactions des personnes, elles sont aussi irrationnelles que celles de nos ancêtres, et eux, au moins, avaient quelque excuse parce qu'ils ne savaient pas, alors que nous nous savons.

Ainsi nous sommes confrontés, plus qu'autrefois sans doute, à des choix, et à des choix difficiles. Ce n'est pas ou plus la fatalité ou le hasard qui nous détermine, c'est quelque part notre liberté, quelque difficile qu'elle soit quelquefois à assumer.



## **« VINGT FOIS SUR LE MÉTIER REMETTEZ VOTRE OUVRAGE » À PROPOS DE LA RÉFORME DE L'ADMINISTRATION TERRITORIALE**

**par Jean-Marie PONTIER**

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

Les pouvoirs publics français semblent être devenus de fervents zélateurs de Boileau, au point de dépasser largement ses conseils : on ne compte plus les lois portant sur la réforme des collectivités territoriales, chaque année apporte son lot d'innovations, de nouveautés. Le zèle des pouvoirs publics paraît inlassable, leur ardeur sans repos. Et il est probable que l'on n'est pas prêt de s'arrêter, le législateur semblant prendre un malin plaisir à défaire ce qu'a fait son prédécesseur, pour d'ailleurs le refaire immédiatement, mais avec d'autres dénominations, quelques caractéristiques qui changent.

Les contradictions ne semblent pas plus gêner nos dirigeants, un Premier ministre pouvant revenir sans état d'âme sur une réforme qu'il vient de faire voter, se désavouant lui-même en même temps qu'il désavoue la représentation nationale (tel est le cas de la clause de compétence générale supprimée en 2010 et rétablie en 2014, le Premier ministre se démarquant aussitôt du texte qu'il avait présenté au Parlement ... (V. *infra*).

La réforme territoriale est à l'ordre du jour depuis bien longtemps. Peut-être n'a-t-elle jamais cessé d'être à l'ordre du jour : on est parfois frappé de la similitude des interventions des parlementaires d'aujourd'hui et de celles des parlementaires qui s'exprimaient au début du XX<sup>ème</sup> siècle. Si l'on supprimait les noms et les dates, certaines interventions des années 30 pourraient fort bien paraître d'aujourd'hui. Ce constat peut sembler *a priori* un peu inquiétant : ne ferait-on que redire les mêmes choses sans que rien n'ait bougé ?

Les choses sont en réalité plus compliquées. L'impression de fixité ou d'immobilité pourrait s'expliquer par le manque d'imagination, voire de sens des réalités, des parlementaires, qui tiendraient le même discours alors que la réalité aurait, elle, totalement changé. Une autre explication pourrait être également que des réformes ont bien eu lieu, mais que les transformations rendent constamment actuelle la réforme. Dans ce cas le constat serait à l'inverse plutôt rassurant : il signifierait qu'il faut constamment réformer, que les réformes que l'on adopte ne peuvent valoir qu'un temps, que les problèmes réapparaissent, peut-être sous d'autres formes. Une autre explication encore pourrait tenir au fait que nous vivons sur des conceptions héritées de la Révolution de 1789 et du Premier Empire, que ces conceptions ont imprégné tout notre système administratif et que nous n'en avons pas changé. Peut-être toutes ces explications valent-elles en même temps.

Quoi qu'il en soit, une chose est sûre : entre les célèbres lois du 10 août 1871 pour le département, du 5 avril 1884 pour la commune, s'il y a eu des adaptations, des améliorations, il n'y a pas eu de réforme de fond jusqu'à la Cinquième République. En revanche, sous cette République, qui est la nôtre, on n'a cessé de réformer, de reprendre en permanence la réforme des collectivités territoriales.

Un signe parmi d'autres ne trompe pas : c'est la croissance du code général des collectivités territoriales (CGCT). Ce terme de croissance est trop faible : c'est de gonflement, de renflement, qu'il faudrait parler, tant chaque année ce code grossit sans cesse, de nouvelles dispositions s'ajoutant sans cesse à celles qui ont été adoptées. Et encore ce code ne contient-il pas toutes les dispositions relatives aux collectivités territoriales : tout ce qui concerne le personnel par exemple, la fonction publique

territoriale, n'est pas codifié, et cela représente un ensemble impressionnant, toujours plus volumineux.

Au départ, c'est-à-dire dans les années 90 (le code ayant été adopté en 1996), il était question d'inclure les dispositions relatives à la fonction publique territoriale, représentée par une loi de base du 26 janvier 1984, dans le CGCT. Mais une réforme de la loi étant en cours, la Commission supérieure de codification a préféré attendre. On attend toujours parce que la loi en question est modifiée tous les ans, plusieurs fois chaque année. Ce n'est pas de sitôt que les dispositions relatives à la fonction publique territoriale seront codifiées, peut-être ne le seront-elles jamais (tout au moins dans un avenir prévisible).

De plus, les lois qui sont adoptées ne sont pas de « petites » lois, tout au moins par leur importance quantitative : ce sont souvent des lois fleuves, littéralement illisibles par un citoyen moyen (et même par un juriste, sauf à avoir à côté de soi une batterie de codes ...), les ministères en profitant au surplus pour faire « passer » des modifications dans de tout autres domaines, sans que l'on sache pourquoi cette modification intervient, qui en est à l'origine, quelle en est l'importance, etc. Par exemple, dans la loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles (loi MAPTAM) on trouve une nouvelle définition des digues, définition qui est très longue, et qui apparaît comme un « cavalier budgétaire » : les digues n'avaient rien à faire dans cette loi, d'ailleurs les dispositions relatives aux digues ne figuraient pas dans le projet initial, elles ont été rajoutées par on ne sait trop qui, et n'ont évidemment donné lieu à aucune discussion. Le procédé est tout de même très discutable.

Quoi qu'il en soit, les réformes succèdent aux réformes, l'encre n'est pas encore sèche qu'une nouvelle réforme se profile. Qui a dit un jour qu'en droit les choses ne changeaient pas ? Les auteurs s'épuisent à suivre les évolutions des textes, sans être certains de pouvoir être tout à fait à jour : la crainte de chacun est d'avoir oublié un décret ou un arrêté, ou une modification de loi introduite subrepticement par la modification en apparence anodine d'une formule d'un article d'un code. Parmi les dernières lois, il faut compter d'abord la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales (dite loi RCT) et la loi du 27 janvier 2014 précitée, qui revient en partie sur la loi de 2010, mais de manière peu cohérente, comme nous allons le voir.

Deux textes sont en préparation, dont le premier devrait être devenu loi au moment où ces cahiers paraîtront, projet relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, le second, qui devrait être déposé à l'automne portant sur les compétences des collectivités territoriales, avec probablement, de nouveau, l'affirmation d'une clarification des compétences et une redistribution de celles-ci en fonction du nouveau rôle attribué aux régions nouvelle mouture et en attendant une nouvelle répartition après la suppression des départements (à supposer naturellement qu'elle intervienne).

Dans cette réforme territoriale il faut prendre en compte évidemment les collectivités territoriales – ce sont elles qui sont au centre du dispositif et qui commandent territorialement les autres réformes – mais il faut se demander également, par voie de conséquence, ce qu'il en advient de l'Etat, de son rôle à l'égard des collectivités territoriales et de sa propre administration territoriale.

## **I – LA RÉFORME DE L'ORGANISATION TERRITORIALE DE L'ÉTAT ET DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES**

Depuis 1959 de nombreuses réformes sont intervenues. On a tendance à oublier aujourd'hui, parce que les médias comme les citoyens ont la mémoire courte, que les réformes d'hier furent importantes, et qu'elles conditionnent largement les réformes d'aujourd'hui, comme nous le verrons sur plusieurs points. Ces réformes peuvent être envisagées d'abord sous l'angle des structures, cet aspect intéressant l'Etat et les



collectivités territoriales, et sous l'angle des compétences et des moyens, ce second aspect intéressant principalement les collectivités territoriales mais aussi indirectement, et de ce fait, l'Etat.

## **1 – La réforme des structures administratives**

Les structures administratives sont essentielles à tout pouvoir politique : sans ces structures il est impossible d'agir. Elles peuvent être plus ou moins développées selon l'histoire de chaque pays, selon les affinités et les sensibilités nationales : dans certains pays la tendance est à s'appuyer sur l'administration, dans d'autres à s'en méfier. Mais quel que soit le régime, et à partir du moment où les structures de l'Etat ont été assez perfectionnées, les administrations se sont développées. Pour pouvoir disposer d'un pouvoir réel les autorités politiques ont besoin d'une administration territoriale. Celle-ci cohabite, coexiste ou/et collabore avec les administrations des collectivités locales.

### A – La réforme des administrations territoriales de l'Etat

#### a) – Les trois modes d'organisation des administrations de l'Etat

Les administrations de l'Etat étaient constituées traditionnellement par les administrations centrales et les administrations locales ou (pour éviter la confusion avec les administrations des collectivités locales) territoriales. Il s'y est ajouté depuis 1997 les services à compétence nationale, l'administration de l'Etat comportant depuis cette date trois modes.

Les premières – les administrations centrales – sont partout indispensables, mais elles sont plus ou moins développées. En France elles le sont plutôt plus que moins. La centralisation de l'Etat, qui a commencé il y a des siècles, s'est accompagnée d'un renforcement constant des administrations centrales. Celui qui s'aventure dans les couloirs d'un ministère tel que le ministère chargé de l'éducation nationale, ou encore des finances (mais il en est d'autres qui se présentent de la même manière) ne peut qu'être impressionné, et intimidé, par les kilomètres de couloirs, la multiplication des services et bureaux de toutes sortes. On peut vraiment avoir l'impression, quelquefois, d'être dans le monde de Kafka (ou de V. Havel).

Curieusement peu s'étonnent de la dimension de ces administrations centrales : on peut les décrire – encore que certaines ne s'y prêtent pas et cultivent toujours le goût du secret – mais on ne trouve guère de réflexion critique sur l'ampleur de ces administrations. Autant des propositions de réformes sont régulièrement présentées pour les administrations territoriales, qu'elles soient de l'Etat ou des collectivités locales, autant les administrations centrales semblent peu inspirer. Et cependant la décentralisation, qui a été réelle depuis plusieurs décennies, avec, notamment, des transferts importants de compétences, aurait dû logiquement s'accompagner d'une réduction des administrations centrales. Or il n'en a pas été ainsi, ou de manière homéopathique. Quels qu'aient été les gouvernements, aucun n'a cherché à diminuer les administrations centrales, les ministres étant trop heureux d'avoir une administration développée sous leurs ordres.

A côté des administrations centrales ont été institués, depuis 1997, des « services à compétence nationale » (ou SCN), que certains auteurs considèrent comme un concept assez obscur. Ce sont des services administratifs qui ne font pas l'objet de déconcentration et qui « peuvent se voir confier des fonctions de gestion, d'études techniques ou de formation, des activités de production et de prestation de services ainsi que toute autre mission à caractère opérationnel présentant un caractère national et correspondant aux attributions du ministre sous l'autorité duquel ils sont placés » (décret du 9 mai 1997).

Sont des services à compétence nationale des services tels que le Mobilier national (qui « prête » aux ministres qui arrivent dans leurs locaux des biens mobiliers, la préférence des ministres allant semble-t-il vers les bureaux « empire » qui sont grands et imposants, plutôt que vers les bureaux de style Louis XV ...), les manufactures des Gobelins, de Beauvais et de la Savonnerie, ou encore le services des retraites de l'Etat (géré par la Caisse des dépôts et consignations), l'Agence France Trésor (créée en 2001 et qui gère la dette de l'Etat) ou encore l'Agence des participations de l'Etat (devenue SCN en 2012 et qui, comme son nom l'indique, gère les participations de l'Etat dans les entreprises).

#### b) – Les échelons territoriaux de l'Etat

En ce qui concerne les échelons territoriaux de l'action de l'Etat, l'histoire de la Cinquième République est marquée par des étapes importantes, des « moments clés » peuvent être retenus pour caractériser les évolutions intervenues, les réformes opérées, et en laissant de côté les autres réformes moins déterminantes, même si elles ont été importantes.

### **Les décrets de 1964 et la déconcentration**

Un premier moment clé est certainement constitué par les décrets du 14 mars 1964, relatifs aux circonscriptions d'action régionale et aux préfets, notamment de région. Le cadre consacré en 1964 n'est pas sans éclairer les débats d'aujourd'hui sur un nouveau découpage des régions, sur lequel on reviendra plus loin. Cette date de 1964 est le point de départ d'une véritable déconcentration régionale. Il s'agit bien ici de « déconcentration », non de décentralisation, et ceci mérite une explication.

Tout d'abord, chacun sait qu'en France nous distinguons entre déconcentration et décentralisation. Cette distinction paraît aller de soi alors que, là aussi, cette distinction n'existe pas dans tous les pays, elle n'est pas universelle. Cela permet, déjà, de voir sous un autre angle notre histoire administrative. Et, de plus, cette notion de « déconcentration » semble bien être une invention française, le terme apparaît sous la plume de certains conseillers d'Etat dans les années 1845-1848 (c'est Aucoc qui s'est attribué la paternité du terme, il est difficile de dire si c'est bien lui qui l'a utilisé le premier ...).

A partir de là, une confusion s'est rapidement faite entre déconcentration et centralisation, et une opposition en a été déduite entre la déconcentration et la décentralisation. L'appréhension qui en a été faite peut se résumer de la manière suivante : la déconcentration est du côté de la centralisation, donc elle s'oppose à la décentralisation, donc on déconcentre pour ne pas décentraliser. L'analyse est schématique, c'est pourtant celle que l'on trouve dans de nombreux manuels de droit administratif, y compris aujourd'hui.

Or une telle présentation est largement fautive : si, effectivement la France a souffert d'un manque de décentralisation, ce n'est pas parce que le pouvoir central aurait préféré la déconcentration à la décentralisation. Il était un peu trop facile de « charger » la déconcentration, de l'accuser de tous les maux (comme le baudet de la fable), alors qu'en réalité la déconcentration a été elle-même très limitée.

Ce n'est pas la déconcentration qui a freiné la décentralisation, c'est son absence, facile à démontrer. Les préfets, que l'on met toujours en avant pour dire qu'il y a déconcentration, étaient bien des autorités politiques, n'hésitant pas, à certaines périodes, à intervenir, à faire pression sur les électeurs, mais ils n'avaient que très peu de pouvoirs administratifs. L'existence des préfets a occulté la réalité administrative. C'étaient les administrations centrales qui disposaient du pouvoir, c'est là qu'il faut chercher les véritables causes de l'insuffisance de décentralisation.

## **Préfets de région et découpage régional**

Quoi qu'il en soit, pour la première fois, véritablement, en 1964 les préfets de région sont institués dans une circonscription administrative propre, qui est la circonscription régionale. Deux observations peuvent être présentées à cet égard.

La première est d'ordre anecdotique, mais en dit long sur le poids de l'histoire. Les préfets ont été appelés « préfets de région » et non « préfets régionaux » pour une raison purement historique : le régime de Vichy avait institué des préfets régionaux qui étaient bien, eux, des instruments de centralisation (Vichy n'ayant jamais été un Etat corporatiste, malgré les affirmations officielles, mais un Etat qui a cherché à centraliser). Il ne pouvait être question en 1964 pour le premier résistant de France, qui était aussi le président de la République (de Gaulle, donc) d'accepter que les préfets à l'échelon régional puissent porter la même dénomination que ceux de Vichy.

La seconde est beaucoup plus importante, car elle conserve son importance aujourd'hui, bien que ce fait soit largement oublié des protagonistes, c'est la question du découpage. Lorsque l'on institue une autorité territorialement, il faut bien au préalable définir une circonscription (s'il s'agit d'une autorité de l'Etat), un territoire (s'il s'agit d'une autorité territoriale décentralisée). Sous la IIIème République ce découpage n'existait pas, puisque ladite république s'est opposée avec constance et succès à toutes les propositions de création de régions. Sous la IVème République, étant donné que les besoins – économiques principalement – à l'échelon régional existaient bien, on a commencé à réfléchir à un découpage, qui n'aboutit pas.

Aux débuts de la Vème République, très rapidement, et de manière bureaucratique ou technocratique, au choix, de hauts fonctionnaires et des experts travaillent dans la discrétion pour aboutir à un découpage consacré par un décret du 2 juin 1960. Ce texte n'émeut personne parce qu'il ne gêne personne : le découpage est uniquement destiné aux besoins de l'Etat, il n'est pas utilisé pour la décentralisation, pas même pour la déconcentration, mais uniquement pour l'action économique de l'Etat à l'échelon local. Et c'est donc tout naturellement qu'en 1964 ce cadre est retenu pour y installer les nouveaux préfets de région, sans que personne, là encore, ne trouve quoi que ce soit à redire au découpage : on s'intéressait au fait régional, non au découpage qui avait pu être retenu, l'institution des préfets de région paraissait déjà une avancée considérable.

### **L'étape de 1992**

Une deuxième étape importante est celle de 1992, avec le décret appelé officiellement « décret portant charte de la déconcentration », ce qui indiquait le caractère solennel que les autorités politiques entendaient donner à ce texte, en date du 1<sup>er</sup> juillet 1992 pris en application de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République. Du fait de l'absence de codification des dispositions relatives aux attributions et services de l'Etat, cette loi du 6 février 1992 dont seul le titre premier était relatif à l'organisation territoriale de l'Etat s'est vue amputée des autres titres (relatifs aux collectivités territoriales) et constitue donc une « loi lambeau » ou une « loi moignon ». Il faut noter au passage qu'il n'existe pas (ou pas encore) de code sur l'organisation de l'administration de l'Etat, les textes qui y sont relatifs (lois et décrets) demeurent ceux à citer.

Ce décret est le premier texte cherchant à définir la déconcentration, et le partage des attributions entre les administrations centrales et les services à compétence nationale, d'une part, les autorités et services de l'Etat à l'échelon local, d'autre part. Notons qu'il est préférable de ne pas parler de partage de compétences, car cela est inexact et introduit une confusion : le terme de compétences devrait (ce n'est malheureusement pas toujours le cas) être réservé à une collectivité (Etat, commune, département, région, etc.) et le terme d'attributions aux organes des différentes

collectivités (ministre, maire, président de conseil départemental ou régional, etc.). L'article 1<sup>er</sup> de ce décret du 1<sup>er</sup> juillet 1992 énonce un principe qui paraît aller de soi, et qui n'a cependant rien d'évident au regard de notre histoire : « La déconcentration est la règle générale de répartition des attributions et des moyens entre les différents échelons des administrations civiles de l'Etat » (Comme dans la plupart des pays, l'organisation administrative des forces armées est mise à part, avec des découpages territoriaux correspondant aux besoins des différentes armes).

### **Les circonscriptions dans le décret de 1992**

Le décret distingue fort justement la « circonscription régionale », la « circonscription départementale » et l'arrondissement. Le texte parle avec raison de la circonscription régionale et non de la région, car ce dernier terme doit être réservé, en toute rigueur linguistique, au territoire de la région collectivité territoriale. De la même manière la circonscription départementale est le cadre des attributions des autorités déconcentrées de l'Etat à cet échelon, alors que le département est le territoire de la collectivité décentralisée établie à cet échelon. Pour l'arrondissement il n'y a pas de problème, il ne peut y avoir de confusion, puisqu'il est seulement le cadre de l'action de l'Etat, et non celui d'une collectivité territoriale.

Dans ce décret de 1992 la circonscription territoriale régionale est l'échelon territorial : « 1° De la mise en œuvre des politiques nationale et communautaire en matière de développement économique et social et d'aménagement du territoire ; 2° De l'animation et de la coordination des politiques de l'Etat relatives à la culture, à l'environnement, à la ville et à l'espace rural ; 3° De la coordination des actions de toute nature intéressant plusieurs départements de la région ». Le décret ajoute que la circonscription régionale constitue un échelon de programmation et de répartition des crédits d'investissement de l'Etat ainsi que de contractualisation des programmes pluriannuels entre l'Etat et les collectivités locales.

La circonscription départementale « est l'échelon territorial de mise en œuvre des politiques nationale et communautaire », ce qui suppose évidemment de distinguer ce qui relève de l'échelon régional et ce qui relève de l'échelon départemental. Quant à l'arrondissement il est défini comme étant « le cadre territorial de l'animation du développement local et de l'action administrative locale de l'Etat », formulation quelque peu vague qui traduit un certain embarras des pouvoirs publics pour trouver une véritable spécificité à cet échelon.

### **Importance quantitative des administrations territoriales de l'Etat**

Que représentent les administrations territoriales de l'Etat ? En termes quantitatifs, préfetures et sous-préfetures représentent environ 26 000 agents, ce qui est un chiffre somme toute assez modeste (et qui explique certains problèmes de contrôle évoqués plus loin). Les différents services de l'Etat à l'échelon territorial sont les suivants. On peut distinguer : d'abord les services relatifs à la sécurité (police et gendarmerie) qui représentent 185 971 agents en ETPT (équivalent temps plein travaillé) en 2012 ; ensuite, les services relatifs à la justice (tribunaux, administration pénitentiaire, protection judiciaire de la jeunesse) qui représentaient la même année 67 394 ETPT ; les services relatifs à la fiscalité et au paiement des dépenses (direction générale des finances publiques, douanes, agence de services et de paiement) représentaient 107 088 agents ETPT ; les services relatifs aux fonctions économiques et sociales (Pôle emploi, agence régionale de santé, direction générale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi) 69 388 ETPT ; la culture (directions régionales des affaires culturelles) 2471 ETPT ; l'agriculture et les forêts (office national des forêts, directions régionales de l'alimentation, de l'agriculture et de la forêt) 11 417 ETPT ;

l'environnement et l'équipement (directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement, directions départementales des territoires, directions interrégionales des routes, directions interrégionales de la mer, office national de l'eau et des milieux aquatiques, agences de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie) 42 808 ETPT.

### **Les niveaux territoriaux d'organisation des services territoriaux de l'Etat**

Les niveaux territoriaux auxquels sont situés ces services sont les suivants. Tout d'abord il existe un niveau interrégional ou suprarégional, souvent omis ou sous-estimé, représenté par les zones de défense (gendarmerie) et les inter-régions de périmètres divers (police judiciaire, administration pénitentiaire, directions interrégionales de la mer, directions interdépartementales des routes, directions générales des douanes et des droits indirects, juridictions interrégionales spécialisées, directions générales des finances publiques).

L'échelon régional, ensuite, est en principe l'échelon pivot de l'action de l'Etat sur le territoire. La plupart des services de l'Etat sont dotés de directions régionales relevant d'un ou de plusieurs ministères. Cinq se trouvent sous l'autorité des préfets de région (les directions régionales de l'alimentation, de l'agriculture et de la forêt ; les directions régionales des affaires culturelles ; les directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement ; les directions régionales de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale), mais il en existe pour d'autres administrations, comme, par exemple, l'INSEE. Tous les services ne s'inscrivent pas dans le périmètre des (actuelles) 26 régions administratives : il existe (à l'heure actuelle) 36 cours d'appel, 30 rectorats, 42 directions régionales et interrégionales de la direction générale des douanes et des droits indirects.

A l'échelon départemental il existe les directions suivantes : les directions départementales des finances publiques, les directions départementales de la sécurité publique, auxquelles s'ajoutent des directions départementales interministérielles (les directions départementales des territoires, qui s'appellent « et de la mer » lorsque le département est côtier ; les directions départementales de la cohésion sociale, les directions départementales de la protection des populations, ou les directions départementales qui regroupent les deux) ainsi que les unités territoriales des directions régionales.

Il existe enfin un niveau infra-départemental, qui comporte environ 4500 implantations de la direction générale des finances publiques, 3500 brigades de gendarmerie et 240 sous-préfectures.

#### **c) – La réforme de l'administration de l'Etat : de la RGPP à la RÉATE**

A partir de 2007 les pouvoirs publics ont mis en œuvre une politique dite de « Révision générale des politiques publiques » (RGPP) qui a produit des effets sur l'organisation administrative et sur l'évolution des effectifs. C'est ainsi qu'une fusion est intervenue entre la Direction générale des impôts (DGI) et la Direction générale de la comptabilité publique (DGCP) pour donner la Direction générale des finances publiques (DGFIP). En 2009 la RGPP a été complétée par une autre réforme, la « Réforme de l'administration territoriale de l'Etat », couramment appelée RÉATE, destinée à simplifier les structures administratives, l'échelon privilégié étant l'échelon régional. La RGPP a disparu pour laisser place à la modernisation de l'action publique (MAP) mais, à vrai dire, on ne voit pas très bien ce qui la différencie de celle à laquelle elle succède, si ce n'est le changement de gouvernement, et l'affirmation (politique, et à destination des citoyens) du changement.

On distingue un « périmètre RéATE » qui couvre les services concernés par cette réforme : préfetures et sous-préfetures, Directions départementales des territoires (et de la mer pour les départements côtiers), DDTM, et les Directions départementales de la cohésion sociale et de la protection des populations (DDCSPP) au niveau départemental ; Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE), Directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL), Directions régionales de l'alimentation, de l'agriculture et de la forêt (DRAAF), Directions régionales des affaires culturelles (DRAC), Directions régionales de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale (DRJSCS) au niveau régional. Le « périmètre hors RéATE » couvre la police nationale, la gendarmerie, les douanes, la DGFIP, les juridictions, l'administration pénitentiaire, la Protection judiciaire de la jeunesse (PJJ) et la Direction interdépartementale des routes (DIR).

Dans un rapport thématique de juillet 2013 sur « l'organisation territoriale de l'Etat », la Cour des comptes se montre critique à l'égard de certaines mesures prises. Elle relève que l'Etat est confronté à des mutations profondes – ce sur quoi tout le monde sera d'accord – et que si des recompositions fortes ont été opérées, il subsiste des défauts de cohérence. La gouvernance (nouveau terme à la mode, il a au moins le mérite d'être français ...) est « mal assurée », la gestion des ressources humaines « inadaptée ». Dans ses recommandations, la Cour préconise de renforcer l'échelon régional comme pivot de l'organisation territoriale de l'Etat, de restructurer l'échelon départemental, d'organiser l'échelon suprarégional, d'adapter la présence territoriale de l'Etat à l'échelon infra-départemental, de renforcer le « pilotage stratégique des services et des opérateurs ».

## **2 – Les compétences et les moyens**

Une structure ne vaut que par les compétences qui lui sont reconnues et les moyens dont elle dispose. Les uns comme les autres sont seuls de nature à lui permettre d'accomplir effectivement et efficacement ses missions. Mais si les structures sont mal définies, ou inadaptées, le problème des compétences et des moyens devient quasiment insoluble. C'est un peu ce qui se passe depuis de nombreuses années en France où l'on a cherché, et où l'on cherche encore, la solution qui répondrait aux défis de notre temps, sans l'avoir trouvée pour l'instant.

### **A – La question des compétences**

La question des compétences des collectivités territoriales, de leur définition, de leur étendue, du partage des compétences entre l'Etat et ces collectivités, est quasiment inépuisable. L'impression que l'on est celle d'un film que l'on repasse indéfiniment, sans que les choses avancent et, à la différence du film que l'on voit et que l'on revoit avec plaisir, la fixation des compétences des collectivités territoriales apparaît plutôt comme un sujet d'interrogations perpétuelles, de fixation, d'exaspération ou de désespérance.

#### **a) – La clarification des compétences**

### **Une préoccupation récurrente**

Il ne faut pas s'y méprendre : cet intitulé « la clarification des compétences » ne veut pas dire que l'on a défini et mis en œuvre une politique de clarification et que l'on y serait parvenu, il veut dire qu'il y a, depuis longtemps, un problème de répartition des compétences, et que ce problème n'est pas résolu à l'heure actuelle. Un signe ne trompe pas : dans plusieurs lois relatives aux collectivités territoriales, et notamment dans les

deux dernières lois, celle du 16 décembre 2010 et celle du 27 janvier 2014, un titre entier de la loi porte cet intitulé : « de la clarification des compétences ». Mais si une telle affirmation est réitérée, si elle revient dans plusieurs lois successives, c'est peut-être que le problème n'a pas été résolu. En quoi consiste ce problème ? Il peut se ramener à quatre constats ou problématiques.

Le premier constat, le moins discutable de tous, est celui de « l'enchevêtrement des compétences ». Ceci signifie que l'on éprouve des difficultés pour savoir quels sont exactement les domaines de compétences des différentes personnes publiques ou, en termes moins juridiques mais très parlants, « qui fait quoi ». *A priori* on pourrait penser que ce problème est, ou bien facile à régler, ou bien secondaire, ou les deux à la fois. Car, au fond, pour savoir quelles sont les compétences d'une collectivité locale, il suffit apparemment de le dire, de préciser dans un texte ce que sont ces compétences. Mais la question de savoir quelles sont les compétences de ces collectivités est conditionnée par celle de savoir ce qu'elles doivent être, ce qui est une toute autre question.

### **Quelles explications ?**

Quelles doivent être les compétences respectives de l'Etat et des collectivités locales ou territoriales ? L'ennui est qu'il n'existe aucune réponse incontestable à cette question : il n'est pas possible de dire, de l'extérieur, de manière abstraite, ce que doivent être ces compétences. Tout dépend du pays, de son histoire, des choix qu'il a décidé de faire. La notion de compétences d'une collectivité, quelle qu'elle soit, est un problème juridique, mais la question de savoir quelles doivent être les compétences des différentes personnes publiques dans un pays n'a rien de juridique, la réponse est nécessairement politique.

C'est là un début d'explication à l'enchevêtrement des compétences : étant donné qu'il n'existe aucune logique qui imposerait que telle ou telle compétence soit détenue par une collectivité ou par une autre, au fil du temps, et en fonction de considérations politiques immédiates, qui peuvent n'avoir aucun rapport avec la répartition des compétences, ou avec une répartition rationnelle, on se trouve face à une situation conditionnée par des contingences, et une situation aussi fortement évolutive. La création de la région, en 1982, n'a fait qu'aggraver le problème car, de manière simple et évidente, plus le nombre de personnes concernées par la répartition croît, plus le problème se complique.

Certes, on a objecté à cela qu'il était possible de trouver un critère, celui des « affaires locales ». Il y a, a-t-on dit, des affaires locales et des affaires nationales. L'Etat doit s'occuper des secondes, et de ces seules affaires, les collectivités locales (ou territoriales) doivent s'occuper des affaires locales. Cette idée apparemment séduisante, simple et facile à exposer, donc à comprendre, a donné lieu à des prises de position péremptoires au cours de l'histoire. Ainsi en France le « programme de Nancy », défini et adopté, sous le Second Empire par des personnes issues d'horizons politiques différents, déclarait, dans une formule ramassée qui ne pouvait qu'obtenir l'assentiment des auditeurs et des lecteurs : « A la commune les affaires communales, au département les affaires départementales, à l'Etat les seules affaires nationales ».

### **A la recherche de critères**

Mais une telle affirmation suppose le problème résolu, et il ne l'est pas, il ne l'est jamais, peut-être ne peut-il pas l'être : quelles sont donc ces affaires communales ou départementales ? Y a-t-il un critère qui permettrait de dire ce que sont ces différentes affaires ? A l'évidence la réponse ne peut être que négative. Il n'y a d'affaires communales, ou départementales, ou autres, que parce que l'on a dit que de telles affaires seraient communales, etc.

Ce que l'on observe depuis de nombreuses années c'est le fait que toutes les collectivités interviennent dans la plupart des domaines. Et avant de dénoncer les inconvénients d'une telle situation, il faut reconnaître qu'elle présente *aussi* des avantages : là où une seule collectivité ne parviendrait pas à ses fins parce qu'elle n'en aurait pas les moyens, le fait que d'autres collectivités interviennent peut permettre cette réalisation. Cela suppose que plusieurs collectivités financent une même opération, ce qui renvoie à ce que l'on appelle les « financements croisés » (on a parlé également, pendant un temps, de « financements conjoints » mais cette expression n'a guère rencontré de succès). Ces financements croisés, que nous allons retrouver plus loin, ont été accusés de tous les maux, mais nombreux aussi sont ceux qui, sans trop oser le dire, estiment que cette solution n'était pas si mauvaise et si condamnable.

b) – La clause de compétence générale

### **Observations préalables**

En arrière-plan de ce débat en a lieu un autre, considéré aujourd'hui, à tort ou à raison, comme fondamental, qui est celui de la clause générale de compétence. Avant de nous interroger sur ce qu'elle est, remarquons d'abord que la terminologie est déjà un peu curieuse, et que, aujourd'hui, il est plus souvent question de « clause de compétence générale » que de clause générale de compétence. En revanche il n'y a pas de confusion sur ce qu'elle désigne, tout le monde est d'accord sur ce point.

Une deuxième remarque préalable est pour relever la bizarrerie de l'appellation, indépendamment de ce qui vient d'être dit sur le terme auquel il faut appliquer le qualificatif de « général ». En effet il ne s'agit aucunement d'une clause, puisque l'on ne se trouve pas dans le cadre d'un contrat, seul type d'actes dans lequel, *a priori*, on devrait trouver le terme de clause. Ce qui est tout aussi curieux est qu'il est impossible d'identifier la ou les personnes qui seraient « responsables » de cette appellation, c'est-à-dire qui en seraient à l'origine : rien ne permet d'attribuer la formule à une personne ou un ensemble de personnes, on relève seulement que l'expression a commencé à se répandre à partir des années 60.

Une troisième remarque préalable est relative au point de départ, ou au support de départ de l'affirmation de ladite clause : sur quoi cette dernière s'appuie-t-elle historiquement ? Le Conseil constitutionnel, dans sa décision sur la loi du 16 décembre 2010, a cru pouvoir rattacher cette clause de compétence générale à la loi du 10 août 1871 relative au département. Mais il s'est trompé, car il n'est pas allé voir de plus près les formules utilisées, et le sens que ceux qui l'ont votée lui donnaient. Il est clair, à la lecture des débats parlementaires sur cette loi de 1871, que la formule utilisée ne peut en aucune manière servir de fondement à la clause de compétence générale, c'est une formule qui n'appelait pas de pouvoir de décision spécifique du conseil général dans des domaines déterminés. Il est parfaitement regrettable que le Conseil constitutionnel ait été aussi léger dans ce domaine. Le fondement de la clause en question, le seul fondement possible, est dans la loi du 5 avril 1884 sur les communes, très précisément dans son article 61 qui dispose : « le conseil municipal règle, par ses délibérations, les affaires de la commune ». Tout est dit, et rien n'est dit.

Tout est dit parce que, à partir d'une telle formule, il va être possible de développer une réflexion sur les compétences, non seulement des communes, mais également des autres collectivités territoriales – la preuve en est qu'en 1982 le législateur va transposer cette même formule aux départements et aux régions qu'il vient de créer – et de fonder rationnellement les compétences de ces collectivités. En même temps rien n'est dit parce que la formule ne permet pas de dire quel est ou quel peut être le contenu des compétences des communes, plus généralement, ensuite, si l'on élargit à toute collectivité territoriale « généraliste » des compétences de toute collectivité territoriale :



que sont les « affaires communales », que sont les « affaires départementales », que sont les « affaires régionales » ?

### **Qu'en est-il de cette clause ?**

De telles affaires ne peuvent être, dans la conception française, et compte tenu de ce qui vient d'être dit, que des affaires définies ou déterminées par l'Etat, c'est-à-dire par la Constitution ou par la loi de l'Etat : il ne peut y avoir d'affaires locales « par nature », ce qui impliquerait à la fois que ces affaires sont partout les mêmes dans le monde (puisque « par nature »), ce qui est faux, et que l'Etat ne pourrait que constater l'existence de ces affaires, ce qui est tout aussi faux, tout au moins sur un plan juridique (politiquement ou philosophiquement on peut toujours soutenir un point de vue différent). Cela veut dire également, nécessairement, que le contenu des « affaires » confiées ou attribuées ou reconnues aux collectivités locales (ou territoriales) est évolutif, qu'il n'est pas fixé *ne varietur*, qu'en fonction des circonstances, de la volonté des pouvoirs publics, il peut s'étendre ou, à l'inverse, se restreindre.

Les affaires locales ne permettent pas de définir ou d'éclairer la clause de compétence générale puisque l'on ne se situe pas sur le même terrain, et alors même que la clause en question est tirée de cet article 61 de la loi de 1884. En d'autres termes, cette disposition est le produit d'idées politiques, celles sur les « affaires locales », et elle est le support, historiquement, de cette notion juridique qu'est la clause de compétence générale. Pendant un temps, dans les années 70, la majorité de la doctrine française a estimé que ladite clause avait disparu ou avait été supprimée. Ces auteurs se sont appuyés, assez curieusement, sur la loi du 2 mars 1982, qu'ils ont mal interprétée : loin de supprimer la clause générale de compétence des collectivités territoriales la loi l'a confortée et étendue.

Cette thèse, qu'il n'est plus utile de combattre aujourd'hui puisqu'elle était fautive, a été démentie une nouvelle fois avec éclat en 2010, lors des débats (passionnés) qui ont eu lieu au Parlement sur la question de savoir s'il fallait ou non supprimer cette clause pour les départements et les régions. De tels débats paraissent presque surréalistes aux yeux de ceux, dont l'auteur de ce texte, qui ont toujours soutenu l'existence juridique de ladite clause. On ne peut supprimer que ce qui existe, et les débats de 2010 dans les deux chambres ont montré une unanimité des parlementaires sur l'existence et la force de cette clause qui ne peut que qu'étonner après tous les doutes qui avaient pu être exprimés précédemment. La clause de compétence générale existe donc, mais une nouvelle question surgit.

### **Maintien ou suppression de la clause ?**

Faut-il maintenir cette clause ? Ne convient-il pas de la supprimer, et, dans ce cas, pour qui ? Notons que cette question présuppose que l'on ait répondu affirmativement à une autre question, celle de la possibilité de supprimer ladite clause. Cette question se dédouble elle-même.

### **Maintien ou suppression de la clause : mais de quoi s'agit-il ?**

Tout d'abord, est-elle supprimable ? La réponse ici ne fait aucun doute, dans la mesure où, ainsi que nous l'avons dit précédemment, les collectivités territoriales ne disposent pas de cette compétence « par nature » mais par détermination d'un texte.

Ensuite, alors, et c'est la seconde question, quel est le statut juridique de cette clause : est-elle constitutionnelle, auquel cas le législateur ne pourrait évidemment pas la supprimer, ou est-elle législative, auquel cas le législateur peut sans difficulté (au moins

juridique, car sur le plan politique c'est une autre histoire ...) y mettre fin ? Ce n'est pas la jurisprudence inconsistante du Conseil constitutionnel qui peut aider à y voir clair. La loi du 16 décembre 2010 donnait la possibilité unique audit Conseil de se prononcer sur la nature de cette clause. Ce n'est pas ce qu'il a fait. Les plates formules utilisées laissent accroire cependant qu'il a considéré que la clause n'avait pas de valeur constitutionnelle, certains commentateurs soutenant néanmoins qu'il n'a pas exclu totalement cette possibilité.

Quoi qu'il en soit, les événements qui se sont passés depuis une année environ ont de quoi surprendre. Le nouveau gouvernement issu du changement de majorité, à la suite, d'abord des élections présidentielles, puis des élections législatives, a rapidement déposé, comme l'on s'y attendait, plusieurs projets de loi relatifs à l'administration territoriale. Des modifications sont intervenues, sur lesquelles il n'y a pas lieu de revenir.

### **Maintien ou suppression : les errements de 2014**

Un texte a été voté début 2014, la loi sur la modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles (loi MAPTAM), du 27 janvier 2014. Cette loi comporte un titre ayant pour intitulé « La clarification des compétences ». Et, comme on pouvait s'en douter – puisque la chose avait été clairement annoncée – la loi rétablit la clause de compétence générale supprimée par la loi du 16 décembre 2010. Ce dont on ne se doutait pas, et qui a suscité la stupéfaction chez les juristes (les politiques ne se sont guère exprimés sur ce point, comme s'ils ne savaient pas ce qu'ils avaient voté ou refusé), c'est la position prise par le Premier ministre (auteur tout de même du projet de loi devenu loi) qui, alors que la loi n'était pas encore promulguée, s'est déclaré nettement, dans un entretien dans un quotidien du soir (vérifiable par n'importe qui) contre la clause de compétence générale pour les départements et les régions, soit ce qu'avait décidé la loi de 2010 qui, sur ce point, venait d'être invalidée.

Comme l'on dit habituellement lorsque l'on ne sait pas, que l'on est perdu, « on se perd en conjectures ». Comment est-il donc possible qu'un Premier ministre ait déposé un projet de loi, l'ait laissé voter, pour le désavouer ensuite, tout au moins sur ce point ? Ce cas de figure est unique sous la Cinquième République (pour les républiques antérieures il est difficile de se prononcer, il faudrait faire des recherches). Les gouvernants savent-ils vraiment ce qu'ils veulent ? On finit par en douter. Un gouvernement a normalement une politique, avec laquelle on peut être d'accord ou en désaccord, mais un gouvernement qui se contredit de manière aussi flagrante soulève une question inédite.

Quoi qu'il en soit, la position prise très clairement par le nouveau Premier ministre (M. Valls) est celle de la suppression de la clause de compétence générale pour les départements (qui devraient eux-mêmes être supprimés, si l'on en croit l'affirmation du Président de la République) et pour les régions (qui sont réorganisées). En revanche la clause de compétence générale serait maintenue au profit des communes.

### **Maintien ou suppression : les questions qui demeurent posées**

Tout cela soulève une double question. Tout d'abord, est-il important que les collectivités territoriales disposent de la clause de compétence générale, est-il important qu'elle soit supprimée pour certaines catégories de collectivités ? Sur le plan des principes, la chose est essentielle, la clause en question est devenue au fil du temps un symbole, celui de l'aptitude de la collectivité à intervenir, donc, quelque part, un symbole de sa dignité et de sa liberté. Sur le plan concret, en revanche, il n'est pas certain que la suppression de la clause présente une importance déterminante.

En effet, d'une part, la clause en question n'a jamais signifié que les collectivités territoriales pouvaient intervenir dans tous les domaines, elle a toujours signifié que ces

collectivités étaient juridiquement aptes à intervenir dès lors que la compétence ne leur avait pas été interdite et qu'elle n'avait pas été remise à d'autres personnes, publiques ou privées. La clause de compétence générale ne jouait donc que dans cet espace non encore régi ou non attribué à d'autres. Ce n'était pas rien, on peut penser que la clause joue ici comme une stimulation, une invitation à inventer, à imaginer, à rechercher de nouvelles solutions pour répondre aux besoins de l'intérêt général.

Ensuite, et c'est la seconde question soulevée, si on enlève la clause de compétence générale à certaines catégories de collectivités, on peut se demander également, inversement, s'il ne conviendrait pas de la donner à d'autres institutions. Cela vise clairement certains établissements de coopération intercommunale (EPCI) c'est-à-dire les communautés, ou certaines d'entre elles. Il ne serait en effet pas souhaitable que toutes les catégories d'EPCI bénéficient de la clause en question. Ces EPCI ne sont, comme leur nom l'indique, « que » des établissements publics, dont la caractéristique juridique est d'être spécialisés (c'est bien là, traditionnellement, l'un des critères sûrs de l'opposition entre la collectivité territoriale et l'établissement public) et de n'avoir pas de territoire.

Mais voilà, la réalité est devenue différente, certains établissements publics sont devenus dérogatoires par rapport aux établissements publics classiques du fait qu'ils avaient un territoire et n'avaient plus besoin d'être rattachés à une collectivité territoriale. Et parmi ces établissements publics territoriaux les plus nombreux, les plus importants, sont les EPCI. La « famille » des EPCI s'est élargie au fil du temps, on a différencié de plus en plus de catégories d'EPCI et, surtout, les nouveaux EPCI créés sont devenus de plus en plus « intégrateurs » c'est-à-dire se sont trouvés bénéficiaires de compétences de plus en plus étendues par transfert de compétences communales. Et les communes, libres au départ de transférer ce qu'elles voulaient, sont de moins en moins libres, doivent transférer à l'EPCI un nombre de plus en plus important de compétences, les leurs ressemblant à une véritable peau de chagrin.

D'où cette question de plus en plus lancinante : dans ces conditions, ne conviendrait-il pas de donner à certains de ces EPCI, les communautés, qui sont au surplus des EPCI que l'on qualifie d'« EPCI à fiscalité propre » (parce qu'ils ont une fiscalité qui leur est directement rattachée) une compétence générale ? Ce serait la logique, ou la suite logique de l'évolution. Mais l'on voit bien, également, que derrière ce débat s'en profile un autre, plus redoutable, « explosif » politiquement, celui de la création de nouvelles collectivités (communes ou une autre appellation) qui se substitueraient aux communes (voire en laissant ces dernières pour la forme, mais dépouillées de leurs compétences). Les pouvoirs publics sont-ils prêts à « faire le saut » ? On peut en douter, mais c'est à une telle solution que, tôt ou tard, il faudra bien se résoudre.

## B – Les moyens des collectivités territoriales

Il n'y a pas de décentralisation sans moyens. Dans certains pays de magnifiques politiques de décentralisation sont décidées, des lois sont votées. Et toutes ces belles intentions s'évanouissent sur le terrain parce que les collectivités locales ne disposent d'aucun moyen, ni humain, ni financier, ni matériel. La décentralisation, quelle que soit la bonne volonté des dirigeants du pays (bonne volonté qui de surcroît peut n'être qu'une apparence pour satisfaire les institutions internationales pourvoyeuses d'aides), ne peut qu'être vidée de sa signification et de sa portée.

a) – Les personnels des collectivités territoriales

### **Des revendications contradictoires**

Les collectivités locales doivent pouvoir disposer d'un personnel à la fois suffisant et compétent pour mettre en œuvre la politique décidée par leurs organes représentatifs. S'agissant de la France la mise en place de ce personnel n'a pas été une mince affaire. Il fallait satisfaire simultanément deux exigences parfaitement opposées, celles des élus locaux, d'un côté, celles des personnels de l'autre.

Du côté des élus locaux la revendication était, comme l'on peut s'en douter, de la plus grande liberté possible. Ce fut la situation qui caractérisa notre pays à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et au début du XX<sup>ème</sup> siècle. Les élus – entendons par là essentiellement les maires car les départements étaient gérés, du fait de la forte présence du préfet, qui en était l'exécutif, par des personnels d'Etat, et les régions n'existaient pas – souhaitaient recruter leurs personnels comme ils voulaient. Les recrutements étaient avant tout commandés par les préoccupations locales, qui consistaient d'abord à chercher à s'assurer le vote des électeurs.

Ces recrutements étaient des recrutements de personnels peu compétents, recrutés par amitié politique ou pour satisfaire une demande, qui pouvait par ailleurs être légitime : il suffit de penser aux veuves de la guerre de 1914-1918 qui demandaient, pour elles ou pour un de leurs enfants, ou leur enfant (cas de figure fréquent pour des raisons évidentes) une place à la mairie pour vivre ou survivre tant bien que mal. Ces pratiques se sont poursuivies longtemps ... et elles sont loin d'avoir disparu, pour ce qui concerne les recrutements des personnels de catégorie C.

Du côté des personnels la revendication était exactement inverse, elle le demeure : ces personnels désirent disposer de la plus grande sécurité possible, donc ont demandé le statut de la fonction publique (nous sommes en France ...). Et comme il ne pouvait être question, naturellement, de faire de ces personnels des personnels de la fonction publique de l'Etat, ce qui n'aurait eu aucun sens, la seule solution était d'instituer une nouvelle fonction publique, sachant qu'il existe déjà, à côté de la fonction publique d'Etat, une autre fonction publique, la fonction publique hospitalière (puisqu'il ne faut pas oublier qu'en France les établissements hospitaliers sont, pour la plupart, des établissements publics), certes très particulière du fait des fonctions exercées. Il n'a jamais été question, en revanche, de créer trois fonctions publiques locales, une par catégorie de collectivités, du fait de l'égalité (constitutionnelle) des collectivités territoriales, l'idée étant bien entendu que les agents pourraient passer d'une collectivité à une autre.

### **Les traits de la fonction publique territoriale**

Et c'est ainsi qu'a été instituée la fonction publique territoriale. Cette fonction publique présente des traits particuliers, à commencer par son existence même : il peut paraître étonnant que dans le cadre de la décentralisation on établisse un statut qui soit le même partout en France et qui, de ce fait, a appelé la création d'une institution nationale, le Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) lequel, en toute logique, apparaît, par lui-même, comme une contradiction par rapport à l'idée de décentralisation. Mais on ne peut oublier qu'en France le sentiment et l'exigence d'égalité sont tels que les pouvoirs publics doivent en permanence composer, et que toute solution, en ce domaine comme en d'autres, se traduit nécessairement par des compromis.

Cette fonction publique territoriale comporte d'autres caractéristiques. L'une d'elles est le poids ou l'importance (comme l'on veut ...) de la législation et de la réglementation : il ne se passe pas une année sans qu'interviennent plusieurs

modifications de la loi de 1984 (et, naturellement, de tous les textes d'application). Cette loi prend une allure un peu « monstrueuse » du fait de toutes ces modifications qui se traduisent souvent par des ajouts. Et l'un des autres traits, en partie lié au précédent, est l'importance du contentieux de la fonction publique territoriale. L'existence de textes entraîne toujours une certaine jurisprudence mais en l'espèce celle-ci a crû et embelli, comme l'on dit, du fait des conflits (nombreux) qui opposent des agents à leur collectivité.

Les élus locaux cherchent par tous les moyens à contourner les règles, au demeurant compliquées. Selon les études qui ont été conduites toutes les collectivités territoriales seraient plus ou moins en infraction par rapport à la loi, c'est-à-dire ne respecteraient pas toujours les règles. Celles-ci seraient d'ailleurs parfois inapplicables ... Cela explique aussi, en partie, le contentieux. Les élus locaux, mais surtout les élus communaux, exploitent les champs de liberté que leur laisse la loi, notamment en ce qui concerne le recrutement des agents de catégorie C, soumis à des règles bien moins contraignantes que les autres catégories de personnels. Et la Cour des comptes n'a pas manqué de faire remarquer, et de critiquer, le fait que depuis plusieurs années l'augmentation du nombre de fonctionnaires est largement due à ces recrutements. Cela pèse aussi, par définition, sur les finances locales.

b) – Les moyens financiers

### **La quadrature du cercle**

Les moyens des collectivités territoriales sont également des moyens financiers. La littérature sur le sujet est impressionnante, car le sujet est inépuisable, et il l'est depuis bien longtemps : en gros depuis la Révolution la question des finances locales se pose. La Révolution n'est d'ailleurs pas seule responsable : si le roi a été appelé à intervenir, par l'intermédiaire de ses agents, notamment les intendants, c'est bien parce que les communautés géraient mal et qu'un certain nombre d'entre elles se trouvait en état de quasi-faillite. Depuis fort longtemps, donc, on cherche, sans l'avoir trouvée pour l'instant, la recette miracle qui réglerait les problèmes financiers des collectivités territoriales. Mais apparemment le problème n'est pas seulement français ...

Les collectivités territoriales souhaitent disposer de ressources sûres et évolutives (c'est-à-dire en augmentation constante) dont elles puissent faire l'usage qu'elles veulent. Autant dire que c'est un programme impossible à satisfaire, la « quadrature du cercle » comme l'on dit. Les finances locales, si elles sont distinctes des finances étatiques, ne peuvent pas en être totalement séparées, ne serait-ce que parce que, indépendamment de la décentralisation elle-même, des décisions prises à l'échelon central ont une répercussion à l'échelon local. De nombreuses lois ont un effet sur les finances locales parce qu'elles comportent des incidences financières : il suffit que la loi consacre un droit nouveau, ou décide par exemple l'attribution d'une prime à des agents, à plus forte raison s'il y a une augmentation du point d'indice de la fonction publique de l'Etat (ce n'est pas d'actualité, les salaires sont bloqués depuis un certain temps et pour un certain temps ...) pour que cela ait une incidence directe sur les finances locales. Il en est encore plus ainsi si les dispositions fiscales sont modifiées, ce qui est le cas régulièrement.

### **Querelles et malentendus**

Mais ce ne sont pas ces aspects qui sont véritablement à la source de querelles entre l'Etat et les collectivités territoriales. La première grande source d'opposition porte sur les ressources qui peuvent ou/et doivent être celles des collectivités territoriales. De manière classique, et comme dans tous les pays, le premier choix à faire est entre la

fiscalité directe et fiscalité indirecte, sachant qu'il ne peut jamais y avoir de choix exclusif en faveur de l'une ou de l'autre, et que tout système de fiscalité locale est un mélange, dans des proportions variables, de fiscalité directe et de fiscalité indirecte. Et, liée à cette question, se pose la question de la part de la fiscalité propre et de la part de la fiscalité d'Etat.

Car dans tous les pays les collectivités locales perçoivent une partie de leurs ressources, qui peut être l'essentiel de celles-ci, de l'Etat. Une raison simple l'explique : les communes sont plus ou moins riches parce que plus ou moins bien situées, plus ou moins dotées par la nature et par les hommes, et les élus locaux ne sont pour rien dans cette situation, même si, bien entendu, certains sont plus imaginatifs que d'autres et peuvent transformer leur collectivité (c'est bien ce qui justifie en partie des élections pluralistes). Certaines parties du territoire ont une activité plus faible que d'autres, sont moins attractives ou ont été désertées.

Si on construisait une fiscalité locale uniquement sur une fiscalité propre localisée, il en résulterait des inégalités flagrantes et une injustice qui le serait tout autant. Les subventions, traditionnelles, ont été transformées en dotations, supposées se différencier des subventions par leur caractère global et par leur caractère non affecté. Mais la multiplication des dotations et, à l'intérieur des subventions, de « concours » a quelque brouillé l'image des dotations, qui tendent à ressembler quelquefois à des subventions.

### **Les compensations**

Mais le problème qui divise le plus est celui des compensations des transferts de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales. *A priori* les choses devraient être simples : lorsque l'Etat transfère une compétence qu'il détenait ou exerçait jusque-là à une ou plusieurs catégories de collectivités territoriales, il doit transférer les ressources correspondant au coût de l'exercice de la compétence. Le principe n'a jamais été discuté, il a été consacré par la loi et même par la Constitution.

Mais l'application des principes est beaucoup plus problématique. Lorsque des compétences sont ainsi transférées il n'est pas rare qu'un certain temps après les élus locaux parlent de « marché de dupes ». Comment cela est-il possible ? La réponse est relativement simple. L'Etat transfère aux collectivités territoriales les ressources qu'il consacrait effectivement à la compétence transférée, ce qui est conforme aux textes. Mais les collectivités territoriales font valoir qu'elles font un marché de dupes parce que elles se jugent obligées de consacrer, de fait, plus d'argent à cette compétence que celui que l'Etat dépensait, parce que l'Etat, selon les collectivités en question, ne mettait pas de sommes suffisantes.

L'exemple classique qui est donné est celui des routes. L'Etat a transféré aux départements une partie des routes classée jusque-là dans la voirie nationale et a transféré les sommes qu'il consacrait lui-même à ces routes. Le calcul n'est pas contesté, mais les départements font valoir que l'Etat entretenait mal les routes, qu'ils sont obligés d'affecter à l'entretien de ces routes des sommes plus importantes que celles qu'ils ont perçues à la suite du transfert. Ce raisonnement est tenu à peu près dans tous les domaines, et l'on comprend que les discussions entre l'Etat et les représentants des collectivités territoriales puissent tourner rapidement au « dialogue de sourds ».

### **La question des financements croisés**

Un autre aspect sensible, en matière financière, est la question des « financements croisés ». Cette appellation désigne la pluralité voire la multiplicité des financements pour une même opération ou un même investissement. On parle aussi de « cofinancement » qui désigne la même réalité, mais l'expression « financements croisés » l'a emporté. L'explication du développement et du succès de ces financements croisés est simple.

Une collectivité locale – généralement une commune – souhaite réaliser un équipement, mais constate qu'elle ne peut seule, ni même avec une subvention de l'Etat, mener à bien l'opération. Elle se tourne alors vers les autres collectivités (département, région) et éventuellement des établissements publics intéressés (par exemple l'ADEME si l'on peut faire valoir des économies d'énergie), sans compter l'Europe qui est également sollicitée à travers plusieurs de ses fonds. En quelque sorte, la collectivité « fait la quête » autour d'elle pour obtenir des financements complémentaires.

On voit bien les avantages de la formule, et c'est bien pourquoi elle a eu beaucoup de succès. On en voit bien également les inconvénients, dénoncés par les autorités centrales : d'abord, il suffit que l'un des financeurs fasse défaut pour que l'opération ne puisse se faire ; ensuite, cela complique et obscurcit beaucoup le processus ; enfin ce procédé pousse à la dépense en un temps où il s'agit à l'inverse de les réduire. Ces objections expliquent que le législateur ait cherché, dans la loi du 16 décembre 2010, à limiter les financements croisés. Mais les règles posées sont tellement compliquées et peu claires que l'on peut douter de l'utilité de ces dispositions et même de leur efficacité.

Relevons aussi que certains de ces financements peuvent être qualifiés de « subventions ». C'est là un terme qui paraît banal, que nous connaissons tous, mais qu'est-ce qu'une subvention ? La réponse est moins aisée qu'il n'y paraît. En ce qui concerne la France, d'une part, il n'existait pas, jusqu'à il y a quelques mois, de définition incontestable de la subvention : les auteurs donnaient bien, chacun de leur côté, des définitions, mais aucune ne s'imposait légalement. D'autre part, la distinction de la subvention et du marché public était loin d'être évidente, au point que le juge a procédé à plusieurs reprises à des requalifications de subventions en marchés publics. La distinction de la subvention et de la délégation de service public (DSP) n'était guère plus aisée et, là encore, des requalifications ont eu lieu. Dans la célèbre affaire *Commune d'Aix-en-Provence*, de 2007, relative au festival d'Aix, le juge, saisi d'un recours de contribuables contre la décision de la ville d'attribuer des subventions à l'association gérant le festival, a éprouvé des doutes : s'agissait-il bien d'une subvention (légale) ou d'une délégation de service public (alors illégale puisque attribuée sans mise en concurrence) ?

Pour ces raisons, le législateur a estimé nécessaire de clarifier la notion de subvention et une telle définition figure dans la loi 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire. Mais cette définition ne s'applique qu'aux subventions versées par des personnes publiques à des personnes privées. Les subventions versées par l'Etat aux collectivités territoriales, ou par une collectivité territoriale à une autre personne publique (ce qui est parfaitement possible) ne sont pas soumises à la définition de la loi du 31 juillet 2014. Cela ne manquera pas de soulever maintes et maintes difficultés dans l'avenir.

## **II – LES RELATIONS ENTRE L'ÉTAT ET LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES**

Les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales étaient assez limitées au XIXème et durant la première moitié du XXème, elles se cantonnaient largement à l'exercice de la tutelle par les préfets sur ces collectivités. Le développement de la décentralisation, avec les transferts de compétences, avec les nouveaux pouvoirs reconnus aux collectivités territoriales qui se sont enrichies d'une catégorie nouvelle, la région, a renouvelé les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. Et la nouveauté est aussi le développement de relations entre les collectivités territoriales.

## **1 – Le renouvellement des relations entre l’Etat et les collectivités territoriales**

Les relations entre l’Etat et les collectivités territoriales se sont renouvelées en ce sens qu’elles ne sont plus seulement des relations d’autorité, mais également des relations de coopération.

A – Le renouvellement des relations d’autorité

a) – Une évolution trop évidente : la suppression de la tutelle

### **Le contrôle de l’Etat sur les collectivités territoriales : quel contrôle ?**

Les relations d’autorité ne peuvent disparaître pour la raison simple que les collectivités territoriales, même dotées de compétences et de pouvoirs étendus, n’en demeurent pas moins soumises à la loi, qu’elles doivent respecter. Tous les citoyens doivent naturellement respecter la loi, pourquoi alors mettre en place un système particulier en ce qui concerne les collectivités territoriales ? Une réponse non satisfaisante pourrait être qu’il doit en être ainsi parce qu’il en a été ainsi. Naturellement un tel argument – qui n’est pas invoqué – pourrait très facilement être retourné, et l’on pourrait faire valoir, à l’inverse, que ce qui a été ne peut plus être, parce que le monde a changé, que les collectivités locales comme la société ont changé, ce qui implique nécessairement un changement des méthodes du passé, un changement de paradigme, comme il est d’usage de parler aujourd’hui. Et c’est bien cet argument qui a conduit à la suppression de la tutelle.

Mais, en même temps, on ne peut pas mettre les collectivités locales et les citoyens sur le même plan. Les premières sont des personnes publiques, ce qui induit un certain nombre de conséquences, d’obligations que n’ont pas à respecter, ou pas de la même manière, les personnes privées. Les collectivités territoriales sont, dans la conception française, des personnes administratives, les autorités qui les dirigent sont des autorités administratives, non des autorités politiques, ce qui entraîne, sur le plan juridique, un certain nombre de conséquences. La transformation de la relation d’autorité est donc le passage d’un contrôle de tutelle à un contrôle administratif exercé par le représentant de l’Etat.

La relation traditionnelle, la seule relation pratiquement, qui existait entre l’Etat et les collectivités locales était la relation de tutelle. Malgré tous les efforts que l’on a faits pour atténuer la portée du terme, la tutelle demeure ce qu’elle désigne : une relation d’inégalité entre un supérieur et un inférieur. L’institution de la tutelle sur les collectivités locales – en fait sur les communes, puisque les départements étaient de fait contrôlés par le préfet – a été fondée sur la méfiance du pouvoir central à l’égard des collectivités locales. Il faut reconnaître que cette méfiance trouvait quelques justifications, les communes ayant pour un certain nombre d’entre elles mal géré et connaissant des problèmes financiers récurrents.

### **Une tutelle prégnante mais aussi évolutive**

La tendance à la centralisation en France s’est nourrie de cette méfiance en même temps que de l’aspiration à l’égalité des citoyens qui a conduit à remettre à l’Etat le soin d’intervenir pour corriger les inégalités. Et lorsque des habitudes sont prises, il est toujours difficile de s’en défaire. Les administrations centrales ont pris l’habitude, au fil du temps, de régenter les collectivités locales, notamment à travers les circulaires qu’elles édictaient. Ces circulaires, qui relèvent de l’infra-réglementaire et ne devraient



pas, en principe, avoir d'effet en dehors de l'administration, en dehors du cercle de fonctionnaires concernés, ont été un instrument redoutable de centralisation, d'autant plus difficile à combattre qu'il était insidieux. Et au fur et à mesure que le temps s'écoulait, la tutelle des préfets devenait de plus en plus bénigne, ou acceptable, tandis que, parallèlement, les administrations centrales aggravaient leur emprise, à la fois sur leurs services (appelés alors « extérieurs » avant de s'appeler « déconcentrés ») et sur les collectivités locales.

Autrement dit, la tutelle avait beaucoup évolué, sans que les manuels de droit rendent compte de cette évolution : la tutelle officielle, exercée par le préfet, était devenue beaucoup plus acceptable qu'avant tandis que s'étaient développées d'autres tutelles, non officielles, mais réelles, tutelle financière (exercée par des institutions financières diverses, notamment ce qui était, à l'époque, la Caisse d'aide à l'équipement des collectivités locales, CAECL, qui était la source principale de prêts aux collectivités locales) et tutelle technique (par la multiplication des normes obligatoires, normes contrôlées par des agents de l'Etat).

### **Nécessité de la suppression de la tutelle ... et nécessité du maintien d'un contrôle**

Le système n'était plus tenable parce n'étant plus acceptable, c'est pourquoi la tutelle administrative et la tutelle financière ont été supprimées. Il faut relever que la suppression de la tutelle n'est pas totale, contrairement à ce qu'écrivent encore certains manuels, puisque la tutelle technique a été « allégée » (la loi porte un titre ayant cet intitulé « De l'allègement de la tutelle technique »), l'allègement n'étant pas une suppression. Sous cette réserve c'est bien un nouveau système qui a été mis en place. Ce nouveau système semblait être équilibré : les collectivités locales (ou territoriales) n'étaient plus soumises à la tutelle du préfet, pouvaient donc librement adopter les actes qu'elles jugent nécessaires à la conduite de la politique locale, qu'il s'agisse d'actes unilatéraux ou de contrats ; mais l'Etat se réservait un contrôle, reposant, comme c'est logique dans un Etat de droit, principalement sur le juge.

Il faut rappeler en quelques mots certains points essentiels. Les collectivités territoriales sont soumises au droit, la suppression de la tutelle ne pouvait signifier qu'elles étaient libres de faire ce qu'elles voulaient. C'est pourquoi a été institué un contrôle administratif assuré par le représentant de l'Etat, le préfet.

Deux points méritent d'être rappelés à cet égard. D'une part, ce contrôle administratif n'est pas un pouvoir d'empêcher, c'est en quelque sorte un pouvoir de veille qui est confié au préfet, celui de veiller au respect de la légalité. Il n'y a rien à redire à une telle prérogative, qui n'entraîne comme obligation, pour les collectivités territoriales, que de transmettre leurs actes – plus exactement un certain nombre d'actes – au représentant de l'Etat, afin que celui-ci puisse vérifier la légalité desdits actes et, dans le cas de suspicion sur cette légalité, non pas de paralyser lui-même l'exécution des actes, mais de saisir le juge administratif afin que ce dernier puisse, lui, se prononcer sur la légalité des actes.

D'autre part, dans l'une de ses deux décisions du 25 février 1982, le Conseil constitutionnel avait rappelé solennellement, et dans une rédaction soignée, que la loi fixant les conditions de la libre administration doit respecter les prérogatives de l'Etat énoncées à l'alinéa 3 de l'article 72 et que : « ces prérogatives ne peuvent être ni restreintes, ni privées d'effet, même temporairement ; (...) l'intervention du législateur est donc subordonnée à la condition que le contrôle administratif prévu par l'article 72, alinéa 3, permette d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux auxquels, de surcroît, se rattache l'application des engagements internationaux contractés à cette fin ».

## b) – Les suites de la suppression de la tutelle

Les choses n'ont pas évolué comme on aurait pu le penser ou comme on aurait pu le craindre. L'une des craintes a été, dans les premières années qui ont suivi la suppression de la tutelle administrative, que les préfets ne cherchent à « récupérer » leur pouvoir d'une manière ou d'une autre. Certains ont même affirmé que cela ne changeait pas grand-chose alors qu'en réalité tout était changé. Les évolutions qui se sont produites sont de trois ordres.

### **Des citoyens moins revendicatifs que prévu**

En premier lieu, à partir du moment où les actes des collectivités territoriales devenaient exécutoires, sous réserve de la transmission au préfet signalée plus haut et, naturellement, de la publicité donnée à l'acte (publicité pouvant se faire, selon la nature des actes, par la publication ou par un autre mode de publicité, deux modes étant parfois exigés comme pour le permis de construire soumis à la double publicité de la publication et de l'affichage sur le terrain), les citoyens pouvaient, à condition de faire valoir un intérêt suffisant, attaquer directement ces actes devant le juge administratif. Et, certes, il y a eu quelques recours de citoyens ayant donné lieu à des arrêts importants (comme précisément celui qui concerne Aix-en-Provence pour la décision du Conseil d'Etat de 2007, les habitants ayant fait leur recours à titre de contribuables de la commune), mais il n'y a pas eu cette « marée » de recours que certains craignaient de la part des habitants des communes.

### **Du préfet au juge**

En second lieu, le rôle essentiel, en matière de contrôle des collectivités territoriales, est désormais détenu par le juge, c'est-à-dire le juge administratif. Il est devenu le seul « juge » de la légalité des actes des autorités administratives, ce qui est conforme à l'Etat de droit. Mais cette compétence du juge administratif qui ne soulève ni difficulté ni contestation, a eu d'autres incidences, auxquelles on n'avait pas nécessairement pensé.

Les élus locaux n'ont pas nécessairement fait une « bonne affaire » dans la substitution du juge au préfet comme contrôleur de la légalité. Car, par définition, le juge ne prend en compte que des arguments juridiques, alors que le préfet pouvait être sensible à d'autres arguments. En d'autres termes, il était possible, dans un certain nombre de situations, de « composer » avec le préfet, qui pouvait « fermer les yeux » sur certaines illégalités. C'était un intérêt bien compris des deux côtés : le préfet est une autorité administrative, c'est aussi un agent « politique » et entre un élu local et le préfet il pouvait y avoir du « donnant-donnant ». Cela n'est évidemment pas possible avec un juge : l'acte est légal ou illégal, et s'il est illégal il est annulé, nonobstant les autres considérations. Certes, le contrôle par un juge n'est pas parfait (comment pourrait-il l'être ?), le Conseil d'Etat peut être sensible à certaines considérations que lui fait valoir le gouvernement dans l'appréciation de la légalité, mais en tout état de cause le contrôle juridictionnel est beaucoup plus « objectif » (on serait tenté de dire : au double sens du terme, sens courant et sens contentieux) que le contrôle par une autorité administrative.

### **L'effacement du contrôle du préfet**

En troisième lieu, et c'est le plus inattendu de l'histoire, le contrôle du préfet n'a pas été ce que l'on pensait, ce que l'on attendait : loin d'être rigoureux, strict, il s'est réduit, racorni, il ne joue plus son rôle. C'est un très sérieux rapport parlementaire,

cependant a priori favorable aux collectivités territoriales, qui a regretté l'effondrement du contrôle du préfet et qui a parlé, à propos de ce contrôle, de « passoire ». Rome n'est plus dans Rome ... Que s'est-il donc passé pour que ce contrôle, cependant jugé essentiel par le Conseil constitutionnel en 1982, ne soit plus que l'ombre de lui-même ?

L'explication est au fond relativement simple : le préfet ne contrôle plus parce qu'il n'a plus les moyens de contrôler. Ce constat (que certains refusent encore de faire) trouve ses causes dans les évolutions suivantes. D'un côté, le nombre d'actes des collectivités territoriales a crû dans des proportions sans commune mesure, sans comparaison possible, avec le passé. Plusieurs millions d'actes sont pris chaque année, ceci étant dû à la montée en puissance des collectivités territoriales, à la multiplication de leurs interventions consécutive aux transferts de compétences dont il a été question plus haut. Or, non seulement les moyens humains et matériels des préfetures n'ont pas augmenté pour faire face à cet afflux d'actes, mais ils ont diminué. Les services de contrôle des préfetures sont dans l'incapacité de contrôler ce flot constant d'actes des autorités locales.

### **Que faire ?**

Que faire pour donner l'impression que l'Etat n'a pas démissionné ? Les solutions qui ont été adoptées pour « garder la face » sont parfaitement hypocrites et ne font guère illusion. On a décidé, à plusieurs reprises, de réduire le nombre d'actes soumis à l'obligation de transmission. Et, certes, dans quelques cas on pouvait penser qu'effectivement il n'était pas absolument indispensable que certains actes fussent soumis à une telle obligation. Mais au fur et à mesure des réductions, des suppressions d'actes de la liste, c'est le pouvoir de l'Etat qui est peu à peu grignoté. Au surplus, cela n'a fait que faire remonter légèrement le taux de déférés préfectoraux, qui demeure ridiculement bas, ceci n'étant pas dû à un respect qui serait parfait de la légalité par les collectivités locales.

D'où une seconde solution, que l'on cherche à habiller du mieux que l'on peut en utilisant de belles formules, et qui consiste à faire des contrôles sur des champs privilégiés, et par sondages. On sait en effet que les illégalités éventuelles se concentrent dans certains domaines que l'on a parfaitement identifiés, comme la fonction publique territoriale (où nous avons vu que les illégalités étaient innombrables), les marchés publics et l'urbanisme. Ainsi, et paradoxalement, le contentieux local devant le juge administratif a augmenté dans des proportions considérables (il n'est pas le seul...) alors que le représentant de l'Etat peine à assurer effectivement le contrôle que la Constitution lui confie.

### **B – Le développement de relations de coopération**

On l'a bien vu par l'histoire des collectivités locales en France : la coopération avec l'Etat n'est pas « naturelle », les relations entre l'Etat et ces collectivités ont été bien plus souvent des relations d'opposition que de coopération. La coopération s'est imposée parce que, à la fois, l'Etat a besoin des collectivités territoriales et celles-ci ont besoin de l'Etat. Cette coopération s'exprime principalement sous forme contractuelle ou simili-contractuelle, ce dernier qualificatif étant expliqué ci-après. On peut distinguer deux formes de coopération en fonction du consensualisme plus ou moins grand dans la conclusion de ces accords.

#### a) – La coopération obligée

L'expression utilisée de « coopération obligée » est préférée à celle de « coopération » imposée, car il ne s'agit pas véritablement d'une coopération imposée mais, en même temps, c'est une coopération qui, pour les deux parties, est quelque peu inévitable. Cette coopération obligée résulte à la fois des transferts de compétence qui ont été opérés et de l'exercice par les collectivités territoriales de leurs compétences.

#### **La coopération résultant des transferts de compétences**

Les transferts de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales sont, par définition, décidés par la loi, mais ils ne peuvent s'opérer de manière unilatérale parce qu'ils impliquent un certain nombre de modifications qui ne peuvent être apportées que s'il y a accord entre les parties. En particulier les transferts de compétence entraînent nécessairement un transfert de services qui passent de l'Etat à une ou plusieurs catégories de collectivités territoriales.

D'une part, il faut fixer l'étendue (le « périmètre » comme l'on aime dire aujourd'hui) des services à transférer, et les conditions, notamment financières du transfert. D'autre part, il faut, encore plus, se mettre d'accord sur le statut du personnel faisant partie des services transférés. Ces personnels acquièrent-ils obligatoirement le statut de la fonction publique territoriale et perdent-ils de ce fait leur appartenance à la fonction publique de l'Etat ? A l'évidence, une telle automaticité était impossible car inacceptable pour les personnels.

La solution retenue a été celle du choix laissée à ce personnel mais, compte tenu des situations variables que l'on pouvait constater d'une collectivité à l'autre, les détails de ce transfert ne pouvaient être réglés que par convention, et non par la loi ou des textes réglementaires. Des conventions de transferts de services ont donc été passées chaque fois qu'un domaine jusque-là de la compétence de l'Etat était transféré aux collectivités territoriales, à part un domaine, dans lequel il n'y a pas eu de convention de transfert de services parce que le personnel ne pouvait pas devenir un personnel de la fonction publique territoriale, l'éducation.

Lorsque l'on dit « impossibilité », il ne s'agit évidemment pas d'une impossibilité juridique car, sur le plan juridique, rien n'empêche ou n'empêcherait que des personnels enseignants – par exemple pour l'école primaire – deviennent des personnels de la fonction publique territoriale. Mais, on l'aura compris, en France il était, et il demeure, politiquement impensable que ce personnel enseignant, quel qu'il soit, acquière le statut de la fonction publique territoriale. Ce serait un *casus belli* tel qu'aucun gouvernement ne s'engagera jamais dans cette voie. Et il est très caractéristique qu'en 1984 même les plus « libéraux » parmi les parlementaires des deux chambres n'ont pas demandé un tel transfert.

C'est dire qu'en France, d'une part, il est admis et contesté par personne (ou si peu de monde ...) que l'éducation doit d'abord être l'affaire de l'Etat, les collectivités territoriale ne pouvant avoir, et devant avoir, des responsabilités, notamment dans la construction des établissements, sans compter une certaine participation des élus locaux dans les conseils. Mais tout ce qui concerne la pédagogie, les examens et les diplômes, sans compter naturellement les personnels enseignants dont il a été question ci-dessus, est considéré comme devant relever de l'Etat.

#### **La coopération résultant de l'exercice des compétences**

La coopération obligée est également celle qui résulte de l'exercice des compétences qui ont été dévolues aux collectivités territoriales. Quel que soit le domaine

considéré, et même dans le cas où le transfert a été très important, comme celui des autorisations d'urbanisme, il subsiste certaines compétences à l'Etat, même si c'est de manière subsidiaire.

D'une manière ou d'une autre, l'Etat et les collectivités territoriales sont amenés à se rencontrer, à échanger, à s'accorder. Un domaine particulièrement significatif est celui de l'éducation, dont il a déjà été question. Si les collectivités territoriales n'ont que des responsabilités et non des compétences en ce domaine, en revanche il est apparu indispensable de trouver un équilibre chaque fois que les collectivités intervenaient.

Le domaine de l'éducation comporte, comme d'autres sans doute, mais plus que d'autres, un grand nombre de conseils et commissions plus ou moins importants. Les collectivités territoriales y sont représentées, l'Etat également. Pour garder la balance plus ou moins égale il a été décidé pour certains de ces conseils qu'ils seraient alternativement présidés par le représentant de l'Etat (le recteur pour l'éducation, mais ce peut parfois être le préfet) et par un élu local. Ce mécanisme implique nécessairement une coopération entre l'Etat et les collectivités territoriales pour éviter un blocage de l'institution.

#### b) – La coopération recherchée

La coopération demandée est celle qui est souhaitée, tantôt par l'Etat, tantôt par les collectivités territoriales, ou par les deux en même temps, chaque partie trouvant un intérêt à cette coopération.

### **Les motifs de l'Etat**

En ce qui concerne l'Etat, ce dernier propose aux collectivités territoriales une coopération sous forme de « conventions » pour diverses raisons qu'il est difficile de démêler, bonnes et moins bonnes raisons étant étroitement liées.

L'un des motifs les plus valides de ces propositions de coopération est le souci d'instituer une cohérence dans les politiques publiques : l'Etat est compétent pour intervenir, les collectivités territoriales le sont également, parfois à des titres différents, et parfois parce que la compétence est inévitablement partagée. C'est le cas, par exemple, de la culture, mais le domaine social – extrêmement vaste – est également un domaine de compétences partagées. La politique de la ville se prête particulièrement à un tel conventionnement car toutes les collectivités sont concernées, intéressées, l'Etat comme les communes mais également les établissements publics de coopération (EPCI ou syndicats mixtes). Il serait contre-productif et contraire à l'intérêt général que chaque collectivité mène sa politique de son côté, sans se soucier de ce que font les autres. Le conventionnement permet en principe d'éviter ces incohérences.

Un deuxième motif, parfaitement compréhensible, est d'« optimiser » comme l'on dit, la dépense publique, ou, si l'on préfère, la rendre plus efficace : si chacun agit de son côté, outre les risques de doublon, on peut penser que l'on parvient à un meilleur résultat si l'on s'associe. C'est un peu l'application de l'adage « l'union fait la force ». L'ampleur des besoins et l'augmentation des coûts sont telles qu'il est indispensable qu'au-delà des principes de décentralisation, et sans mettre en échec celle-ci, une véritable coopération s'institue entre l'Etat et les collectivités territoriales pour le bien des citoyens.

Un troisième motif de contractualisation est moins avouable, c'est celui de faire participer financièrement les collectivités territoriales à des politiques de l'Etat, des politiques dont celui-ci a la responsabilité. L'Etat n'ayant pas ou plus les moyens de la politique qu'il souhaite conduire sollicite les collectivités territoriales afin que celles-ci contribuent, mettent « la main à la poche », pour reprendre une formule populaire.

## **Les motifs des collectivités territoriales**

En ce qui concerne les collectivités territoriales, celles-ci sont également demandeurs de coopération avec l'Etat. L'Etat peut apporter une part du financement, ce qui est une raison de coopérer, l'argument étant réversible comme nous l'avons vu : chacun est « gagnant » en apportant une part de financement et d'ailleurs, dans la loi du 16 décembre 2010, si les financements croisés entre collectivités territoriales sont limités, encadrés, cantonnés, en revanche il n'y a pas de telles limitations s'il s'agit d'un financement croisé avec l'Etat.

Une autre raison incite les collectivités territoriales à coopérer avec l'Etat, une raison que l'on ne trouve pas dans tous les pays : une association avec l'Etat avec la caution de ce dernier. Si l'Etat participe, c'est que l'opération mérite d'être poursuivie, l'Etat apporte une légitimité ou un surcroît de légitimité. Il n'en sera peut-être pas toujours ainsi mais, pour l'heure, les collectivités locales attendent toujours de l'Etat cette légitimation.

## **Le « partenariat »**

Cette coopération recherchée prend souvent aujourd'hui le nom de « partenariat ». Le partenariat est plus qu'à l'ordre du jour, il est à la mode et, un peu dans tous les domaines, il est question de partenariat. Le terme séduit, il est volontiers utilisé comme signe de la bonne volonté des intéressés, leur sens de l'ouverture. En un temps où il est de bon ton d'être « dans le vent », ce terme partenariat ne peut qu'avoir un grand succès car il semble faire disparaître comme par enchantement les difficultés : à partir du moment où l'on est partenaire, on n'est plus ennemi. Le partenariat suppose le dialogue, il implique, parfois de manière subliminale, l'égalité, ce qui ne peut que satisfaire les divers intéressés.

De fait, dans un certain nombre de domaines, ce partenariat est non seulement logique mais indispensable. Le domaine des risques en fournit une illustration : les risques, qu'ils soient naturels ou technologiques, ne peuvent être laissés, qu'il s'agisse de la prévention, de la prévision (quand cela est possible) de la protection ou de la mise en œuvre des moyens de lutte, à la seule compétence des collectivités territoriales. Un argument majeur exclut une telle solution : les risques – par exemple une inondation, qui est le risque naturel le plus important en France pour les communes – ignorent les limites administratives. Laisser les collectivités territoriales prendre seules les décisions peut donner des résultats désastreux. L'Etat doit donc intervenir, il doit disposer de compétences en ce domaine. Mais, parce qu'une catastrophe est par définition territoriale, qu'elle concerne un certain nombre de collectivités, celles-ci ne peuvent être laissées à l'écart. Leur intervention est aussi indispensable que celle de l'Etat, mais elle doit être coordonnée. D'où ces différents plans et schémas de prévision des risques qui sont adoptés « en concertation » avec les collectivités territoriales.

## **Les contrats de plan Etat-régions**

Les contrats de plan Etat-régions (CPER) représentent peut-être l'expression la plus aboutie de cette coopération. Ces CPER ont été – nous allons voir pourquoi il faut peut-être en parler au passé – un instrument très original de coopération entre l'Etat et les régions (les autres catégories de collectivités n'étaient pas exclues par la loi mais, de fait, le système mis en place était orienté vers les régions, et les contrats n'ont été passés qu'avec elles).

La loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification décidait que l'Etat pourrait passer des contrats de plan avec les régions en vue de l'exécution du plan de la nation. De tels contrats, appelés, donc, CPER, ont été conclus à partir de 1984, avec une

première « génération » de contrats de plan à laquelle ont succédé d'autres générations, la durée de ces CPER pouvant varier (il n'est pas rare qu'ils aient été prolongés d'un an, voire de deux ans, pour différentes raisons) mais étant normalement de cinq ans (avec une tendance à un allongement à une durée de six ans).

Les CPER ont soulevé de nombreuses questions, à commencer par celle-ci, qui pourrait paraître superfétatoire : ces contrats en sont-ils ? Sans nous appesantir sur cette question, qui appellerait de longs développements, soulignons seulement que le Conseil d'Etat était quelque peu réticent à reconnaître la nature de contrats à ces CPER car ces derniers ne ressemblent que de loin à de véritables contrats, c'est-à-dire n'en présentent que des caractéristiques atténuées. Le Conseil a dû s'incliner, parce que la qualification légale de contrats était difficile à mettre en échec, mais il en a fait des contrats administratifs d'une nature un peu particulière, qui n'obéissent pas à toutes les règles du contrat administratif.

Ces contrats n'engeaient pas seulement les régions mais également d'autres collectivités territoriales, qui apportèrent d'ailleurs leur signature, bien que le contrat fût conclu par l'Etat avec les seules régions. Mais, surtout, un autre événement capital, de notre point de vue, s'est produit, la disparition *de fait* du plan de la nation, mais sans que les CPER qui en étaient l'instrument disparaissent.

A vrai dire, cette loi du 29 juillet 1982 fait aujourd'hui bien « datée », compte tenu des évolutions qui se sont produites depuis cette date en France et dans le monde. Elle ne serait plus applicable de nos jours, mais cela fait bien des années déjà qu'elle n'était plus, de fait, applicable. En revanche, les CPER se révélaient utiles, et des deux côtés on en souhaitait le maintien, c'est pourquoi le système a perduré malgré la disparition de son support juridique. Voulant moderniser les CPER les pouvoirs publics ont décidé en 2007 de les appeler contrats de projet Etat-régions, ce qui ne changeait pas le sigle, qui est resté celui de CPER.

Un nouveau changement est intervenu en 2014, les nouveaux pouvoirs publics revenant à l'appellation « contrats de plan Etat-régions » (CPER). Cela n'est pas logique puisqu'il n'y a plus de plan et bien que, d'une manière qui intrigue, le législateur, qui en aurait eu maintes fois l'occasion, n'ait jamais cru utile de modifier ou d'abroger la loi du 29 juillet 1982. Mais ce changement est moins anodin qu'il ne paraît. Les CPER ne sont plus, nonobstant leur appellation, des contrats conclus en application du plan de la nation puisqu'il n'y a plus de plan, ils ne peuvent donc être considérés comme étant les contrats de la loi de 1982.

Il en résulte, sur le plan juridique, que le Conseil d'Etat retrouve sa liberté de qualification et pourrait considérer que ces CPER ne sont plus des contrats. Il serait d'autant plus fondé à adopter cette position que les nouveaux CPER, qui doivent couvrir la période 2014-2020, et qui devaient être signés en juillet 2014 (mais qui ne l'ont pas été compte tenu de la transformation en cours des régions), présentent de moins en moins les caractères d'un contrat administratif.

## **2 – Les relations entre collectivités territoriales et entre elles et leurs établissements publics**

Si l'on se situe dans l'histoire, avec comme principale et quasiment unique catégorie de collectivités locales celle des communes (les départements existant depuis la Révolution, mais se trouvant jusqu'à une époque récente sous une dépendance étroite de l'Etat et étant avant un échelon de redistribution de fonds de l'Etat), le principe (non écrit ...) était plutôt celui de « chacun chez soi, chacun pour soi ». Ce n'est que très progressivement que les collectivités locales vont collaborer entre elles, et également, aujourd'hui, avec leurs établissements publics, compte tenu du développement de ces derniers.

## A – Les relations entre les collectivités territoriales

### a) – Les facteurs du développement des relations entre collectivités territoriales

Les mêmes facteurs qui ont joué dans le développement d'une coopération entre l'Etat et les collectivités territoriales jouent également entre ces dernières.

Le partage des compétences contraint les collectivités à collaborer entre elles parce qu'il est un enchevêtrement des compétences. Nous l'avons vu précédemment, l'idée, *a priori* séduisante, d'un partage des compétences par blocs de compétences s'est révélée impossible à mettre en œuvre. Le fait que le législateur de 2010, qui a supprimé la clause de compétence générale des départements et des régions (avant qu'elle ne soit rétablie par la loi du 27 janvier 2014 et avant d'être de nouveau supprimée par la prochaine loi ...) avait cependant maintenu une exception dans trois domaines, ce qui, dans son principe, témoignait d'une certaine impuissance du législateur à supprimer l'enchevêtrement. Ces trois domaines étaient la culture, le sport, le tourisme, ce qui, on en conviendra, n'est pas rien. Mais même dans les autres domaines, il est impossible d'affecter des compétences précises et tranchées à une catégorie de collectivités territoriales en interdisant aux autres de s'en occuper.

D'autres facteurs, liés au précédent, jouent également. Ainsi, traditionnellement le département vient en aide aux petites communes, communes rurales essentiellement. Cette aide peut prendre diverses formes, à commencer par l'aide financière. Mais l'aide peut également consister en un prêt de matériel, ou en l'offre de services. Les bibliothèques départementales de prêt (BDP) sont destinées notamment à venir soutenir la politique de la lecture dans le département, en particulier dans les petites communes qui n'ont pas de bibliothèque. Les « bibliobus » sillonnent la partie rurale du département pour proposer aux habitants le prêt d'ouvrages à prix extrêmement modiques, en vue de susciter et de favoriser la lecture. Dans le même ordre d'idées certains départements ont fait l'achat d'instruments de musique qu'ils mettent à la disposition des écoles de musique municipale, par le biais de syndicats mixtes.

### b) – Les champs de la coopération

#### **Le domaine de l'éducation**

Les domaines de la coopération sont d'abord ceux qui découlent des compétences transférées et du partage de ces compétences. Un domaine est, entre autres, significatif, celui de l'éducation, dans laquelle les collectivités se sont vu reconnaître des responsabilités importantes (sans qu'il s'agisse, redisons-le, un transfert de compétences). Le principe retenu par la loi est, en résumant, celui de la responsabilité de l'enseignement primaire à la commune, celui du premier cycle de l'enseignement secondaire aux départements (collèges), celui du second cycle de cet enseignement aux régions (lycées).

La coopération est indispensable, notamment entre départements et régions, à trois titres. Tout d'abord, il arrive encore qu'un collège et un lycée se trouvent dans un même bâtiment, ou partagent des locaux communs, même si avec la construction de nouveaux collèges et de nouveaux lycées cette situation se présente de moins en moins souvent. Dans une telle hypothèse il faut bien que le département et la région s'entendent sur les réparations à faire sur l'immeuble considéré, car on ne saurait évidemment admettre la solution absurde qui consisterait à partager un mur ou un toit en deux en fonction de la collectivité responsable ...

Ensuite, le législateur lui-même a mis en place un mécanisme que les circulaires ont vite qualifié d'« appel de responsabilité » (l'expression ne figure pas dans la loi, mais



est couramment utilisée dans le langage administratif). Il consiste pour une commune à « appeler » la responsabilité d'un collège ou d'un lycée, parce que la commune y trouve un intérêt. En d'autres termes la commune revendique cette responsabilité qui a été remise, selon les cas, au département ou à la région. Il est inutile d'entrer dans les détails des modalités de ces appels de responsabilité (il faut en parler au pluriel car il peut y avoir appel de responsabilité du fonctionnement de l'établissement, des équipements à réaliser, ou des deux à la fois), mais ce qu'il faut souligner c'est le fait que tout cela se traduit obligatoirement par un certain nombre d'actes qui sont des actes de nature contractuelle ou para-contractuelle.

Enfin, il y a des cas dans lesquels les élèves fréquentent un établissement, collège ou lycée, qui se trouve dans un département ou/et une région autre que leur département ou/et région de résidence. Dans ce cas, il faut régler la question de savoir quelle collectivité supportera, et dans quelles conditions, la charge de la scolarité de l'élève. La seule solution, là encore, est celle d'une convention passée entre les collectivités concernées. Et, au cas où les collectivités ne pourraient s'entendre, il reste la solution de l'arbitrage par le préfet.

Dans les projets actuels du gouvernement, et dans les perspectives à terme de suppression des départements, les régions devraient se voir reconnaître une responsabilité d'ensemble des établissements d'enseignement secondaire. Remarquons, d'une part, qu'il serait assez logique qu'une seule catégorie de collectivités soit responsable à la fois des collèges et des lycées car, outre qu'elle entraîne des complications administratives et des lourdeurs, cette dissociation n'est pas, selon les spécialistes de l'éducation, justifiée. D'autre part, et c'est l'ironie de l'histoire, il y a quelques années on avait déjà parlé de l'unification de la gestion des deux cycles de l'enseignement secondaire mais, à cette époque-là, c'étaient les départements qui revendiquaient la responsabilité de ces deux cycles ...

Dans le cas de réalisation d'un équipement important, qu'il soit dans le domaine social ou culturel, plusieurs collectivités coopèrent, c'est-à-dire s'engagent à financer une partie des investissements à réaliser, et une convention fixant ces engagements est alors indispensable. Ainsi par exemple, pour le musée Soulages, réalisé à Rodez après le don fait par l'artiste d'une partie importante de son œuvre, le financement a été assuré à raison de 11,5 millions d'euros par l'agglomération du grand Rodez, la région Midi-Pyrénées 4 millions, l'Etat une somme équivalente, le département de l'Aveyron 2 millions.

### **La coopération dans le cadre des schémas de développement et des contrats de plan**

La coopération est encore celle qui s'instaure dans le cadre des schémas de développement et d'aménagement durable du territoire (SRADDT) établis par la région. Ce schéma fixe, selon l'article L. 4251-1 du CGCT, les orientations mises en œuvre par la région, soit directement, soit par voie contractuelle avec l'Etat, d'autres régions, les départements, les communes ou leurs groupements, les entreprises publiques ou privées, les établissements publics ou toute autre personne morale. Les SRADDT sont encore régis par l'article 34 de la loi du 7 janvier 1983 qui, sur ce point (comme sur d'autres ...) n'est pas codifié. Ces dispositions sont très longues (le contraire serait surprenant en France) mais ce qu'il est intéressant de retenir, dans notre perspective, c'est que ce schéma est à la fois le déclencheur et l'instrument d'une coopération entre la région et les autres collectivités territoriales de la région.

Les contrats de plan Etat-régions dont il a été question précédemment sont tout autant des instruments de coopération entre chaque région et les collectivités territoriales qui en font partie qu'entre l'Etat et la région. Nous avons vu, en effet, que nonobstant le fait que lesdits contrats soient conclus, du côté des collectivités

territoriales, par la région, les autres collectivités territoriales participent également, ne serait-ce que financièrement, à des projets qui les intéressent. Cela implique la passation de toute une série d'accords entre ces collectivités, que l'on a qualifiés un temps de contrats de plan intra-régionaux. Quelle que soit l'appellation, qui n'a que peu d'importance, l'essentiel est l'existence de ce qu'un auteur a appelé une « nébuleuse contractuelle ». De fait, il a ainsi un nombre très élevé de conventions que personne n'a jamais dénombré (c'est probablement impossible) dont le degré de juridicité est parfois très faible, et qui ne donnent lieu à aucun contentieux parce qu'une collectivité mécontente ne veut pas se risquer à « fâcher » la région par un recours. Cela entretient au moins une activité administrative importante ...

## B – Les relations entre les collectivités territoriales et leurs établissements publics

La réforme territoriale n'est pas seulement celle des collectivités territoriales, c'est également celle des établissements publics, tout au moins des établissements publics territoriaux. Ces derniers représentent une véritable révolution silencieuse, qui s'est opérée très progressivement mais de manière continue.

### **Le temps des établissements publics de coopération**

Il serait impossible de parler des collectivités territoriales sans parler des relations entre les communes et les EPCI et, plus largement, les établissements publics à travers lesquels s'établit une coopération. Il faut rappeler qu'en France les EPCI sont nés précisément pour instituer une coopération que les communes n'établissaient pas spontanément pas entre elles : les « syndicats de communes » – telle est leur appellation, même si le terme de syndicat peut prêter à confusion (mais il s'explique historiquement par le fait qu'il s'agissait au Moyen Âge de syndic gérant les affaires locales, le terme de syndicat de communes se comprend donc très bien) – sont créés pour la première fois en 1890 pour permettre à des communes de joindre pour réaliser un équipement collectif. Il s'agissait de favoriser la réalisation de ce que l'on appelle les réseaux primaires, soit l'eau, l'assainissement et l'électrification. La formule des EPCI a prospéré en quelque sorte, la « famille » s'est élargie, à partir de 1959, avec de nouveaux EPCI, et, aujourd'hui, la diversité des EPCI est devenue impressionnante.

Les EPCI, plus généralement les établissements publics territoriaux, sont une institution étonnante par l'évolution que cette dernière a connue : ces établissements sont devenus un être administratif hybride, entre la collectivité territoriale et l'établissement public. J'aurais tendance à les comparer à cet animal auquel notre plus célèbre fabuliste fait dire « Je suis oiseau, voyez mes ailes/Je suis souris, vive les rats ». Mais ces êtres hybrides – ou si l'on préfère, pour être plus en phase avec les goûts de notre époque, mutants – sont bien pratiques pour contourner les structures rigides qui sont celles de nos institutions locales.

### **Une coopération indispensable**

Avec les EPCI la coopération est indispensable, parce que des compétences sont obligatoirement transférées des communes aux EPCI, d'autres compétences sont obligatoirement transférées, mais avec une option possible de la part des communes, d'autres compétences enfin peuvent être transférées. Tous ces transferts entraînent obligatoirement la passation de conventions, pour préciser les conditions du transfert, ce qui est transféré et ce qui reste à la commune, les possibilités de délégation éventuelle de compétences d'un EPCI à l'une ou plusieurs des communes membres.

Un exemple est caractéristique de ce conventionnement parce que particulier en même temps qu'important, c'est celui de la police. La police est, traditionnellement, municipale, la disposition la plus précise dont on dispose avec la seule « définition » qui existe de l'ordre public est l'article L. 2212-2 du CGCT. Les maires sont, au surplus, très attachés à ce pouvoir de police, et l'on en comprend facilement les raisons.

Au fil du temps, avec le développement de l'intercommunalité, il est apparu indispensable de prévoir aussi un transfert, partiel, du pouvoir de police. Celui-ci avait été laissé de côté en raison de la sensibilité que présentait la question et de l'hostilité générale des maires à un tel transfert. Les premières mesures intervenues, en 2004, étaient extrêmement prudentes et reposaient uniquement sur le volontariat. Peu de transferts ont eu lieu et le législateur a donc cherché à faciliter ces transferts, dans la loi de 2010 comme dans la loi de 2014. Ce qui nous intéresse, indépendamment des modalités, c'est le fait que le transfert ne peut s'opérer que dans le cadre de conventions passées entre la commune et l'EPCI.

Il paraît difficile d'apporter une conclusion, même provisoire, à une réflexion sur la réforme des collectivités territoriales, tant les lignes paraissent mouvantes, tant il n'est pas sûr que ces lignes soient fixées définitivement dans un avenir rapproché. Les collectivités territoriales semblent prises dans un maelström de réformes aussitôt remises en cause à peine adoptées. La seule chose qui paraît à peu près certaine, c'est que ce sont les structures qui commandent tout le reste. En d'autres termes, la principale des réformes est la réforme des structures. Toutes les autres réformes sont condamnées à être remises, corrigées, réformées elles-mêmes, tant que les structures ne seront pas modifiées.

Or la réforme des structures est la plus difficile à réaliser, parce qu'elle met en jeu des habitudes ancrées depuis longtemps, des images qui rassuraient. La réforme des structures fait peur parce qu'elle implique des changements profonds, que les citoyens refusent en même temps qu'ils souhaitent le changement. La réforme des collectivités territoriales est à l'image d'un pays, la France, qui se cherche et s'interroge, ayant perdu ses certitudes anciennes sans avoir trouvé de nouveaux repères qui seraient partagés. « Où trouverons-nous un port pour la morale » (prise naturellement au sens large) s'interrogeait Baudelaire. La question vaut encore plus pour la société française d'aujourd'hui.





# PROPOSITION DE DEFINITION DU DROIT PUBLIC<sup>1</sup>

par Henri BOUILLON

ATER à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Le concept de droit public est l'objet d'un curieux paradoxe : il est incontournable dans la description et l'exposé de l'ordre juridique ; mais il ne paraît doté d'aucun intérêt pratique ou théorique. Aujourd'hui, la notion n'est d'ailleurs plus employée, dans l'opposition qu'elle forme avec le droit privé, que comme une classification des branches du droit qui, elles seules, auraient une véritable valeur opératoire : ainsi le droit public regroupe-t-il simplement le droit constitutionnel et le droit administratif et, parfois aussi, sans que l'on sache exactement pourquoi, le droit international public et/ou le droit fiscal. Il en irait de même du droit privé, terme générique pour désigner à coup sûr le droit civil, le droit du travail, le droit commercial et, de manière déjà moins certaine, le droit international privé. « Il a fini par se faire que *le droit public ne serait plus qu'une liste de matières, et le droit privé, une autre liste faite d'autres matières* : la spécificité de l'une et de l'autre serait simplement de rassembler ces matières de part et d'autre d'une frontière dont la raison elle-même paraît perdue de vue. »<sup>2</sup>

Toutefois, même si l'on cantonne la division du droit public et du droit privé à n'être qu'une classification des branches du droit, il faut encore en justifier la pertinence. Quelle parenté existe-t-il entre les diverses branches incluses dans le droit public ou dans le droit privé ? On ne peut répondre à cette question qu'en se formant une idée claire de chacun des termes de l'alternative. Aussi paraît-il plus fécond d'inverser le raisonnement et de commencer, préalablement à toute analyse plus approfondie, par définir avec précision les termes de droit public et de droit privé. Même si l'on ne réserve à cette distinction que le piètre rôle de classer les branches du droit, il est plus cohérent, pour établir une classification, de commencer par en définir les catégories.

Dès lors, c'est bien à la définition du concept de droit public qu'il convient de s'intéresser par priorité et dans l'opposition qu'il forme avec le droit privé. Pour définir le droit public, recherche aventureuse s'il en est, on peut tenter de procéder d'une manière qui, à défaut d'apparaître comme la voie la plus simple, sera sans doute la plus logique. On peut chercher à définir d'abord le genre *droit*, avant de percer à jour la nature de l'espèce *public* ; on peut cerner le premier terme du concept *droit public*, avant d'en

---

<sup>1</sup> Cet article est le compte rendu synthétique d'une thèse, intitulée *Recherche sur l'unité du droit public. Pour une théorie classique réaliste du droit public*, rédigée sous la direction du professeur Jean-Marie Pontier. On s'excuse donc de la brièveté de certains développements, qui exigeraient des explications plus longues que le format synthétique de cette note ne permet pas.

<sup>2</sup> Etienne Picard, « Pourquoi certaines branches du droit échappent-elles à la *summa divisio* ? », *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé [Actes du colloque organisé les 22 et 23 octobre 2009 à l'Université Jean Monnet de Saint-Etienne]*, B. Bonnet et P. Deumier (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 67.

saisir le second ; on peut rechercher la nature juridique du droit public (I), avant d'aborder son caractère public (II).

## **I. LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT PUBLIC**

Le droit est par définition la distribution de droits et d'obligations à des sujets de droit, distribution effectuée ou admise par l'autorité politique. Cette définition mérite d'être expliquée par l'explication successive de ces différents critères ou causes (le terme de cause, repris au vocabulaire aristotélicien, sera dans cet article considéré comme équivalent à celui de critère car « la cause est aussi les parties de la définition »<sup>3</sup>, bien que la notion soit en réalité beaucoup plus vaste que celle de critère<sup>4</sup>). La cause efficiente du droit est l'autorité politique et sa cause formelle précise que l'intervention de l'autorité politique pour consacrer le droit peut consister soit à effectuer une distribution de droits et d'obligations, soit à admettre une telle distribution (A). Le critère matériel, c'est-à-dire la matière ou le contenu même du droit, est la distribution de droits et d'obligations à des sujets de droit (B)<sup>5</sup>.

### **A. Les critères efficient et formel du droit : la consécration par l'autorité politique**

1° *La cause efficiente.* La cause efficiente du droit est l'autorité politique. Pour qu'existe une règle de droit, il faut une intervention de l'autorité politique, quelle qu'elle soit (*Civitas*, suzerain médiéval, autorité religieuse remplissant ce rôle, État, etc.). Faire de l'autorité politique un critère du droit empêche d'effectuer entre eux aussi bien une césure absolue qu'une identification complète.

On ne peut instaurer entre eux une césure radicale car il n'existe de droit que lorsqu'existe une autorité politique susceptible de le consacrer. Avant la création d'autorités politiques, dans la mesure où une telle période est concevable, la société ne connaissait pas le droit. Des règles régulaient déjà la société, mais ils étaient de nature religieuse et/ou morale. Seule l'instauration d'une autorité politique permet de conférer à ces règles une valeur juridique. L'épineuse question est d'identifier l'autorité politique : une autorité est dite politique lorsque, personnification de la société politique, elle la

---

<sup>3</sup> Aristote, *Métaphysique*, livre V, 2, 1013 a, Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, traduction Jean Tricot, 2000, t. 1, p. 161.

<sup>4</sup> « Une cause est un facteur expliquant l'existence d'une chose telle qu'elle est » (Jacques Follon, « Réflexions sur la théorie aristotélicienne des quatre causes », *Revue philosophique de Louvain*, 1988, vol. 86, n° 71, p. 352)

<sup>5</sup> On aura remarqué que la théorie des quatre causes d'Aristote comprend, comme son nom l'indique, quatre causes. En plus des causes matérielle, formelle et efficiente, figure la cause finale. Selon Aristote, la cause finale du droit est la justice. Si nous souscrivons pleinement à cette idée et que nous l'avons d'ailleurs intégrée et amplement développée dans notre travail de doctorat, le format de cet article empêche de démontrer, de manière satisfaisante, que le droit vise à réaliser la justice. Aussi avons-nous préféré exclure cette cause de la définition du droit et du droit public, dans la mesure où la démonstration de l'assertion est longue et complexe (bien qu'indispensable à vrai dire). Mais comme elle ne recèle aucune spécificité en droit public, cette ablation n'est pas trop préjudiciable à la définition du droit public. Pour plus de détails, nous ne pouvons que renvoyer à la thèse dont cet article est une simple synthèse.

dirige vers le Bien commun politique, c'est-à-dire vers ce qui est bénéfique à la protection et au développement de la société politique elle-même. Aussi, en des temps où les autorités religieuses dirigeaient effectivement la société politique, doit-on prendre acte du caractère politique de ces autorités religieuses. Il y avait ainsi concentration du politique et du religieux, confusion des règles juridiques et religieuses.

De ces premières constatations, il ne faudrait pas pour autant réduire l'État et le droit à l'unité. Car le droit est une chose non naturelle, dont la cause efficiente réside hors d'elle-même. Seul un être naturel a en lui-même le principe de son mouvement, ce qui lui donne vie ; un être non naturel est mû par autre chose que par lui-même, puisqu'il est *inerte* en lui-même. Or, le droit n'est évidemment pas un être naturel. Aussi Kelsen est-il incohérent lorsqu'il admet le caractère artificiel du droit et son auto-engendrement. En réalité, le caractère artificiel du droit implique qu'il n'ait pas sa cause motrice en lui-même et qu'il soit mû par *autre chose*. Et cet *autre-chose* ne peut être que l'autorité politique, qui le consacre et l'établit en tant que règle de droit. La cause efficiente du droit est donc l'autorité politique.

2° *La cause formelle*. Le critère formel du droit enseigne précisément la nature de l'intervention qu'effectue l'autorité politique pour *consacrer* le droit. Cette intervention consiste, pour l'autorité politique, soit à effectuer elle-même une distribution de droits et d'obligations, soit à admettre une telle distribution. En d'autres termes, puisque cette distribution caractérise la règle de droit, on peut simplifier cette proposition en affirmant que l'autorité publique peut édicter ou admettre une règle de droit. Cette distinction indique les différentes formes que peut prendre la règle de droit : cela renvoie à la question dite des sources du droit, celles-ci établissant précisément une classification des normes en fonction du type de consécration dont elles font l'objet.

Lorsque l'autorité édicte une règle, il n'est pas douteux qu'il s'agit d'une règle de droit – à condition qu'elle respecte les autres causes et critères –, puisqu'elle émane directement de l'autorité publique. La question est plus difficile en cas d'*admission*. L'admission concerne au premier chef la coutume. Celle-ci est en effet née d'une pratique et elle ne devient juridique que parce qu'il y a une intervention même implicite de l'autorité publique ; pour mieux dire, la coutume possède la qualité de règle de droit bien qu'elle n'émane pas directement de l'autorité politique, parce que l'autorité l'a admise comme telle.

Mais le rôle que joue l'autorité politique ne suffit pas à caractériser le droit, car tous les actes de l'autorité politique ne sont pas nécessairement des normes. Ainsi en est-il des déclarations politiques<sup>6</sup>, des avis ou propositions<sup>7</sup>, des accords entre États qui ne sont pas des traités, etc. Il faut lui adjoindre une cause matérielle, qui est la répartition de droits et d'obligations entre sujets de droit, condition sans laquelle une règle n'est pas juridique.

---

<sup>6</sup> CE, réf. 12 avril 2013, n° 367014, *Fédération Réseau Sortir du nucléaire*, considérant 6.

<sup>7</sup> CE, 13 février 1980, *Nal*, n° 09323 et 10591.

## **B. Le critère matériel du droit : l'attribution de droits et d'obligations entre sujets de droit**

La cause matérielle du droit, c'est-à-dire la matière même sur laquelle opère la consécration de l'autorité politique, est la distribution de droits et d'obligations à des sujets de droit. Toute règle de droit se présente en effet comme une attribution d'un droit et d'une obligation, qui sont rendus insécables par ce que l'on peut appeler l'*effet de réciprocité* (1). Et cette attribution a pour destinataire les sujets de droit, centres d'imputation de ces droits et obligations, et qui sont liés entre eux par le biais du lien de droit ou rapport de droit (2).

### **1. L'effet de réciprocité : la nécessaire présence d'un droit et d'une obligation**

Si l'on choisit de repousser toute vision réductrice qui accorde *a priori*, pour un motif ou pour un autre, le primat au droit subjectif ou à l'obligation, on constate que le droit est tout à la fois un ordre de droits subjectifs et un ordre d'obligations (subjectives). La fonction première du droit est de répartir de tels droits et obligations. Et il n'y a pas de norme juridique qui n'effectue une telle répartition. Une norme qui ne procéderait pas à une telle distribution ne serait pas juridique, elle serait dépourvue de caractère normatif. On est ici au cœur de la normativité juridique.

L'observation des règles de droit permet surtout de constater que, non contente d'être attributives de droits et d'obligations, les normes juridiques répartissent simultanément ces droits et obligations. Une norme ne crée pas un droit solitaire ou une obligation isolée ; elle est simultanément porteuse d'un droit et d'une obligation. C'est ce que nous qualifierons ici d'*effet de réciprocité*.

1° *Définition de l'effet de réciprocité.* L'*effet de réciprocité* peut être appréhendé de la sorte : je suis titulaire d'un droit subjectif uniquement parce qu'autrui a une obligation à mon endroit, de même que l'obligation que j'ai à l'égard d'autrui implique qu'il dispose d'un droit subjectif corrélatif. Le droit subjectif qui appartient à mon voisin implique que j'aie l'obligation positive de lui procurer quelque chose (obligation de faire) ou l'obligation négative de ne pas le troubler dans l'exercice de cette faculté qui lui est propre (obligation de ne pas faire). Réciproquement, l'obligation que cette personne a envers moi suppose que je dispose d'un droit subjectif corrélatif. Ainsi droits et obligations sont-ils insécables : toute attribution d'un droit entraîne l'attribution corrélativement d'une ou plusieurs obligations. Hans Kelsen déclare en ce sens que « ma liberté juridique correspond toujours à la contrainte juridique d'autrui, mon droit subjectif à l'obligation juridique d'autrui »<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, 1945, rééd. LGDJ-Bruylant, coll. La pensée juridique, traduction de Béatrice Laroche et Valérie Faure, 2010, p. 126.



Toute norme juridique produit simultanément un droit subjectif et l'obligation qui lui répond. L'*effet de réciprocité* signifie donc qu'une règle juridique porte toujours en elle un droit et une obligation et qu'elle attribue un droit subjectif et l'obligation qui lui est corrélatrice à des sujets différents, encore qu'elle puisse attribuer le même droit et/ou la même obligation à plusieurs sujets. On se situe donc au sein de la même norme juridique. Cela ne signifie donc en aucune façon que, si une norme attribue un droit à un individu, une seconde doit compenser l'octroi de ce droit par l'imposition d'un devoir. Le droit et l'obligation concernés par l'*effet de réciprocité* sont présents au sein de la même norme.

La difficulté est bien sûr que la norme ne crée pas toujours explicitement le droit et l'obligation. Souvent, la norme attribue soit l'un soit l'autre. Mais il est certain qu'existent toujours un droit et une obligation, même implicite, qu'il faut prendre soin de mettre en lumière. Pour simplifier les choses à l'extrême, on peut dire que les titulaires d'un droit corrélatif à une obligation explicite sont ceux qui ont intérêt à l'observation de l'obligation et qui, notamment, peuvent en demander le respect devant un juge. Si seul un droit est attribué explicitement, il est fréquent que tous les autres sujets de droit aient l'obligation de le respecter (obligation de ne pas faire) ; car s'il existait une obligation prescrivant une action positive en faveur du titulaire du droit, cette obligation serait précisée et les sujets sur qui elle pèserait seraient cités.

L'*effet de réciprocité* apparaît ainsi comme une qualité inhérente à toute règle de droit individuellement considérée.

2° *Illustrations*. On peut par exemple le constater à travers les normes dites matérielles (qui prescrivent un comportement, selon la définition habituelle), tout comme à travers les règles procédurales. En effet, les deux catégories de normes répartissent des droits et des obligations. Et si certaines s'adressent, non aux citoyens, mais aux organes chargés d'adopter ou d'appliquer des normes juridiques, cela ne modifie pas cette caractéristique de la règle. Les règles procédurales elles-mêmes ne sont pas, contrairement à ce qu'il peut sembler de prime abord, étrangères à cette répartition de droits et obligations. Ainsi une instance juridictionnelle est-elle encadrée par des règles procédurales, qui fixent les droits et obligations du juge et de chacune des parties durant l'instance. De même, quand la Constitution définit la procédure législative, elle attribue des droits et obligations (notamment des compétences) à chacun des organes intervenant dans le processus législatif (attribuant aux autres organes l'obligation corrélatrice de respecter ces mêmes compétences).

Toutes les normes juridiques pourraient être analysées de la sorte, puisque toutes répondent à ce caractère normatif. Une décision de rejet a de même pour fonction de confirmer la distribution antérieure de droits et d'obligations, en refusant la modification demandée. Sa particularité est simplement de reproduire une norme préexistante, de ne pas créer de droits et obligations nouveaux. Elle n'en comporte pas moins des droits et obligations, rien ne précisant dans notre définition du droit qu'ils doivent être novateurs. D'ailleurs une décision administrative de rejet ou une décision de justice ne faisant pas

droit aux prétentions du demandeur, s'ils ne changent pas l'ordre juridique (par hypothèse), possèdent bien un caractère normatif (elles répartissent des droits et obligations) que personne ne songe à contester et qui est démontré par la possibilité d'intenter un recours contre cet acte.

3° *Avantages de cette conception.* L'idée de l'*effet de réciprocité* a plusieurs avantages.

Tout d'abord, il caractérise le droit et le distingue ainsi des autres ordres normatifs. On peut y voir une caractéristique qui ne se retrouve pas nécessairement en morale. Les droits et obligations moraux peuvent certes être mus par ce principe de réciprocité, mais ce n'est pas une nécessité : certaines obligations morales n'attribuent pas de droit corrélatif à un autre sujet, tout simplement parce que la morale nous impose des obligations envers nous-mêmes. Au contraire, toute règle de droit est marquée par le principe de l'*effet de réciprocité*, car le droit a une fonction sociale.

En outre, cette description de la règle juridique paraît beaucoup plus adéquate que celle qui fait de la règle de droit un commandement de l'État. En effet, l'idée de commandement présente au moins deux inconvénients majeurs que contourne soigneusement l'*effet de réciprocité*. D'une part, l'idée de commandement est absolument inapplicable au plan international où l'on est bien obligé de reconnaître que l'État ne peut agir pas par voie de commandement ; dès lors, soit le droit international n'est pas du droit, soit l'idée de commandement n'est pas adéquate. D'autre part, l'idée de commandement interroge la nature du droit interne à l'État-personne morale et à ses organes (droits constitutionnel, administratif et processuel, applicable aux organes juridictionnels). Il est en effet impossible de s'adresser un commandement à soi-même : si l'on fait du droit positif un commandement de l'État, on aboutit à l'idée que « le droit est pour l'État non-droit, c'est un néant juridique »<sup>9</sup> ; et les règles qui régissent l'organisation interne de la personne morale étatique ne sont plus juridiques. L'*effet de réciprocité* dissipe ces deux incohérences, dont l'importance ne peut être négligée. En jugeant que le droit répartit des droits et des obligations, il n'y a aucune difficulté à admettre que le droit international ou le droit interne à l'État-personne morale procède à une telle distribution et est, de ce fait, du droit au plein sens du terme.

Bref, toute norme juridique crée simultanément un droit subjectif et une obligation subjective. Cet *effet de réciprocité* est confirmé par le rapport de droit établi entre plusieurs sujets de droit, puisque ce rapport de droit est en quelque sorte la traduction organique de l'*effet de réciprocité*.

---

<sup>9</sup> Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit*, T. 1 : *Théorie générale de l'État*, 1911, rééd. Editions Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, traduction Georges Fardis, p. 551.

## **2. Le rapport de droit, traduction organique de l'effet de réciprocité : la nécessaire présence de plusieurs sujets de droit**

L'effet de réciprocité a pour conséquence logique de rendre insécable l'attribution, par une même norme, d'un droit et d'une obligation. Or il est absolument nécessaire de préciser que ce droit et cette obligation sont attribués à au moins deux sujets de droit différents, même s'il peut y en avoir davantage si la norme attribue le droit et/ou l'obligation qu'elle porte à plusieurs sujets.

Les sujets de droit à qui la norme attribue le droit ou l'obligation sont désignés sous le vocable de *destinataires* de la norme (qu'il s'agisse de personnes physiques, de personnes morales, des organes d'une personne morale, etc.). C'est en effet à eux que s'adresse la règle de droit, c'est entre eux qu'elle distribue des droits et obligations. Par cette distribution, les destinataires sont assujettis au droit, ils sont sujets de droit : un sujet de droit est par définition « assujetti à un ordre juridique qui lui confère des droits et lui impose des obligations »<sup>10</sup>.

Plus précisément même, ces sujets vont même être liés entre eux par cette attribution normative. En effet, si l'on se place, non plus du point de vue des droits et obligations distribués, mais du point de vue des sujets de droit visés par une norme, c'est-à-dire des destinataires de la norme, on constate qu'il s'établit entre eux un lien, que l'on qualifie traditionnellement de lien de droit, de rapport de droit ou de *vinculum juris*. Or, ce lien est la symétrie exacte de l'effet de réciprocité, puisqu'il découle directement de l'effet de réciprocité induit par la distribution de droits et d'obligations opérée par la norme juridique.

Le rapport de droit existe entre plusieurs sujets de droit parce que l'attribution d'un droit subjectif à un premier sujet entraîne l'attribution de l'obligation corrélative à un second. Deux sujets sont donc destinataires de la même norme juridique, l'un recevant le droit subjectif, l'autre l'obligation corrélative. Ils sont liés entre eux parce qu'ils sont destinataires, ensemble et en même temps, de la même norme juridique, qui va régir leur rapport social.

La notion de lien de droit a été très critiquée en droit public et est généralement repoussée par les grands fondateurs de la discipline, comme Maurice Hauriou, Léon Duguit, Gaston Jèze ou Roger Bonnard. Cela tient sans doute à l'empreinte des grands privatistes dans la définition du lien de droit et, notamment, à leur idée que le rapport de droit est égalitaire. Rien de tel ici. Le lien de droit n'est point nécessairement égalitaire ; au contraire, puisqu'il attribue un droit à un sujet et une obligation à un autre, il est foncièrement inégalitaire, ce qui n'empêche pas une autre norme d'intervertir les positions de créancier et de débiteur en attribuant d'autres droits et obligations (comme dans un contrat privé, où chaque stipulation porte une norme et où l'ensemble des normes forme un équilibre).

---

<sup>10</sup> Anne Paynot-Rouvillois, « Sujet de droit », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), PUF-Lamy, coll. Quadrige dicos de poche, 2003, p. 1453.

Le rejet de la théorie du lien de droit tient aussi au problème de l'identification du rapport de droit en certaines occurrences difficiles. C'est notamment ce que faisait valoir Gaston Jèze, en utilisant l'exemple des obligations fiscales pesant sur les contribuables. « Voici de nombreux cas dans lesquels on cherche vainement un *individu* créancier ou un *individu* débiteur, un sujet actif, un sujet passif. Considérons la dette d'impôt. X, propriétaire foncier, est constitué débiteur de 1.000, à titre de contribuable. Il est dans une situation juridique individuelle. Il est le *sujet passif*. Mais où est le sujet actif ? Ce n'est pas évidemment l'agent public chargé de faire rentrer l'impôt dans la caisse du Trésor. »<sup>11</sup> Il serait en effet ridicule d'affirmer que le fonctionnaire chargé de recouvrer l'impôt dispose d'un droit corrélatif à l'obligation faite au citoyen de s'acquitter de l'impôt. Mais cela tient au fait que Jèze nie l'existence de la personnalité morale. A l'inverse, si l'on admet que l'État est une personne morale, ce que reconnaît la grande majorité de la doctrine, on peut en déduire, malgré l'absence de référence explicite à l'État, que celui-ci est titulaire du droit de recouvrer l'impôt dont le contribuable doit s'acquitter : la norme fixant l'imposition attribue ainsi une obligation au contribuable et un droit à l'État. Le droit fiscal lie ainsi le contribuable, débiteur de l'impôt, et l'État, créancier de cet impôt.

On peut donc dire que le droit se définit comme l'attribution de droits et obligations à des sujets de droit, attribution effectuée ou admise par l'autorité politique. Mais cette définition unitaire du droit implique encore de comprendre ce qui peut conférer à une portion de celui-ci un caractère public.

## II. LE CARACTERE *PUBLIC* DU DROIT *PUBLIC*

Juridique par nature, le droit public n'est qu'un genre de l'espèce *droit*. Aussi, pour conserver au droit son unité, le droit public doit-il s'inscrire dans le cadre de cette définition du droit et n'en pas sortir ; s'il en débordait, il faudrait conclure qu'il n'est pas du droit. Il faut donc chercher dans cette définition les causes et critères susceptibles d'être précisés pour cerner correctement le droit public. On expliquera ainsi pourquoi une partie du droit – interne et international –, tout en conservant sa nature juridique, a un caractère public.

On peut exclure les causes efficiente et formelle, qui définissent le droit comme étant consacré par l'autorité politique. Constitutives du socle de la définition unitaire du droit, elles ne permettent pas de diviser le droit public et le droit privé, car l'intervention de l'autorité politique dans le droit public et dans le droit privé est semblable. Au contraire, on doit poser l'axiome suivant : l'origine de la règle de droit n'est jamais susceptible de permettre l'identification de son caractère public ou privé, comme y reviendra.

Il est à l'inverse possible de rechercher dans la cause matérielle, qui caractérise le droit comme la distribution de droits et d'obligations à des sujets de droit, les

---

<sup>11</sup> Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, T. 1 : *La technique du droit public français*, 1925, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 21.

particularités du droit public par rapport au droit privé. On constate que, hormis certains droits et obligations spécifiques (prérogatives et sujétions de puissance publique, droits publics subjectifs), les droits et obligations que dispense le droit public peuvent être rigoureusement identiques à ceux qu'attribue le droit privé : la similitude matérielle des deux droits est un constat souvent effectué, qui suffit à attester de l'impossible définition du droit public par son contenu. En revanche, les sujets de droit public sont différents des sujets de droit privé. Leur spécificité leur vient de la puissance publique. Aussi, après avoir défini ce qu'est la puissance publique, pourra-t-on montrer la spécificité des sujets de droit public et affiner ainsi la cause matérielle du droit pour cerner la spécificité du droit public : c'est pourquoi le droit public est le droit de la puissance publique (A). Il faudra enfin conclure cette partie en justifiant pourquoi le critère du service public, souvent admis comme un critère concurrent à la puissance publique, n'est pas retenu ici pour identifier les destinataires du droit public, alors même qu'il serait *a priori* envisageable de préciser que ces sujets de droit peuvent être identifiés soit par la puissance publique, soit par la gestion qu'ils font d'un service public (B).

## **A. Le droit public, droit de la puissance publique**

Après avoir défini la puissance publique (1), on pourra montrer le rôle qu'elle joue dans la définition du droit public. Il sera pour ce faire nécessaire d'expliquer comment un sujet de droit peut être reconnu détenteur de la puissance publique, c'est-à-dire comment il peut être habilité à en faire usage (2). Préalable nécessaire, cette première démonstration ne suffit pas, car un sujet de droit sera soumis au droit public, non pas seulement s'il est titulaire de la puissance publique, mais si celle-ci est présente dans le rapport de droit auquel il est partie (3).

### **1. Définition de la puissance publique : un pouvoir d'action juridique exorbitant et finalisé par le Bien commun**

En elle-même, la puissance publique se définit comme un pouvoir d'action juridique exorbitant et finalisé par le Bien commun<sup>12</sup>. Les trois éléments composant cette définition de la puissance publique doivent maintenant être étudiés avec soin. Tout d'abord, la nature intime de la puissance publique est d'être un pouvoir d'action juridique (1°). Secondement, ce pouvoir détient deux attributs essentiels : son exorbitance et sa finalité (2°).

1° *La nature de la puissance publique : un pouvoir d'action juridique.* La puissance publique est avant tout un pouvoir d'action, un pouvoir déployé en vue de produire un certain acte : elle offre la faculté d'agir juridiquement. Concrètement, elle permet à son détenteur de faire des actes juridiques ou des actes matériels. Dire que la puissance

---

<sup>12</sup> « La puissance publique c'est le pouvoir d'action juridique exercé par les organes des collectivités publiques dans l'accomplissement de la mission que leur assigne leur charte constitutive. » (Michel Rousset, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, p. 190)

publique est un pouvoir d'action implique simplement que, comme de nombreuses autres prérogatives juridiques, elle permet à son détenteur d'émettre des actes juridiques ou d'effectuer des actes matériels. A côté de l'édition du droit, tant interne qu'international, on peut citer l'exemple évident de l'emploi de la contrainte et de la force, aussi bien pour contraindre les individus à respecter le droit (force publique, police, etc.) que pour imposer ses prétentions sur la scène internationale (guerre, représailles, etc.). Car l'action des détenteurs de la puissance publique se manifeste aussi bien au niveau national qu'international, même si les modalités techniques de son expression peuvent varier.

Dire que ce pouvoir d'action est juridique signifie simplement qu'il ne peut être confié à un titulaire que par le vecteur de certaines normes juridiques (on verra lesquelles). Si bien que la puissance publique est toujours soumise au droit et réglementée par lui. Elle n'est pas un pouvoir absolu, ni arbitraire : elle est de nature juridique, si bien que son détenteur ne peut s'affranchir des obligations juridiques qui pèsent sur lui.

Si on l'analyse du point de vue du sujet qui en est investi, ce pouvoir d'action juridique se caractérise par une dose variable de liberté, puisqu'elle lui donne la faculté d'émettre un acte juridique ou d'accomplir un acte matériel. Or, la réglementation juridique est primordiale pour déterminer le degré de liberté offert par la puissance publique, car c'est en fonction d'elle que peut s'apprécier la liberté laissée au titulaire de la puissance publique.

On comprend dès lors qu'il se forme une espèce de hiérarchie des détenteurs de la puissance publique, en fonction de la plus ou moins grande liberté dont il dispose. Il est bien évident, par exemple, que le sujet qui dispose de la faculté d'émettre un acte juridique a une liberté plus vaste que celui qui ne peut qu'adopter les actes matériels destinés à exécuter les actes juridiques édictés par un autre. Aussi s'organise-t-il une hiérarchie *des puissances publiques*. Au sommet de cette hiérarchie figure la souveraineté. En effet, la souveraineté – qui caractérise l'État – n'est rien d'autre que la puissance publique suprême. Elle est suprême car elle dispose de la liberté la plus vaste.

L'idée que la puissance publique est un pouvoir d'action juridique est toutefois trop vague pour la caractériser. Toute personne privée n'exerce-t-elle pas un certain pouvoir d'action juridique quand elle conclut un contrat ou intente une action en justice ? Aussi faut-il préciser ce qu'est la puissance publique en recourant à ses attributs spécifiques.

*2° Les attributs de la puissance publique : sa finalité et son exorbitance.* Le premier trait distinctif de la puissance publique est sa finalité : le pouvoir d'action juridique qu'est la puissance publique est destiné à servir le Bien commun. Cela ne signifie pas que les autres pouvoirs d'action juridique desservent le Bien commun ou ne le servent pas. Mais tel n'est pas leur objet premier. La spécificité de la puissance publique est de servir le Bien commun à titre exclusif ; elle peut rejaillir positivement sur d'autres biens privés, mais ce n'est alors qu'un effet connexe.

L'exorbitance caractérise sans doute la puissance publique avec plus de netteté encore que sa finalité. L'exorbitance traduit en effet l'idée d'une force excessive. Dire que la puissance publique est exorbitante implique qu'elle s'affranchit de la normalité et surpasse les prérogatives que le droit reconnaît *normalement* à ses sujets. Justifiée par sa finalité, qui doit prévaloir sur tout autre pouvoir juridique, la puissance publique est exorbitante parce qu'elle permet de faire des actes juridiques ou matériels que les particuliers ne peuvent pas faire ou qu'ils ne peuvent pas faire d'une manière similaire. « La puissance publique est celle dont les particuliers ne doivent pas être capables. »<sup>13</sup> Maurice Hauriou disait ainsi que « les droits de puissance publique se reconnaissent d'abord à ce qu'ils entraînent des prérogatives qui dépassent celles dont usent les simples particuliers. »<sup>14</sup>

Ce caractère exorbitant confère en outre une certaine *relativité* à la puissance publique. En effet, cette exorbitance se mesure à l'aune de ce qui est commun, de ce qui est au pouvoir des particuliers. Que ce commun vienne à changer, que les particuliers acquièrent ou perdent des pouvoirs *communs*, l'étendue de la puissance publique, exorbitante par rapport à ce pouvoir d'action juridique commun, s'en trouvera modifiée. Ce qui était exorbitant peut ne plus l'être si ce qui est commun vient à muter. L'exorbitance de la puissance publique lui donne donc un caractère relatif et évolutif, qui explique les fluctuations qui, d'un État à l'autre, d'une époque à l'autre, voire d'une décision de justice à l'autre, modifient la notion et le contenu de la puissance publique.

Ainsi définie, la puissance publique est évanescence. Tous les actes juridiques et matériels dédiés au Bien commun et que ne peuvent accomplir les particuliers – puisqu'ils sont exorbitants – la révèlent, mais aucun ne l'enferme à lui seul. Aussi la puissance publique est-elle insaisissable. Il faut donc qu'elle soit conférée à des sujets de droit susceptible de la mettre en œuvre : il convient donc de montrer à présent comment la puissance publique peut être *fixée* sur de tels sujets de droit.

## **2. Les détenteurs de la puissance publique : les moyens de *fixer* la puissance publique sur des sujets de droit capables de l'exercer**

La puissance publique étant un pouvoir d'action juridique exorbitant et finalisé par le Bien commun, elle est évanescence. Or, ce pouvoir doit être exercé par des sujets de droit. Il faut donc discerner les moyens par lesquels la puissance publique est *fixée* sur des sujets capables de l'exercer.

Pour ce faire, il faut rappeler que la puissance publique est un pouvoir d'action juridique qui est exorbitant. Cette exorbitance signifie que les détenteurs de la puissance publique peuvent agir d'une manière différente des particuliers. Plus précisément, ils peuvent soit accomplir des actes juridiques ou matériels différents des particuliers, soit

---

<sup>13</sup> Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Un théoricien de la puissance publique : Charles Loyseau*, thèse Paris II, 1975, p. 130.

<sup>14</sup> Maurice Hauriou, « Droit administratif », *Répertoire du droit administratif fondé en 1882 par Louis Bécquet*, t. XIV, 1897, p. 5.

accomplir des actes similaires mais par des procédés juridiques distincts. On se trouve donc en présence d'une dichotomie : la puissance publique peut s'exprimer soit à travers un acte exorbitant, soit à travers les moyens exorbitants déployés pour adopter ou exécuter un acte. On peut d'ailleurs parfaitement envisager que l'acte réalisé et les moyens mis en œuvre soient tous deux exorbitants.

Lorsque l'on cherche à déterminer si un sujet de droit est détenteur de la puissance publique, il faut donc savoir si certaines compétences lui offrent la faculté d'effectuer des actes exorbitants et/ou si certaines prérogatives lui permettent d'utiliser des procédés exorbitants pour accomplir des actes.

*1° Les compétences exorbitantes.* En premier lieu, il faut chercher si les compétences dont dispose le sujet de droit lui offrent la faculté de faire un acte qu'un particulier ne peut faire.

Une compétence est une habilitation juridique à agir, c'est-à-dire à accomplir certains actes : la faculté de faire un acte juridique ou matériel – exorbitant ou non d'ailleurs – résulte donc d'une telle habilitation. Une compétence peut donc permettre à son titulaire d'accomplir des actes exorbitants, que ne peuvent réaliser les particuliers. Si tel est le cas, on se trouvera en présence d'un pouvoir d'action juridique exorbitant et, donc, de la puissance publique.

On peut dire qu'une compétence habilite un sujet de droit à exercer la puissance publique dans la mesure où l'acte qu'elle permet d'accomplir est exorbitant : on peut la qualifier, pour simplifier la formule, de compétence exorbitante. Il est ainsi certain que la puissance publique se manifeste, par exemple, dans les compétences d'adopter des lois ou de conclure des traités internationaux, de même que dans l'usage de la force publique ou dans la possibilité de procéder à l'exécution capitale d'un condamné à mort. Dans toutes ces hypothèses, les procédés mis en œuvre pour accomplir l'acte sont absolument indifférents : qu'ils soient ou non comparables à ceux des particuliers, l'exorbitance de la compétence exercée suffit à confier à son titulaire une part de la puissance publique.

En revanche, une compétence peut parfaitement habiliter son détenteur à n'effectuer que des actes que pourrait accomplir tout particulier, comme c'est le cas de la compétence de conclure des contrats ou de vendre ses biens ; c'est alors que les procédés déployés pour exercer cette compétence seront déterminants pour savoir s'il y a exorbitance et identifier la présence de la puissance publique.

*2° Les prérogatives de puissance publique.* La puissance publique peut aussi être fixée sur des sujets de droit par le biais de prérogatives de puissance publique. Une prérogative de puissance publique est un moyen d'action juridique exorbitant, attribué à un sujet de droit en vue de la satisfaction directe du Bien commun. Prérogative, elle désigne tout moyen présentant un caractère d'exception, c'est-à-dire octroyant à son titulaire un avantage auquel les particuliers n'ont pas accès pour réaliser l'acte qu'il désire. En ce sens, une prérogative est un moyen juridique qui permet de mobiliser des procédés juridiques ou des ressources matérielles d'une force particulière, inusuels pour



les particuliers. On peut ramasser cette idée en une formule simple : la prérogative est un moyen permettant d'agir juridiquement de façon exorbitante. Et, en second lieu, la prérogative de puissance publique présente cette spécificité d'être orientée directement vers le Bien commun, contrairement aux prérogatives exceptionnelles dont peut par exemple disposer un employeur.

Dans le cas, notamment, où la compétence en cause n'est pas exorbitante, on devra s'intéresser aux procédés mis en œuvre par le sujet de droit pour déterminer s'il détient la puissance publique. Or, ces procédés susceptibles d'être mobilisés pour accomplir une compétence peuvent être soit exorbitants, soit n'être pas exorbitants. Pour identifier la présence de la puissance publique, il faudra se demander si les moyens utilisés pour mettre en œuvre une compétence sont exorbitants ou non : y a-t-il ou non utilisation de prérogatives de puissance publique pour mettre en œuvre une compétence, c'est-à-dire pour produire un acte juridique ou matériel ? Si de telles prérogatives sont détectées, la compétence mise en œuvre, même si elle est comparable à celle des personnes privées, l'est par le biais de la puissance publique, puisque le sujet exerce un pouvoir d'action juridique exorbitant.

C'est pourquoi la détention de prérogatives de puissance publique par une personne privée, même si elle ne fait que des actes non exorbitants (pas de compétence exorbitante), implique que cette personne privée soit investie de la puissance publique. En revanche, si l'acte accompli n'est pas exorbitant et si les procédés et moyens utilisés ne le sont pas davantage, le sujet de droit n'a pas usé de la puissance publique. Dans cette hypothèse, on en déduira que la puissance publique est absente.

3° *Synthèses conclusives*. Un sujet de droit est donc investi d'une part de la puissance publique dans la mesure où un droit subjectif lui a conféré un pouvoir d'action juridique exorbitant, que ce droit subjectif soit une compétence exorbitante ou une prérogative de puissance publique. En *fixant* la puissance publique sur des sujets de droit, ces droits subjectifs les habilitent juridiquement à l'exercer : ils tissent un lien entre le pouvoir évanescent qu'est la puissance publique et les sujets de droit qui vont en assumer l'exercice. Mais ce lien ne suffit pas à désigner les destinataires du droit public, qui ne peuvent être assimilés purement et simplement aux détenteurs de la puissance publique. Il convient à présent d'expliquer le critère d'identification de ces destinataires : la présence de la puissance publique dans un rapport de droit.

### **3. Le critère d'identification des sujets de droit public : la présence de la puissance publique dans un rapport de droit**

Il a été établi comment certains sujets de droit peuvent se voir investis de la puissance publique et être ainsi qualifiés de détenteurs de la puissance publique. Cela ne saurait toutefois constituer un critère permettant de cerner correctement les destinataires du droit public. Si l'on admettait que les détenteurs de la puissance publique sont destinataires du droit public, il faudrait admettre que toutes les normes qui

prennent pour destinataires des titulaires de la puissance publique sont publiques. Or, le droit positif ne confirme pas cette assertion. Indéniable titulaire de la puissance publique, l'État peut par exemple se voir soumis au droit privé. A l'inverse, un administré, ne détenant pas de parcelle de la puissance publique, sera soumis au droit administratif lorsqu'il est en relation avec l'administration. La détention de la puissance publique ne peut donc être le critère permettant de définir les sujets de droit public.

L'identification de ces destinataires doit s'effectuer sur le fondement d'un critère qui, s'il le prend pour base, est plus précis : la présence de la puissance publique dans un rapport de droit. Un sujet de droit – État, collectivité territoriale, personne privée gérant un service public, administré, etc. – n'est pas soumis au droit public du seul fait qu'il est détenteur de la puissance publique. Il n'est destinataire du droit public que s'il est intégré *dans* un rapport de droit où la puissance publique est *présente*, c'est-à-dire dans un rapport où elle est considérée comme sujet. Il convient d'expliquer chacune des composantes de ce critère :

1° *Un rapport de droit prenant la puissance publique pour sujet.* Un élément important doit être mis en lumière pour commencer : c'est *dans* le rapport de droit que la puissance publique doit être présente ; la puissance publique doit être *sujet* de la norme, c'est-à-dire destinataire du droit ou de l'obligation qu'elle attribue.

Cette précision implique que l'origine de la règle de droit est sans effet sur le caractère public ou privé de la norme. En effet, toute règle juridique émane de l'État ou, à défaut, est autorisée par lui ; cela fonde les causes efficiente et formelle de la définition classique réaliste du droit. Si l'on cherche la puissance publique chez l'auteur de la norme, on en trouve trace dans toute norme, y compris celles de droit privé. La *présence* de la puissance publique ne doit donc pas être recherchée dans l'origine de la norme, sous peine de faire disparaître la catégorie *droit privé* et donc, finalement, celle du droit public.

Une règle n'est pas publique lorsqu'elle a la puissance publique pour auteur : elle est publique si *elle la prend pour destinataire*, c'est-à-dire *pour sujet*. Pour qu'une règle de droit soit publique, il faut qu'elle attribue un droit ou une obligation à la puissance publique, c'est-à-dire en réalité à son détenteur puisque seuls les sujets de droit peuvent être destinataires de droits et obligations. En disant que la norme établit un lien de droit qui *a la puissance publique pour sujet*, on veut dire à la vérité que la puissance publique doit être incluse – *par l'intermédiaire* d'un sujet de droit qui la rend *présente* – dans le rapport de droit instauré par la norme. Une norme est de droit public si et seulement si au moins l'un des sujets de droit concernés par le rapport de droit qu'elle crée est envisagé comme titulaire de la puissance publique, ce qui a pour effet d'inclure ce pouvoir d'action juridique exorbitant qu'est la puissance publique dans le rapport de droit, *par le biais* de son titulaire. Ce n'est donc qu'en analysant le rapport de droit établi par une norme que l'on peut identifier son caractère public ou privé : la norme n'est publique que si la puissance publique est *présente* dans ce rapport de droit.

2° *Un sujet de droit envisagé comme titulaire de la puissance publique.* En disant que la puissance publique est *présente* dans un rapport de droit, on veut dire qu'au moins l'un des sujets présents dans ce rapport est *envisagé* par la norme créant ce rapport comme titulaire de la puissance publique, car l'abstraction qu'est la puissance publique ne peut apparaître dans un rapport de droit que par le biais d'un sujet sur lequel elle est *fixée*. Mais comment une norme et le rapport de droit qu'elle institue peuvent-ils considérer un sujet de droit comme titulaire de la puissance publique ?

Un sujet de droit est par définition un centre d'imputation de droits et obligations. Parmi les droits et obligations que collecte un sujet de droit, figurent des compétences, accompagnées de droits et obligations qui en réglementent l'exercice. Dans ce creuset qu'est le sujet de droit, on peut scinder les droits et obligations en plusieurs groupes, agglomérés chacun autour d'une compétence (un même droit ou une même obligation pouvait figurer dans plusieurs groupes). Ainsi existe-t-il un groupe de droits et obligations relatif à la compétence contractuelle, un autre relatif à la compétence d'agir en justice, un troisième relatif à la compétence législative, etc. Bref, chaque groupe structure, autour d'un rapport de droit principal créé par la norme instituant la compétence, un ensemble de rapports de droit qui organise la réglementation juridique de cette compétence. Si cette compétence ou l'un des droits qui s'y rattachent est exorbitant, la puissance publique est présente dans ce groupe. Dès lors, la puissance publique sera présente dans tous les rapports de droit instituant les droits et obligations de ce groupe, même si le droit – compétence ou prérogative – conféré par ce rapport de droit n'est pas exorbitant en lui-même, car le sujet est considéré comme titulaire de la puissance publique par ces rapports. On peut évoquer une espèce d'*effet attractif* de la puissance publique.

Un sujet de droit détenteur de la puissance publique ne sera donc pas soumis au droit public du seul fait de cette détention ; il n'y sera soumis que lorsqu'est concernée l'une des compétences par lesquelles il détient la puissance publique, parce que cette compétence est exorbitante ou parce qu'il peut la mettre en œuvre par des procédés exorbitants (prérogatives de puissance publique présentes dans le groupe de droits et obligations conglomérés autour d'une compétence). Et une norme ne sera publique que si elle touche l'une ou l'autre de ces compétences. En d'autres termes, l'une des parties au rapport de droit est prise en considération, dans ce rapport, en tant qu'elle accomplit ou peut accomplir un acte autorisé par une compétence exorbitante ou exécuté par des procédés exorbitants. Ainsi en est-il lorsque l'État est concerné par une norme juridique en tant que législateur, parce qu'il met alors en œuvre une compétence exorbitante : les normes réglementant la procédure législative sont de droit public parce qu'elles s'imposent à l'État dans l'exercice de la puissance publique.

3° *Formalisation du critère de la présence de la puissance publique.* On peut maintenant tenter de formaliser le critère de la présence de la puissance publique dans le rapport de droit.

Sera destinataire du droit public tout sujet de droit, qu'il soit lui-même détenteur ou non de la puissance publique, qui est enserré dans un rapport de droit où la puissance publique est *présente*. Ce lien de droit où la puissance publique est *présente* peut être décrit plus savamment comme un rapport de droit dans lequel figure un sujet de droit envisagé comme détenteur de la puissance publique, c'est-à-dire un lien de droit attribuant un droit ou une obligation à au moins un sujet de droit relativement à l'une de ses compétences exorbitantes et/ou mises en œuvre par des procédés exorbitants.

Sera par conséquent une norme publique toute norme créant un tel lien de droit : sont publiques les normes qui attribuent des droits et obligations à au moins un sujet relativement à une compétence exorbitante ou mise en œuvre à l'aide de prérogatives de puissance publique. Toute norme individuelle ou générale qui réglemente le pouvoir d'action juridique exorbitant détenu par un sujet de droit, en lui conférant des droits et obligations quant à l'exercice de ce pouvoir, est une norme de droit public, même si les droits et obligations qu'elle dispense ne sont pas eux-mêmes exorbitants.

La présence de la puissance publique est l'élément déterminant l'application du droit public : l'empire du droit public ne commence qu'avec la puissance publique et cesse avec elle. C'est pourquoi le droit public est avant tout le droit de la puissance publique, dont il est l'encadrement juridique. Mais, de surcroît, ce critère de la présence de la puissance publique est suffisant : on peut en effet montrer que le critère du service public est irrecevable et ne constitue pas une alternative acceptable au critère de la puissance publique.

## **B. Irrecevabilité du critère du service public pour définir le droit public**

Il n'est pas peu fréquent de lire que, depuis la décision *Blanco*<sup>15</sup>, l'application du droit public est déterminée aussi bien par le recours à la puissance publique qu'au service public. On a même érigé cette opposition en clef de répartition des grandes théories des publicistes, ce qui paraît très largement excessif. Toutefois, compte tenu de cette lourde hérédité, il est inenvisageable de passer sous silence le rôle que peut jouer le service public dans la définition du droit public ; il faut donc justifier ici le rejet de ce critère (2), qui se trouve toujours supplanté par celui de la puissance publique (1).

### **1. L'effacement du critère du service public devant celui de la puissance publique**

1° *Le mode de gestion du service public.* Il faut commencer par rappeler ce point essentiel que le service public peut être géré de deux manières : soit par la gestion privée, soit par la gestion publique. Dans le premier cas, l'activité sera globalement soumise au droit privé, car la gestion privée est comparable à celle que pourrait faire tout particulier dans le cadre de ses activités. Dans le second cas, la gestion sera soumise au

---

<sup>15</sup> TC, 8 février 1873, *Blanco*, n° 00012.

droit public, car elle diffère de la manière dont un particulier pourrait accomplir une activité privée.

Or, le point essentiel est de relever que le critère d'opposition entre gestion publique et gestion privée est la puissance publique : en effet, la gestion d'un service public est dite publique lorsque le gestionnaire fait usage de la puissance publique (son action diffère de celle d'un particulier) et la gestion est privée en l'absence de la puissance publique. Et puisque la partition des modes de gestion correspond à la dualité des régimes juridiques – public ou privé –, il est certain que le droit public sera appliqué, non pas tellement du fait du service public qu'en raison de la gestion publique du service, révélée par la présence de la puissance publique, indépendamment du fait que le service est géré par une personne publique ou privée.

La question est alors de savoir comment s'identifie la gestion publique. La jurisprudence l'indique clairement, mais l'interprétation qui en est faite mérite peut-être d'être relue. Fréquemment évoquée, la décision *Alberti-Scott*<sup>16</sup> énumère les indices permettant de distinguer service public administratif (SPA) et service public industriel et commercial (SPIC). Or, il nous semble que ces critères ne sont rien d'autre que des indices destinés à déceler la gestion publique (SPA) ou privée (SPIC) de l'activité, puisqu'ils consistent à rechercher la présence des deux vecteurs de la puissance publique : les compétences exorbitantes et les prérogatives de puissance publiques (et non pas seulement les prérogatives de puissance publique, auxquelles s'arrête la doctrine). C'est parce que ces critères identifient la puissance publique qu'ils font reconnaître la gestion publique d'un service.

Le premier critère cité par la décision *Alberti-Scott* est l'objet du service. Voilà qui manifeste d'évidence la puissance publique ! Si l'objet de l'activité est exorbitant de ce que peuvent faire les particuliers, c'est que le gestionnaire du service a été habilité à l'effectuer par des compétences exorbitantes, vecteur de la puissance publique ; et c'est pourquoi la seule prise en considération des prérogatives de puissance publique ne suffit pas pour identifier la puissance publique. Mais on comprend alors les incertitudes qui nimbent le critère de l'objet : puisque l'exorbitance dépend de ce que font les particuliers, l'objet exorbitant varie en fonction de l'étendue des activités privées<sup>17</sup>.

Le second critère est le mode de financement : celui-ci est-il ou non effectué par l'utilisateur et vise-t-il des bénéficiaires, comme pour toute activité privée ? Si tel est le cas, il y a gestion privée<sup>18</sup>. Si le service est gratuit ou quasi-gratuit, il est évident que le gestionnaire est rémunéré par des fonds publics, moyen financier exorbitant qui répond à la définition de la prérogative de puissance publique.

---

<sup>16</sup> TC, 21 mars 2005, *Alberti-Scott c/ Commune de Tournefort*, n° C3413.

<sup>17</sup> Par exemple : le service de transport par bac a d'abord été considéré comme un SPIC (TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain*, dit arrêt *Bac d'Eloka*, n° 00706), avant que la jurisprudence n'en fasse un SPA (CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n° 88032 et 88148). L'objet n'a évidemment pas changé, mais son caractère exorbitant a évolué.

<sup>18</sup> CE, 20 janvier 1998, *SCI La colline*, n° 70719 ; CE, sect., avis, 10 avril 1992, *SARL Hofmiller*, n° 132539.

Le troisième critère regroupe toutes les autres traces qui pourraient manifester la puissance publique dans l'organisation et le fonctionnement du service. Toute trace d'exorbitance, qui confère au gestionnaire un moyen d'agir de façon exorbitante, c'est-à-dire une prérogative de puissance publique, peut révéler la nature administrative du service public.

Un sujet de droit ne sera donc pas soumis au droit public du seul fait qu'il gère un service public : il ne le sera que si le service public est sous gestion publique. Le critère du service public est inopérant en tant que tel. Il doit être complété par le mode de gestion, lui-même dépendant de la puissance publique.

Et tous les arrêts et décisions invoqués au soutien du critère du service public montrent d'ailleurs la prééminence du mode de gestion, puisque le service public n'enclenchera l'application du droit public que s'il est administratif (sous gestion publique) et manifeste la puissance publique<sup>19</sup>. Si l'arrêt *Monpeurt* permet à des personnes privées gérant un service public d'adopter des actes administratifs, on ne doit pas omettre le fait que, en l'espèce, la gestion du service est publique : devant les circonstances qui « nécessitaient impérieusement l'intervention de la puissance publique dans le domaine économique »<sup>20</sup>, un service public d'organisation de la production industrielle fut créé et confié à des comités d'organisation, investis de prérogatives de puissance publique. Le commissaire du gouvernement Ségalat relevait en ce sens que la loi « institue un service public de la production [et que] la mise en œuvre de cette politique est assurée grâce à de larges pouvoirs de puissance publique »<sup>21</sup>. Le service public est donc administratif. D'où l'application du droit public.

2° *L'effacement du critère du service public devant celui de la présence de la puissance publique.* Ces premières constatations jurisprudentielles peuvent encore être renforcées par le critère de la présence de la puissance publique que nous avons dégagé. Ce critère montre toute son efficacité dans l'hypothèse où l'on rencontre la puissance publique dans un service public industriel et commercial (service à la gestion majoritairement privée) ou, inversement, dans le cas où la puissance publique se retire d'un service public administratif (placé sous gestion majoritairement publique).

a. Toute intervention de la puissance publique, même dans un service public industriel et commercial, entraîne application du droit public. Il en est bien sûr ainsi des actes d'organisation du service public, qui ne rentrent pas dans la gestion du service public et qui révèlent toujours la puissance publique<sup>22</sup>. Mais il en va de même des activités de gestion si elles laissent transparaître la présence de la puissance publique<sup>23</sup>. La responsabilité, engagée en raison de la gestion d'un service public industriel et commercial, relève normalement du droit privé, à moins qu'il y soit fait usage de

---

<sup>19</sup> Par exemple : TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes*, dit arrêt *Berkani*, n° 03000.

<sup>20</sup> CE, ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, n° 71398.

<sup>21</sup> André Ségalat, « Conclusions sur CE, ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt* », *Dalloz*, 1942, Jurisprudence, p. 140.

<sup>22</sup> CE, 3 octobre 2003, *Peyron*, n° 242967.

<sup>23</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 23 mars 2011, *Association nationale pour les chèques vacances*, n° 10-11.889.

prérogatives de puissance publique<sup>24</sup>. Semblablement, le contrat conclu par un établissement public industriel et commercial est privé, sauf si les activités en cause « ressortissent par leur nature à des prérogatives de puissance publique »<sup>25</sup> ou s'il comporte des clauses exorbitantes<sup>26</sup>, qui manifestent bien la puissance publique.

A l'inverse, l'absence de la puissance publique, même dans un service public administratif, induit l'application du droit privé. Même s'il gère un tel service, un sujet de droit qui adopte un acte sans user de la puissance publique n'adopte pas un acte administratif régi par le droit public<sup>27</sup>.

Ainsi, dans la mesure où il use des prérogatives de puissance publique dont il est investi, mais dans cette seule mesure, un sujet de droit chargé d'un service public peut-il se voir appliquer le droit public. Le service public n'est donc pas déterminant par lui-même.

b. Il faut enfin réserver les exceptions explicitement fixées par les textes ou la jurisprudence. Ces exceptions ne doivent pas être confondues avec celles dans lesquelles la loi détermine l'ordre de juridictions compétent, sans que cela influe nécessairement sur le droit applicable : ainsi en est-il, par exemple, des services publics de l'état civil qui, bien que soumis au droit public, « sont placés sous le contrôle de l'autorité judiciaire »<sup>28</sup>. Nous entendons bien évoquer ici les exceptions dans lesquelles la présence de la puissance publique n'engendre pas application du droit public ou dans lesquelles, inversement, l'absence de la puissance publique n'empêche néanmoins pas la mise en œuvre du droit public.

Voilà les vraies exceptions que l'on a pu dénombrer.

La matière contractuelle en est riche, puisque deux critères concurrents à la puissance publique peuvent l'atténuer : le critère organique et le critère du service public. Si bien que l'on peut relever quatre exceptions contractuelles, d'une importance variable. Tout d'abord, le critère organique rend en principe privé le contrat effectué par une personne privée qui gère un service public administratif<sup>29</sup>. Ensuite, les contrats conclus pour l'exécution d'un service public industriel et commercial peuvent être administratifs s'ils sont conclus par une personne publique – critère organique – et si, même en l'absence de clauses exorbitantes du droit commun (si de telles clauses sont présentes, on retrouve la puissance publique), ils sont pris pour l'exécution du **service public** (la simple collaboration au service public ne suffit pas néanmoins<sup>30</sup>, ce qui

---

<sup>24</sup> CE, sect., 23 décembre 1970, *Electricité de France c/ Farsat*, n° 73453.

<sup>25</sup> TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, n° C3506.

<sup>26</sup> TC, 7 avril 2014, *Office du tourisme de Rambouillet c/ Société Services d'édition et de ventes publicitaires*, n° C3949.

<sup>27</sup> CE, 8 juin 1988, *Gradone*, n° 70914 ; CE, 19 décembre 1988, *Pascau*, n° 79962.

<sup>28</sup> TC, 14 février 2005, *Remigius*, n° C3401.

<sup>29</sup> Il n'y a que si la personne privée agit en lieu et place d'une personne publique que l'on retrouve le principe posé : dans ce cas, le contrat retrouve son caractère administratif du fait de la puissance publique, que celle-ci se trouve présente du fait de la gestion publique du service public administratif ou du fait de la présence de clauses exorbitantes du droit commun.

<sup>30</sup> TC, 17 octobre 2011, *Varraud*, n° C3809 ; CE, 6 juin 2012, *Commune de la Vallée-au-Blé*, n° 346126.

relativise l'impact même du critère du service public) ; encore faut-il souligner que cette exception ne joue pas – on retrouve donc le principe – pour les contrats conclus avec les usagers du service. La troisième exception contractuelle est le cas extrêmement circonscrit où, bien qu'elle gère un service public industriel et commercial, une personne privée conclut un contrat administratif parce qu'elle *remplace* (avec ou sans mandat) une personne publique et parce que le contrat est conclu pour l'exécution du service ; à l'exception, d'ailleurs, des contrats qui, conclus avec des usagers, sont toujours privés. Enfin, il faut relever que les contrats conclus entre les usagers d'un service public industriel et commercial et le gestionnaire du service public sont régis par le droit privé même s'ils comportent des clauses exorbitantes du droit commun et, donc, présence de la puissance publique<sup>31</sup>.

Hormis ces exceptions qui grèvent le domaine des contrats, on trouve encore quelques autres exceptions disparates. Tout d'abord, les litiges entre les organismes de Sécurité sociale et leurs usagers sont des rapports de droit privé<sup>32</sup> même s'ils mettent en œuvre à leur égard des prérogatives de puissance publique<sup>33</sup>. On peut aussi citer la loi du 31 décembre 1957, qui prévoit que les dommages causés par un véhicule, y compris dans la gestion publique d'un service public, sont jugés « conformément aux règles du droit civil »<sup>34</sup>.

Ces exceptions s'expliquent par la volonté d'unifier le régime juridique applicable à un ensemble d'activités et qui, sans cette détermination explicite, serait grandement morcelé entre un régime de droit public et de droit privé. Ces exceptions doivent simplifier la matière. Mais, du fait même qu'elles nécessitent une précision explicite du législateur ou du juge, ces exceptions ne remettent en cause les principes énoncés que de manière ponctuelle : si l'exception n'avait pas été posée, le critère évoqué – présence ou absence de la puissance publique – aurait joué son rôle.

En outre, et ce point est décisif, on peut relever que ces exceptions ne réhabilitent pas toutes le critère du service public. Les motivations de ces exceptions sont trop diverses pour pouvoir dégager un vrai critère concurrent qui fasse jeu égal avec la puissance publique. C'est pourquoi la présentation qui maintient la primauté de la puissance publique nous paraît la plus pertinente. On peut encore la justifier par quelques remarques complémentaires, qui justifient l'abandon définitif du critère du service public dans la définition du droit public.

---

<sup>31</sup> CE, sect., 13 octobre 1961, *Etablissement Companon-Rey*, n° 44689.

<sup>32</sup> Article L.142-1 du Code de la sécurité sociale.

<sup>33</sup> CE, 8 février 1978, *Isaac*, n° 98051.

<sup>34</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi n° 57-1424 du 31 décembre 1957 attribuant compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigés contre une personne de droit public.



## 2. Remarques complémentaires sur le rejet du critère du service public

Une dernière objection doit être prévenue pour finir. Certaines grandes notions du droit administratif sont définies par référence au service public : le domaine public<sup>35</sup>, le travail public<sup>36</sup> ou l'ouvrage public<sup>37</sup>. Or, la qualification de tous ces objets enclenche un statut de droit public. On a alors tôt fait d'en déduire que le service public détermine l'application du droit public. Mais le raisonnement semble un peu rapide. On voudrait y revenir incidemment ici pour montrer que la puissance publique demeure bien le critère exclusif du droit public.

Dans toutes ces hypothèses, le service public est un critère de la notion en cause. Mais il n'est toujours qu'un critère parmi d'autres. Il n'est jamais suffisant<sup>38</sup>. Parfois, il n'est pas même nécessaire<sup>39</sup>. En conséquence, on ne voit pas bien pourquoi le service public serait davantage un critère du droit public que les autres critères d'identification de ces notions. La présence de la personne publique est exigée aussi pour définir le domaine public et le travail public : pourquoi n'en pas faire un critère du droit public ? En réalité, dès lors que le service public n'est que le critère de définition d'une autre notion, l'application du droit public est justifiée par la notion qu'il définit, et non pas par lui (ce qui n'amoindrit en rien le rôle prépondérant qu'il a en droit administratif, l'importance qu'il revêt dans la définition de ces grandes notions suffisant à l'attester).

Mais cela déplace alors la question : si le service public n'est pas le critère d'application du droit public, ce sont toutes les notions qu'il sert à identifier qui en conditionnent l'application. Bref, si la puissance publique n'est plus concurrencée par le service public pour déterminer l'application du droit public, elle se trouve maintenant en concurrence avec ces autres notions. Il faut donc expliquer pourquoi cette nouvelle conclusion ne nous paraît pas davantage admissible.

Commençons par rappeler que le droit, c'est-à-dire les droits et obligations qu'il dispense, a toujours pour destinataire des sujets de droit, et non des choses. Il en va de même pour un régime juridique. Un régime juridique est en effet un « système de règles, considéré comme un tout, soit en tant qu'il regroupe l'ensemble des règles relatives à une matière (ex. régime constitutionnel, régime foncier), soit en raison de la finalité à laquelle sont ordonnées les règles (ex. régime de protection, régime pénitentiaire). »<sup>40</sup> Le

---

<sup>35</sup> Article L.2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>36</sup> CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, n° 45681 ; TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, n° 01525.

<sup>37</sup> CE, ass., avis contentieux, 29 avril 2010, *Béligaud*, n° 323179.

<sup>38</sup> Le domaine public nécessite aussi la propriété d'une personne publique et un aménagement indispensable. Le travail public se définit surtout par la présence d'une personne publique et un objectif d'intérêt général. Quant à l'ouvrage public, il doit être immobilier et avoir été aménagé.

<sup>39</sup> L'affectation à l'usage direct du public suffit, sans qu'il y ait un service public, pour définir le domaine public (CE, sect., 28 juin 1935, *Marécar*, Rec. p. 734). Il y a travail public sans service public si les travaux sont réalisés pour une personne publique dans un but d'utilité générale (CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, n° 45681). Enfin, l'intérêt général suffit, en l'absence de service public, pour définir un ouvrage public appartenant à une personne publique.

<sup>40</sup> Gérard Cornu (dir.), « Régime », *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige dicos de poche, 2007, p. 785.

régime juridique d'une chose désigne donc l'ensemble des droits et obligations attribués à des sujets de droit dans leurs rapports sociaux relatifs à cette chose. Dire, par exemple, que le domaine public est soumis à un régime de droit public ne peut, en bonne logique juridique, signifier qu'une chose : les rapports qu'entretient le propriétaire ou gestionnaire du bien public avec les autres sujets de droit relativement au bien concerné sont soumis à un régime juridique de droit public.

La question est alors de savoir pourquoi le régime d'un bien du domaine public est un régime de droit public, alors que le régime d'un bien appartenant à un particulier est privé. Car la qualification juridique du bien, si elle déclenche l'application de ce régime juridique, n'explique pas son caractère public. Or, on est bien obligé de reconnaître que ce caractère lui vient de la puissance publique. En effet, le régime du domaine public est public parce qu'il confère aux propriétaire ou gestionnaire des prérogatives et des sujétions de puissance publique que ne possède pas un particulier dans la possession et la gestion de ses biens. Par exemple, la qualification juridique de biens du domaine public entraîne leur insaisissabilité<sup>41</sup>, leur inaliénabilité et leur imprescriptibilité<sup>42</sup>, mais impose aussi des sujétions particulières comme l'interdiction de *la cession à vil prix*<sup>43</sup>, les *aisances de voirie*, les différentes sujétions relatives à l'utilisation publique ou privative du domaine, etc. Dès lors, l'*effet attractif* de la puissance publique induit que toutes les compétences exercées par le biais de ces prérogatives et tous les droits et obligations agglomérés autour de ces compétences – et qui constituent le régime juridique du domaine public – sont dispensés par des normes de droit public.

Bref, l'application d'un régime juridique à un bien précis est certes conditionnée par la qualification juridique du bien (qualifié de bien public, ouvrage public, travail public, denier public, etc.), mais le caractère public de ce régime juridique tient à la présence de la puissance publique. A l'inverse, lorsque l'une des parcelles du régime juridique applicable à ces notions n'est pas publique, c'est que la puissance publique en est partiellement exclue<sup>44</sup> : d'où l'idée, pour montrer l'hétérogénéité du régime juridique ainsi constitué autour des biens publics, d'une échelle de domanialité<sup>45</sup>. C'est pourquoi il ne faut pas intervertir l'ordre des facteurs : par exemple, le domaine public n'est pas public parce qu'il donne au régime juridique qui s'applique à lui une coloration publique, car ce n'est pas uniment le cas ; il est le domaine *public* parce que le régime qui s'applique à lui est majoritairement public en raison de la présence fréquente de la puissance publique. Celle-ci reste donc le critère déterminant du droit public.

---

<sup>41</sup> Article L.2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>42</sup> Article L.3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>43</sup> Cons. const., 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC, considérant 57.

<sup>44</sup> C'est le cas, par exemple, d'un dommage causé par un travail public ou un ouvrage public aux usagers d'un service public industriel et commercial, car on ne relève pas ici la présence de la puissance publique (TC, 24 juin 1954, *Dame Galland*, n° 1453, rec. p. 717).

<sup>45</sup> « Selon cette analyse, il convient de substituer à la présentation binaire traditionnelle, opposant domaine public et domaine privé, une conception beaucoup moins rigide identifiant un dégradé de régimes juridiques, plus ou moins exorbitants du droit privé. » (Fabrice Melleray, « L'échelle de la domanialité », *Mouvement du droit public • Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 288)

On doit donc admettre que le service public ne peut être un critère d'application du droit public. On ne peut que conclure avec Jean Rivero : « Ce qui a, un moment, donné valeur juridique à la notion de service public, c'est la gestion publique dont elle était le signe approximatif. Mais à partir du moment où l'État, s'engageant sur les terrains réservés par le libéralisme à l'action des particuliers, utilisait, pour ces services nouveaux, les procédés de la gestion privée, la notion de service public se vidait de son contenu juridique [...] ; en même temps, l'impossibilité de se fier au signe (le service public) ramenait au premier plan l'analyse de la chose signifiée, la distinction entre gestion publique et gestion privée. »<sup>46</sup>

Dès lors, le critère de la présence de la puissance publique et son exclusivité peuvent être maintenus : il permet à lui seul d'identifier les destinataires du droit public, qui sont les sujets de droit intégrés dans un rapport de droit où l'un d'eux est envisagé en tant que détenteur de la puissance publique. Sa vertu explicative assure sa pérennité. Le droit public est bien le droit de la puissance publique.

### CONCLUSION

Si l'on intègre à présent les critères écartés au début de cette seconde partie comme étant insusceptibles d'être précisés davantage pour définir le droit public – les causes efficiente et formelle –, on peut en proposer la définition suivante : le droit public est la distribution, effectuée ou admise par l'autorité politique, de droits et obligations à des sujets de droit, dont l'un au moins rend *présente* la puissance publique.

Cette définition présente de nombreuses vertus explicatives. Sans pouvoir toutes les évoquer, on peut en citer quelques-uns. D'une part, cette définition est formelle : elle ne tient aucun compte du contenu même des normes, si bien qu'elle s'accommode parfaitement du constat, souvent dressé, de la similitude matérielle du droit public et du droit privé ; le fait que les droits et obligations dispensés par les deux branches du droit soient identiques n'empêche aucunement certains de ces droits et obligations d'être intégrés dans des rapports de droit où la puissance publique est *présente* et d'autres d'être au contraire intégrés dans des liens de droit d'où la puissance publique est absente. D'autre part, du fait de son caractère formel, cette définition peut être dite universelle. Elle permet de décrire tout système juridique, présent ou passé, que celui-ci accepte ou non la *summa divisio juris*. Même le droit britannique ou le droit de l'Union européenne, apparemment hermétiques à toute division du droit public et du droit privé, peuvent être analysés au prisme de cette définition. En troisième lieu, cette définition permet d'assurer l'unité du droit public interne et du droit international public, dans la mesure où elle s'applique tant à l'un qu'à l'autre. Enfin, cette définition peut présenter un vif intérêt pour faire saisir le poids de la puissance publique au sein d'un ordre juridique.

---

<sup>46</sup> Jean Rivero, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », *L'évolution du droit public • Etudes offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 471.



**INFLUENCE DE LA LOI N°2002-303 DU 4 MARS 2002  
SUR LE TRAITEMENT PAR LE JUGE ADMINISTRATIF DES INFECTIONS  
NOSOCOMIALES CONTRACTEES EN ETABLISSEMENTS PUBLICS DE SOINS**

Commentaire de l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Marseille  
en date du 15 février 2011, n°08MA03229

**Par Laura JAEGER,**

*Doctorante contractuelle, Chargée de mission d'enseignement,  
Aix-Marseille Université  
Centre de droit de la santé, UMR 7268-ADÉS.*

Etymologiquement, le mot nosocomial est issu du latin *nosocomium* désignant les établissements réservés au traitement des malades de l'Antiquité au Moyen Age.<sup>47</sup> Les « Cents recommandations pour la surveillance et la prévention des infections nosocomiales », éditées en 1999, définissent ainsi l'infection nosocomiale comme celle contractée en établissement de santé. On distingue classiquement ces infections nosocomiales des infections dites communautaires -soit celles contractées hors établissement de santé. Aujourd'hui cependant, la multiplication des parcours de soins et des intervenants dans la dispensation des soins, la diversification des structures et des systèmes de soins, la survenue parfois tardive de l'infection après chirurgie (notamment avec les prothèses implantées) ont amené à repenser cette dissociation. Aussi, le Comité Technique des Infections Nosocomiales et des Infections Liées aux Soins (CTINILS) a-t-il introduit la notion globale d'Infection Associée aux Soins (IAS) intégrant tantôt l'infection nosocomiale *stricto sensu* tantôt les soins délivrés en dehors des établissements de santé.<sup>48</sup> Une infection est ainsi dite associée aux soins « si elle survient au cours ou au décours d'une prise en charge (diagnostic, thérapeutique, palliative, préventive ou éducative) d'un patient, et si elle n'était ni présente, ni en incubation au début de la prise en charge. Lorsque l'état infectieux au début de la prise en charge n'est pas connu précisément, un délai d'au moins quarante-huit heures ou un délai supérieur à la période d'incubation est couramment accepté pour définir une IAS. Pour les infections du site opératoire, on considère habituellement comme associées aux soins les infections survenant dans les trente jours suivant l'intervention ou, s'il y a mise en place d'un implant, d'une prothèse ou d'un matériel prothétique dans l'année qui suit l'intervention ». Du reste, « le critère principal définissant une IAS est constitué par la délivrance d'un acte ou d'une prise en charge de soins au sens large (à visée diagnostic, thérapeutique, de dépistage ou de prévention primaire) par un professionnel de santé ou le patient ou son entourage, encadrés par un professionnel de santé. Aucune distinction n'est faite quant au lieu où est réalisée la prise en charge ou la délivrance des soins, à la différence de l'infection nosocomiale qui garde son sens de « contractée dans un établissement de santé ». Les IAS concerne les patients, malades ou non, mais également les professionnels de santé et les visiteurs ».<sup>49</sup>

Aujourd'hui, la prévention des infections nosocomiales représente une réelle priorité de santé publique. Ces infections constituent en effet une source importante de risque pour les patients puisque, malgré toutes les mesures de prévention mises en place

---

<sup>47</sup> PATRIAT (D.), « Les infections nosocomiales à l'hôpital : de la responsabilité juridique à la responsabilisation des professionnels de santé », Mémoire de l'Ecole Nationale de la Santé Publique, 2003, 151 p., p. 9, disponible sur <http://fulltext.bdsp.ehesp.fr/Ensp/Memoires/2003/edh/patriat.pdf>.

<sup>48</sup> Ministère de la santé et des sports, « Infections nosocomiales : le dossier », janvier 2009, 49 p., p. 3, disponible sur [www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/dossier.pdf](http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/dossier.pdf) et Ministère de la santé, de la jeunesse et des sports DGS/DHOS, CTINILS, « Actualisation de la définition des infections nosocomiales », mai 2007, 43 p., p. 6, disponible sur [www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapport\\_complet.pdf](http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_complet.pdf).

<sup>49</sup> Ministère de la santé et des sports, « Infections nosocomiales : le dossier », *Ibid.*, p. 3.

par les pouvoirs publics<sup>50</sup>, elles touchent un patient sur vingt et engendrent environ dix milles décès par an.<sup>51</sup> Les victimes n'hésitent plus à recourir à la justice pour obtenir réparation des préjudices engendrés par ces infections jugées par elles particulièrement inacceptables et injustes. Or, devant la justice, la preuve d'une faute d'asepsie de l'établissement serait extrêmement difficile à rapporter -pour ne pas dire impossible- en cas d'infections de ce type. Aussi, les juridictions -judiciaires comme administratives- se sont-elles efforcées d'apporter des réponses favorables aux victimes. De ces solutions juridictionnelles en résultaient néanmoins des points de divergence selon le lieu de contraction de l'infection, préjudiciables à un traitement égalitaire des victimes. D'où l'intervention homogénéisatrice du législateur consacrée par la loi Kouchner n°2002-303 du 4 mars 2002<sup>52</sup> et complétée par la loi About n°2002-1577 du 30 décembre 2002<sup>53</sup> - toutes deux applicables dans l'arrêt qui nous est donné à commenter.

En l'espèce, un patient était entré en mars 2003 à l'hôpital Salvator -dépendant de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Marseille (AP-HM)- pour une opération de l'adénome de la prostate. Les examens urinaires préopératoires effectués avaient révélé des cultures stériles. L'hospitalisation s'était poursuivie par la mise en œuvre de soins classiques -si ce n'est la nécessité de pratiquer en sus une endoscopie intra-urétrale du fait d'un traitement cardiaque dont bénéficiait le patient depuis 2001. Or, durant cette dernière intervention, le patient fut victime d'un collapsus avec choc septique par septicémie à *Escherichia Coli*<sup>54</sup>, nécessitant un transfert en réanimation engendrant plusieurs autres complications. Par suite, il fut transféré en service de cardiologie où il alterna des épisodes de bradycardie et de tachycardie, avant de rejoindre son service initial puis un centre de rééducation fonctionnelle où il séjourna durant un mois. Le patient, qualifiant de nosocomiale l'infection ainsi contractée, intente une action contre l'AP-HM aux fins d'obtenir l'indemnisation des préjudices subis.

Le tribunal administratif de Marseille, par un jugement en date du 23 avril 2008, rejette ses velléités. Le requérant interjette alors appel devant la cour administrative de Marseille aux fins d'obtenir l'annulation de ce jugement et par suite l'acceptation de sa demande.

Cet arrêt -rendu en application de la loi du 4 mars 2002- s'inscrit dans une évolution jurisprudentielle directement influencée par cette loi et s'ancre ainsi dans une problématique plus ample à savoir : *Quelle a été précisément l'influence de la loi du 4 mars 2002 sur le traitement par le juge administratif des infections nosocomiales ?*

Dans cet arrêt en effet, la cour administrative d'appel de Marseille va consacrer la position adoptée par le juge administratif postérieurement à la loi Kouchner -position qui sera entérinée par le Conseil d'Etat quelques mois plus tard.

*Il convient ainsi d'analyser l'évolution jurisprudentielle induite par la loi du 4 mars 2002 -consacrant en la matière un régime de responsabilité de plein droit- (I) avant*

---

<sup>50</sup> Voir les multiples obligations réglementaires en matière d'hygiène et de prévention envisagées par les articles R 6111-1 et suivants du Code de la santé publique.

<sup>51</sup> INSERM, « Infections nosocomiales », disponible sur [www.inserm.fr/thematiques/microbiologie-et-maladies-infectieuses/dossiers-d-information/infections-nosocomiales](http://www.inserm.fr/thematiques/microbiologie-et-maladies-infectieuses/dossiers-d-information/infections-nosocomiales) et *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Editions Législatives, étude « Responsabilité médicale », mise à jour 67 du 1<sup>er</sup> juin 2012, § 76 « Infections nosocomiales », p. 2182. Plusieurs études estiment en effet que 6,6 % des décès intervenant chaque année à l'hôpital ou à la suite d'une hospitalisation surviendraient en présence d'une infection nosocomiale. Ainsi, ces infections seraient en cause pour 9.000 décès par an, dont 4.200 pour des patients dont le pronostic vital n'était pas engagé à court terme à leur entrée à l'hôpital. Pour la moitié de ces 4.200 décès, aucune autre cause de décès n'est détectée. Ainsi, l'apparition d'une infection multiplie-t-elle par trois le risque de décès. Voir VASSELLE (A.), « La politique de lutte contre les infections nosocomiales », Rapport OPEPS, juin 2006, 142 p., p. 9, disponible sur [www.senat.fr/rap/r05-421/r05-4211.pdf](http://www.senat.fr/rap/r05-421/r05-4211.pdf).

<sup>52</sup> Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4118.

<sup>53</sup> Loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, *JORF*, 31 décembre 2002, p. 22100.

<sup>54</sup> Notons que selon l'INSERM, l'*Escherichia Coli* constitue l'un des trois micro-organismes les plus fréquemment responsables des infections nosocomiales en France. INSERM, « *Infections nosocomiales* », *op.cit.*

d'entrevoir le traitement jurisprudentiel de la « cause étrangère », désormais seule exonératoire de responsabilité (II).

## **I. La responsabilité de plein droit des établissements de santé en cas d'infection nosocomiale**

Alors que les établissements de santé -publics comme privés- n'étaient à l'origine tenus qu'à une simple obligation de moyens en matière d'asepsie, nécessitant la preuve par la victime d'une faute pour engager leur responsabilité, les deux ordres de juridictions se sont attachés -chacun à leur manière et rythme- à améliorer considérablement le sort des victimes d'infections nosocomiales (A). La solution la plus avantageuse pour les victimes -consacrée en dernier lieu par la juridiction judiciaire- sera uniformisée à l'ensemble des établissements de santé par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (B).

### **A. L'état des lieux des positions juridictionnelles antérieures**

Comme annoncé précédemment, les deux ordres se sont employés à améliorer sensiblement le sort des victimes d'infections nosocomiales. Le juge administratif a été le premier à œuvrer en ce sens en consacrant en la matière une présomption de faute (1). Avec un retard non négligeable, le juge judiciaire s'est dans un premier temps aligné sur cette technique d'inversion de la charge probatoire avant de franchir un pas supplémentaire par la reconnaissance d'une présomption de responsabilité (2).

#### **1. Le juge administratif, précurseur de par la consécration de la présomption de faute**

A titre liminaire, précisons d'emblée que le contentieux des hôpitaux -personnes morales de droit public- relève des juridictions de l'ordre administratif depuis l'arrêt Blanco rendu par le Tribunal des conflits le 8 février 1873<sup>55</sup>. A l'hôpital en effet, le médecin participe à l'exécution d'un service public<sup>56</sup> alors que le patient en est corrélativement un usager. Il en résulte une absence de lien contractuel entre ces deux protagonistes. Partant, la victime d'une infection nosocomiale contractée en établissement de soins public est tenue d'exercer son action en responsabilité contre l'hôpital -personne morale- et non contre le médecin pris individuellement. La responsabilité personnelle de ce dernier ne saurait être engagée qu'en cas de faute intervenue dans le cadre du secteur privé hospitalier ou de faute personnelle détachable du service (faute personnelle d'une particulière gravité), lesquelles engendrent *in fine* la compétence de l'ordre juridictionnel judiciaire.

Dans le cadre de sa compétence ainsi définie, le juge administratif a fait évoluer sa jurisprudence relativement aux infections nosocomiales dans un sens favorable aux victimes.

*Ab initio* en effet, conformément aux principes régissant la responsabilité hospitalière et plus largement médicale (*voir infra*), il appartenait au patient qui s'estimait victime d'une infection nosocomiale de rapporter la preuve d'une faute dans la prise en charge du risque infectieux. Ce régime probatoire était symptomatique de la *probatio diabolica*, concept désignant une preuve que « seul le diable pourrait

---

<sup>55</sup> Tribunal des Conflits, 8 février 1873, *Blanco, D.*, 1873.3.20, concl. David; *S.*, 1873.3.153, concl. David.

<sup>56</sup> Tribunal des Conflits, 25 mars 1957, *Chilloux et Isaad Slimane*, deux arrêts, *Rec.* 710; *D.*, 1957.395, concl. Chardeau; *S.*, 1957.196, concl. Chardeau; *AJ*, 1957.II.187, chr. Fournier et Braibant; *JCP*, 1957.II.10004, note Savatier.

apporter », révélateur du caractère extrêmement difficile -pour ne pas dire impossible- de la preuve.<sup>57</sup>

Devant l'extrême difficulté pour la victime de déterminer la cause de son infection microbienne, le Conseil d'Etat instaura le premier un aménagement de la charge probatoire par la consécration en la matière de la présomption de faute. Cette technique probatoire -initiée par le juge administratif en 1958 dans un arrêt Dejous<sup>58</sup> rendu en matière de vaccinations obligatoires- a pour effet de renverser la charge de la preuve dans la mesure où c'est à l'hôpital, défendeur, de démontrer son absence de faute à l'origine du dommage. La victime quant à elle n'est tenue que d'apporter la preuve de l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité avec l'activité hospitalière.<sup>59</sup> S'agissant précisément des infections nosocomiales, c'est l'arrêt Savelli du 18 novembre 1960<sup>60</sup> qui le premier consacra cette inversion de la charge probatoire. Après quelques hésitations<sup>61</sup>, l'arrêt Cohen du 9 décembre 1988<sup>62</sup> entérinera définitivement la présomption de faute en matière d'infection microbienne contractée par un usager du service public hospitalier. En l'espèce, la Haute juridiction jugea « qu'aucune faute lourde médicale, notamment en matière d'asepsie, ne peut être reprochée aux praticiens qui ont exécuté cet examen et cette intervention; que le fait qu'une telle infection ait pu néanmoins se produire, révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier à qui il incombe de fournir au personnel médical un matériel et des produits stériles »<sup>63</sup>. La référence à la faute révélée témoigne effectivement de ce recours à la présomption de faute.<sup>64</sup>

Bien que ce mécanisme de présomption de faute a pour effet de renverser la charge probatoire, il demeure ancré dans le carcan de la responsabilité pour faute - l'établissement de soins public pouvant continuer à s'exonérer en rapportant la preuve de son absence de faute d'asepsie.

*Si l'ordre judiciaire réagit plus tardivement que son homologue administratif, il franchira un pas supplémentaire en consacrant en la matière un régime de présomption de responsabilité (2).*

---

<sup>57</sup> Concrètement, il appartenait à la victime de solliciter les protocoles opératoires et de prouver un défaut d'asepsie conforme à ces derniers. Voir GIBERT (S.), *Guide de responsabilité médicale et hospitalière : Quelle indemnisation du risque médical aujourd'hui ?*, Berger-Levrault, 2011, 611 p., p. 414.

<sup>58</sup> CE, Ass., 7 mars 1958, *Secrétaire d'Etat à la santé publique c/ Dejous*, Rec. 153; *RD publ.*, 1958.1087, concl. Jouvin; *AJ*, 1958.II.225, chr. Fournier et Combarous; *S.*, 1958.182, note Golléty.

<sup>59</sup> Voir MOQUET-ANGER (M.-L.), *Droit hospitalier*, 2<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2012, 570 p., p. 489.

<sup>60</sup> CE, 18 novembre 1960, *Savelli*, Rec. 640. En l'espèce, un enfant fut installé, faute de lit disponible dans le pavillon réservé aux enfants, dans une salle pour adulte où se trouvait un autre patient suspecté d'être porteur de la variole qui succomba le lendemain. L'enfant décédera huit jours après son séjour.

<sup>61</sup> CE, 25 janvier 1974, n°85307, *Centre hospitalier de Sainte-Marthe d'Avignon* où le Conseil d'Etat refusa d'admettre la présomption de faute. Voir PATRIAT (D.), « Les infections nosocomiales à l'hôpital : de la responsabilité juridique à la responsabilisation des professionnels de santé », *op.cit.*, p. 20.

<sup>62</sup> CE, 9 décembre 1988, n°65087, *Cohen*.

<sup>63</sup> Il s'agit pour le Conseil d'Etat de contourner l'exigence de la faute lourde médicale (en vigueur jusqu'en 1992, CE, Ass., 10 avril 1992, *Epoux V*, Rec. 171, concl. Legal) afin de permettre une indemnisation des victimes. En l'espèce en effet, si le rapport expertal établissait bien le lien de causalité, il ne constatait pour autant aucune faute lourde médicale. Qui plus est, la jurisprudence relative aux conséquences anormales d'un acte de soins courants ou bénins n'était pas applicable. Aussi, eu égard à la particulière gravité des dommages, le Conseil d'Etat décida d'étendre le champ d'application de sa technique de présomption de faute aux infections nosocomiales. Voir OLIVIER (H.), « La responsabilité de l'hôpital en matière d'infections nosocomiales », *Mémoire de l'Ecole Nationale de la Santé Publique*, 2001, 116 p., pp. 16-17, disponible sur <http://fulltext.bdsp.ehesp.fr/Ensp/Memoires/2001/edh/olivier.pdf>.

<sup>64</sup> Voir *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Editions Législatives, étude « Réparation des accidents médicaux non fautifs », mise à jour 67 du 1<sup>er</sup> juin 2012, § 10 « Instauration d'une présomption de faute », p. 2146-2.



## 2. Le juge judiciaire ou la consécration tardive mais suprême de la présomption de responsabilité

D'emblée, rappelons que l'ordre judiciaire est amené à trancher la responsabilité des médecins exerçant à titre libéral ainsi que celle des cliniques privées.

S'agissant des infections nosocomiales, le juge judiciaire -se fondant sur la jurisprudence Mercier<sup>65</sup>- a dans un premier temps considéré que le médecin ne pouvait engager sa responsabilité qu'en cas de faute prouvée.<sup>66</sup> Ainsi, les établissements de soins privés étaient-ils tenus à une simple obligation de moyens, fondée sur les obligations contractuelles de la clinique (ou du médecin) de prudence et de diligence.

Dans un second temps, le juge judiciaire s'est aligné sur le régime de présomption de faute, initié par l'ordre administratif. Cependant, force est de constater le retard employé pour opérer cet alignement puisque ce n'est qu'à partir de l'arrêt Bonnici de 1996 que la Cour de cassation jugea qu'« une clinique est présumée responsable d'une infection contractée par un patient dans une salle d'opération, à moins de prouver l'absence de faute de sa part ».<sup>67</sup> Cette jurisprudence était cantonnée initialement aux actes réalisés en salle d'opération avant d'être étendue aux actes réalisés en salle d'accouchement en 1998.<sup>68</sup> A cette étape de la jurisprudence, les médecins libéraux -non visés par les arrêts- restaient soumis à un régime de responsabilité pour faute prouvée.

Poursuivant son élan et par trois arrêts du 29 juin 1999<sup>69</sup>, la Cour de cassation instaura, sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, une responsabilité sans faute tant à la charge des médecins libéraux que des cliniques. Il s'agissait en l'espèce de personnes qui, suite à une prothèse du genou, une arthroscopie et une arthrographie, avaient été infectées par des staphylocoques dorés. La Haute juridiction décida que le médecin ou l'établissement privé de soins étaient tenus vis-à-vis de leurs patients en matière d'infections nosocomiales d'une obligation de sécurité de résultat dont ils ne pouvaient se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère. Il en résultait que lorsqu'un établissement de soins privé était condamné à indemniser un patient victime d'une infection nosocomiale, cet établissement disposait d'un recours subrogatoire pour moitié contre le praticien auteur de l'acte de soins.<sup>70</sup> Il va sans dire que cette jurisprudence aggravait particulièrement la responsabilité des médecins libéraux dans la mesure où la présomption de faute initiée en 1996 pesait uniquement sur les cliniques. Animée par un souci d'uniformisation, la Cour de cassation ira jusqu'à étendre -par un arrêt du 13 février 2001<sup>71</sup>- l'obligation de sécurité de résultat à l'infection contractée à la suite d'un acte médical réalisé non plus seulement au sein d'un établissement de santé privé, mais également dans un cabinet médical.

<sup>65</sup> Cass., Req., 20 mai 1936, n°19826, *Mercier*; DP, 1936, I, 88, concl. Matter, rapp. Josserand; S., 1937, I, 321, note Breton; *Gaz. Pal.*, 1936, 2, 41.

<sup>66</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 1985, n°84-13.472, *Bull. civ. I*, n°250, p. 224. Cette position était ainsi conforme à la solution adoptée *ab initio* par l'ordre administratif (*voir supra*). Voir *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Editions Législatives, étude « Réparation des accidents médicaux non fautifs », *op.cit.*, § 12 « Evolution du contentieux médical », p. 2146-2.

<sup>67</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mai 1996, n°94-16.586, *Bonnici contre Clinique Bouchard*, *Bull. civ. I*, n°219, p. 152.

<sup>68</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 1998, n°97-18.481; 97-18.509 et 97-19.131, *Clinique de Belledonne c/ Jalliamon et a.*, *Bull. civ. I*, n°210, p. 144.

<sup>69</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 juin 1999, n°97-21.903, *Follet c/ Friquet*; Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 juin 1999, n°97-15.818, *Aebi c/ Marek* et Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 juin 1999, n°97-14.254, *CPAM de la Seine-Saint-Denis c/ Henry et a.* Voir *JCP*, 1999, II, n°10138, rapp. Pierre Sargos et *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Editions Législatives, étude « Réparation des accidents médicaux non fautifs », *op.cit.*, § 13 « Obligation de sécurité de résultat », p. 2146-2.

<sup>70</sup> Cass., Civ., 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, n°03-18.052, *Société GAN incendie accidents IARD et a. c/ Pouvreau, épouse Mansaud et a.* Voir *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Editions Législatives, étude « Responsabilité médicale », *op.cit.*, § 38 « Obligation de résultat », p. 2175.

<sup>71</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 février 2001, n°98-19.433, *Methlin et a. c/ Allagapen*. Voir *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Editions Législatives, étude « Réparation des accidents médicaux non fautifs », *op.cit.*, § 14 « Champ d'application de l'obligation de sécurité de résultat », p. 2146-3.

Le cheminement progressif opéré par l'ordre judiciaire -passant d'un régime de responsabilité pour faute prouvée à un régime de présomption de faute puis de présomption de responsabilité- dénote indéniablement le souci majeur de protection des victimes. En effet, le dernier état jurisprudentiel dispense les victimes de rapporter la preuve d'une faute du médecin ou de la clinique alors que parallèlement les défendeurs ne peuvent se libérer de leur responsabilité qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère (*voir infra*). A contrario, dans un régime de présomption de faute, auquel s'est cantonné le juge administratif, la preuve de l'absence de faute peut également être exonératoire.<sup>72</sup>

*Partant, selon le lieu de contraction de leur infection, les victimes d'infections nosocomiales faisaient l'objet d'une divergence de traitement -faute pour les deux ordres d'avoir adopté une position parfaitement analogue. Aussi, la loi du 4 mars 2002 est venue apporter une sécurité juridique indéniable aux patients des établissements de santé -publics comme privés- en consacrant expressément une responsabilité de plein droit (B).*

## **B. La loi du 4 mars 2002 ou la consécration de la position judiciaire aux établissements de santé**

*S'agissant des établissements de santé, la loi Kouchner est venue reprendre le principe de l'obligation de sécurité de résultat consacré par la Cour de cassation trois années auparavant et par là-même unifier les deux ordres de juridictions dans le sens le plus favorable aux victimes (1). Cependant, la consécration légale d'une telle charge pesant sur les établissements de santé -et en l'occurrence sur leurs assureurs- ne pouvait prospérer sans remous. Aussi, la loi About est-elle intervenue à titre correctif dans le dessein d'établir un partage de responsabilité faisant intervenir -sous conditions- la solidarité nationale (2).*

### **1. L'uniformisation de la responsabilité de plein droit aux établissements de santé**

Si l'obligation de sécurité de résultat initiée par la jurisprudence de la Cour de cassation ne concernait que les cliniques et médecins libéraux -conformément aux règles de compétences juridictionnelles- la loi du 4 mars 2002 reprendra ce principe en l'étendant à tous les établissements de soins -privés comme publics- la loi étant par nature générale et impersonnelle.

Précisons que la loi Kouchner s'applique aux infections contractées à l'occasion d'un acte de soins réalisé à compter du 5 septembre 2001<sup>73</sup>, ce qui place notre patient sous son régime -l'opération étant intervenue en l'espèce en mars 2003. Ceci explique le visa de l'article L 1142-1-I du Code de la santé publique -introduit précisément par la loi

---

<sup>72</sup> LAUDE (A.), MATHIEU (B.) et TABUTEAU (D.), *Droit de la santé*, 2<sup>ème</sup> mise à jour, 2009, PUF, 726 p., p. 456.

<sup>73</sup> Ce point a suscité maintes controverses. Selon l'article 101 de la loi Kouchner, le texte est applicable « aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales consécutifs à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisées au plus tôt six mois avant la publication de la présente loi. Cet article est applicable aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable ». Malgré l'ambiguïté de cette disposition, il semblait que la loi s'appliquait non seulement aux actes médicaux dommageables réalisés à compter du 5 septembre 2001, mais aussi aux faits antérieurs objets d'instances en cours au moment de la publication de la loi, quelle que soit la date du fait générateur. C'est en ce sens d'ailleurs que la Cour de cassation s'était prononcée dans un arrêt du 22 novembre 2002 (n°02-00.005). Cependant l'article 3 de la loi du 30 décembre 2002 a modifié ce texte, cantonnant son applicabilité « aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales consécutifs à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisées à compter du 5 septembre 2001, même si ces accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales font l'objet d'une instance en cours, à moins qu'une décision de justice irrévocable n'ait été prononcée ». *Ibid.*, pp. 459-460.

n°2002-303- disposant que « hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé, (...) tout établissement, service, ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute.// Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ». Cette disposition consacre légalement la jurisprudence judiciaire dite des « staphylocoques dorés » qui dorénavant ne connaîtra plus de frontières juridictionnelles.

Relevons cependant que le législateur de 2002 se borne à imputer -au travers de cet article- une responsabilité de plein droit aux seuls organismes de soins -les médecins libéraux n'étant point visés textuellement par l'alinéa 2 de l'article. Si ce silence fut l'objet de vives controverses doctrinales, il fut finalement interprété comme un retour au régime de responsabilité pour faute prouvée, conforté par une interprétation littérale du premier alinéa de l'article<sup>74</sup>. Si la faute du praticien peut certes consister en un manquement aux règles d'hygiène et d'asepsie en vigueur, elle peut également revêtir la forme d'une absence d'information sur les risques d'infection nosocomiale connus pour le type d'intervention envisagée.<sup>75</sup> Il n'en demeure pas moins qu'à l'avenir les victimes seront naturellement amenées à assigner l'établissement de soins plutôt que le médecin.

En définitive, la loi du 4 mars 2002 sanctionne tantôt la jurisprudence administrative en ce qu'elle se cantonnait à un régime de présomption de faute tantôt la jurisprudence judiciaire qui imposait aux médecins libéraux une obligation de sécurité de résultat.

*Si le législateur a pu instaurer une responsabilité de plein droit rayonnant sur l'ensemble des établissements de santé, les assureurs ont exprimé leur mécontentement à devoir assumer des charges exponentielles relativement à ces infections dont on a pu constater en liminaire la prévalence. Ainsi une seconde loi fut adoptée dans le dessein d'alléger la charge de ces derniers en faisant intervenir, sous conditions, la solidarité nationale (2).*

## **2. Un nécessaire partage subséquent de la réparation assureurs/ONIAM<sup>76</sup>**

La responsabilité sans faute des établissements de santé en cas d'infections nosocomiales consacrée par la loi Kouchner a engendré de vives critiques de la part des assureurs de ces établissements, du fait du coût important que représente pour eux l'indemnisation des conséquences des infections nosocomiales.

Aussi, la loi About du 30 décembre 2002 est venue modifier le Code de la santé publique en instaurant un partage de la réparation entre les assureurs d'une part et la solidarité nationale d'autre part. Cette répartition est expressément envisagée à l'article

---

<sup>74</sup> La doctrine s'est en effet un temps demandée s'il s'agissait d'un oubli volontaire ou d'une inadvertance. En définitive, si elle s'est ralliée à l'interprétation littérale du premier alinéa de l'article, « cette différence de traitement selon le lieu où a été contractée l'infection est aujourd'hui encore considérée comme une anomalie juridique, une différence « inéquitable » pour les victimes, dénuée de tout fondement ». Voir ALONSO (C.), « La responsabilité du fait des infections nosocomiales : état des lieux d'un régime en devenir », *RFDA*, mars-avril 2011, p. 332. Il s'ensuit que lorsque l'acte à l'origine de l'infection est antérieur au 5 septembre 2001, les juges continuent d'appliquer le régime de responsabilité sans faute des praticiens (Voir par exemple : Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 octobre 2005, n°04-14.268, *Delalande c/ Kraszewski et a.*). En revanche, lorsque l'acte incriminé est postérieur au 5 septembre 2001, la responsabilité du médecin en cas d'infection nosocomiale est subordonnée à la preuve d'une faute (Voir par exemple : Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2010, n°08-20.755, *Ferran et a. c/ CMCM et a.*). *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Editions Législatives, étude « Responsabilité médicale », *op.cit.*, § 38 « Obligation de résultat », pp. 2175-2176.

<sup>75</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 avril 2010, n°08-21.058, *Mirailles c/ Naïm et a. Ibid.*, p. 2176.

<sup>76</sup> Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux.

L 1142-1-1 du Code de la santé publique en vertu duquel « ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale :// 1° Les dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes mentionnés au premier alinéa du I de l'article L. 1142-1 correspondant à un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à 25 % (...) ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales ». L'optique étant de faire peser sur la solidarité nationale les dommages les plus lourds, laissant uniquement à la charge des assureurs les dommages inférieurs audit seuil. Dans le même temps, la crainte sous-jacente d'une déresponsabilisation des établissements de santé conduisit à l'adoption de l'article L 1142-17 du Code de la santé publique octroyant à l'ONIAM la faculté d'un recours subrogatoire contre les établissements ou professionnels en cas de faute et notamment en cas de manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales.

En l'espèce, la loi About malgré son absence de rétroactivité est applicable car les faits sont postérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 2003<sup>77</sup>, l'hospitalisation s'étant effectuée le 30 mars 2003. Cependant, force est de constater que le préjudice n'atteignant point le seuil fixé pour l'intervention de la solidarité nationale, la réparation demeure à la charge de l'AP-HM.

*Ayant ainsi étudié dans une première partie la responsabilité de l'AP-HM du fait de la responsabilité de plein droit lui incombant depuis la loi Kouchner, il convient d'entrevoir si cette dernière peut se prévaloir d'une cause étrangère, désormais seule source d'exonération (II).*

## **II. Le traitement jurisprudentiel de la « cause étrangère », désormais seule exonératoire de responsabilité**

*La distinction entre infections nosocomiales endogènes ou exogènes revêtait une importance cruciale dans l'indemnisation des victimes antérieurement à la loi du 4 mars 2002. En effet, suivant l'établissement de santé -public ou privé- dont ressortissait la victime, le traitement de l'infection par l'ordre de juridiction concerné n'était pas similaire; l'un admettait l'indemnisation indifféremment de l'origine de l'infection alors que l'autre assimilait le caractère endogène à une cause exonératoire. Si la loi n°2002-303 -de par son silence sur l'origine de l'infection- a permis d'uniformiser les deux ordres juridictionnels, qui s'accordent désormais sur le refus d'ériger le caractère endogène de l'infection en une cause étrangère exonératoire (A), on ne peut que s'interroger sur les contours de cette notion qui se révèle plus théorique qu'opérationnelle en la matière (B).*

### **A. Le caractère endogène de l'infection : une « cause étrangère » exonératoire ?**

La notion d'infection nosocomiale n'a jamais reçu de définition légale, laissant aux juges le soin de dresser les contours de la notion au risque d'aboutir à des divergences juridictionnelles. Si pour pallier précisément ce vide législatif M. Lorrain -sénateur du

---

<sup>77</sup> En effet, ce dispositif n'est pas rétroactif et, par suite, ne s'applique qu'à compter de l'entrée en vigueur de la loi, soit lors de sa publication au journal officiel, le 1<sup>er</sup> janvier 2003. Voir CE, 13 juillet 2007, n°293196, ONIAM, et Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2008, n°07-17.605, Association Centre chirurgical Marie Lannelongue c/ Landreau et a. Les dispositions de l'article L 1142-1-1 Code de la santé publique étant distinctes de celles résultant de la loi du 4 mars 2002 et consacrant un nouveau régime de prise en charge par la solidarité nationale, elles ne s'appliquent qu'à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2002. Dès lors, les infections nosocomiales graves survenues entre le 5 septembre 2001 et le 1<sup>er</sup> janvier 2003 ne sont pas à la charge de l'ONIAM, sauf preuve d'une cause étrangère (voir *infra*). Voir *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Editions Législatives, étude « Réparation des accidents médicaux non fautifs », *op.cit.*, § 20 « Application dans le temps de l'article L. 1442-1-1 du Code de la santé publique », pp. 2146-3-2146-4.

Haut-Rhin- avait proposé lors de la discussion de la loi du 4 mars 2002 au Sénat de définir ladite notion<sup>78</sup>, l'amendement proposé fut supprimé par la Commission mixte paritaire. En effet, M. Evin considéra d'une part que les définitions des infections nosocomiales, comme celles des affections iatrogènes et des accidents médicaux, risquaient d'être trop restrictives et partant défavorables tant aux victimes qu'aux médecins et d'autre part qu'il s'agissait d'une définition médicale n'ayant guère sa place dans une logique contentieuse où le principe de l'appréciation *in concreto* devait régner en maître<sup>79</sup>. Au final, l'article L 1142-1 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, ne définit guère ladite notion.

Si antérieurement à la loi du 4 mars 2002 les deux ordres juridictionnels s'accordaient volontiers à estimer que pour être nosocomiale l'infection doit apparaître au cours ou à la suite de l'hospitalisation et n'avoir pas existé avant l'admission du patient, l'origine de l'infection fut l'objet de vives controverses. A cet égard, les juges se sont interrogés sur une éventuelle limitation de la notion d'infection nosocomiale aux seules infections exogènes -soit celles qui sont transmises par un autre malade, un membre du personnel soignant ou encore par le biais d'instruments de travail ou de matériels contaminés- à l'exclusion des infections endogènes, résultant de germes dits saprophytes présents sur la peau ou les muqueuses du patient et qui se transforment en germes pathogènes à l'occasion d'un acte chirurgical invasif qui les fait migrer.<sup>80</sup>

*Alors que pour le juge judiciaire l'origine de l'infection était indifférente (1), le juge administratif assimilait le caractère endogène de l'infection à une cause exonératoire. La loi du 4 mars 2002 a permis l'uniformisation des deux ordres dans un sens -là encore- favorable à l'ordre judiciaire, et in fine aux victimes puisqu'excluant une possibilité exonératoire (2).*

### **1. Le juge judiciaire ou l'indifférence de l'origine de l'infection**

Il est depuis toujours indifférent pour la Cour de cassation que l'infection soit endogène ou exogène.

La Haute juridiction est venue expressément réitérer sa position dans un arrêt de principe du 4 avril 2006 en vertu duquel « la responsabilité de plein droit pesant sur le médecin et l'établissement de santé en matière d'infection nosocomiale n'est pas limitée aux infections d'origine exogène ; (...) seule la cause étrangère est exonératoire de leur responsabilité »<sup>81</sup>. Pour ces magistrats, si le patient porte en lui un germe (endogène), son caractère pathogène ne se révèle que par le biais des actes de soins invasifs réalisés. Il s'ensuit que ce sont bien les soins invasifs et/ou un terrain fragilisé par la maladie qui sont à l'origine de l'infection, le germe étant jusqu'alors demeuré inoffensif.

Cette solution peut paraître sévère car comme l'affirme M. Jourdain « si les risques d'infection exogène semblent maîtrisables par des mesures d'hygiène et d'asepsie rigoureuses, il n'en est plus de même des infections endogènes qui peuvent être dues à des bactéries situées dans la flore cutanée et rebelles à toutes mesures d'asepsie »<sup>82</sup>. A cela, il est néanmoins possible de rétorquer que la responsabilité de plein droit,

---

<sup>78</sup> JO Sénat, CR, 6 février 2002, p. 1083. Voir DUVAL-ARNOULD (D.), « Les infections nosocomiales – Point de jurisprudence », *Recueil Dalloz*, 2007, n°24, p. 1676.

<sup>79</sup> Doc. AN, rapp. n°3587 et Doc. Sénat, n°220, p. 48. *Ibid.*

<sup>80</sup> JOURDAIN (P.), « La notion d'infection nosocomiale inclut l'infection endogène », Note sous Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 avril 2006, n°04-17.491, *Lévy c/ Rault et autres*, *RTD Civ.*, Juillet/septembre 2006, p. 568.

<sup>81</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 avril 2006, *Ibid.*; *Bull. civ. I*, n°191, p. 167. Voir dans le même sens : Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 2007, n°06-10.812, *Maucourt c/ Carneau et a.*, *Bull. civ. I*, n°233. Voir *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Editions Législatives, étude « Réparation des accidents médicaux non fautifs », *op.cit.*, § 16 « Aucune distinction entre les infections nosocomiales d'origine endogène et exogène », p. 2146-3.

<sup>82</sup> JOURDAIN (P.), « La notion d'infection nosocomiale inclut l'infection endogène », *op.cit.*, p. 568.

incombant aux cliniques depuis 1999 et désormais étendue à l'ensemble des établissements de santé, est indépendante de toute faute prouvée et représente pour les victimes une garantie nécessitant une prise en charge des risques par ceux sur qui elle pèse.<sup>83</sup>

*Sous l'influence de la loi Kouchner, les juridictions administratives se sont finalement ralliées à la position judiciaire. L'arrêt en présence initie le revirement de jurisprudence qui sera opéré par la Haute juridiction quelques mois plus tard (2).*

## **2. Un alignement du juge administratif induit par la loi du 4 mars 2002**

Comme l'affirme M<sup>me</sup> Cristol, si la présomption de faute consacrée en la matière par le juge administratif était appréciable « lorsque la faute ou le lien de causalité était impossible à prouver, ce régime était cependant sévère dans les cas où l'établissement public de santé avait pris toutes les mesures de sécurité sanitaires adéquates, l'asepsie la plus rigoureuse ne permettant pas d'éliminer totalement la survenance d'infections nosocomiales ». <sup>84</sup> Dans le dessein d'atténuer cette sévérité, le Conseil d'Etat avait utilisé la distinction inhérente à l'origine de l'infection pour cantonner la responsabilité des hôpitaux aux seules infections exogènes. Il s'ensuit que l'origine endogène de l'infection permettait d'exonérer l'hôpital de sa responsabilité, contrairement à l'origine exogène qui en était précisément source <sup>85</sup>. En effet, la circonstance que le patient ait été porteur du foyer infectieux avant l'hospitalisation interdisait de soutenir que l'infection révélerait - par elle-même - une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier <sup>86</sup>. Ainsi, en cas d'infection endogène, la responsabilité de l'hôpital ne pouvait être engagée que si une faute de service - consistant dans l'inobservation des règles d'hygiène et d'asepsie - était établie. <sup>87</sup>

Toutefois, cette distinction n'étant pas toujours d'un maniement pratique aisé dès lors que de nombreux germes peuvent revêtir une double origine, soit endogène soit exogène <sup>88</sup>, le Conseil d'Etat avait infléchi sa jurisprudence en présumant l'origine exogène de l'infection - présomption qui ne pouvait être renversée que par la preuve certaine du caractère endogène. Du reste, dans l'hypothèse où la certitude du caractère endogène n'était pas acquise, le juge déduisait de la survenue de l'infection une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public. <sup>89</sup>

De même, certaines juridictions d'appel avaient assoupli leur position en affirmant que la présence du germe sur le patient ne suffisait pas à établir le caractère endogène de l'infection. Elles exigeaient en sus du germe qu'il soit pathogène et constitue un foyer infectieux antérieur à l'hospitalisation. <sup>90</sup>

---

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> CRISTOL (D.), Note sous CE, 10 octobre 2011, n°328500, *Centre hospitalier universitaire d'Angers, RDSS*, novembre/décembre 2011, p. 1160.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Voir CE, 27 septembre 2002, n°211370, *Neveu, Rec.* 315 ou encore CE, 25 octobre 2006, n°275700, *Centre hospitalier universitaire de Brest*.

<sup>87</sup> Voir *Ibid.*; CE, 12 janvier 2011, n°311639 ou encore CE, 2 février 2011, n°320052, *Leverne* - ces deux derniers arrêts ayant été rendus dans le cadre du droit antérieur à la loi du 4 mars 2002. *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Editions Législatives, étude « Responsabilité médicale », *op.cit.*, § 77 « Infections endogènes et exogènes », p. 2182.

<sup>88</sup> Voir CE, 10 avril 2009, n°301443, *Hospices civils de Lyon*. CRISTOL (D.), Note sous CE, 10 octobre 2011, *Centre hospitalier universitaire d'Angers, op.cit.*, p. 1160.

<sup>89</sup> CE, 2 février 2011, *Leverne, op.cit.* Voir la note de M<sup>me</sup> CRISTOL (D.), *RDSS*, mai/juin 2011, pp. 553-557.

<sup>90</sup> CAA Nancy, 5 avril 2007, n°06NC01191, *Centre hospitalier de Châlons-en-Champagne c/ Narcès*. Voir ALONSO (C.), « La responsabilité du fait des infections nosocomiales : état des lieux d'un régime en devenir », *op.cit.*, note n°28, p. 333.

Ainsi, il convenait de s'interroger sur le caractère opérant de la distinction entre infections endogènes et exogènes sous l'égide de la loi du 4 mars 2002. Si d'aucuns ont pu craindre la persistance de la position administrative, par le truchement de l'assimilation du caractère endogène à la cause étrangère, l'arrêt en présence censure expressément cette hypothèse. La cour administrative de Marseille juge en effet que « le caractère endogène du germe ne peut constituer une des causes étrangères (...) susceptible d'exonérer l'établissement de sa responsabilité » et s'inscrit ainsi dans un courant jurisprudentiel des juridictions d'appel qui refuse -lorsque la responsabilité est engagée sur le fondement des nouveaux textes- de retenir la distinction antérieure.<sup>91</sup> L'article L 1142-1-I alinéa 2 du Code de la santé publique n'opérant pas de distinction selon l'origine de l'infection, il n'y a plus lieu de pérenniser la distinction. Le Conseil d'Etat entérinera ces solutions quelques mois plus tard par un arrêt du 10 octobre 2011<sup>92</sup>, réitéré à de multiples reprises depuis<sup>93</sup>.

Cette position novatrice de l'ordre administratif rejoint ainsi la position judiciaire, répondant par là-même à l'objectif affiché par la loi Kouchner d'un traitement égalitaire des victimes. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat confirme que le caractère endogène du germe ne s'oppose plus à la qualification d'infection nosocomiale et partant ne permet pas, à lui seul, d'établir la preuve de la cause étrangère.<sup>94</sup>

*Ainsi la loi du 4 mars 2002 induit un alignement complet du Conseil d'Etat sur la position de la Cour de cassation restreignant par là-même les causes d'exonération de l'hôpital public dans un souci d'égalité et de protection des victimes. Si le caractère endogène de l'infection ne saurait par lui-même constituer la preuve d'une cause étrangère exonératoire, il convient de s'interroger sur ce que peut recouper cette notion (B).*

## **B. Les contours incertains de la cause étrangère**

*Pas plus qu'elle ne définit la notion d'infection nosocomiale, la loi du 4 mars 2002 ne précise celle de cause étrangère. Il en résulte une certaine hésitation jurisprudentielle à reconnaître cette notion -notion au demeurant lettre morte au sein des Hautes juridictions (1). Partant, les établissements de santé ont tout intérêt à se positionner sur un terrain « plus sûr »<sup>95</sup>, consistant à nier à l'infection son caractère nosocomial (2).*

---

<sup>91</sup> Voir à cet égard CAA Nantes, 3 décembre 2009, n°08NT02576; CAA Bordeaux, 4 mai 2010, n°09BX01181; CAA Nantes, 5 février 2009, n°08NT01585; CAA Lyon, 26 mai 2009, n°06LY00696; CAA Lyon, 30 juin 2009, n°06LY00341; CAA Lyon 19 novembre 2009, n°07LY01161; CAA Versailles, 3 décembre 2009, n°07VE01616 et 07VE01617; CAA de Lyon, 10 décembre 2009, n°07LY01212 ou encore CAA de Nancy, 17 juin 2010, n°09NC01470. En vertu de ces arrêts d'appel, le caractère endogène de l'infection ne s'oppose plus à la qualification d'infection nosocomiale et ne permet pas non plus de rapporter la preuve d'une cause étrangère. *Ibid.*, p. 334.

<sup>92</sup> CE, 10 octobre 2011, *Centre hospitalier universitaire d'Angers*, *op.cit.* : « Les dispositions précitées du I de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique font peser sur l'établissement de santé la responsabilité des infections nosocomiales, qu'elles soient exogènes ou endogènes, à moins que la preuve d'une cause étrangère ne soit apportée ». Voir les commentaires de M<sup>me</sup> CRISTOL (D.), *RDSS*, novembre/décembre 2011, pp. 1158-1161 et M<sup>me</sup> LANTERO (C.), « La notion de cause étrangère dans les infections nosocomiales et le recours des tiers lorsque l'ONIAM indemnise », *AJDA*, n°44, 26 décembre 2011, pp. 2536-2540. Voir aussi SAUVE (J.-M.), « Le droit des malades, 10 ans après – La loi du 4 mars 2002 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », Colloque organisé par l'IDS, la Chaire santé de Science Po, l'EHESS et le LIRAES, 5 mars 2012, note (54), disponible sur [www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/le-droit-des-malades-10-ans-apr.html](http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/le-droit-des-malades-10-ans-apr.html).

<sup>93</sup> CE, 14 décembre 2011, n°330644, *Centre hospitalier de Feurs*; CE, 13 février 2012, n°336293, *Centre hospitalier universitaire de Tours* ou encore CE, 17 février 2012, n°342366, *Mau et a.*

<sup>94</sup> Voir CRISTOL (D.), Note sous CE, 10 octobre 2011, *Centre hospitalier universitaire d'Angers*, *op.cit.*, p. 1161.

<sup>95</sup> ALONSO (C.), « La responsabilité du fait des infections nosocomiales : état des lieux d'un régime en devenir », *op.cit.*, p. 335.

## 1. Une notion plus théorique qu'opérationnelle

La loi du 4 mars 2002 se cantonne en effet à exposer le principe d'une « cause étrangère » exonératoire de responsabilité, sans en définir les contours. Dans une réponse formulée le 8 mars 2011 à une question écrite au gouvernement portant sur la loi du 4 mars 2002<sup>96</sup>, le ministre chargé de la santé a précisé ce que recouvrait cette notion, à savoir « la force majeure, (...) la faute de la victime ou (...) (le) fait d'un tiers si ceux-ci présentent des caractères d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité ».<sup>97</sup>

La cause étrangère fait l'objet d'une interprétation très stricte des juridictions judiciaires qui n'ont, à l'heure d'aujourd'hui, jamais reconnu cette cause exonératoire en matière d'infections nosocomiales<sup>98</sup>. Encore récemment, la Haute juridiction a estimé que lorsque les soins à l'occasion desquels l'infection a été contractée ont été rendus nécessaires par la faute d'un médecin lors d'une précédente intervention réalisée dans un autre établissement, cette faute antérieure ne saurait constituer une cause étrangère exonératoire de responsabilité pour l'établissement dont la responsabilité est recherchée.<sup>99</sup>

Si les juridictions administratives semblent plus empruntées à retenir la cause étrangère en la matière, force est de reconnaître que ce courant demeure aujourd'hui cantonné aux juridictions du fond. En effet, les juges d'appel tendent à assimiler l'état antérieur immunodéprimé du patient à une cause étrangère, influencés par les experts pour qui, dans certains cas et compte tenu de l'état du patient, la survenance d'une infection est inévitable, quelles que soient les précautions d'asepsie déployées.<sup>100</sup> Comme l'affirme M<sup>me</sup> Cristol « ces arrêts peuvent surprendre si l'on considère que ni l'origine endogène de l'infection, ni l'affaiblissement des défenses immunitaires ne peuvent constituer un cas de force majeure : l'infection étant nosocomiale, la condition d'extériorité n'est pas remplie et, s'agissant de l'immunodépression, elle constitue un risque connu, et donc prévisible, de développement d'infections »<sup>101</sup>. En conséquence, il n'est pas du tout sûr que le Conseil d'Etat cautionne l'interprétation extensive de la cause étrangère ainsi adoptée par certaines cours d'appel.

S'agissant précisément de la position adoptée par le Conseil d'Etat postérieurement à l'intervention législative de 2002, force est de constater que ce dernier adopte - conformément à son homologue judiciaire - une conception stricte de la force majeure. Pour preuve, dans sa décision de revirement, pour écarter la cause étrangère, le Conseil d'Etat souligne - en se référant à l'expertise - que l'infection en cause a été provoquée par l'intervention (absence d'extériorité), qu'elle constitue un risque connu de l'intervention pratiquée (absence d'imprévisibilité) et que même s'il est très difficile de la prévenir, elle

---

<sup>96</sup> Question n°58571 publiée au JO du 15 septembre 2009. Réponse publiée au JO du 8 mars 2011, p. 2343. Voir GIBERT (S.), *Guide de responsabilité médicale et hospitalière : Quelle indemnisation du risque médical aujourd'hui ?*, op.cit., pp. 410-411.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 410.

<sup>98</sup> ALONSO (C.), « La responsabilité du fait des infections nosocomiales : état des lieux d'un régime en devenir », op.cit., p. 334.

<sup>99</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2010, n°09-69.151, *Société Clinique Jouvenet et a. c/ d'Almeras et a.*, Bull. civ. I, n°155. Il convient toutefois de noter que l'établissement dispose d'une action récursoire contre le médecin en vue d'un partage ultérieur de responsabilité. Voir *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Editions Législatives, étude « Responsabilité médicale », op.cit., § 89 « Conditions d'application », p. 2184.

<sup>100</sup> Notons que cette tendance prévalait déjà antérieurement au régime légal et permettait de faire tomber la présomption de faute pesant sur les établissements de santé publics : Voir par ex : CAA Douai, 17 juin 2003, n°01DA00123. Elle semble aujourd'hui reprise par certaines juridictions du fond pour prouver l'existence ou non de la cause étrangère, par ex : CAA Bordeaux, 11 mars 2008, n°06BX00144 et CAA Lyon, 29 juin 2010, n°08LY00653 (ayant trait à une patiente immunodéprimée du fait d'un traitement chimiothérapique lourd : « Infection nosocomiale : incidence de la vulnérabilité du patient sur la responsabilité des établissements de santé », *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Editions Législatives, Bulletin n°207, septembre 2010, p. 9). ALONSO (C.), « La responsabilité du fait des infections nosocomiales : état des lieux d'un régime en devenir », op.cit., p. 335.

<sup>101</sup> CRISTOL (D.), Note sous CE, 10 octobre 2011, *Centre hospitalier universitaire d'Angers*, op.cit., p. 1161.



n'est pas pour autant irrésistible (absence d'irrésistibilité).<sup>102</sup> De même, dans un arrêt du 13 février 2012, ce dernier réaffirme que ni le caractère endogène de l'infection ni l'absence de faute d'asepsie ne sont exonératoires de responsabilité.<sup>103</sup> Enfin, selon un arrêt rendu le 17 février 2012, la réanimation respiratoire ne saurait être regardée comme une circonstance extérieure à l'activité hospitalière et par là-même remplir les critères de la « cause étrangère » exonératoire<sup>104</sup>. Ces solutions sont-elles annonciatrices d'une censure de l'interprétation extensive faite par certaines juridictions du fond de la cause étrangère ? Il est effectivement permis de le penser et même si une confirmation du Conseil d'Etat demeure essentielle, cette orientation présenterait l'avantage d'unifier les solutions jurisprudentielles quel que soit le lieu de contraction de l'infection - conformément aux aspirations du législateur de 2002.

Face à ce constat, la doctrine s'est s'interrogée -à juste titre semble-t-il- sur la possibilité même d'une exonération par la cause étrangère en matière d'infections nosocomiales.<sup>105</sup> Si l'irrésistibilité est généralement accueillie, il en ira différemment de l'imprévisibilité et de l'extériorité, qui feront systématiquement défaut. En effet, la cause n'est point extérieure à la sphère d'intervention du débiteur et aux moyens qu'il emploie dans la mesure où -même pour un germe endogène- un acte invasif est inéluctable pour engendrer l'infection. Celle-ci n'est pas non plus imprévisible au regard de leur forte prévalence mentionnée en introduction<sup>106</sup>. Aussi, pour le Pr. Jourdain, admettre l'exonération pour cause étrangère risquerait en définitive de dénaturer le principe même de l'obligation de sécurité de résultat et la velléité de protection des victimes sous-jacente.<sup>107</sup>

En définitive, notons que dans l'hypothèse où cette cause étrangère serait retenue, et lorsque la responsabilité d'un autre établissement, service ou organisme ou encore d'un professionnel de santé ne serait pas non plus engagée, la victime pourra solliciter -sous certaines conditions- une réparation au titre de la solidarité nationale. L'article L 1142-1 II du Code de la santé publique prévoit en effet qu'ouvrent droit à une telle réparation, les préjudices du patient (et en cas de décès ceux de ses ayants droit) directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins qui ont eu pour ce dernier des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité fixé par le décret n°2003-462 du 21 mai 2003<sup>108</sup> à 24 %<sup>109</sup>.

---

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> Conseil d'Etat, 13 février 2012, *Centre hospitalier universitaire de Tours*, *op.cit.*

<sup>104</sup> Conseil d'Etat, 17 février 2012, *Mau et a.*, *op.cit.*

<sup>105</sup> Voir à ce titre ALONSO (C.), « La responsabilité du fait des infections nosocomiales : état des lieux d'un régime en devenir », *op.cit.*, pp. 334-335; JOURDAIN (P.), « La cause étrangère peut-elle être exonératoire de la responsabilité qu'un établissement encourt en cas d'infection nosocomiale ? », Note sous Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 février 2009, n°08-15.979, *Chatrenet c/ Société polyclinique de Franche Comté*, *RTD Civ.*, juillet/septembre 2009, pp. 544-545; JOURDAIN (P.), « La notion d'infections nosocomiales inclut l'infection endogène », *op.cit.*, p. 569 et CHABAS (F.), « Les infections nosocomiales. Responsabilité en droit privé et en droit public », *Gaz. Pal.*, Rec. mars/avril 2002, pp. 662-663.

<sup>106</sup> Ainsi, pour la Cour de cassation, un risque connu de complication, fût-elle ou non fautive, ne peut constituer une cause étrangère exonérant un établissement de santé de sa responsabilité : Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 février 2009, *Chatrenet c/ Société polyclinique de Franche Comté*, *Ibid.* Comme l'affirme M. Alonso, « Dès lors, une infection nosocomiale sera difficilement imprévisible tant sa survenance est à la fois connue et redoutée de l'ensemble du corps médical », *Ibid.*, note (43), p. 335.

<sup>107</sup> Pour l'auteur en effet, « (...) il y aurait quelque incohérence à admettre une responsabilité objective des établissements et à les autoriser à s'en dégager par la force majeure. La responsabilité de plein droit (ou l'obligation de résultat) signifie qu'ils doivent supporter les risques d'infection contractée à l'hôpital à l'occasion des soins. Or prétendre que l'infection est une cause étrangère exonératoire reviendrait pratiquement à supprimer la responsabilité de plein droit pour ne laisser à la charge des établissements que les conséquences dommageables des infections trouvant leur origine dans une faute ». JOURDAIN (P.), « La cause étrangère peut-elle être exonératoire de la responsabilité qu'un établissement encourt en cas d'infection nosocomiale ? », *op.cit.*, p. 544.

<sup>108</sup> Décret n°2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du Code de la santé publique, *JORF*, n°122, 27 mai 2003, p. 37006.

Force est de constater que cette faculté d'exonération par la cause étrangère demeure en la matière plus théorique qu'opérationnelle<sup>110</sup>. Il s'ensuit que les établissements de santé ont tout intérêt à se positionner sur un autre terrain consistant à contester à l'infection son caractère nosocomial (2).

## 2. Le palliatif : la contestation du caractère nosocomial de l'infection

En la matière, les juridictions ont mis à la charge des victimes le soin de rapporter la preuve du caractère nosocomial de leur infection, c'est-à-dire la contraction de celle-ci lors du séjour dans l'établissement.<sup>111</sup> Il ne suffit pas, comme en matière de contamination par le virus de l'hépatite C, d'amener les éléments permettant de présumer l'origine nosocomiale de l'infection pour que le défendeur soit contraint d'apporter la preuve d'une cause étrangère<sup>112</sup>. Les magistrats refusent de présumer le lien de causalité et imputent au demandeur d'une part, d'établir que les atteintes dont il est victime résultent d'une telle infection et ne sauraient recevoir d'autres causes possibles et d'autre part, de démontrer quel est l'acte médical ou l'hospitalisation à l'origine de l'infection.<sup>113</sup>

Néanmoins, il a été jugé que « lorsque la preuve d'une infection nosocomiale est apportée mais que celle-ci est susceptible d'avoir été contractée dans plusieurs établissements de santé, il appartient à chacun de ceux dont la responsabilité est recherchée d'établir qu'il n'est pas à l'origine de cette infection ». <sup>114</sup> Cette décision est évidemment favorable aux victimes qui, le plus souvent, sont dans l'impossibilité de désigner l'établissement effectivement responsable de l'infection. Ainsi, en cas de pluralité d'établissements susceptibles d'être concernés, la victime doit seulement démontrer le caractère nosocomial de l'infection. Le cas échéant, elle pourra s'adresser à n'importe quel établissement en cause pour obtenir indemnisation, sauf à celui-ci d'établir qu'il n'est pas à l'origine de l'infection.

De même, pour le Conseil d'Etat, il suffit que l'infection soit une condition nécessaire de la réalisation du préjudice parmi d'autres pour que la responsabilité sans faute de l'hôpital soit engagée. Est donc retenue la théorie de l'équivalence des conditions, fréquemment privilégiée en matière de responsabilité médicale.<sup>115</sup>

---

<sup>109</sup> Article D 1142-1 du Code de la santé publique. Ce critère de gravité est « apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire » (Article L 1142-1 II dudit Code). En vertu de l'article D 1142-1, le caractère de gravité est également reconnu lorsque l'« infection nosocomiale (a) entraîné, pendant une durée au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois, un arrêt temporaire des activités professionnelles ou des gênes temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel temporaire supérieur ou égal à un taux de 50 % » et « à titre exceptionnel », « lorsque la victime est déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant la survenue (...) de l'infection nosocomiale » ou « lorsque (...) l'infection nosocomiale occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence ».

<sup>110</sup> M. Alonso qualifie même la cause étrangère d'« utopique » en la matière. Voir ALONSO (C.), « La responsabilité du fait des infections nosocomiales : état des lieux d'un régime en devenir », *op.cit.*, p. 335.

<sup>111</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2001, n°99-17.672, *Micas c/ Ficat et a.*; Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> mars 2005, n°03-16.789, *Guyet et a. c/ Société d'exploitation Clinique de Mégnac et a.* et CAA Bordeaux, 5 février 2008, n°05BX01054. *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Editions Législatives, étude « Responsabilité médicale », *op.cit.*, § 76 « Infections nosocomiales », p. 2182.

<sup>112</sup> Article 102 de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002. DUVAL-ARNOULD (D.), « Les infections nosocomiales – Point de jurisprudence », *op.cit.*, p. 1675.

<sup>113</sup> *Ibid.* Voir à cet égard CA Toulouse, 19 décembre 2011, n°10-05.346.

<sup>114</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2010, n°09-67.011, *Boultif c/ Société GAN Assurances lard et a.* Cette solution ne surprend guère dans la mesure où elle avait déjà pu être retenue en matière de contamination par le virus de l'hépatite C lorsque le patient a reçu des transfusions dans plusieurs établissements de santé sans que l'on puisse déterminer celui dans lequel la contamination s'est produite.

<sup>115</sup> Voir CE, 28 juillet 2011, n°320810.

En définitive, la preuve du caractère nosocomial de l'infection peut résulter de présomptions graves, précises et concordantes dès lors qu'elles sont jugées suffisantes par les juges du fond -peu important l'absence de certitude bactériologique incontestable.<sup>116</sup> Il s'ensuit que, lorsqu'il y a un doute sur le caractère nosocomial d'une infection contractée lors d'un séjour dans un établissement de santé, c'est sur ce dernier que pèse la charge de dissiper ce doute à son profit, en diligentant les enquêtes ou analyses nécessaires. A défaut le doute profitera à la victime.<sup>117</sup>

Ainsi, l'établissement de soins a-t-il intérêt à saisir l'occasion en tentant de contester à l'infection son caractère nosocomial -par la preuve du caractère pré-infectieux ou post-infectieux du germe.<sup>118</sup>

A cet égard, l'arrêt rendu par la cour d'appel de Marseille souligne que « le caractère endogène du germe ne peut constituer une des causes étrangères (...), susceptible d'exonérer l'établissement de sa responsabilité, *dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que ledit germe aurait constitué un foyer infectieux préexistant aux actes effectués par l'hôpital* ». Ainsi, si le germe endogène avait revêtu un caractère pathogène, c'est-à-dire pré-infectieux à l'hospitalisation, cette circonstance aurait exonéré l'hôpital de sa responsabilité.<sup>119</sup> Concrètement, il est cependant très difficile pour l'établissement de prouver que le patient était atteint d'un germe infectieux à son admission. Comme le souligne M. Patriat « en pratique, cela est presque impossible (à démontrer) car il faudrait réaliser systématiquement un bilan global du patient à son arrivée ce qui peut s'opposer au principe du consentement et se révélerait très coûteux en prélèvements et analyses de laboratoires ». <sup>120</sup>

De même, la cour administrative d'appel de Nancy dans un arrêt rendu le 9 avril 2009<sup>121</sup> a admis la cause étrangère eu égard au surplus du délai écoulé entre l'hospitalisation du mois de janvier 2002 et la découverte de l'infection le 30 octobre 2002 ainsi qu'au caractère non spécifiquement hospitalier de la bactérie identifiée. L'importance du délai séparant l'hospitalisation et la survenue de l'infection révèle en l'espèce le caractère post-infectieux du germe, exonérant par là-même l'hôpital de sa responsabilité.

*Stricto sensu*, il ne s'agit pas pour l'établissement de rapporter la preuve d'une cause étrangère mais davantage de nier à l'infection son caractère nosocomial. Et eu égard à la faible probabilité que soit retenue la cause étrangère, les établissements ont tout intérêt à se positionner sur ce terrain.<sup>122</sup>

## CONCLUSION :

Cet arrêt rendu par la cour d'appel de Marseille prend acte des évolutions induites par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 et concrétise l'homogénéisation qui règne désormais entre les deux ordres. En effet, la responsabilité des établissements de santé

---

<sup>116</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 octobre 2008, n°07-13.791, *Mariotti c/ Criado et a.* Voir aussi CA Paris, 9 septembre 2011, n°99-15.353.

<sup>117</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2010, n°09-67.465. Voir « Preuve de l'infection nosocomiale : le doute profite au demandeur », *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Editions Législatives, Bulletin n°207, *op.cit.*, p. 8.

<sup>118</sup> Voir CRISTOL (D.), Note sous CE, 2 février 2011, *Leverne, op.cit.*, p. 556.

<sup>119</sup> LANTERO (C.), « La notion de cause étrangère dans les infections nosocomiales et le recours des tiers lorsque l'ONIAM indemnise », *op.cit.*, p. 2538.

<sup>120</sup> PATRIAT (D.), « Les infections nosocomiales à l'hôpital : de la responsabilité juridique à la responsabilisation des professionnels de santé », *op.cit.*, p. 29.

<sup>121</sup> CAA Nancy, 9 avril 2009, n°07NC01678. Voir CRISTOL (D.), Note sous CE, 2 février 2011, *Leverne, op.cit.*, p. 556.

<sup>122</sup> Voir ALONSO (C.), « La responsabilité du fait des infections nosocomiales : état des lieux d'un régime en devenir », *op.cit.*, p. 335.

publics en matière d'infections nosocomiales s'analyse dorénavant en une responsabilité de plein droit, conformément à la position adoptée par la juridiction judiciaire quelques années auparavant. En outre, cette loi unifie les deux ordres de juridictions en ne distinguant point selon l'origine de l'infection, refusant implicitement de faire du caractère endogène un élément susceptible de constituer une « cause étrangère ». Si le Conseil d'Etat se rallie aujourd'hui à cette vision, il s'interroge -comme son homologue judiciaire- sur cette faculté d'exonération ainsi envisagée par la loi. Or, force est de constater qu'à l'heure actuelle, aucune juridiction suprême n'a reconnu cette cause étrangère témoignant par là-même de leur scepticisme face à une notion plus théorique qu'opérationnelle en la matière. Le palliatif pour les établissements de santé semble relever d'un autre terrain -celui de la négation du caractère nosocomial par la preuve du caractère pré ou post-infectieux du germe.



**LES GRANDS AUTEURS DE LA LITTÉRATURE FRANÇAISE  
ET LE JUGE ADMINISTRATIF (II) :  
HONORE « DE » BALZAC**

**par Frédéric COLIN**

*Maître de conférences HDR*

*Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès.  
Les Illusions perdues*

Il n'est pas peu dire que Balzac ne tenait pas tous les agents publics en haute estime. L'Administration elle aussi subit à de multiples reprises les foudres de sa plume assassine. Son célèbre ouvrage « *Les employés ou la femme supérieure* » (1838) dresse ainsi un portrait peu flatteur des fonctionnaires (« Tout cela est si vieux, si éreinté, si fané, que la batterie de cuisine la plus sale est infiniment plus agréable à voir que les ustensiles de la cuisine administrative »), notamment des chefs de bureaux, étouffant dans l'œuf toute velléité de modernisation ou d'amélioration proposée par leurs subordonnés<sup>123</sup>. Si l'ouvrage est souvent cité, comme appartenant aux premières critiques virulentes de l'administration, comme le pamphlet de Courteline, ce n'est pas le seul ouvrage dans lequel l'Administration est mise à mal par l'auteur, qui dénigre déjà l'incapacité des décideurs à exploiter les trop nombreux rapports officiels produits<sup>124</sup>.

La juridiction administrative n'est pas non plus épargnée par cet ancien étudiant en droit (comme d'autres artistes français de renommée mondiale, il semble que l'interruption d'études de droit soit un signe annonciateur d'une grande carrière)...

On connaît ses relations difficiles à l'argent, d'où ses rapports tumultueux avec ses créanciers, qui l'ont poursuivi de leurs assiduités très régulièrement, jusqu'à le faire condamner par la justice de paix (pourtant défendue par ce même Balzac...). C'est peut-être la raison pour laquelle il développe une relation à la loi parfois assez « distanciée ». Ainsi, comme il l'indique dans les *Scènes de la vie parisienne*, « la légalité constitutionnelle et administrative n'enfante rien ; c'est un monstre infécond pour les peuples, pour les rois et pour les intérêts privés, mais les peuples ne savent épeler que les principes écrits avec du sang ; or, les malheurs de la légalité seront toujours pacifiques »<sup>125</sup>. Le rôle égalitaire de la loi est aussi contesté : « la loi, telle que le législateur la fabrique aujourd'hui, n'a pas toute la vertu qu'on lui suppose. Elle ne frappe pas également le pays, elle se modifie dans son application au point de démentir son

---

<sup>123</sup> Il y fait dire à Chazelle : « Toutes ces belles dames avaient la passion des belles âmes : elles aimaient à protéger. Aussi pouvait-on remplir vingt-cinq ans, une place élevée, être auditeur au Conseil d'état ou maître des requêtes, et faire des rapports à l'Empereur en s'amusant avec son auguste famille. On s'amusait et l'on travaillait tout ensemble. Tout se faisait vite. Mais aujourd'hui, depuis que la Chambre a inventé la spécialité pour les dépenses, et les chapitres intitulés : Personnel ! nous sommes moins que des soldats. »

<sup>124</sup> Ferragus : « Le Rapport est dans l'administration actuelle ce que sont les limbes dans le christianisme. [...] Depuis l'envahissement des affaires par le rapport, révolution administrative consommée en 1804, il ne s'était pas rencontré de ministre qui eût pris sur lui d'avoir une opinion, de décider la moindre chose, sans que cette opinion, cette chose eût été vannée, criblée, épluchée par les gâte-papier, les porte-grattoir et les sublimes intelligences de ses bureaux ».

<sup>125</sup> In *Œuvres de H. de Balzac*, Tome troisième, Meline, Cans et Cie, Bruxelles, 1837, p. 222.

principe »<sup>126</sup>. Ses affirmations, d'un ouvrage à l'autre, ne sont pour autant pas toujours péremptoires, et la « légalité », en elle-même, n'est pas contestée ; c'est la pratique du mécanisme législatif qui, finement analysée, est critiquée dans ses résultats. Ainsi, c'est aussi lui qui affirmait par ailleurs que « Le bonheur ne se trouve jamais en dehors des lois »<sup>127</sup>.

Les développements qu'il consacre à la justice ou aux procès, comme c'est quasiment toujours le cas dans la littérature, sont ainsi préférentiellement relatifs à de grands procès de l'époque<sup>128</sup>, ou à des grandes figures liées à la police judiciaire<sup>129</sup>. Le droit civil, et c'est normal dans cette période de mise en application du tout nouveau Code civil, tient une place centrale dans ses références juridiques ; sa formation en droit n'étant vraisemblablement pas absente à la question<sup>130</sup>. On peut néanmoins s'interroger, aujourd'hui encore, sur ce décalage dans l'intérêt porté entre le droit public (sous représenté) et le droit privé (sur représenté) dans la littérature. Si l'« accroche » pénale est compréhensible vis-à-vis du grand public, les références aux procès sont généralement ceux mettant en cause des intérêts privés ; or, les procès de droit public, dont certains auteurs ont même été les initiateurs (cf. P. Loti), sont aussi tout à fait de nature à fournir la base d'études de caractères.

La juridiction administrative est en tout état de cause quasiment absente de ses ouvrages, ou de façon incidente, essentiellement pour alimenter sa galerie de personnages, et écorner au passage la haute société, repliée sur elle-même, et procédant à des recrutements « endogames ».

#### I) Des membres de la juridiction administrative, incarnation du favoritisme

L'essentiel des références aux conseillers concerne les membres du Conseil d'Etat. Ce qui intéresse Balzac n'est pas tant leur activité professionnelle que les caractères de personnages remarquables ; ou la « sociologie » de leur fonction, notamment les relations « troubles » entretenues avec l'aristocratie.

Dans des lignes qui peuvent paraître cruelles aujourd'hui, Balzac décrit une société où l'on se partageait, par naissance et/ou par fortune, les postes de la haute fonction publique : « et quand on a cent mille livres de rente, un nom, une famille, que l'on va à la cour, car je vous ferai nommer gentilhomme de la chambre, on devient out ce qu'on veut être, disait-elle à Charles. Ainsi, vous serez, à votre choix, maître des requêtes au conseil d'Etat, préfet, secrétaire d'ambassade, ambassadeur »<sup>131</sup>. La nomination directe par le roi est aussi évoquée dans *Le Lys dans la vallée*, où M. de Vandenesse représente la vieille aristocratie qui a compris que si elle souhaitait garder son influence, elle devait intégrer la haute fonction publique, et les postes clefs, dont le conseil d'Etat constitue le centre de gravité d'alors. Les nominations en tant que conseiller d'Etat en service extraordinaire sont évoqués à plusieurs reprises<sup>132</sup>.

Nous sommes en effet à une époque où le favoritisme règne en maître et où la fonction publique commence seulement à envisager, d'ailleurs sous l'impulsion de Napoléon qui veut pouvoir se reposer sur une Armée fiable, bien formée et obéissante, bref, professionnelle, l'instauration de modes de sélection efficaces. Le conseil d'Etat

---

<sup>126</sup> *Les paysans*, chap. 5, « les deux rencontres ».

<sup>127</sup> *La femme de trente ans*, t. I., p. 113.

<sup>128</sup> *Une ténébreuse affaire*. V. aussi *Lettre sur le procès Peytel*. Sur la question de la relation de Balzac à la loi : M. Lichtlé, *Balzac, le texte et la loi*, PUPS, 2012.

<sup>129</sup> Vidocq, qui devient Vautrin dans *La Comédie Humaine*.

<sup>130</sup> N. Dissaux (dir.), *Balzac, Romancier du droit*, LexisNexis, 2012.

<sup>131</sup> In *Scènes de la vie de province* ; Eugénie Grandet, Meline, Cans et Cie, Bruxelles, 1837, p. 69.

<sup>132</sup> *Œuvres complètes*, éd. Houssiaux, 1874, T. 8., p. 380, p. 491.

participera rapidement à cette « modernisation » en étant l'une des premières institutions à organiser des concours.

Dans *La Fille aux yeux d'or* (1834-1835), il prophétise une fin de carrière peu glorieuse à ces mêmes agents, notamment ceux qui intègrent le Conseil d'Etat : « Le type de cette classe serait soit le bourgeois ambitieux, qui, après une vie d'angoisses et de manœuvres continuelles, passe au Conseil d'Etat comme une fourmi passe par une fente; soit quelque rédacteur de journal, roué d'intrigues, que le Roi fait pair de France, peut-être pour se venger de la noblesse; soit quelque notaire devenu maire de son arrondissement, tous gens laminés par les affaires et qui, s'ils arrivent à leur but, y arrivent tués. »<sup>133</sup>

Ce n'est qu'exceptionnellement que certains personnages trouvent professionnellement grâce à ses yeux, lorsqu'ils ont intégré le Conseil d'Etat ; et très rapidement, le portrait est écorné, en tout cas sur le plan personnel<sup>134</sup>.

Mais Balzac n'ignore pas non plus la base, et les membres des conseils de préfecture sont aussi évoqués. Là encore, pas obligatoirement pour flatter leur ego... Ainsi, ils sont décrits comme ayant chez certain « un peu du magistrat, beaucoup plus conseillers de préfecture, toute l'importance d'un maire de canton auquel rien ne résiste, et l'aigreur d'un candidat éligible périodiquement refusé »<sup>135</sup>.

Les seuls magistrats qui semblent trouver grâce à ses yeux semblent donc être les magistrats « judiciaires »<sup>136</sup>.

## II) La juridiction administrative, institution du désenchantement

La juridiction administrative présente pourtant dans l'un de ses ouvrages le haut du pavé, dans la mesure où elle fournit l'intrigue de l'un de ses romans. Ainsi, dans *Les comédiens sans le savoir*, M. Sylvestre Palafox-Castel-Gazonnal, dit Gazonnal, « monte » à la capitale à l'occasion d'un procès l'opposant au préfet des Pyrénées-Orientales, et qui a été transféré au Conseil d'Etat. L'institution paraît lointaine, effrayante pour le « provincial ».

Il ne fait pas de doute que Balzac ne tient guère le conseil d'Etat en haute estime : lorsqu'il l'évoque en tant qu'Institution, c'est pour le déprécier : « En effet, M. de Broglie rafistole l'Université de Napoléon, et raccommode le conseil d'Etat »<sup>137</sup>. Le fonctionnement de l'Institution ne semble pas l'intéresser ; elle n'est qu'un prétexte à la critique qu'il formule, d'un pouvoir replié sur lui-même, et qui ne sait pas faire appel à des viviers extérieurs.

L'idée d'une machine implacable ressort aussi clairement de ses écrits : dans le même ouvrage, il indique qu'« il suffit d'une demande pour que l'Administration soit saisie ; or, une fois saisie, les choses vont loin, avec elle. L'Administration peut mener toutes les questions jusqu'au Conseil d'Etat, autre machine difficile à remuer »<sup>138</sup>. On voit que la figure du Leviathan est finalement partagée, et que le Conseil d'Etat est assimilé à

---

<sup>133</sup> Ouvrage faisant partie de la trilogie « L'Histoire des treize ».

<sup>134</sup> Cf. le comte de Sérisy, in *Un début dans la vie* : « Après la seconde chute de l'Empereur, il redevint naturellement membre du Conseil privé, fut nommé Vice-président du Conseil d'Etat et liquidateur, pour le compte de la France, dans le règlement des indemnités demandées par les puissances étrangères. Sans faste personnel, sans ambition même, il possédait une grande influence dans les affaires publiques. Rien ne se faisait d'important en politique sans qu'il fût consulté ; mais il n'allait jamais à la cour et se montrait peu dans ses propres salons. Cette noble existence, vouée d'abord au travail, avait fini par devenir un travail continu ».

<sup>135</sup> Scènes de la vie privée, T. 5, Bruxelles, Sté typographique belge, 1837, p. 165.

<sup>136</sup> « Se méfier de la magistrature est un commencement de dissolution sociale », in *Splendeurs et Misères des courtisanes*.

<sup>137</sup> *Œuvres div.*, t. 2, 1830, p. 67.

<sup>138</sup> *L'Histoire des treize*, 1, 1834, Chap. 4.

d'autres administrations dans sa représentation : structure lourde et douée d'une inertie difficile à remettre en cause.

Malheureusement (peut-être) pour Balzac, celui-ci vit dans une époque post-révolutionnaire dans laquelle Napoléon Bonaparte va faire « renaître » l'Administration en France. Napoléon, qui connaissait apparemment finement l'œuvre de l'auteur. Balzac avait en effet cité à plusieurs reprises un M. Ternaux, fabricant de châles célèbre, à qui Napoléon dit, en lui remettant la Légion d'honneur : « je vous trouve donc partout »<sup>139</sup>.

En tout état de cause, lorsque ses intérêts financiers sont en jeu, Balzac sait rejoindre, ou s'inscrire dans un mouvement qui sera ensuite finalisé par le Conseil d'Etat. Il en est ainsi lorsqu'il est question, au milieu du 19<sup>e</sup> siècle, d'instaurer un droit de la propriété intellectuelle<sup>140</sup>.

L'idée du désenchantement dans l'œuvre de Balzac comme d'autres grands auteurs du début du 19<sup>e</sup> siècle a été abondamment commentée. Il est vrai que, rapportée à l'Administration, et à la justice administrative, l'idée semble pertinente. Balzac a ainsi indiqué que « Aujourd'hui, [...], servir l'Etat, ce n'est plus servir le prince qui savait punir et récompenser ! Aujourd'hui, l'Etat, c'est tout le monde. Or, tout le monde ne s'inquiète de personne. Servir tout le monde, c'est ne servir personne. Personne ne s'intéresse à personne »<sup>141</sup>.

En conclusion, notons que l'héritage de Balzac est tel que le conseil d'Etat, pourtant malmené, exploite lui-même aujourd'hui encore son œuvre. Ainsi, le président Sauvé a évoqué assez récemment, par deux fois, *Les employés* : tout d'abord dans un colloque du 20 janvier 2012 relatif au rapport public 2011 du Conseil d'Etat (Consulter autrement, participer effectivement), et ensuite dans un discours du 30 mars 2012 lors du Forum Trans Europe Experts sur : « Les enjeux juridiques européens - Nouvelles gouvernances et nouvelles régulations en Europe ».

Enfin, en auteur « total », il semble qu'aucun domaine ne lui échappait : l'éthique du secteur public non plus, lorsqu'il indiquait dans *Splendeurs et misères des courtisanes*, que « Si les grands intérêts du royaume exigeaient parfois de secrètes illégalités, le crime commençait à l'application de ces moyens d'Etat aux intérêts privés »



---

<sup>139</sup> Cf. Cl. Ducourial-Rey, Les civils et la légion d'honneur, *Revue du souvenir Napoléonien*, n° 269, mai 1973, pp. 7-10, cité sur le site internet de la fondation Napoléon ([www.napoleon.org](http://www.napoleon.org)).

<sup>140</sup> Conseil d'Etat, Avis relatif à un projet de loi sur la propriété littéraire, 1854 ; Honoré de Balzac, *Sur les questions de la propriété littéraire et de la contrefaçon*, Chronique de Paris, 1836.

<sup>141</sup> *Les employés*.



# DISTINCTIONS

## DES MEMBRES DU CRA

Mercredi 12 février 2014

### - Prix Gaston Jèze

Attribué à l'étudiant ayant soutenu une thèse constituant une recherche fondamentale en droit public

décerné à : **M. Arnaud LAMI**

Thèse : « La tutelle de l'Etat sur les universités françaises »  
sous la direction de M. le Professeur Jean-Marie PONTIER

### - Prix de la spécialité « Contrats publics et droit public des affaires »

Attribué au Major du Master 2 « Contrats publics et droit public des affaires » sur les deux parcours confondus

décerné à : ex-aequo **Mlle Justine CANIVET et Melle Iris PARISET**

### - Prix de la spécialité « Droit de la défense »

Attribué au Major du Master Professionnel Droit et administration de la défense

décerné à : **Mlle Alyssa BLILI**



## TABLE DES MATIÈRES

<b>○ Questions éthiques d'aujourd'hui</b>	
par Jean-Marie PONTIER.....	1
<b>○ « Vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage » A propos de la réforme de l'administration territoriale</b>	
par Jean-Marie PONTIER.....	7
<b>○ Définition du droit public</b>	
par Henri BOUILLON .....	37
<b>○ Influence de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 sur le traitement par le juge administratif des infections nosocomiales contractées en établissements publics de soins</b>	
par Laura JAEGGER.....	61
<b>○ Les grands auteurs de la littérature française et le juge administratif : Honoré « de » Balzac</b>	
par Frédéric COLIN .....	77
<b>○ Distinctions des membres du CRA.....</b>	81
<b>○ Table des matières.....</b>	83

