

CHAPITRE II

La censure juridictionnelle des empiètements de l'administration sur le domaine réservé à l'activité privée (caractère du contrôle contentieux de la compétence « *ratione materiæ* »)

- I. Incompétence *ratione materiæ* et détournement de pouvoir. —
II. Les arrêts *Descroix* et *Casanova*.

I. — Si, après 1864, les principes de la moralité administrative se retrouvent surtout dans les solutions jurisprudentielles que nous venons d'étudier ainsi que dans d'autres analogues, qui répriment le *détournement de pouvoir*, expression type de l'immoralité administrative, il est, semble-t-il, permis d'en rapprocher la règle qui tend à s'opposer aux *ruptures d'équilibre entre la vie administrative et la vie privée* et qui, par voie de conséquence, empêche l'administration de poursuivre, d'une manière générale, des buts qui, malgré leur caractère désintéressé (1), se trouvent absolument en dehors des fins normales de l'activité administrative.

Cette règle a déjà reçu des applications extrêmement intéressantes dans plusieurs arrêts du Conseil d'Etat rendus à la fin de la période qui fait actuellement l'objet de notre examen.

Nous verrons qu'encore ici le juge ne s'est pas borné à appliquer purement et simplement une règle *légale*. Sans

(1) Encore, ces buts sont-ils toujours bien désintéressés? Ne peut-on pas souvent trouver derrière les interventions des administrations locales dans le domaine économique certaines visées, plus ou moins dissimulées, du parti au pouvoir dans les assemblées locales, où la politique pure tient malheureusement une large place, à l'effet de s'assurer une forte clientèle électorale?

doute, peut-on dire que le précepte que nous venons d'énoncer dérive de l'existence même de notre régime de légalité qui place les intérêts de la vie privée sous la protection de la loi en interdisant, par là-même, à l'administration de s'immiscer sans nécessité absolue dans les rapports normaux du commerce juridique privé. En ce sens, on pourra donc considérer les mesures qui tendent à jeter le poids de l'autorité publique dans ce domaine réservé comme portant une atteinte directe à l'esprit même de notre législation.

Cependant, lorsqu'il s'agit de fixer dans chaque cas concret la portée de la règle, les solutions pratiques ne peuvent être trouvées que dans des considérations de bonne administration et de moralité administrative, étant donné que les textes eux-mêmes ne peuvent fournir aucune base solide en vue des démarcations *précises* qui s'imposent en pareille matière.

En prenant des décisions qui empiètent sur la vie privée, l'administration sort des limites de sa mission particulière; ces cas constituent donc une sorte d'incompétence *ratione materiae*.

« Il y a incompétence *ratione materiae*, dit M. Hauriou, « (*op. cit.*, 11^e édit., p. 417), lorsqu'une autorité administrative a pris une décision exécutoire dont l'effet de droit « tendrait à la faire sortir du cercle des attributions générales de l'administration, pour la faire empiéter sur le « domaine de la vie privée ». « Ici, poursuit l'auteur, *il n'y a pas de loi précise*, mais une sorte de conduite de l'administration qui s'appuie sur cette *considération morale* « que l'administration ne doit pas sans nécessité entreprendre sur la vie privée ». En somme, nous nous trouvons en présence d'un aspect particulier de la théorie du *détournement de pouvoir*, puisque, en se livrant aux entreprises en question, l'administration fait, en dernière analyse, usage de ses pouvoirs légaux dans un *but* autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés. M. Hauriou (*op. cit.*, 11^e édit., p. 418) reconnaît expressément que cette forme d'incompétence s'apparente au *détournement de pouvoir*.

II. — Le Conseil d'Etat a été appelé à plusieurs reprises à définir d'une façon précise les attributions des administrateurs en ce qui concerne l'action *politico-économique* de l'administration. Faisant usage de ses pouvoirs prétoriens et dans le silence de la loi, il a imposé, notamment, aux corps administratifs décentralisés une discipline sévère quant à l'organisation des services publics régionaux et locaux. C'est ainsi que par l'action modératrice du juge administratif, les administrateurs locaux se virent empêchés de procéder à certaines tentatives de *socialisation* qui étaient alors contraires à l'esprit de notre droit public.

Un des premiers arrêts du Conseil d'Etat qui fait bien ressortir l'importance du problème est l'arrêt *Descroix* du 1^{er} février 1901 (S. 01.3.41, avec la note de M. Hauriou).

Les circonstances de cette affaire étaient les suivantes : Le conseil municipal de la ville de Poitiers avait voté une subvention au profit d'une coopérative de boulangerie. Nous ne voyons pas qu'il y ait là aucune violation directe de la loi. On ne saurait même dire qu'il eût été porté atteinte, sinon au texte, du moins à l'esprit de la loi municipale, puisque dans son article 61, celle-ci se borne à énoncer, d'une manière générale, que « le conseil municipal règle... les affaires de la commune ». Sur recours intenté, en la forme du recours pour excès de pouvoir, contre la délibération du conseil municipal, le Conseil d'Etat la déclare nulle de droit.

« Considérant, dit-il, que si, *dans des circonstances exceptionnelles*, l'intervention du conseil municipal peut être « rendue *nécessaire* pour assurer *l'alimentation publique*, « il résulte de l'instruction qu'aucune circonstance de cette « nature n'existait à Poitiers; qu'ainsi, le conseil municipal « de cette ville est sorti de ses attributions légales, en « allouant... à la Société coopérative de boulangerie... une « subvention de 9.500 francs ; qu'il suit de là que cette « délibération doit être déclarée nulle de droit... ». La formule est bien nette : le juge administratif dénie aux communes le droit d'intervenir dans les relations économiques qui ressortissent normalement au domaine de la vie privée

si aucune circonstance *exceptionnelle* ne rend l'action administrative absolument indispensable. L'arrêt constitue une condamnation catégorique de tout *socialisme municipal*.

M. Romieu, commissaire du gouvernement, relève très bien le caractère de la tâche du juge, qui, dans les espèces de ce genre, ne tranche aucunement une question de légalité proprement dite, mais une question de fait dans la mesure où, par la prétention qu'elle implique, elle est de nature à intéresser le droit. « Pour les conseils municipaux, dit-il « dans ses conclusions, la loi du 5 avril 1884 porte seule-
« ment qu'ils règlent les affaires de la commune; elle déter-
« mine celles de leurs délibérations qui doivent être approu-
« vées par l'autorité supérieure, mais elle s'abstient de
« définir la sphère d'action du corps municipal et les ma-
« tières sur lesquelles, par des délibérations exécutoires ou
« non, il lui appartient de statuer, en un mot, ce qui doit
« être entendu par les mots « *affaires de la commune* ». « C'est donc au juge qu'il appartient de délimiter, beaucoup
« plus par l'examen des espèces que par voie de théorie
« générale, les pouvoirs des conseils municipaux. Il faut
« tenir compte de la *législation générale*, des *intentions du*
« *législateur* au moment du vote de la loi municipale ac-
« tuelle, *du but que se proposent les corps municipaux* dans
« leurs délibérations, des *nécessités* auxquelles ils sont légi-
« timement amenés à pourvoir, ou des considérations théo-
« riques, — *étrangères à leur mission* — par lesquelles ils
« se laissent dominer ». On ne pouvait mieux dire pour
faire ressortir que ce contrôle s'appuie bien plus sur des
appréciations de fait en vue de l'élaboration de directives
pratiques de bonne administration que sur des appréciations
de légalité proprement dite.

Un arrêt de la même année, l'arrêt *Casanova* du 29 mars 1901 (S. 01.3.73, avec la note de M. Hauriou), rendu également sur recours en la forme du recours pour excès de pouvoir, marque à nouveau l'intérêt qui s'attache à ces matières.

Le juge déclare nulle de droit une délibération d'un con-

seil municipal ayant engagé une dépense pour l'installation d'un médecin municipal. Ici encore le conseil municipal était intervenu en vue de l'organisation d'un service public dont le but ne pouvait être que de concurrencer l'activité privée, étant donné que ce service n'avait nullement été imposé par des circonstances exceptionnelles.

M. Hauriou constate très justement que, « par un coup « de barre hardi, le *recours pour excès de pouvoir* revient à « ce qu'il fut toujours essentiellement, un moyen de bonne « administration » (1). En effet, dans cette affaire aussi bien que dans l'arrêt *Descroix* rapporté ci-dessus, les seuls principes découlant de la législation ne purent être d'aucune utilité pratique pour la solution de la question posée au juge. Ce n'est qu'en tenant compte de tous les éléments ayant pu influencer sur la volonté des auteurs des décisions attaquées et en s'appliquant, après examen spécial des faits de la cause, à dégager ce qu'exigeaient l'intérêt général et la bonne administration, que le Conseil d'Etat put arriver à une conclusion précise quant à la validité des mesures administratives, objet des recours.

Dans nos deux affaires, le Conseil d'Etat n'a tiré, en somme, que les conséquences pratiques du principe général qui, en dernière analyse, n'autorise l'intervention de l'administration que dans des intérêts de police entendus au sens large de ce mot (2).

Il faudrait d'ailleurs se garder de voir dans les décisions de ce genre des cas d'application d'un prétendu con-

(1) L'auteur poursuit: « ...Le Conseil d'Etat reprend du coup son « véritable rôle qui est *non pas celui d'un juge chargé uniquement* « *d'assurer l'application des lois, mais celui d'un juge chargé d'assurer* « *la bonne administration*. Et cela n'est pas la même chose, car la « bonne administration ne se décrète point par les textes de loi, même « les plus soigneusement rédigés ».

La formule de l'arrêt est la suivante: « Si les conseils municipaux « peuvent, dans des *circonstances exceptionnelles*, intervenir pour « procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés, il « résulte de l'instruction qu'aucune circonstance de cette nature n'exis- « tait à Olmeto.... ».

(2) V. ci-après p. 264 et s.

trôle de l'*opportunité* de l'activité administrative. Il est donc inexact de dire, comme le fait M. Hauriou, qu'ici le juge administratif ait pris en main la tutelle des communes, celle-ci impliquant toujours un élément d'opportunité, soustrait comme tel à toute appréciation contentieuse.

M. Michoud a nettement pris position à cet égard dans son étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Sans comprendre, du reste, le caractère *particulier* des décisions du Conseil d'Etat que nous venons de mentionner, et repoussant, au surplus, l'existence du contrôle de la moralité administrative proprement dite, l'auteur s'efforce de prouver qu'en l'espèce le Conseil d'Etat s'est purement et simplement livré à une appréciation de légalité. Il dit (*op. cit.*, *Ann. Gren.*, 1914, p. 25 et s.): « Les auteurs qui
« estiment que le Conseil d'Etat doit pénétrer aujourd'hui
« dans le domaine de l'opportunité administrative, ont allé-
« gué non seulement des arrêts se rapportant.. à des cas de
« détournement de pouvoir, mais aussi des arrêts visant des
« cas de pure et simple violation, soit d'une loi de fond,
« soit même d'une loi de compétence. Seulement, ce sont
« des cas dans lesquels la limite légale est assez impré-
« cise pour que le juge ait à faire un large emploi des pou-
« voirs d'appréciation qui lui appartiennent en vue de déter-
« miner la règle de droit à appliquer. Nous avons déjà
« montré... que même dans les cas de ce genre, c'est bien
« une question de limite que juge le Conseil d'Etat, par
« conséquent, une question de droit, et non une question
« d'opportunité. La même chose doit être dite à propos de
« l'arrêt *Casanova* qui a fourni à M. Hauriou l'occasion
« d'esquisser, dans une note célèbre, la théorie du Conseil
« d'Etat prenant en mains la tutelle des communes et ju-
« geant leurs actes même au point de vue de l'opportunité.
« Le Conseil d'Etat se borne, dans cet arrêt, à annuler,
« comme prise en dehors des attributions du conseil muni-
« cipal, une délibération par laquelle il avait décidé de sub-
« ventioneer un médecin. C'est donc qu'il voit une règle
« de droit dans l'interdiction faite aux communes de péné-

« trer dans le domaine de la libre concurrence entre méde-
 « cins au moyen de la création d'un service municipal. Il
 « ajoute, il est vrai, que « les conseils municipaux peuvent,
 « dans des circonstances exceptionnelles, intervenir pour
 « procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont
 « privés ». Cela veut dire que la règle de droit — comme
 « tant d'autres — est susceptible de comporter des exceptions,
 « mais des exceptions qui seront elles-mêmes des règles de
 « droit. Et le principe de ces exceptions est indiqué par les
 « termes mêmes de l'arrêt ; elles concernent les cas où les
 « habitants, faute de l'intervention de la commune, seraient
 « privés de soins médicaux. Il ne s'agit pas du tout de cir-
 « constances exceptionnelles que le Conseil d'Etat se réserve-
 « rait d'apprécier à sa guise, mais de circonstances précises
 « dont l'existence sera nécessaire et suffisante pour rendre
 « légale la subvention accordée à un médecin. Quand ces
 « circonstances existeront, la commune appréciera libre-
 « ment, sous le contrôle du tuteur administratif, si elle doit
 « ou non établir le service, dans quelle mesure elle doit le
 « faire, quel médecin elle doit subventionner, etc. Voilà
 « le vrai domaine de l'opportunité, et sur ce domaine le
 « juge administratif ne s'est jamais reconnu le droit de
 « pénétrer. Ce que l'on a pris pour une appréciation d'op-
 « portunité, c'est la fixation, à titre de règle, de l'une des
 « limites à poser au pouvoir discrétionnaire de la com-
 « mune ».

Nous sommes entièrement d'accord avec l'auteur pour reconnaître que, dans les espèces mentionnées ci-dessus, le Conseil d'Etat ne s'est nullement livré au contrôle de l'opportunité de la décision administrative soumise à son appréciation contentieuse. Le juge n'a fait que fixer la limite juridique interne de la compétence légale de l'administration communale. Mais M. Michoud a tort lorsqu'il attribue à l'appréciation faite par le Conseil d'Etat le caractère d'un contrôle de la légalité. La simple lecture des conclusions de M. Romieu présentées dans l'affaire *Descroix* aurait pu lui faire entrevoir que la question posée au juge en pareille

matière relève du principe de la moralité administrative, ce qui n'empêche pas l'appréciation contentieuse d'être absolument *juridique*.

Les arrêts que nous venons d'examiner constituent, en effet, une application particulière du contrôle juridictionnel de la *bonne administration* ou, si l'on veut, de la conformité des actes administratifs à l'*esprit général* de notre droit public. En ce sens, ils se rapprochent étroitement des décisions jurisprudentielles réprimant le *détournement de pouvoir* proprement dit.

En résumé, il convient de dire que si le Conseil d'Etat interdit aux communes de sortir de leurs attributions par l'organisation de services *facultatifs* susceptibles de se repercuter sur l'économie privée, lorsque la création de ces services ne trouverait pas un fondement suffisant dans les faits (*question de moralité*), l'administration active apprécie cependant *discrétionnairement* si, les circonstances exceptionnelles étant reconnues existantes, le service doit être créé et dans quelle mesure cette création devra s'effectuer (*question d'opportunité*) (1).

(1) Cf. encore l'arrêt *Bonnardot* du 7 août 1896 (S.98.3.107) par lequel le Conseil d'Etat a reconnu à une commune le droit d'organiser un service médical gratuit, aucun médecin n'exerçant régulièrement dans la commune.

« Considérant, dit le Conseil, qu'aucune disposition de loi ou de règlement n'interdit aux communes d'organiser, aux moyens de leurs « ressources ordinaires, un service médical gratuit dans les conditions « où il a été créé par les délibérations... du conseil municipal...; que rien, « dès lors, ne s'opposait à ce que le préfet du département... leur « accordât son approbation; qu'il suit de là que la requête doit être « rejetée... ». Ainsi, dans la commune en question, où il n'existait qu'un médecin-major en retraite, l'intervention administrative était suffisamment justifiée par l'absence de médecins auxquels les habitants auraient pu s'adresser d'une façon régulière. La création d'un service médical gratuit revêtait dans ces conditions un caractère de *police* qui ne pouvait être légitimement contesté.

Pour la question de la création de services publics municipaux, on pourra consulter M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e édit., p. 185, note (1). V. d'ailleurs, ci-après, p. 259 et s.