

**Benoît DELAUNAY, « Le point de vue du publiciste : la faute de service de l'agent public », *RCA*, n° 3, 2013, doss. 17 (extraits).**

En droit civil, la responsabilité se présente généralement sous trois rubriques : responsabilité du fait personnel, responsabilité du fait d'autrui, responsabilité du fait des choses. En droit administratif, la responsabilité, qui est pourtant une responsabilité de nature civile, n'obéit absolument pas à cette classification tripartite. De grands maîtres du droit public confirment cette observation en écartant chacune de ces appellations. D'abord Marcel Waline enseigne qu'« il n'y a jamais, en droit administratif de responsabilité du fait personnel, parce qu'une personne morale, comme l'État ou toute autre collectivité publique, agit toujours nécessairement par l'intermédiaire d'un agent ». Ensuite, Pierre Delvolvé affirme dans un article de référence « qu'il n'y a pas, en droit administratif, de définition permettant de déterminer rigoureusement le contenu et les limites d'une responsabilité du fait d'autrui » sauf à considérer, de manière extensive, que « la responsabilité administrative est presque toujours une responsabilité du fait d'autrui en droit administratif ». Enfin, André de Laubadère qui s'est posé « le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif » en est venu à la conclusion que celle-ci ne présente aucune unité ni aucune spécificité.

Au contraire, le droit administratif privilégie une autre classification entre responsabilité de l'administration et responsabilité de l'agent public. Comme l'a noté Hauriou, la jurisprudence distingue, d'une part, le fait personnel imputable à l'agent plutôt qu'à la mauvaise organisation du service, d'autre part, le fait de service imputable à la mauvaise organisation du service plutôt qu'à l'agent. Il n'est pourtant pas interdit de penser que cette dichotomie ne peut être entièrement distraite des catégories du droit civil. En effet, la responsabilité de l'Administration est, au premier chef, une responsabilité du fait de ses agents et représentants car, derrière l'Administration, il y a toujours le bras d'un agent ou la plume d'un administrateur, et – par conséquent, elle pourrait se rapprocher de la responsabilité du fait d'autrui (...)

Sans doute, on ne saurait pour autant circonscrire la responsabilité du fait d'autrui en droit administratif à la seule responsabilité de l'Administration du fait de ses agents que l'on songe, par exemple, à la responsabilité de l'État du fait des attroupements et rassemblements. (...)

Si l'on se limite à la faute et donc à la faute de service, celle-ci, qui peut être définie comme la faute qui n'est pas personnelle, présente, en droit public, un double caractère : elle peut être une faute individuelle, commise par un agent public que l'on peut identifier mais elle peut aussi être une faute anonyme dont l'identité n'apparaît pas clairement : le service a mal fonctionné. (...)

### **1. La faute de service de l'agent public n'est pas devenue une faute du préposé pour de mauvaises raisons**

(...) Cela ne s'est pas fait parce que le texte qui protégeait outrageusement les agents publics, une fois supprimé, a été presque aussitôt rétabli, sous forme jurisprudentielle.

(...) Tout se joue en septembre 1870, quelques jours après la défaite de Sedan ; le premier acte du Gouvernement de la Défense nationale est d'abroger, par le décret-loi du 19 septembre 1870

– qui a valeur législative – le système de la garantie des fonctionnaires institué par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII.

Cet article prévoyait que « les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ». Le problème tenait en ce que ce système avait été vite détourné dans le but de soustraire les fonctionnaires à toute poursuite y compris d'ailleurs contre des actes totalement détachables des fonctions. L'idée était de protéger les agissements du fonctionnaire plutôt que d'assurer la protection des actes de l'Administration. Ce système s'est maintenu au fil des ans avec force de loi ordinaire, jusqu'en 1870. Du fait de ce mécanisme, jusqu'à cette date, en pratique, la responsabilité des agents pour des faits relatifs à leur fonction n'était jamais engagée. Un fait aussi personnel qu'un meurtre pouvait ainsi être couvert par l'Administration.

Il fut en particulier abusé de la garantie des fonctionnaires, notamment sous le Second Empire. Comme l'a montré le professeur Jean-Louis Mestre, l'institution était devenue non plus une garantie de la séparation des autorités administratives et judiciaires mais une pure garantie des fonctionnaires. « Devenu odieux, l'article 75 fut érigé en symbole de l'arbitraire et en thème de discours politique (...). Cela permet de comprendre pourquoi, quinze jours à peine après la chute du Second Empire, les hommes de la Révolution du 4 septembre abrogèrent l'article 75 par un décret-loi du 19 septembre 1870. C'est une deuxième Bastille qui était démantelée ».

[...D]ans les semaines qui suivirent le décret qui abroge la garantie des fonctionnaires – texte attendu – les juges administratif et judiciaire se conformèrent à la nouvelle règle qui voulait que le juge judiciaire connût de toutes les fautes de l'agent qu'elles soient personnelles ou de service. Toute distinction de compétence ou de fond se trouva alors abolie entre les fautes personnelles et les fautes de l'Administration. Le juge administratif fut ainsi dessaisi au profit du juge judiciaire (...). La responsabilité personnelle des agents publics put alors être indéfiniment mise en jeu à l'occasion d'un fait de service ou d'un fait personnel. La responsabilité du commettant de l'article 1384 du Code civil sembla l'avoir emporté et, pendant quelques années, le juge judiciaire connut de toutes les fautes de l'administration comme celles de l'administrateur. La volonté des auteurs du décret de 1870 fut de rétablir une liberté de poursuite absolue à l'encontre des agents publics devant les tribunaux judiciaires. Interprétée en ce sens par les juridictions judiciaires et même par le Conseil d'État, ce texte fit cependant l'objet d'une lecture différente par le juge des conflits.

La tentative de s'écarter de l'institution de la « garantie des fonctionnaires » fut de courte durée. Par l'arrêt *Pelletier*, le juge des conflits revint à l'état du droit antérieur au décret de 1870 sans que, curieusement, il ne suscite de réaction. Rendu en 1873 à propos d'une action en responsabilité formée devant un tribunal judiciaire contre un préfet pour saisie irrégulière d'un journal, cet arrêt tint directement en échec le décret de 1870 car il fit renaître une compétence juridictionnelle différente selon que le fait est ou non en lien avec le service.

Il s'agit bien d'un arrêt *contra legem* qui conduisit à une forme de restauration de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII et ouvrit un remarquable exercice de continuité juridique avec le droit révolutionnaire qui n'avait jamais remis en cause le dogme de l'irresponsabilité de l'Administration. L'arrêt distingua le fait personnel (la faute personnelle) dont le contentieux revient au juge judiciaire et l'acte administratif (faute de service) dont le contentieux appartient au juge administratif. Désormais, lorsqu'une action en responsabilité était intentée contre un agent à l'occasion d'une faute qui ne pouvait être détachée du service public, il appartenait au

juge civil de se déclarer incompétent ; s'il refusait de le faire, le préfet pouvait élever le conflit. L'arrêt *Pelletier* renoua avec la soustraction aux juges ordinaires de la connaissance des actes administratifs. Il fit revivre d'une façon détournée la garantie des fonctionnaires en contournant le décret de 1870 dont l'intention des auteurs était pourtant de conférer aux tribunaux civils compétence ordinaire pour connaître de l'ensemble des actions en responsabilité fondées sur une faute du service public. (...)

## **2. La faute de service de l'agent public aurait pu devenir une faute du préposé pour de bonnes raisons**

Elle le serait devenue pour de bonnes raisons car ayant à voir avec la définition même de ce qu'est la faute du préposé qui, selon les auteurs civilistes, réunissent schématiquement deux conditions : la présence d'un lien de préposition – qui est d'abord un lien de subordination – et le fait du préposé à la fois illicite et lié à la fonction. La faute de service de l'agent public répond, elle aussi, à ces critères.

### **A. - Le lien de subordination de l'agent public est un lien de préposition**

Il faut rechercher dans quelle mesure l'agent public est un préposé et l'Administration un commettant. (...) La comparaison n'est pas difficile à établir car, en droit civil, le rapport de commettant à préposé est, on le sait, un lien de subordination, qui met en œuvre un véritable rapport d'autorité, volet de l'obéissance hiérarchique qui repose sur l'institution de la « subordination hiérarchique ». Le préposé est le plus souvent permanent et agit en exécution d'un contrat de travail ou d'un mandat. Le préposé peut également être occasionnel lorsqu'une personne, sans contrat, se place momentanément sous l'autorité de fait d'une autre. Cette opération éphémère trouve son équivalent dans la théorie des collaborateurs occasionnels du service public à laquelle s'applique – comme aux agents contractuels – la jurisprudence *Pelletier* mais qui engage la responsabilité de l'Administration sans faute.

Enfin, on doit noter que l'ordre hiérarchique a pour effet de déplacer la responsabilité personnelle, de la faire remonter de l'exécutant au supérieur hiérarchique auteur de l'ordre. Pour le subordonné, la faute résultant de l'exécution de l'ordre devient faute de service et sort du champ de sa responsabilité personnelle. Cette solution, qui s'impose quel que soit le service en cause, disparaît en cas d'ordre manifestement illégal en application de la jurisprudence *Langneur* : dans ce cas, l'exécutant retrouve sa responsabilité personnelle.

### **B. - La faute de service est un fait illicite et fonctionnel**

Il est admis que deux conditions sont généralement nécessaires pour que le fait dommageable du préposé entraîne la responsabilité du commettant : d'une part, il doit s'agir d'un fait illicite ; d'autre part, ce fait doit avoir été causé dans l'exercice des fonctions, voire à l'occasion de ces fonctions.

En ce qui concerne l'illicéité, certains auteurs de droit public ont tenté d'en faire la clef explicative de l'ensemble de la responsabilité administrative en y transposant une analyse qu'avait développée antérieurement M. Puech. L'illicéité correspond à la « transgression d'un impératif conditionnel par l'Administration » et demeure une exigence dans le droit civil de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés même si elle n'est pas explicitement formulée dans les textes et qu'elle a paru à certains s'effacer depuis l'arrêt de la Cour de cassation selon lequel le préposé qui agit sans excéder les limites de sa mission n'engage pas sa

responsabilité à l'égard des tiers. En droit administratif, par-delà l'illicéité, s'est souvent posée la question de l'illégalité et en particulier des décisions illégales qui, selon une règle générale, sont fautives.

En ce qui concerne le fait commis « dans » les fonctions auxquelles les préposés ont été employés, on doit considérer que l'adverbe « dans » pourrait être aujourd'hui remplacé par la locution « à l'occasion des » fonctions. (...) En droit administratif, la question de la distinction entre la faute de service et la faute personnelle a longtemps accaparé la doctrine comme le juge, établie par l'arrêt *Pelletier* dont il résulte que la faute de service permet de rechercher la responsabilité de l'Administration devant le juge administratif cependant que la faute personnelle permet de rechercher la responsabilité du fonctionnaire lui-même devant le juge judiciaire. Dans les deux hypothèses, un fait de l'homme apparaît mais comme le dit lumineusement Laferrière dans ses conclusions sur l'arrêt *Laumonnier-Carriol* : « la faute de service révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur » tandis que « la faute personnelle fait apparaître l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences ». La faute de service « imputable à la fonction » là où la faute personnelle est « imputable au fonctionnaire ». Pour exprimer cette doctrine des « passions personnelles », le commissaire du gouvernement Teissier usera d'un registre voisin : « pour employer l'expression si caractéristique de nos vieux auteurs, la faute personnelle est celle qui implique la *mauvaiseté* de l'agent ».

Dans ces conditions, le dommage provoqué par une faute d'un agent public engage la responsabilité de l'administration si cette faute est une faute de service ; il est au contraire à la charge de l'agent lui-même, sur ses deniers propres, si la faute est une faute personnelle. À ce sujet, on doit relever une tendance très nette à la raréfaction des hypothèses de faute personnelle en étendant parallèlement les hypothèses de faute de service.

Si l'on synthétise la jurisprudence, on peut distinguer, d'une part, la faute commise dans le service et, d'autre part, la faute commise hors du service.

Dans le service, la situation est également double : la faute détachable du service est une faute personnelle qui est d'une particulière gravité et qui révèle un comportement personnalisé. La faute non détachable du service – et constituant donc une faute de service – peut, quant à elle, viser par exemple et de manière critiquable, jusqu'à la faute d'un fonctionnaire de l'équipement qui, en matière de plans d'urbanisme et avec l'accord du maire, s'est rendu coupable d'un faux en écritures publiques pour lequel il a été pénalement condamné.

Hors du service, on distingue deux types de fautes personnelles que sont la faute qui est non rattachable au service à l'image d'un gendarme qui use de son arme en agissant sous l'empire d'un désir de vengeance ou pour un motif passionnel ou celle qui est rattachable au service comme les fautes « non dépourvues de tout lien avec le service » parce que commises grâce à des moyens que le service a mis à la disposition de l'agent, à l'image de la faute civile du préposé qui a trouvé dans les fonctions les moyens de sa faute. Deux affaires emblématiques se rattachent à cette dernière hypothèse. Dans l'affaire *Sadoudi*, un gardien de la paix manipule son arme de service alors qu'il se trouve chez lui avec un de ses collègues. Il tue accidentellement ce collègue. Le service lui a donné le moyen de commettre la faute. Dans l'affaire *Époux Raszewski*, un gendarme commet un meurtre mais il participe aux enquêtes, recueille des informations, et échappe ainsi aux recherches et commet un nouveau meurtre. D'ordre personnel, ces fautes permettent d'engager la responsabilité aussi bien de l'Administration que de l'agent, sous réserve d'éventuelles actions récursoires postérieures.

### **3. La faute de service de l'agent public ne doit pas devenir une faute du préposé pour d'autres raisons**

La faute de service détient cet avantage de gommer la personne de l'agent, auteur de l'acte dommageable et de faire endosser par le service cette faute. Elle permet aussi ce luxe d'être constitutive d'une infraction pénale : une faute pénale peut être une faute de service. Elle offre ainsi un régime plus protecteur de l'agent public que de la victime et renvoie à un régime de substitution de responsabilité davantage qu'à un régime de garantie de responsabilité. Pour ces deux raisons – qui ne sont ni bonnes ni mauvaises – la faute du service doit être préservée dans sa spécificité par rapport à la faute du préposé.

#### **A. - La faute de service offre un régime de protection de l'agent public davantage qu'un régime de protection de la victime**

Que la faute de service soit un régime protecteur de l'agent public ne fait point de doute. On peut prendre la mesure de la protection offerte à l'agent public par la faute de service en examinant la protection dont il bénéficie à l'égard de la victime comme à l'égard de l'Administration.

À l'égard de la victime, la faute de service est appliquée comme outil contentieux principalement destiné à organiser la répartition des compétences entre les juridictions administrative et judiciaire. En termes de responsabilité, la faute de service est donc avant tout

le fruit d'une distinction opérée par le juge dans le seul objectif de déterminer, entre le patrimoine de la personne publique et celui de l'agent, lequel doit supporter la réparation du préjudice. La faute de service demeure ainsi tributaire d'un tropisme juridictionnel lié à la responsabilité.

À l'égard de l'Administration, l'agent public n'est pas un commettant comme les autres. L'immunité dont il dispose est ancienne et n'a rien à voir avec celle, toute relative, dont bénéficie le préposé même depuis l'arrêt *Costedoat* précité. En effet, « l'agent public, lorsque le régime de droit commun lui est applicable, n'est jamais civilement responsable sur son patrimoine personnel, ni envers les tiers, ni envers l'Administration, si ce n'est en cas de faute personnelle détachable du service ». (...)

Devant les critiques qu'une telle règle peut susciter, on a naturellement prévu un tempérament consistant dans l'action récursoire de l'Administration contre son agent qu'illustre l'affaire *Laruelle*: « si les fonctionnaires et agents des collectivités publiques ne sont pas pécuniairement responsables envers lesdites collectivités des conséquences dommageables de leurs fautes de service, il ne saurait en être ainsi quand le préjudice qu'ils ont causé à ces collectivités est imputable à des fautes personnelles détachables de l'exercice de leurs fonctions ».

#### **B. - La faute de service construit un régime de substitution de responsabilité davantage qu'un régime de garantie de responsabilité**

Comme le note très justement le professeur Plessix, « la catégorie de la responsabilité du fait d'autrui en droit administratif n'est pas seulement dotée d'artificialité sur des aspects secondaires, tels le régime des actions récursoires ou le fait que le commettant ne peut jamais s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'il n'a pas commis de faute. La catégorie est contestable en ce qu'elle nie au droit public la poursuite de ses propres objectifs, pour la

réalisation desquels elle a dû fabriquer les outils adéquats. Elle prive l'observateur de comprendre que le juge administratif a essayé de rattacher directement la production de fautes à une entité abstraite tout en assurant aux agents publics la protection la plus large possible ». Il rejoint ainsi les auteurs selon lesquels la responsabilité de l'Administration pour faute de service « n'est pas une responsabilité pour autrui prévue par l'article 1384 du Code civil mais une responsabilité directe : le service public est censé être l'auteur de la faute ».

Alors que la responsabilité des commettants est une responsabilité de garantie dans laquelle le commettant est garant envers la victime de la réparation d'un dommage qu'il n'a pas lui-même causé et dont un autre est le responsable, la responsabilité administrative est une responsabilité substituée : l'auteur direct de la faute n'est même pas personnellement obligé et son commettant est seul et directement responsable.

On terminera en indiquant que, devant l'impossibilité de trouver un critère de répartition satisfaisant entre faute personnelle et faute de service, le cumul de fautes puis le cumul de responsabilités ont progressivement été admis permettant à la victime de choisir de rechercher

la réparation soit de l'administration – souvent plus solvable – devant le juge administratif, soit de l'agent public devant le juge judiciaire. Pour illustrer le cumul de fautes, on peut se souvenir de l'arrêt *Anguet* dans lequel un dommage est imputable à la fois à une faute de service (fermeture du bureau de poste avant l'heure réglementaire) et à une faute personnelle (expulsion avec brutalité d'un usager). Le cumul de responsabilités renvoie, quant à lui, à l'arrêt *Lemonnier* dans lequel le Conseil d'État juge qu'une seule faute engage à la fois la responsabilité du service et celle de l'agent. Dans ce cas, selon l'élégante formule de Blum, « la faute se détache peut-être du service mais le service ne se détache pas de la faute ».