

Travaux dirigés de droit administratif

Cours de M. le Professeur Jean-François BRISSON

Licence 2

2019-2020

Séance n° 8 : La faute personnelle et la faute de service

Lectures préalables :

TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, *GAJA*, 22^e éd., n° 2 (faute personnelle et faute de service - distinction)

CE, 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*, *GAJA*, 22^e éd., n° 30 (faute personnelle ou faute de service - cumul de responsabilités)

CE, 28 juillet 1951, *Laruelle, Delville*, *GAJA*, 22^e éd., n° 61 (faute personnelle et faute de service - action récursoires)

Documents :

1- Édouard DUBOUT, « Faut-il tuer les catégories de fautes en droit administratif ? », *RDP*, 2009, p. 1341 (extraits).

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

3- TC, 6 juillet 2009, n° C3709 (extraits).

4- CE, 26 octobre 1973, n° 81977, *Sadoudi* (extraits).

5- CE, 30 décembre 2015, n° 391800, *Commune de Roquebrune-sur Argens* (extraits).

6- Françoise ROQUES, « L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité », *AJDA*, 1991, p. 75 (extraits).

7. CE, 12 décembre 2008 Ministre de l'éducation

Commentaire : Conseil d'Etat 10 avril 2013 Ville de Marseille

3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la ville de Marseille avait opposé devant le tribunal administratif une fin de non-recevoir, tirée de ce que le contentieux n'était plus lié par la demande préalable présentée par le requérant en raison de la modification de ses prétentions indemnitaires en cours d'instance ; que la cour administrative d'appel de Marseille, en faisant droit aux conclusions de la société Natixis Factor sans avoir au préalable écarté cette fin de non-recevoir qui n'avait pas été expressément abandonnée par la ville de Marseille, a méconnu son office ; que son arrêt doit, pour ce motif, être annulé ;

4. Considérant qu'il y a lieu, pour le Conseil d'Etat, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, de régler l'affaire au fond en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

5. Considérant que la société Natixis Factor forme régulièrement appel, et dans le délai qui lui était imparti, contre le jugement par lequel le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande tendant à la condamnation de la ville de Marseille à lui payer la somme de 311 186,50 euros ;

Sur la responsabilité de la ville de Marseille :

8. Considérant que la victime non fautive d'un préjudice causé par l'agent d'une administration peut, dès lors que le comportement de cet agent n'est pas dépourvu de tout lien avec le service, demander au juge administratif de condamner cette administration à réparer intégralement ce préjudice, quand bien même une faute personnelle commise par l'agent devrait être regardée comme **détachable** du service ;

9. Considérant qu'il résulte de l'instruction que par un arrêt du 16 novembre 2005, devenu définitif, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a, d'une part, confirmé le jugement du tribunal correctionnel de Marseille du 31 janvier 2003 condamnant M.B..., responsable de la division Nord des services de la ville de Marseille, à payer à la société Natixis Factor la somme de 311 186,50 euros en réparation du préjudice causé par les faux en écriture dont il a été reconnu coupable et, d'autre part, condamné l'intéressé à dix-huit mois d'emprisonnement dont six avec sursis et à l'interdiction d'exercer dans la fonction publique pendant cinq ans ; que les agissements de M. B...constatés par le juge pénal portaient sur l'établissement de faux certificats de paiement au titre de travaux non réalisés par la société Compagnie nationale des fluides titulaire d'un marché de la ville de Marseille ; que ces agissements sont constitutifs d'une faute grave commise par un agent de la ville de Marseille dans l'exercice de ses fonctions et ne sont, par suite, pas dépourvus de tout lien avec le service ; qu'ainsi la société Natixis Factor est fondée à demander à la ville de Marseille la réparation du préjudice du fait des faux en écriture commis par M.B..., indépendamment des conditions de solvabilité de l'intéressé et alors même que la faute de cet agent doit être regardée comme **détachable** du service ; que cette dernière circonstance permet seulement à la ville de Marseille, condamnée à assumer les conséquences de cette faute personnelle, d'engager une action **récursoire** contre cet agent dès lors qu'elle aura été subrogée à concurrence de la somme correspondant au préjudice subi, aux droits résultants pour la société Natixis Factor des condamnations qui auraient été ou seraient susceptibles d'être prononcées à son profit contre M. B...à raison des mêmes faits par l'autorité judiciaire ;

;

Document n° 1 : Édouard DUBOUT, « Faut-il tuer les catégories de fautes en droit administratif ? », RDP, 2009, p. 1341 (extraits).

La notion de faute est, de manière générale, équivoque. De surcroît, elle n'est pas, en droit administratif, univoque. Le droit administratif multiplie les qualifications possibles de la faute, afin d'en déduire certaines conséquences juridiques quant à l'auteur ou au régime de la responsabilité encourue. Il existe ainsi une pluralité de catégories de fautes administratives. La question est de savoir pourquoi les avoir créées et en quoi devoir les conserver.

La plupart des catégories de fautes en droit administratif sont bien connues. Pour s'en tenir à la responsabilité extra-contractuelle de l'administration, il s'agit de la distinction de la faute « personnelle » et de la faute « de service » (...).

Le recours à différentes catégories de fautes en droit administratif semble à première vue indispensable en tant qu'élément propre au raisonnement juridique. De manière générale, la création des catégories constitue une étape essentielle du raisonnement juridique afin de qualifier les faits et d'en tirer des conséquences juridiques. C'est pourquoi, selon la définition donnée par M. Waline à qui le titre de cette étude est emprunté, « on peut donc appeler “catégorie juridique” tout fait ou ensemble de fait, tout acte ou ensemble d'actes, auxquels la loi ou toute autre règle de droit attachent des conséquences juridiques ». Moyen d'éviter l'arbitraire d'un jugement en seule équité, la catégorie juridique est essentielle en ce qu'elle poursuit une finalité rationalisante destinée à assurer par la qualification le passage du fait au droit. Comme le souligne l'éminent auteur, « la finalité du Droit n'est pas exclusivement d'assurer la Justice entre les hommes mais aussi d'apporter la sécurité dans les rapports sociaux ». Cette passerelle qu'est la catégorie se doit pour cette raison d'être suffisamment claire et stable, afin de sécuriser le raisonnement juridique et ultimement affermir la situation des administrés. À défaut, la multiplication des catégories aboutit à une complication inutile de l'état du droit et nuit à son intelligibilité. Si la création de catégories de fautes s'impose donc, leur prolifération peut légitimement inquiéter.

L'existence d'une pluralité de catégories de fautes administratives soulève la question de l'appréciation du bilan coût/avantage de cette catégorisation au regard de la cohérence et de l'efficacité du mécanisme de responsabilité administrative. De toute évidence, la multiplication des catégories de fautes en droit administratif poursuit certaines finalités propres à cette branche du droit. L'enjeu, notamment, est de concilier trois impératifs potentiellement divergents que sont l'objectif de favoriser l'accomplissement de ses missions par l'administration, celui d'indemniser les dommages causés à cette occasion aux administrés, et enfin celui d'organiser dans ce cadre le pouvoir de contrôle du juge. C'est à ce dernier, en définissant lui-même l'étendue de son contrôle dans ce contentieux de pleine juridiction, qu'il reviendra d'établir le délicat équilibre entre efficacité et équité. Cela explique que les catégories de fautes en droit administratif soient essentiellement œuvre jurisprudentielle. Toutefois, la logique de cette construction prétorienne prête parfois à discussion. Tant la stabilité que la clarté, qualités qui

devraient en principe être attachées à la notion même de catégorie, font parfois défaut. On peut y voir la manifestation d'un certain opportunisme du juge dans le maniement des catégories, afin de faire évoluer le droit de la responsabilité administrative en fonction des aspirations sociales. Néanmoins, dans le même temps, la catégorisation perd de son intérêt en ce qu'elle ne répond pas à sa vocation initiale de sécurisation du raisonnement et de la solution juridiques. La question de les supprimer se pose en conséquence.

Plutôt que d'étudier séparément les différentes catégories de fautes du droit administratif comme cela est généralement le cas, il est proposé de les aborder de front dans une perspective d'ensemble afin de déterminer si « l'éclatement » de la notion de faute qui en découle se justifie pleinement. Pour le savoir, il faut se demander si l'utilité de la catégorisation des fautes en droit administratif n'est pas contrebalancée par une utilisation malaisée. Or, sur ces deux points, la discussion est ouverte. En effet, le recours à des catégories de fautes en droit administratif poursuit des finalités ambivalentes (I). En outre, les contours de ces catégories sont affectés d'une relativité grandissante (II).

I. — LA FINALITÉ AMBIVALENTE DU RECOURS AUX CATÉGORIES

Le recours à différentes catégories de fautes en droit administratif est doublement ambivalent, voire même antagoniste. Cette contradiction se manifeste non seulement dans la confrontation des finalités poursuivies par les catégories entre elles (A), mais aussi dans l'imprécision de la finalité recherchée au sein même de certaines catégories (B).

A. — L'ambivalence des finalités entre les catégories

Les catégories de fautes en droit administratif poursuivent de manière contradictoire soit une finalité de protection de l'administration (1), soit une finalité d'indemnisation des administrés (2).

1. La protection de l'administration est certainement la finalité recherchée par les premières catégorisations des fautes administratives. La plus ancienne notamment distingue la faute de service et la faute personnelle de l'agent. L'idée générale, bien connue, est que l'administration ne saurait être tenue responsable des dommages causés par ses agents agissant comme personnes privées et non en tant qu'administrateurs. En ce sens, l'arrêt Pelletier se situe dans la droite ligne de l'arrêt Blanco dont l'objectif primitif était de limiter la responsabilité de l'administration en la faisant échapper aux règles du droit civil. Dans le même esprit, la signification actuelle du maintien de l'exigence d'une faute lourde dans certains domaines et la création de la catégorie de la faute « caractérisée » en droit hospitalier, manifestent également une volonté de préservation de la liberté d'action administrative. En effet, l'administration, selon les mots du Commissaire de gouvernement Rivet, ne doit pas dans certaines hypothèses être « énervée par des menaces permanentes et des complications contentieuses », afin que ses services puissent mener à bien leur mission.

2. L'indemnisation des administrés est manifestement la finalité recherchée par des

catégorisations plus récentes de fautes administratives. Tout d'abord l'indemnisation peut être facilitée, d'un point de vue procédural, par le recours à la catégorie de la faute « présumée ». Dans ces cas, la simple survenance du dommage fait peser sur l'administration une présomption de faute qui aboutit en pratique à un renversement de la charge de la preuve au profit de l'administré. C'est le cas notamment pour certains actes hospitaliers non particulièrement difficiles ou en faveur des usagers d'ouvrages publics non exceptionnellement dangereux. Ensuite, l'indemnisation peut être même garantie comme l'illustre la création de la catégorie relativement ambiguë de la faute « personnelle non dépourvue de tout lien avec le service ». En tant que faute personnelle, elle est détachable du service, mais le fait qu'elle ait été commise pendant ou au moyen du service autorise l'administré à en demander réparation auprès de l'administration. L'idée principale est ici d'assurer une meilleure indemnisation des préjudices subis grâce à la solvabilité de l'administration, ainsi que le faisait valoir le Commissaire du gouvernement Blum. Le débat est ouvert afin de savoir s'il s'agit là d'une sous-catégorie de la faute personnelle, ou d'une catégorie concurrente qui épuiserait celle de faute personnelle dans la mesure où toute faute personnelle est soit non dépourvue, soit dépourvue de tout lien avec le service.

Cette dualité fonctionnelle entre catégories de fautes administratives se retrouve, plus étrangement, au sein même de certaines de ces catégories.

B. — L'ambivalence des finalités dans les catégories

L'évolution des finalités poursuivies par une catégorie de faute est avant tout illustrée par la faute personnelle. Aujourd'hui conçue comme un moyen d'éviter que l'administration ne soit tenue responsable de l'ensemble des dommages causés par des agents publics, elle était hier envisagée comme une avancée pour les administrés. En effet, il faut garder à l'esprit que la notion de faute personnelle a été créée pour répondre à la suppression de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII qui soumettaient à l'autorisation préalable du Conseil d'État la possibilité de poursuivre en justice un fonctionnaire. En ce sens, la faute personnelle correspond à l'origine à la suppression d'une impunité insupportable pour les administrés, tandis qu'elle assure dans le même temps une certaine immunité à l'administration en cas d'imputabilité de la faute à la personne de l'agent et non à sa fonction. Cette évolution est également manifeste s'agissant de la finalité de la faute lourde. Ou plutôt, la perception de la finalité de cette catégorie a changé. Symbole aujourd'hui de la limitation de la responsabilité de l'administration, la faute lourde était hier perçue comme une limitation de l'irresponsabilité de l'administration. Sa perception actuelle est donc totalement opposée à sa vocation initiale qui était d'assouplir l'absence de responsabilité étatique, puis celle d'exigence d'une « faute d'une exceptionnelle gravité ». Cette finalité initiale n'a cependant pas totalement disparu. Il existe encore des cas dans lesquels le recours à la faute lourde permet de contourner des dispositions législatives instituant l'irresponsabilité de l'État. Plus généralement, il peut être soutenu que la faute lourde poursuit une finalité réprobatrice à l'égard de l'administration, et non pas uniquement protectrice de celle-ci. En raison de sa gravité et de l'appréciation très négative qu'elle induit, la catégorie de la faute lourde concerne des hypothèses de violation manifeste par l'administration de ses devoirs. C'est pourquoi, comme le souligne B. Delaunay, la faute lourde « est à la fois

protectrice tant qu'elle n'est pas identifiée et sévère aussitôt qu'elle le devient ». Paradoxalement, la catégorie de faute lourde poursuit donc successivement, voire même parallèlement, des finalités opposées (...).

La catégorisation des fautes administratives répond donc à des finalités diverses, parfois diffuses, et fréquemment contradictoires. Ce syncrétisme remet en cause l'utilité du recours aux catégories dont les contours sont en outre difficiles à identifier avec précision.

II. — LA RELATIVITÉ GRANDISSANTE DES CONTOURS DES CATÉGORIES

La catégorie juridique doit permettre d'aboutir à une classification du réel. Pour cette raison, les contours des catégories de fautes en droit administratif se doivent en principe d'être clairs et stables. Or, tel n'est pas le cas. Non seulement l'identification des catégories s'avère particulièrement difficile (A), mais il est également possible de se demander si la disparition de certaines de ces catégories n'est pas éventuellement prévisible (B).

A. — L'identification difficile des catégories

La distinction entre les catégories de fautes en droit administratif est rendue difficile par l'imprécision des critères de qualification des fautes. En effet, seuls deux principaux critères servent à distinguer l'ensemble des catégories de fautes : d'une part le critère de gravité de la faute (1), d'autre part celui de difficulté de l'activité (2). Tous deux restent en outre relativement vagues.

1. L'omniprésence du critère de gravité de la faute se manifeste par le fait qu'il est utilisé pour identifier la plupart des catégories de faute. Il est courant notamment de définir la faute lourde comme celle se distinguant par un certain degré de gravité (...). Enfin, c'est toujours ce même critère de gravité qui est utilisé pour qualifier une faute de « purement » personnelle, qui, bien que commise pendant ou au moyen du service, est généralement considérée comme se détachant totalement de celui-ci « eu égard à la gravité exceptionnelle des faits et de leurs conséquences » et pour cette raison « revêt un caractère inexcusable ». Cette appréciation découle d'ailleurs elle-même de l'intentionnalité manifeste ou de l'importance particulière du préjudice causé. Dans ce dernier cas, il existe un risque de confusion entre le critère de la gravité de la faute et celui de la gravité du préjudice, qui est une des ambiguïtés principale du critère de gravité ainsi que certains auteurs ont pu le souligner. Le paradoxe de l'utilisation d'un même critère pour qualifier deux types de faute aboutit alors à un risque de contradiction logique. En effet, une faute lourde est avant tout une faute de service, mais en ce qu'elle est par définition grave, elle se rapproche de la faute personnelle, ce qui exclurait automatiquement la qualification de faute de service, donc de faute lourde... La contradiction provient du fait que pour qu'un manquement soit qualifié de faute lourde, il ne faut pas qu'il soit trop grave (sinon la faute devient personnelle), ni qu'il ne soit pas assez grave (sinon la faute reste simple). Deux catégories exclusives l'une de l'autre s'identifient donc par un critère semblable de gravité de la faute. La seule échappatoire est alors d'opérer une distinction de degré : la faute d'une certaine gravité restera dans le domaine de la faute de service et sera qualifiée de lourde, tandis que la

faute d'une particulière, voire exceptionnelle, gravité pourra être qualifiée de personnelle. L'ambiguïté ne sera cependant que déplacée devant la difficulté de distinguer par la suite la faute « purement » personnelle de la faute personnelle « non dépourvue de tout lien avec les services »... Par définition, toutes deux particulièrement graves, il semblerait qu'une intentionnalité manifeste ou, là encore, certains degrés de gravité supplémentaire, servent à distinguer la faute personnelle commise pendant le service ou au moyen de celui-ci qualifiée de « purement » personnelle, du même type de comportement qui restera quant à lui « non dépourvu de tout lien avec le service ». Force est néanmoins de constater l'hésitation de la jurisprudence sur ce point.

2. La persistance du critère de difficulté de l'activité révèle également le flou qui entoure l'identification des différentes catégories de faute en droit administratif. En théorie ce critère ne sert pas à qualifier la faute, mais à justifier qu'un régime de responsabilité plus ou moins protecteur de l'administration soit instauré. En pratique, il est cependant évident que le critère de la difficulté de l'activité sert également à faire entrer le manquement au devoir dans une catégorie de faute et donc, en retour, à identifier la catégorie. Il est clair que plus l'activité en cause est difficile, moins le manquement est facilement établi, ce qui aura évidemment une conséquence au moment de le qualifier de grave ou non. Préconisant l'abandon de la faute lourde, le Commissaire du gouvernement Stahl a parfaitement souligné le double rôle joué par ce critère de difficulté de l'activité en écrivant que « la qualification quasi-tautologique de la faute lourde [...] intègre la difficulté intrinsèque de l'action administrative à un double degré : par principe dans la définition du régime de responsabilité, puis ensuite au cas d'espèce lorsque l'on recherche si une faute lourde a été commise ». C'est pour cette raison que la suppression de l'exigence de faute lourde dans certains cas n'a pas fait disparaître la logique qui sous-tend la création cette catégorie, c'est-à-dire la prise en compte de la difficulté de l'activité notamment dans la distinction entre faute simple et erreur non fautive. De manière plus générale, la prise en compte de la difficulté de l'activité est inhérente à la notion même de faute : plus il est dur de bien faire, moins il pourra être reproché de mal faire. C'est pourquoi, on retrouve également ce critère de difficulté de l'activité en matière médicale pour distinguer la catégorie de la faute présumée de celle de la faute prouvée. En effet, la faute est « révélée » selon la formule du Conseil d'État, lorsque des soins courants, donc non difficiles, ont entraîné un préjudice important. Certes, cette catégorie de faute présumée a été étendue à des actes non courants, et dans ce cas seule l'anormalité du préjudice distingue le recours à la faute présumée. Mais alors, on en revient quasiment au premier critère : celui de la gravité, appliqué cette fois non plus à la faute mais au dommage.

Gravité et difficulté, toutes deux étroitement imbriquées voire indissociables, synthétisent finalement les critères d'identification de l'ensemble des catégories de fautes administratives. Dès lors, est-il toujours besoin de maintenir autant de catégories ?

B. — La disparition prévisible de certaines catégories ?

Non seulement les frontières mais également les matières couvertes par les différentes catégories de fautes administratives évoluent au point d'en brouiller les contours. (...)

La disparition de la faute « purement » personnelle est moins régulièrement évoquée. Elle semble pourtant davantage faisable, voire même souhaitable, ne serait-ce qu'en raison de la rareté de son utilisation. Pour résumer, il faut distinguer trois types, ou sous-catégories, de faute personnelle. Tout d'abord, la faute personnelle sans aucun rapport avec le service qui est de la seule appréciation du juge judiciaire car totalement étrangère à l'administration. Ensuite, la faute personnelle « non dépourvue de tout lien avec le service » qui entraîne un cumul de responsabilité, avec une possibilité d'action récursoire de l'administration contre son agent, le tout devant le juge administratif. Enfin, il existe le régime de la faute personnelle commise pendant ou grâce service mais volontaire ou (et ?) tellement grave qu'elle n'est plus considérée comme liée à lui, et dont la sanction revient au juge judiciaire. Il s'agit de la faute « purement » personnelle ou « du troisième type » selon l'expression du Professeur R. Chapus. Cette dernière catégorie nous semble superflue, car, on le voit, elle repose sur l'artifice suivant que, quand bien même un lien avec le service existerait, le caractère volontaire ou inexcusable de la faute « gommerait » en quelque sorte un tel lien. Or, dans ce cas, de plus en plus rare, la faute constitue en pratique systématiquement une infraction pénale remettant de facto en cause la distinction de la faute pénale et de la faute purement personnelle. Dès lors, conformément à la distinction des contentieux de la réparation et de la répression, l'indemnisation pourrait se faire devant le juge administratif et la sanction devant le juge pénal ainsi que l'a d'ailleurs jugé depuis longtemps le Tribunal des conflits. Il n'y aurait dans ce cadre plus que deux catégories de fautes personnelles : celles totalement étrangère au service du ressort du juge judiciaire, et celles liées au service relevant du juge administratif mais avec pour les plus graves d'entre elles l'engagement éventuel de poursuites pénales (sur la seule initiative du Ministère public toutefois, dès lors que l'indemnisation se fait devant le juge administratif). Ce faisant, la catégorie des fautes « purement » personnelles du troisième type disparaîtrait.

En définitive, l'analyse combinée des différentes catégories de fautes en droit administratif offre de sérieux arguments pour l'abandon de certaines d'entre elles. Dans la mesure où leur finalisation apparaît versatile et leur identification malaisée, elles ne remplissent qu'imparfaitement leur fonction de sécurisation du droit. Néanmoins, il faut garder à l'esprit que la catégorisation des fautes administratives n'est pas une fin en soi, mais un moyen destiné à restituer sur le terrain de la responsabilité la spécificité du rapport administratif. Si certaines clarifications paraissent souhaitables, le recours à des catégories spécifiques de fautes en droit administratif est toujours indispensable. Précisément parce qu'elle est effectuée dans des finalités contradictoires et en ce qu'elle est affectée par une certaine relativité des notions, la catégorisation des fautes doit être comprise comme un outil de la politique jurisprudentielle du juge administratif. Confronté à ce dilemme permanent de conciliation de l'intérêt privé des administrés et de l'intérêt général de l'administration, les catégories de fautes administratives permettent au juge de ménager et d'aménager un subtil équilibre entre des revendications opposées. Cet équilibre n'est pas figé, il est le reflet des aspirations sociales. Ce qui explique à la fois l'imprécision et l'évolution des catégories de fautes en tant que moyens de régulation des rapports entre les citoyens et l'administration.

Document n° 2 : 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 ».

Document n° 3 : CE, 26 octobre 1973, n° 81977, *Sadoudi* (extraits)

(...) Considérant qu'il résulte de l'instruction que, le 21 mai 1965, vers 22 heures, le sieur Mohand X... , gardien de la paix a la préfecture de police, en manipulant son pistolet de service, a tué accidentellement son collègue Y... Amar , alors qu'ils se trouvaient l'un et l'autre dans la chambre qu'ils partageaient au foyer géré par l'association amicale des musulmans français, ... au Pre-Saint-Gervais ; que le sieur X... n'était pas en service lors de l'accident mais qu'en vertu des règles d'organisation du corps auquel il appartenait, il devait conserver son pistolet à son domicile ; que, dans ces conditions, compte tenu des dangers qui résultent pour les tiers de l'obligation faite aux gardiens de la paix de paris de conserver une arme à feu en dehors du service, l'accident ne peut être regardé comme dépourvu de tout lien avec celui-ci ; que la circonstance que le sieur X... ait commis, en l'espèce, une faute personnelle ne peut avoir pour conséquence de dégager la ville de paris de sa responsabilité vis-à-vis de la victime ; qu'il s'ensuit que le sieur Y... Ahmed, père de la victime, est fondé à demander la condamnation de la ville de paris, seule collectivité publique dont la responsabilité peut être engagée en l'espèce (...)

Document n° 4 : TC, 6 juillet 2009, n° C3709 (extraits)

(...) Considérant que le 16 janvier 2004, M. B, officier français qui participait aux opérations de rétablissement de la paix en Côte-d'Ivoire, a accidentellement blessé M. A en lui expliquant le maniement d'une arme à feu qu'il l'avait aidé à se procurer auprès d'un tiers pour assurer sa défense ; que la faute ainsi commise par M. B, qui, en dehors de toute instruction de sa hiérarchie, n'a agi qu'en raison des relations personnelles qui le liaient à M. A et qui, dans les circonstances de l'espèce, ne peut utilement se prévaloir, pour justifier sa démarche, des objectifs généraux de l'intervention de militaires français en Côte-d'Ivoire, ne saurait être regardée que comme une faute personnelle, dépourvue de tout lien avec le service ; que par suite la juridiction de l'ordre judiciaire est seule compétente pour connaître de l'action en réparation des conséquences dommageables de l'accident intentée par M. A contre M. B (...)

Document n° 5 : CE, 30 décembre 2015, n° 391800, *Commune de Roquebrune-sur Argens* (extraits)

(...) 1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés de la cour administrative d'appel de Marseille que, par une délibération n° 30 du 19 février 2015, le conseil municipal de Roquebrune-sur-Argens a reconnu à M. A...B..., maire de cette commune, le droit à la protection fonctionnelle prévue à l'article L. 2123-34 du code général des collectivités territoriales ; que ce droit a été reconnu à M. B...au titre de l'appel formé par celui-ci contre le

jugement du tribunal correctionnel de Draguignan du 17 novembre 2014 le condamnant pour avoir tenu, lors d'une réunion publique ayant eu lieu le 12 novembre 2013, des propos constitutifs de provocation à la haine ou à la violence en raison de l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion par parole ; que, par la voie du déféré, le préfet du Var a demandé au tribunal administratif de Toulon d'annuler cette délibération, ces conclusions étant assorties d'une demande de suspension présentée sur le fondement du troisième alinéa de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales aux termes duquel : " Le représentant de l'État peut assortir son recours d'une demande de suspension. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué (...) " ; que, par une ordonnance du 7 mai 2015, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a fait droit à la demande de suspension formée par le préfet ; que l'appel dirigé contre cette ordonnance par la commune de Roquebrune-sur-Argens a été rejeté par une ordonnance du juge des référés de la cour administrative d'appel de Marseille du 2 juillet 2015, contre laquelle la commune de Roquebrune-sur-Argens se pourvoit en cassation

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 2123-34 du code général des collectivités territoriales : " (...) La commune est tenue d'accorder sa protection au maire (...) lorsque celui-ci fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère de faute détachable de l'exercice de ses fonctions. (...) " ; que, pour l'application de cette disposition, présentent le caractère d'une faute personnelle détachable des fonctions de maire des faits qui révèlent des préoccupations d'ordre privé, qui procèdent d'un comportement incompatible avec les obligations qui s'imposent dans l'exercice de fonctions publiques ou qui, eu égard à leur nature et aux conditions dans lesquelles ils ont été commis, revêtent une particulière gravité ; qu'en revanche ni la qualification retenue par le juge pénal ni le caractère intentionnel des faits retenus contre l'intéressé ne suffisent par eux-mêmes à regarder une faute comme étant détachable des fonctions, et justifiant dès lors que le bénéfice du droit à la protection fonctionnelle soit refusé au maire qui en fait la demande ;

3. Considérant, dès lors, qu'en rejetant l'appel dont il était saisi par le conseil municipal de Roquebrune-sur-Argens au seul motif que les faits au titre desquels la protection fonctionnelle avait été accordée au maire revêtaient un caractère intentionnel, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son ordonnance doit être annulée ;

4. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative et de régler l'affaire au titre de la procédure d'appel de référé engagée ;

5. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, lors d'une réunion publique de quartier organisée à Roquebrune-sur-Argens le 12 novembre 2013, le maire de la commune, M.B..., a répondu à des questions de l'assemblée relatives à la présence d'un campement de personnes d'origine rom sur le territoire communal ; que M.B..., après avoir critiqué en termes virulents la présence de ce campement et déclaré que ces personnes avaient provoqué neuf départs de feu dans leur campement, a ajouté : " Ce qui est presque dommage, c'est qu'on ait appelé trop tôt

les secours " ; que ces propos, eu égard à leur nature et à leur gravité, procèdent d'un comportement incompatible avec les obligations qui s'imposent dans l'exercice de fonctions publiques ; que dès lors le moyen tiré de ce qu'une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions a été commise et que les dispositions de l'article L. 2123-4 du code général des collectivités territoriales font légalement obstacle à l'octroi de la protection fonctionnelle à M. B...paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la délibération attaquée ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la commune de Roquebrune-sur-Argens n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a suspendu l'exécution de la délibération litigieuse ;

(...) D E C I D E :

Article 1er : L'ordonnance du juge des référés de la cour administrative d'appel de Marseille du 2 juillet 2015 est annulée. (...)

Document n ° 6 : Françoise ROQUES, « L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité », AJDA, 1991, p. 75 (extraits).

Le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique fut dominant jusqu'à la fin du XIX^e siècle. L'article 1382 du Code civil selon lequel « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » ne fut conçu que pour les personnes privées. L'Etat est exclu de son domaine d'application en vertu de l'adage « l'Etat, comme le roi, ne peut mal faire ».

Cependant, dans un mouvement aujourd'hui bien connu, la jurisprudence administrative va réduire progressivement cette « immunité » étatique par l'élargissement progressif de la responsabilité publique. Des hypothèses nouvelles de cette responsabilité dont les conditions d'engagement se trouvent par ailleurs progressivement facilitées favorisent la reconnaissance des droits de l'administré et constituent un aspect du développement de « l'Etat de droit ».

Ainsi le contentieux de la légalité et le développement de la responsabilité administrative traduisent cette évolution d'une administration plus proche du citoyen, plus respectueuse de l'intérêt général, même si des progrès restent nécessaires en ce domaine.

Aujourd'hui, à la suite de cette évolution, il existe peu d'hypothèses dans lesquelles un acte de la puissance publique est insusceptible de recours. Il est particulièrement significatif que le Conseil d'État ait, par exemple, reconnu la responsabilité de l'État pour des mesures d'ordre intérieur qui demeurent toujours, on le sait, insusceptibles de recours pour excès de pouvoir. La responsabilité de la puissance publique précède ici la légalité.

Cet élargissement progressif de la responsabilité publique est allé de pair avec la constitution de mécanismes destinés à assurer une meilleure protection des victimes. Une telle extension,

pourtant, ne pouvait aller trop loin : un équilibre apparaissait nécessaire entre cette protection de la victime et la considération des responsabilités engagées.

C'est dans cet esprit que se situe la conception générale de l'action récursoire de l'administration. L'action récursoire, en effet, permet de détacher le processus de réparation de celui de l'imputabilité, et réalise ainsi une balance entre la garantie de la victime et le maintien de la responsabilité effective de l'auteur du dommage.

Du côté de la garantie de la victime, il est apparu que la protection de celle-ci s'avérait d'autant plus nécessaire que l'évolution de l'action administrative a connu une extension complexe. L'administration intervient dans des secteurs nouveaux et de plus en plus nombreux, induisant l'action d'une multiplicité d'organes publics et aussi d'organismes rattachés par des liens juridiques enchevêtrés à la puissance publique. La multiplication des actions et des partenaires de la puissance publique va entraîner inévitablement celle des hypothèses dans lesquelles la responsabilité de l'administration pouvait se trouver engagée, et dès lors la recherche d'une meilleure protection des victimes. Mais le risque apparaît alors de voir, si on allait trop loin, les services administratifs paralysés par une responsabilité trop étendue, et de voir aussi peser sur la puissance publique des charges financières excessives.

La protection des deniers publics et la garantie des droits de la victime peuvent apparaître comme des objectifs contradictoires. Un équilibre devait être recherché entre ces objectifs et un mécanisme compensateur mis en place : tel est le sens général de la technique de l'action récursoire.

Dans cette perspective, le mécanisme de l'action récursoire est établi sur le principe d'une dissociation de l'imputabilité et de la réparation. Il ne s'agit donc pas, dans un premier temps, de rechercher le responsable effectif du dommage mais de faciliter l'indemnisation de la victime par une simplification de la procédure. Une telle simplification doit être recherchée, dès lors précisément que plusieurs personnes sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée, et que la victime du dommage pourrait hésiter quant au choix de celle à laquelle elle demandera réparation. Intervient, alors, une sorte de mécanisme réducteur d'incertitudes qui, dans un premier temps, profite à la victime mais laisse entière, quant au fond, la question de la réalité de la responsabilité.

Pour la victime, il n'y a que des problèmes de réparation et il lui est ainsi épargné de s'engager dans le délicat processus de l'imputabilité. Pour l'administration dont la responsabilité est engagée, il paraît naturel qu'elle se retourne ensuite contre la personne à laquelle le dommage est imputé.

Une telle situation de pluralisme de responsabilités virtuelles, qui constitue la situation de base, à partir de laquelle peut se trouver engagée une action récursoire, se retrouve en réalité dans deux hypothèses bien différentes.

Tantôt le dommage est causé par un ensemble imbriqué, une pluralité d'organes juxtaposés vis-

à-vis desquels la victime peut hésiter quant à l'attribution de l'imputabilité. Joue alors un mécanisme de responsabilité solidaire permettant à la victime de s'adresser à l'un quelconque des auteurs présumés du dommage, l'action récursoire permettant à celui-ci, dans un deuxième temps, de rétablir la répartition de la réparation.

Mais l'action récursoire s'est développée selon une autre voie, plus connue, qui correspond à un aspect fondamental de la responsabilité administrative. C'est l'hypothèse dans laquelle l'administration intervient comme garantie vis-à-vis de la victime du dommage causé par ses agents, dans les hypothèses de cumul de responsabilité ou de faute dégagées, on le sait, par la jurisprudence.

Dans ces deux hypothèses, en raison de l'objectif recherché de protection de la victime se trouve instituée une dissociation provisoire de l'imputabilité et de la responsabilité, qui doit néanmoins trouver sa solution. L'action récursoire obéit ainsi à une logique fondamentalement liée à l'idée de justice qui exige, *in fine*, que la dissociation, dont les justifications sont sociales et non pas juridiques, ne prolonge pas ses effets et que ce soit, finalement, l'auteur véritable du dommage qui en assume la responsabilité.

Qu'il y ait responsabilité solidaire entre personnes administratives ou garantie de l'administration vis-à-vis de son agent, c'est la même idée de séparation, de dissociation entre la réparation et la responsabilité qui intervient. Mais, à partir de cette structure commune et de ces conditions préalables identiques, les mécanismes divergent, ont leurs caractères propres et leurs logiques spécifiques.

Il convient donc d'étudier successivement l'action récursoire résultant de la solidarité des auteurs puis l'action récursoire résultant de la garantie des personnes publiques.

L'action récursoire résultant de la solidarité des auteurs du dommage

La notion de solidarité, telle qu'elle est envisagée ici, ne concerne que la solidarité passive des civilistes, à savoir le fait pour un créancier de réclamer à l'un quelconque de ses débiteurs le paiement de la totalité de sa créance. Du fait de l'action récursoire, le débiteur primaire (le *solvens*) a un recours contre les codébiteurs.

L'action récursoire provient de la détermination des personnes soumises à l'obligation de la dette lors de la survenance d'un dommage. Dans une première phase, elle devient un mécanisme éminemment protecteur à l'égard de la victime. Ainsi, en présence de pluralité d'auteurs du dommage, ce processus de solidarité permet l'indemnisation rapide de la victime par l'assignation de l'un d'entre eux à l'obligation de réparer. L'action récursoire permet le déplacement de l'imputabilité de l'auteur du dommage à la réparation du préjudice. L'auteur du dommage d'abord retenu, celui qui a la charge de la réparation peut se retourner contre les autres coauteurs. Mais il s'agit de la même action car il n'y a aucune intervention d'une tierce personne qui garantirait la réparation.

Il convient d'abord d'analyser la structure de la solidarité en droit public fondée sur l'égalité des partenaires - ce qui permet de la différencier du droit privé - puis dans un second temps d'envisager les hypothèses effectives de cette solidarité.

Analyse de la structure de la solidarité

Dans l'hypothèse qui nous retient ici, l'action récursoire permet de rééquilibrer la responsabilité de l'administration et des agents publics ainsi que celle des divers partenaires publics lorsqu'ils sont amenés, comme c'est aujourd'hui souvent le cas, à agir conjointement. (...)

Cette solidarité se manifeste d'abord par ce que l'on peut appeler une interchangeabilité des responsabilités, en ce sens que l'un ou l'autre des auteurs, indifféremment et de manière indéfinie, peut voir sa responsabilité mise en cause. Puis cette interchangeabilité se prolonge par un phénomène de réversibilité dans la mesure où n'importe lequel des coauteurs doit réparer le préjudice et ne peut se soustraire à cette obligation de réparation.

Ces deux caractères, interchangeabilité et réversibilité, sont établis sur une donnée fondamentale de tout mécanisme de solidarité juridique qui est le principe de l'égalité des auteurs. Cette égalité des coauteurs est la substance même de leur solidarité. Si les coauteurs n'étaient pas égaux, ils ne seraient pas solidaires, s'ils n'étaient pas solidaires, ils ne seraient pas égaux.

D'une manière générale, la situation génératrice des responsabilités solidaires peut se présenter dans deux cas de figure très différents.

L'un est celui dans lequel interviennent deux ou plusieurs personnes qui sont chacune susceptibles, sur un pied d'égalité, de voir leur responsabilité engagée.

L'autre correspond à l'hypothèse dans laquelle les personnes responsables ne se trouvent pas dans une situation de juxtaposition, mais se trouvent liées par un lien juridique qui place l'une dans la dépendance de l'autre.

Or, face à ces deux situations, quant à la question d'égalité des partenaires, l'administration se trouve dans une position différente de celle des personnes morales de droit privé.

En droit administratif, la situation génératrice de solidarité est celle dans laquelle interviennent conjointement plusieurs personnes dont chacune peut également voir sa responsabilité engagée.

Plus précisément, en droit administratif, le problème des coauteurs ou celui de la pluralité des personnes responsables se pose de la manière suivante :

Ou bien, première hypothèse, on parvient à déterminer, sans équivoque et de manière immédiate, la responsabilité d'une de ces personnes, ce qui permet d'écartier les autres ; la question pour la victime se trouve alors réglée.

Ou bien, seconde hypothèse, la détermination de la personne responsable fait apparaître que la collaboration des personnes, dans le fait ou l'opération qui se trouvent à l'origine du dommage, se prolonge par une coresponsabilité. C'est là que se manifeste une situation de solidarité juridique, résultant du fait que ces coauteurs sont placés dans une relation d'égalité juridique. C'est cette égalité des coauteurs, qui est le fondement de la solidarité, qui permettra ensuite l'action récursoire.

Les coauteurs doivent être nécessairement des personnes publiques qui peuvent, certes, se trouver à des niveaux différents de l'organisation administrative mais qui, en tant que personnes morales, voient leur responsabilité engagée de manière identique et égale. En droit public, par exemple, une commune et l'État peuvent être coauteurs d'un dommage ; même s'ils semblent inégaux, du point de vue de la responsabilité ils sont strictement sur un pied d'égalité, chaque personne morale étant autonome juridiquement. (...)

Le second cas de figure est celui dans lequel la pluralité originaire de responsables n'a pas une structure égalitaire, les responsables virtuels étant dans une situation de dépendance juridique. Ici, la situation du droit administratif est totalement différente de celle que l'on peut observer en droit privé.

En droit administratif, il est clair et évident que l'administration et son agent ne peuvent être considérés comme deux personnes juxtaposées, égales, susceptibles d'être juridiquement des coauteurs. L'administration, personne morale, est, on le sait, une abstraction, « un être idéal », et seul l'agent agit, exerce les activités de la personne morale.

L'idée de deux personnes est donc à écartier : l'agent, concret, agit pour le compte de l'autre, abstraite. Ainsi, dans le cadre de la responsabilité publique, les coauteurs ne peuvent être l'administration et l'agent puisque les rapports entre la personne administrative et l'agent sont des rapports juridiquement inégalitaires : l'agent n'est considéré qu'au travers de la prégnance du lien hiérarchique.

Le droit privé nous place devant une situation qui est totalement différente, puisque nous voyons apparaître, paradoxalement, une responsabilité solidaire dans le cadre d'un lien de dépendance entre deux personnes. ». (...)

Il en est ainsi parce que, en droit privé, effectivement, le commettant et le préposé sont tous deux des sujets de droit. Chacun est pleinement investi des droits qui sont les siens, droits subjectifs, manifestations de l'autonomie de la volonté. Le commettant et le préposé ont donc un rapport contractuel qui est un échange exprimant des volontés libres et égales.

On se rend bien compte de la difficulté à admettre, sans débat, cette analyse puisqu'il est clair que le lien, prétendu contractuel, de commettant à préposé, ne peut pas être une relation d'égalité mais une relation de subordination fonctionnelle.

(...) Et, pour ce qui nous concerne, cela confirme que, dans la structure de solidarité, génératrice d'action récursoire, le droit public et le droit privé offrent des solutions profondément différentes, bien que toutes deux soient fondées sur l'idée de base de l'autonomie des personnes. Mais, tandis qu'en droit privé la structure de la solidarité provient tantôt de la juxtaposition de personnes morales (comme en droit public), tantôt de la relation commettant à préposé, tous deux, artificiellement envisagés comme sujets de droit égaux, en droit public la solidarité a une structure en quelque sorte univoque.

C'est seulement, en effet, comme on l'a vu, dans l'hypothèse d'une action conjointe de personnes publiques autonomes, que cette solidarité peut trouver naissance et que, dès lors, une action récursoire peut en découler. Mais la relation de l'administration à son agent, de nature hiérarchique, révèle une autre structure, et un autre fondement de l'action récursoire (...)

L'action récursoire résultant de la substitution d'un garant à l'auteur du dommage

Dans la mesure où la solidarité passive n'a pas de portée générale dans la responsabilité administrative, l'action récursoire relève d'hypothèses dans lesquelles une « assurance publique », une substitution légale ou jurisprudentielle favorise l'indemnisation de la victime. Comme nous l'avons auparavant envisagé, les rapports entre l'administration et l'agent sont fondés sur la prégnance du lien hiérarchique qui les unit ; en ce cas, l'action récursoire ne peut résulter de la solidarité puisque leurs rapports sont inégalitaires.

Il faut donc envisager que l'action récursoire puisse être fondée sur une autre notion que celle de solidarité, à savoir l'idée de garantie.

Une personne publique est garante vis-à-vis de la victime en fonction du risque social que ses activités peuvent générer et, comme elle n'agit que par l'intermédiaire de ses préposés, elle a à leur égard une « obligation à la dette » qui peut se voir corrigée, du fait de l'action récursoire, à une « contribution à la dette ».

En dehors des rapports entre l'administration et l'agent public, le législateur et/ou la jurisprudence administrative ont prévu d'autres hypothèses de substitution d'un garant à l'auteur d'un dommage telles que la substitution organisée par les lois de 1937 relative à la responsabilité des membres de l'enseignement public et de l'enseignement privé sous contrat d'association, de 1957 organisant la responsabilité des personnes publiques et des entrepreneurs de travaux publics à raison des dommages causés par les véhicules, et de 1979 organisant la responsabilité de l'État du fait de ses juges, ou la subrogation légale relative aux litiges mettant en cause la sécurité sociale, les employeurs et les assurances. Cette garantie préserve les droits de l'administration. La victime ne peut bénéficier d'une double indemnisation par le jeu d'actions en indemnisation doubles.

Ainsi, l'action récursoire s'autonomise par rapport à l'action originaire intentée par la victime. Elle prend même des connotations moralisatrices, éthiques, en particulier lorsque l'action récursoire est intentée par l'administration contre son agent dans le cadre du cumul des responsabilités, puisqu'elle peut apparaître comme une sanction disciplinaire. Là encore, l'originalité et le particularisme des constructions jurisprudentielles dans le droit de la responsabilité sont à relever. (...)

Les hypothèses de garantie

Ces hypothèses de garantie sont également fondées sur la dissociation du processus de l'imputabilité de celui de la réparation. Cependant, la garantie n'est pas la solidarité. Il apparaît que l'action récursoire n'est pas fondée sur l'idée d'égalité des coauteurs mais sur la substitution de l'administration à son agent, dans le cas de cumul de responsabilités, ou sur la substitution d'une institution à raison de dispositions légales.

La substitution d'un garant a pour objectif, dans un premier temps, d'assurer l'indemnisation de la victime. Puis, dans un second temps, l'action récursoire rétablit l'effectivité de la responsabilité de l'auteur du dommage. La substitution est étrangère à la solidarité. Les techniques de rétablissement de la responsabilité dans la substitution sont évidemment différentes de celles de la solidarité - même si elles demeurent fondamentalement proches. La garantie facilite l'indemnisation de la victime ; l'action récursoire permet de rétablir la charge effective de la responsabilité, cela à la fois dans les hypothèses de cumul de responsabilité et celle de substitution, puis de subrogation légale.

Action dérogatoire et cumul des responsabilités

Vis-à-vis des victimes, l'administration sert de garant, afin que celles-ci n'aient pas à subir les conséquences dommageables des actes des agents et/ou leur insolvabilité. Cependant, des constructions jurisprudentielles originales facilitent la résolution des litiges.

C'est ainsi que le juge administratif a été conduit à distinguer la faute de service de la faute personnelle afin que les services ne soient pas paralysés par la crainte des agents de voir leur responsabilité engagée. D'après la solution de l'arrêt *Pelletier*, l'agent public, auteur d'une faute de service, est personnellement irresponsable. La célèbre distinction faute de service / faute personnelle se situe sur le plan de la « répartition des compétences » ; il n'en demeure pas moins que le critère de distinction est complexe et que la jurisprudence tente de limiter la responsabilité des agents publics : comme on le sait, lorsque l'agent incriminé a commis une faute de service, la victime ne peut s'adresser qu'à l'administration, même si l'agent, pécuniairement irresponsable, reste passible de poursuites disciplinaires et pénales. Si la responsabilité de l'agent peut être engagée dans le cas de faute personnelle, la responsabilité de l'administration peut être néanmoins mise en cause, et elle peut même assimiler celle de l'agent.

En effet, la jurisprudence administrative, par le « cumul des responsabilités », crée une option

en faveur de la victime qui peut actionner les débiteurs potentiels afin d'être indemnisée. Elle peut, soit poursuivre l'administration devant la juridiction administrative, soit poursuivre l'agent devant la juridiction judiciaire. L'administration sert de garantie des conséquences dommageables des actes des agents publics en raison même de ce rapport d'autorité qui les lie. Comme la solidarité ne pouvait être instaurée sur la base de rapports inégalitaires entre l'administration et l'agent, c'est la garantie, contrepartie du lien hiérarchique, qui facilite l'indemnisation de la victime.

L'extension de la garantie de la victime est opérée par le Conseil d'Etat en 1949. C'est ainsi que la victime peut choisir le débiteur même lorsqu'une faute personnelle est commise en dehors de l'exercice des fonctions de l'agent à condition qu'elles ne soient pas « dépourvues de tout lien avec elles ». Cette jurisprudence est très favorable aux victimes car l'agent incriminé est généralement insolvable alors que l'administration peut payer les indemnités auxquelles elle peut être condamnée.

Cette garantie de l'État a fait l'objet de nombreuses controverses doctrinales car elle pouvait conduire à une assurance systématique de l'administration des faits et gestes des agents publics. Il fallait donc protéger parallèlement les droits de l'administration face à cette véritable irresponsabilité des agents publics. Ainsi, par les arrêts *Laruelle* et *Delville*, le Conseil d'État, en cas de faute personnelle de l'agent, permet le recours à l'action récursoire de l'administration à l'encontre de l'agent qui a provoqué le versement de dommages-intérêts de la part de l'État devant la juridiction administrative.

Donc, lorsque le dommage est exclusivement lié à une faute personnelle de l'agent, l'administration peut exercer une action récursoire pour la totalité et peut même obtenir la réparation intégrale du dommage qu'elle a subi comme « victime » immédiate. Par contre, lorsque le dommage est la conséquence d'une faute personnelle et d'une faute de service, l'administration doit supporter la part du dommage dont la faute de service est à l'origine. L'étendue du droit de la personne publique dépend de la gravité des fautes en présence. De plus, lorsque le dommage est dû aux fautes personnelles de plusieurs agents, ceux-ci ne sont pas responsables *in solidum*. L'administration n'est donc pas en droit de réclamer le remboursement intégral à l'un d'entre eux, chaque agent est tenu en raison de l'importance des fautes commises dans la production du dommage.

Il s'agit, en ce cas, d'une illustration *a contrario* des règles de solidarité qui supposent fondamentalement des rapports égaux entre les coauteurs. Aussi, la notion de garantie, qui seule peut rendre compte de la responsabilité d'auteurs « inégaux », entraîne des conséquences importantes sur le plan de la responsabilité analogues à celles liées à la notion de la solidarité. La dissociation du processus d'imputabilité de la réparation est également provisoire, l'action récursoire permet de rétablir l'effectivité de la responsabilité de l'auteur.

Action récursoire et substitution légale

Des dispositions législatives précises ont substitué la responsabilité de l'État à celle d'agents

publics, auteurs de dommages, situation qui crée des conditions particulières à l'exercice ultérieur de l'action récursoire.

Responsabilité de l'État en raison des fautes des membres de l'enseignement public et de l'enseignement privé sous contrat d'association

Ainsi, la loi du 5 avril 1937 a substitué la responsabilité de l'État à celle des membres de l'enseignement public et de l'enseignement privé, en raison des dommages causés par les élèves placés sous leur surveillance durant leur scolarité ou en dehors de la scolarité. La loi de 1937 suppose une faute du membre de l'enseignement mais il appartient à la victime d'apporter la faute du personnel enseignant incriminé. La faute du membre de l'enseignement est, en général, une faute de surveillance, mais il peut également s'agir de maladresses ou de propos outrageants, voire même de violences.

En vertu de la loi de 1937, la victime ne peut agir qu'à l'encontre de l'État devant les tribunaux judiciaires. La compétence des tribunaux judiciaires ne semble guère justifiée même si des considérations d'opportunité ont pu être déterminantes dans le passé. Une action récursoire de l'État contre le membre de l'enseignement est explicitement prévue par le texte. Certes, l'action récursoire contre l'agent public n'est possible que s'il a commis une faute personnelle, selon la jurisprudence traditionnelle en ce domaine, mais la compétence reste celle des tribunaux administratifs qui est totalement justifiée lorsqu'il s'agit des rapports, mettant en cause l'administration et l'agent public, qui obéissent par définition à des règles de droit public.

Les seules limites relatives à la compétence judiciaire prévue par la loi de 1937 n'ont trait qu'aux hypothèses précises où le dommage est dû à une mauvaise organisation du service ou à un mauvais état d'ouvrages publics lorsque l'auteur de la faute à l'origine du préjudice n'est pas « membre de l'enseignement ».

La loi de 1937 se situe dans ce contexte de garantie, protecteur de l'agent qui bénéficie d'une « assurance publique » mais aussi protecteur des intérêts de l'État, puisque la victime a la charge de la preuve de la faute. Il est possible que la généralisation de l'assurance scolaire - qui serait organisée par des textes légaux - apporte davantage d'équité vis-à-vis de la victime.

Responsabilité des personnes publiques et des entrepreneurs de travaux publics à raison des dommages causés par un véhicule

La loi du 31 décembre 1957 substitue la responsabilité de l'État à celle de son agent en conséquence des dommages causés par un véhicule. Le contentieux de ces accidents, détenu antérieurement par la juridiction administrative, a été transféré aux tribunaux judiciaires. Il s'agit d'une dérogation de l'ordre normal des compétences, fondée sur la protection des victimes, en raison de l'importance des véhicules utilisés et des accidents provoqués par ceux-ci. Or, « rien ne ressemble plus à un accident de la route causé par un véhicule privé qu'un accident de la route provoqué par un véhicule public ». Le juge administratif était plus restrictif à l'égard des victimes que les juges judiciaires. Aussi le législateur a transféré à l'ordre judiciaire ce

contentieux des dommages occasionnés par les véhicules utilisés pour le fonctionnement d'un service public administratif ou pour l'exécution de travaux publics. Les juges judiciaires devront statuer, d'après la loi, « conformément aux règles du droit civil ».

La compétence des tribunaux judiciaires a été affirmée par le Tribunal des conflits comme « une compétence très générale » en dehors des limites prévues par le législateur. Tout d'abord, afin de préserver l'unité du contentieux du domaine public, a été exclu le dommage causé par le véhicule à une dépendance du domaine public. Ensuite, afin de préserver l'unité du contentieux de l'exécution des contrats administratifs, a été écarté le dommage causé par un véhicule mettant en jeu la responsabilité contractuelle. Enfin, la loi de 1957 est inapplicable lorsque d'autres fondements à l'action de réparation peuvent exister, comme le régime spécifique de responsabilité des collectivités publiques au profit de leurs élus, ou le régime jurisprudentiel relatif à la responsabilité des collaborateurs occasionnels du service public. De même en sont exclues, non sans soulever des difficultés, les actions basées sur la responsabilité de dommages de travaux publics et sur la responsabilité publique dans le fonctionnement des services publics administratifs.

En dehors des restrictions légale et jurisprudentielle, l'interprétation extensive du Tribunal des conflits n'est limitée que par l'exigence peu restrictive de trois conditions, à savoir la relation entre le véhicule et la personne publique, la définition du véhicule et la détermination de l'accident causé par le véhicule.

Néanmoins la loi de 1957 a induit une jurisprudence complexe, contradictoire, comme le remarque René Chapus : « N'est-il pas temps que le législateur exclue de son champ d'application le contentieux des dommages de travaux publics et limite pour le reste son application aux seuls dommages causés par les véhicules visés par la loi du 5 juillet 1985 ? »

Cependant, la substitution de la responsabilité de la puissance publique à celle de l'agent auteur du dommage est organisée par le législateur à l'égard des tiers et ce, en dérogation des règles de droit privé, et elle procède du même esprit de garantie d'« assurance publique » que celui de la loi de 1937. Mais, si le législateur a organisé la substitution de responsabilité de l'administration à celle de l'agent public, il demeure silencieux sur l'exercice éventuel de l'action récursoire par la personne publique à l'encontre de son agent.

La loi de 1957 avait pour préoccupation majeure l'amélioration de la garantie des victimes. Il en résulte que « le recours de l'administration contre son agent peut sembler dès lors une question étrangère au domaine de la réforme. On conçoit et l'on s'explique la position du législateur : l'action récursoire, ne rentrant pas dans la réforme recherchée, ne doit pas figurer dans la rédaction de la loi ».

De plus, le législateur, en substituant la responsabilité de l'administration « à l'égard des tiers », n'institue pas un « système d'irresponsabilité absolue de l'agent ».

Ainsi, dès lors que la loi ne l'exclut pas, l'action récursoire doit être régie par le droit commun, à l'instar de la loi du 5 avril 1937. Or, le droit commun, dans les rapports de l'administration et de l'agent, ne peut être que le droit administratif car « la responsabilité des agents publics met en jeu le fonctionnement interne des services publics et leurs relations avec le personnel ». Comme nous l'avons précédemment remarqué, les rapports de l'administration et de l'agent public sont fondamentalement des rapports hiérarchiques et, lorsque la personne publique use de l'action récursoire, c'est en tant qu'employeur de l'agent qu'elle veut sanctionner en raison de la contribution à la dette qu'elle a dû subir du fait des actes dommageables de celui-ci. En conséquence, en cas de faute personnelle de l'agent, l'administration peut intenter l'action récursoire devant les tribunaux administratifs, seuls compétents pour connaître des relations entre la personne publique et ses agents.

La garantie légale de l'État prévue par la loi de 1957 est - en dépit de ses silences, source de complexité - une illustration de l'action administrative au nom d'une personne abstraite par des personnes concrètes, les agents publics. La garantie est la conséquence de ces rapports inégalitaires, hiérarchiques qui induisent des actions au nom de l'administration. C'est pourquoi il semble logique que la victime puisse mettre en jeu la responsabilité de l'administration lorsque le comportement de l'agent est en rapport avec l'exercice de ses fonctions ou lorsqu'il n'est pas « dépourvu de tout lien » avec le service. De plus, en cas de difficulté sérieuse à apprécier la situation, il y a question préjudicielle obligeant le tribunal judiciaire saisi à surseoir à statuer jusqu'à sa résolution par le juge administratif.

Quant aux entrepreneurs de travaux publics, leur responsabilité du fait de leurs employés est engagée, conformément aux dispositions de la loi de 1957, lorsque le comportement des employés a une relation suffisante avec leurs fonctions selon le droit de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés.

L'action récursoire de l'entrepreneur à l'encontre de ses employés est de la compétence des tribunaux judiciaires qui y appliquent les règles de droit privé.

Responsabilité de l'État du fait de ses juges

Un autre cas de substitution de la responsabilité de la personne publique à l'agent public est organisé par la loi organique du 18 janvier 1979, venue parachever les dispositions légales antérieures de 1958 et 1972.

Dans la loi de 1979, même si la responsabilité des juges n'est envisagée que par la commission d'une « faute personnelle », une interprétation souple en est donnée par la jurisprudence qui retient une simple faute afin d'entériner l'abandon de l'irresponsabilité étatique.

Le champ d'application de la loi de 1979 est néanmoins limité. Tout d'abord, en raison de la jurisprudence *Darmont*, ce texte ne peut s'appliquer aux juridictions administratives. En vertu de la jurisprudence *Darmont*, afin d'engager la responsabilité de l'État « dans l'exercice de la fonction juridictionnelle », le Conseil d'État exige « une faute lourde » ; de plus, si la faute

lourde résulte du contenu même d'un jugement devenu définitif, en raison de « l'autorité qui s'attache à la chose jugée », la responsabilité de l'État ne peut être mise en cause. Comme le remarque René Chapus, « il ne faut pas douter que la responsabilité de l'État du fait du fonctionnement des juridictions a pour destin d'être une responsabilité exceptionnelle ».

De plus, la réforme de 1979 ne concerne pas les magistrats siégeant dans les juridictions d'exception.

Ainsi, d'après la loi du 18 janvier 1979, la victime ne peut diriger son action que devant l'État : « La responsabilité des magistrats qui ont commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice ne peut être engagée que sur action récursoire de l'État ».

L'État est à la fois interlocuteur sur le plan procédural mais aussi sur le plan du fond car, si le juge est insolvable, il doit intégralement assurer la réparation du dommage en raison de la garantie due à cet agent public.

Cependant, si le juge a commis une faute personnelle, l'État dispose d'une action récursoire à son encontre devant la Cour de cassation. Ce recours de l'État contre le magistrat est examiné par une chambre civile de la Cour de cassation qui seule peut se prononcer sur le caractère personnel de la faute. (...)

Autonomie de l'action récursoire par rapport à l'action originaire

La jurisprudence administrative fonde les principes de l'action récursoire sur le droit de la responsabilité administrative. En effet, en raison de la séparation des juridictions judiciaire et administrative, le juge administratif ne se sent pas lié par les décisions judiciaires, ce qui, dans le cadre de l'action récursoire, affirme l'autonomie de celle-ci par rapport à l'action originaire. Ainsi, le juge administratif construit des principes originaux telle la notion de faute lourde qui, tout en préservant les droits de la victime, restreignent la responsabilité de la puissance publique.

De plus, dans le cadre du cumul des responsabilités, le recours de l'État contre l'agent public revêt des connotations moralisatrices, voire disciplinaires.

Comme nous avons pu le remarquer, dans le cadre d'activités administratives difficiles, le juge administratif exige une faute lourde afin de mettre en jeu la responsabilité de la puissance publique tout en veillant au respect des intérêts de la victime. Ainsi, la collectivité décentralisée qui a dû supporter les conséquences dommageables d'une substitution d'action fautive peut intenter une action récursoire vis-à-vis de l'autorité de tutelle mais l'exercice de l'action récursoire est subordonné à la commission d'une faute lourde par ladite autorité.

De même, le juge administratif peut fonder le recours à l'action récursoire sur une faute alors que l'action initiale avait ouvert une indemnisation sur la base d'une responsabilité sans faute dans le cadre de dommages résultant d'ouvrages publics. La faute, fondant le régime de l'action

récursaire, peut-être, selon les espèces, soit de nature quasi délictuelle, soit provenant du non-respect d'obligations contractuelles.

Enfin, le juge administratif peut obliger le titulaire de l'action récursoire à établir un lien de causalité entre la faute et le dommage.

En ce qui concerne la compétence, les arrêts *Delville* et *Laruelle* ont admis l'action récursoire de l'administration à l'encontre de ses agents fautifs devant la juridiction de l'ordre administratif : « La contribution finale de l'administration et de l'agent à la charge des réparations doit être réglée par le juge administratif ».

De même, la compétence du juge administratif a été explicitement affirmée par l'arrêt *Moritz* lorsque la responsabilité des agents envers l'administration peut être mise en jeu.

En fait, la solution dégagée par le Conseil d'État déborde le cas de l'action récursoire de l'État contre l'agent à raison du cumul des responsabilités, elle s'applique à toutes les hypothèses d'imputabilité de responsabilité de l'agent public à l'égard de la personne publique.

Comme nous l'avons remarqué précédemment, la juridiction administrative est compétente pour connaître de l'action récursoire de l'État contre l'instituteur fautif - alors que la mise en cause de la personne publique a lieu devant le juge judiciaire. Elle est également compétente pour recevoir l'action récursoire des collectivités publiques à raison de la loi de 1957. C'est l'ensemble du contentieux de la responsabilité des fonctionnaires et des militaires qui est ainsi dévolu aux juges administratifs, excepté l'action récursoire de l'État contre le magistrat auteur d'une faute personnelle qui relève de la Cour de cassation en vertu de la loi du 18 janvier 1979.

La compétence du juge administratif pouvait apparaître comme contraire aux principes dégagés par la jurisprudence *Pelletier* qui affirmait la compétence du juge judiciaire en cas de faute personnelle de l'agent incriminé. Mais la reconnaissance de la compétence du juge administratif présente des intérêts certains. Ainsi, que l'action récursoire provienne de l'agent public ou de la personne publique, c'est du seul juge administratif qu'elle doit relever. De plus, la juridiction administrative est compétente pour condamner la personne publique à indemniser la victime, puis elle répartira la part du dommage entre l'administration et l'agent, en cas de fautes conjuguées de service et personnelle, voire même procéder à la répartition de l'indemnité entre les agents coauteurs du dommage.

Dans le cadre de la loi de 1957 sur les accidents causés par des véhicules, la juridiction judiciaire statue sur l'action de la victime, mais le juge administratif statue sur l'action récursoire de l'administration à l'encontre de l'agent fautif.

En ce qui concerne le fond, la pertinence de la dévolution au juge administratif des litiges entre l'administration et l'agent provient du fait qu'il s'agit d'affaires internes à la personne publique qui doivent trouver leur solution « selon les principes du droit public » en raison de la séparation des pouvoirs.

Cependant, la moralisation induite par la jurisprudence administrative peut générer des difficultés, des problèmes à l'intérieur des services administratifs. En effet, les agents publics peuvent adopter une attitude passive redoutant d'éventuelles représailles. De plus, comme le remarquait le commissaire du gouvernement Kahn dans ses conclusions sur l'affaire *Jeannier*, cette jurisprudence peut revêtir l'apparence d'une « jurisprudence de classe ». En effet, M. Kahn explique qu'« il est à craindre que cette responsabilité ne soit d'autant plus aisément recherchée que l'agent est éloigné du sommet de la hiérarchie, pour ne rien dire de l'éventualité dans laquelle l'état exécutoire deviendrait tantôt une sanction déguisée, prononcée sans aucune garantie, tantôt un moyen de pression particulièrement odieux. La personne publique a tendance à poursuivre des militaires d'échelons inférieurs de préférence aux gradés d'échelons supérieurs, d'autant qu'il est plus aisé de distinguer la faute de la fonction lorsqu'il s'agit d'agents subalternes. La faute personnelle devient alors une « faute de subalterne » et « on peut redouter de voir affluer à votre prétoire un grand nombre de caporaux et de trompettes dont la faute, en somme, aura été de faire un jour malheureux ce que d'autres, qui sont placés à la tête du service, font chaque jour avec un bonheur qui ne se dément jamais ».

En ce domaine, l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui confine à l'arbitraire. Elle peut user ou non de l'action récursoire à l'encontre de l'agent fautif. Cependant, la personne publique a très peu utilisé cette sanction procédurale comme on pouvait le craindre à la suite de la jurisprudence *Laruelle et Delville*. De plus, le Conseil d'État a tenté d'éviter que pèse sur les agents publics une charge trop contraignante en décidant que, « s'ils sont pécuniairement responsables envers les collectivités du préjudice qu'ils ont causé par leurs fautes personnelles, il doit être, dans la détermination de ce préjudice, tenu compte de la nature des liens existant entre les fonctionnaires et agents incriminés et la collectivité dont ils dépendent » ; cette considération peut effectivement amener à réduire la charge effective de la responsabilité pesant sur l'agent public.

Ainsi, un équilibre tente d'être trouvé par le juge administratif par la technique de l'action récursoire, dans l'hypothèse de cumul des responsabilités, lorsqu'il s'agit de régler « la contribution finale de l'administration et de l'agent à la charge des réparations ».

Dans le cadre de *cumul de fautes*, lorsqu'une faute personnelle et une faute de service ont contribué à la commission du dommage, le juge administratif effectuera la réparation « compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives constatées dans chaque espèce ».

Dans l'hypothèse de *cumul de responsabilités*, lorsque le dommage est dû à la conjugaison d'une faute personnelle de l'agent « non dépourvu de tout lien avec le service » entraînant la responsabilité de la personne publique, le problème de la répartition est plus complexe. Il serait possible de se référer aux conclusions de M. Kahn sur l'arrêt *Jeannier* qui préconisait d'effectuer un partage par moitié (lorsque les circonstances le permettaient) entre l'administration et l'agent. Pourtant, il semblerait que l'agent doive supporter l'intégralité de la charge indemnitaire due à la victime.

Par ailleurs, la faute de service ne sert de garantie qu'à la victime qui peut seule l'invoquer dans son action contre l'État alors que l'administration, par l'action récursoire, ne peut pas l'utiliser de même que l'agent dans son action contre l'État.

Comme nous l'avons remarqué, le risque est donc grand de voir s'instaurer des traitements inégaux entre agents à raison du recours ou non à l'action récursoire de la part de l'administration à l'encontre de ses agents fautifs. Sur ce terrain, nous pourrions être tentés de reprendre les propos de M. Hauriou selon lequel « il est permis d'être sceptique sur l'efficacité des actions récursoires ». (...)

Cependant, au total, on peut considérer que l'action récursoire est une illustration des efforts de la juridiction administrative dans son ensemble pour assurer la difficile conciliation entre les intérêts de la victime, la protection des finances publiques, et le maintien de l'idée même de responsabilité.

Document n°7 Conseil d'Etat 12 décembre 2008 Bernard A. c/ Ministre de l'éducation

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. A, qui enseignait alors dans une école primaire publique, a été condamné pour des faits de violence commis sur des élèves à une peine d'emprisonnement avec sursis par un jugement du 28 juin 2001 du tribunal correctionnel de Saverne ; que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Strasbourg a jugé que M. A était fondé à demander l'annulation du titre exécutoire de 7 622 euros émis à son encontre par l'Etat le 25 février 2002, au motif que ce titre, représentant le montant de l'indemnité allouée par le préfet du Bas-Rhin aux parents de deux enfants victimes de violences en vertu d'une transaction passée par le recteur, était dépourvu de base légale dès lors qu'il ne faisait pas suite à une condamnation de l'Etat et que l'Etat n'avait aucune obligation de faire droit à la demande de transaction présentée par les ayants droit des victimes ;

Considérant que, si les fonctionnaires et agents des collectivités publiques ne sont pas pécuniairement responsables envers ces collectivités des conséquences dommageables de leurs fautes de service, il ne saurait en être ainsi lorsque le préjudice qu'ils ont causé à ces collectivités est imputable à des fautes personnelles **détachables** de l'exercice de leurs fonctions ; que la circonstance que le préjudice n'ait pas été établi par une décision juridictionnelle condamnant la collectivité mais corresponde à la réparation accordée par la collectivité publique à la victime de la faute personnelle de l'agent dans le cadre d'un règlement amiable formalisé par une transaction conclue entre la collectivité et la victime ou ses ayants droit ne fait pas, par elle-même, obstacle à la possibilité pour la collectivité de se retourner contre l'agent à raison de la faute personnelle commise par celui-ci ; que, dès lors, en statuant comme il l'a fait, sans rechercher s'il existait un préjudice dont la réparation incombait à l'Etat et qui pouvait être imputé en tout ou en partie à une faute personnelle de M. A, le tribunal administratif a commis une erreur de droit ;

Considérant que le ministre de l'éducation nationale est fondé pour ce motif à demander l'annulation du jugement attaqué ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, par application de l'article L. 821-1 du code de justice administrative, de régler l'affaire au fond ;

Considérant que la responsabilité de l'Etat est engagée, en vertu des dispositions de l'article L. 911-4 du code de l'éducation, à raison de faits dommageables commis par un instituteur dans l'exercice de ses fonctions ; qu'il incombait à l'Etat de réparer le préjudice subi par les victimes du fait des agissements de M. A, alors même que la constatation de ce préjudice et son évaluation ne résultaient pas d'une décision juridictionnelle ; qu'il suit de là que l'Etat était en droit d'engager à l'encontre de l'enseignant une action **récursoire** à la condition que les faits dommageables fussent imputables à une faute personnelle **détachable** du service ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, notamment des constatations faites par le tribunal correctionnel, que M. A a exercé, pendant une période de deux ans, des violences consistant notamment en gifles et coups, sur une quinzaine d'enfants de l'école primaire où il travaillait ; que ces agissements sont d'une gravité suffisante pour caractériser, bien qu'ils soient intervenus dans le service, une faute personnelle détachable de l'exercice par l'enseignant de ses fonctions ; que si des rapports d'inspection font état d'un climat de confiance régnant dans la classe de M. A ainsi que des qualités manifestées par celui-ci dans ses fonctions tant d'enseignant que de directeur d'école, ces circonstances ne sont pas de nature à retirer aux faits leur gravité ;

Considérant que le requérant ne justifie pas d'une faute de service de l'administration qui serait de nature à faire disparaître ou à atténuer la responsabilité qui lui incombe dans les faits dont s'agit ;

Considérant qu'indépendamment du montant des indemnités que l'Etat a allouées aux ayants droit des victimes dans le cadre de la transaction qu'il a conclue avec eux, il appartient au juge administratif de déterminer le montant du préjudice dont la réparation peut être demandée au fonctionnaire auteur des dommages que l'Etat a dû réparer ; qu'en l'espèce, il sera fait une juste appréciation de ce préjudice en l'évaluant à 3 000 euros ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. A n'est fondé à demander l'annulation du titre attaqué qu'en tant qu'il met à sa charge une somme supérieure à 3 000 euros ;

Considérant que, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de l'Etat au titre des frais exposés par M. Hamman et non compris dans les dépens ;