Marion UBAUD-BERGERON.

Existe-t-il des manifestations d'une constitution sociale en droit administratif ? Le sujet peut susciter, dans le champ du droit administratif, l'étrange impression d'être autant incertain que familier.

Incertain, d'abord, car il ne place pas le chercheur dans le confort d'un terrain largement défriché. A vrai dire, la notion même de constitution sociale semble le plus souvent absente des réflexions de la doctrine en droit administratif ; du moins l'expression en tant que telle n'apparaît que rarement sous la plume des auteurs du droit administratif, y compris celle des auteurs les plus portés sur l'histoire de la pensée en droit administratif. Sans doute cette absence peut-elle s'expliquer par une approche très formaliste de la question par les administrativistes : la constitution sociale serait, avant tout, l'affaire des constitutionnalistes.

Pourtant ce sentiment est assez vite balayé par celui d'une familiarité évidente avec le sujet : par intuition, tout laisse penser que la constitution sociale est bien au cœur du droit administratif. D'ailleurs, comment pourrait-il en être autrement ? La notion de constitution sociale, d'une part, a été largement forgée par Maurice Hauriou, dont on sait combien les travaux ont structuré la formation du droit administratif en France, ce qui permet de penser que celle-ci a nécessairement irrigué, d'une manière ou d'une autre, les réflexions sur les fondements du droit administratif. D'autre part, et surtout, le droit administratif français est un droit éminemment finaliste et orienté vers l'utilité sociale : non seulement l'idée d'une constitution sociale peut alors difficilement lui être étrangère, mais plus encore, elle est sans doute même consubstantielle à celui-ci.

Partons donc du principe qu'au-delà des mots – de la doctrine, comme du juge – la constitution sociale est un sujet tangible en droit administratif, même si elle n'y apparaît pas forcément sous cette dénomination. Surgit alors une deuxième difficulté méthodologique : pour savoir ce que seraient les manifestations de la constitution sociale en droit administratif, encore faudrait-il pouvoir définir préalablement ce qu'est une règle, un principe, issu de la constitution sociale, entreprise qui s'avère assez périlleuse tant la notion reçoit des appréhensions très différentes en doctrine.

Dans le champ du droit administratif, et autant qu'il soit possible de se livrer à cet exercice de définition, deux façons d'appréhender la constitution sociale peuvent être retenues. Une première approche de la constitution sociale peut être faite à partir de la conception que s'en fait Maurice Hauriou, qui voit dans les « règles relatives au statut des citoyens dans l'Etat, aux principes des droits individuels » la « matière de la constitution sociale »[1] : les droits individuels sont ainsi la « base », comme le doyen aime à le rappeler souvent dans son *Précis*, de la constitution sociale[2] qu'il fait primer sur la constitution politique. La constitution sociale chez Hauriou est ainsi « comprise comme ensemble des normes, de droit positif ou de nature sociologique, structurant la société civile et garantissant l'autonomie privée »[3], et constitue une limitation de la souveraineté de l'Etat. Ainsi délimitée sommairement, il serait alors possible de concevoir la constitution sociale en droit administratif comme un ensemble de droits individuels reconnus aux administrés et opposable à l'administration. Cette conception

renvoie alors à une question essentielle dans la construction du droit administratif : celle de la *théorie des droits subjectifs*, qu'il s'agisse des droits subjectifs des personnes publiques ou ceux des administrés[4], théorie sous-tendue plus largement par la tension classique du droit administratif entre objectivisme et subjectivisme[5]. Si cette première approche de la constitution sociale en droit administratif mérite donc attention, elle expose aussi à une difficulté majeure : celle d'une délimitation trop vaste du sujet car, finalement, presque tout le droit administratif peut aujourd'hui être relu à la lumière de la théorie des droits subjectifs.

Une deuxième appréhension de la constitution sociale en droit administratif peut alors être proposée, sans s'opposer du reste à la première mais davantage pour la restreindre. La constitution sociale peut aussi être reliée aux droits sociaux *stricto sensu* : elle désignerait alors l'ensemble des droits individuels ayant une dimension sociale, qu'il s'agisse des droits sociaux reconnus par le préambule de la constitution de 1946 ou d'autres droits apparus plus tardivement et inspirés de la même logique, et qui fondent la République sociale[6]. Deux façons s'offrent à nous pour se saisir du sujet. Une première option, en se plaçant dans une perspective de hiérarchisation du droit administratif et du droit constitutionnel, serait de voir comment le droit administratif contribue à la protection des droit sociaux constitutionnels (droit à la santé, à l'éducation, au travail…), et de mesurer comment les acteurs de ce droit (Etat, personnes publiques, juge administratif) participent à la réalisation effective de ces droits : le droit administratif serait ici réduit à une simple fonction de concrétisation des droits sociaux. Il nous semble pourtant que telle n'est pas l'idée proposée par les organisateurs de ce colloque car cette approche ne permet pas réellement d'éclairer la question de la substance de la constitution sociale, mais simplement son effectivité dans le droit positif. Pour tenter d'éviter cet écueil, une autre façonde poser la question pourra donc être proposée : au-delà de cette fonction de concrétisation, le droit administratif peut lui-même forger de tels droits sociaux ? Dit autrement, *le droit administratif constitue-t-il, lui aussi, une source de cette constitution sociale ?*

Pour tenter d'y répondre, il faut supposer l'existence de principes ou de règles propres au droit administratif et qui assigneraient à l'Etatune finalité sociale, comprise comme une finalité d'assistance et de solidarité inhérente à la conception moderne de l'Etat social. Ces principes, par ailleurs, doivent avoir une nature ou des caractères permettant de les ériger au rang d'une constitution sociale, comprise ici non pas au sens normatif (la norme constitutionnelle) mais substantielle : en s'inspirant de l'idée ayant gouverné l'ouvrage relatif à la « constitution administrative de la France », sont isolés ici les seuls « principes structurant de notre organisation et de notre droit administratifs »[7], ceux dont la portée et la pérennité permet de les considérer comme des fondements invariants du droit administratif. Partant de ces deux indices, c'est donc à la recherche d'une *constitution sociale administrative* qu'il faut se livrer.

Avec cette boussole en main, et sans prétention aucune à l'exhaustivité, deux principes peuvent être dégagés en droit administratif comme éléments de cette constitution sociale administrative et reflets des deux figures classiques de l'Etat social : le principe gouvernant l'interventionnisme économique public dans la mesure où celui-ci constitue l'une des manifestations de la fonction sociale des personnes publiques (I), et le principe de responsabilité sans faute de l'Etat, en ce qu'il incarne le solidarisme social

en droit administratif (II).

I. L'interventionnisme économique public comme manifestation d'une fonction sociale des personnes publiques

Maurice Hauriou voyait dans la « liberté des sociétés de commerce » une composante de la constitution sociale en tant qu'elle fait « partie des droits individuels créateurs d'institutions sociales » [8] : de là à y voir une manifestation de la constitution sociale administrative au sens où nous l'avons envisagé, convenons toutefois qu'il y a un pas considérable à franchir. Pour tenter d'y parvenir, deux considérations doivent être exposées : par sa substance, la liberté du commerce et de l'industrie comporte, au-delà de l'affirmation d'une liberté économique individuelle, une dimension sociale dans les fonctions assignées aux personnes publiques en droit administratif (A) ; par son statut, elle peut être érigée au rang des règles composant la constitution sociale administrative (B).

A. En quoi les principes interventionnistes du droit administratif français assigneraient-ils une quelconque finalité sociale aux personnes publiques ?

Commençons par rappeler quelques évidences : la liberté du commerce et de l'industrie, que l'on rattache à la loi d'Allarde du 17 mars 1791 qui institue la liberté pour chacun de faire librement négoce ou d'exercer toute profession, art ou métier de son choix, reconnaît une liberté économique à l'individu, tout en postulant une abstention de l'Etat à un double titre. Elle interdit à celui-ci l'adoption d'une règlementation ou d'une législation qui aurait pour effet de restreindre ou empêcher le libre exercice d'une activité économique : dans cette dimension, la liberté du commerce et de l'industrie se fond alors dans la liberté d'entreprendre telle qu'elle est aujourd'hui protégée par le Conseil constitutionnel[9] et par le droit de l'Union Européenne[10]. Elle impose également à l'Etat, et plus largement aux personnes publiques, de s'abstenir d'intervenir comme acteur économique sur le marché, en prenant en charge des activités, en créant des services publics qui viendraient directement concurrencer les activités industrielles et commerciales privées, l'interdiction ne s'adressant plus ici à l'Etat « autorité normative » mais à l'Etat « opérateur économique » : c'est cette deuxième implication qui nous retiendra ici.

Se retrouve ici une idée des plus classiques du libéralisme économique, celle du postulat selon lequel existeraient des activités *par nature* industrielle et commerciale (qui seraient le monopole du secteur privé), et d'autres activités qui incomberaient aux personnes publiques. Même si l'on sait combien ce postulat est fragile en pratique (les personnes publiques assument quantité d'activités industrielles et commerciales, tandis que les personnes privées prennent en charge bien souvent des activités d'intérêt

général voire des services publics), cette liberté demeure toutefois l'ossature qui sous-tend notre organisation sociale et économique : elle est bien cette « institution sociale » au sens où l'entend Hauriou.

Ce principe de non concurrence de l'Etat vers les entreprises privées a été réceptionné par le Conseil d'Etat dès la fin du XIX^{ème} siècle et à la faveur du contexte politique particulier du *socialisme municipal* où de nombreuses communes avaient adopté des délibérations instituant des services publics locaux dans des activités industrielles et commerciales. Saisi du contentieux de ces délibérations locales, le Conseil d'Etat adoptera une position singulière, l'interdiction découlant de la liberté du commerce et de l'industrie y étant affirmée avec force, tout en pouvant céder sous certaines conditions. Ces conditions ont constamment évolué au fil du XX^{ème} siècle (la question est suffisamment connue pour qu'on se limite à un rappel sommaire[11]) : en bref, de la carence de l'initiative privée et des circonstances exceptionnelles jadis exigées[12], le Conseil d'Etat a fini par se ranger à la seule exigence d'un intérêt public pour justifier le principe même de l'intervention économique publique[13]. A vrai dire, peu importe la formulation des conditions, l'intérêt étant ce qui apparaît de ce mouvement jurisprudentiel : le Conseil d'Etat a ainsi fait du principe initial de non concurrence un principe de subsidiarité.

Ce rappel étant fait, venons-en à notre sujet : en quoi ce mouvement laisserait-il transparaître dans la jurisprudence administrative une certaine conception sociale de l'interventionnisme économique public ? Deux considérations peuvent venir au soutien de cette idée.

D'une part, l'interprétation que propose le juge administratif de la liberté du commerce et de l'industrie permet à celle-ci de justifier autant une intervention économique intéressée qu'une action des personnes publiques dont la finalité est purement sociale. Si la jurisprudence a en effet admis que l'intérêt public justifiant la prise en charge d'une activité économique soit l'intérêt économique et financier immédiat de la personne publique elle-même, bien des hypothèses montrent également que l'intérêt public mobilisé peut être l'intérêt social et le soutien aux plus démunis, conformément aux idées qui ont pu sous-tendre le développement du socialisme municipal. Qu'on en juge : c'est à la faveur de ce principe de subsidiarité économique qu'ont pu être admis, par exemple, la création par un conseil municipal d'un cabinet dentaire ouvert à tous[14], d'un service municipal de consultation et d'orientation juridiques accessible à tous les habitants[15], la création d'un service de téléassistance aux personnes âgées sans conditions de ressources[16], la création de sociétés chargées de construire et exploiter des immeubles pour combattre la crise du logement, [17] ou encore des restaurants économiques ou des services de ravitaillement au titre de l'assistance aux indigents[18], et cela, alors même que dans chacune de ces hypothèses, il n'y avait pas *stricto sensu*, carence d'initiative privée. Cette reconnaissance a même étendue à des activités culturelles ou récréatives lorsque l'offre privée était jugée insuffisante pour permettre à l'ensemble de la population de pouvoir accéder à ces activités. Cette acception bienveillante de l'interventionnisme économique à des fins sociales est d'ailleurs perceptible dès la fin du XIX^{ème} siècle, alors même que le Conseil d'Etat adopte à cette époque une interprétation particulièrement stricte de la liberté du commerce et de l'industrie : Jean Romieu affirmait ainsi que « lorsqu'il s'agit, non de s'immiscer dans les conflits économiques à l'aide des deniers des contribuables, mais de pourvoir à des nécessités urgentes

intéressant la salubrité, la santé, l'alimentation publique à défaut ou en cas d'insuffisance des moyens fournis par l'initiative privée, l'intervention du conseil municipal est légitime et légale »[19].

D'autre part, cet interventionnisme social se fait ici, corrélativement, dans desconditions totalement désintéressées de la part des personnes publiques, c'est-à-dire sans aucune recherche de rentabilité, dès lors qu'il est financé en grande partie par le budget public : contrairement à l'interventionnisme économique d'optimisation, c'est-à-dire celui tendant à permettre aux personnes publiques de concurrencer le secteur privé en exploitant leur compétence ou leur biens à des fins de valorisation ou amortissement, l'interventionnisme économique social est, et ne peut qu'être, parfaitement dénué de toute recherche de profit.

Soutenir les personnes défavorisées, aider les plus démunis qui n'ont pas accès à ces services, parce qu'ils sont trop rares ou parce qu'ils sont trop chers, se substituer à l'entreprise privée pour pourvoir aux besoins d'utilité publique : telle est la fonction sous-jacente de l'interventionnisme économique public progressivement ancrée durant le XX^{ème} siècle en France et qui assigne à la personne publique un certain devoir de subsistance vis-à-vis des plus faibles[20]. Paradoxalement, l'un des principes essentiels du libéralisme économique peut donc servir de soubassement à une idéologie empreinte des idées du socialisme. Faut-il d'ailleurs s'en étonner ? Rappelons-nous que le *catholicisme social[21]* qui imprègne la pensée de Maurice Hauriou peut sans doute expliquer qu'un libéral comme lui ait pu regarder avec bienveillance certaines manifestations de ce socialisme municipal à la fin du XIX^{ème} siècle, reprochant même parfois au juge sa rigueur inutile vis-à-vis des monopoles municipaux, alors même qu'il était foncièrement opposé à toute intervention de l'Etat dans l'économie.

B. En quoi les principes de l'interventionnisme économique public pourraient-ils être érigés au rang des principes d'une constitution sociale administrative ?

Sans doute y a-t-il une part d'arbitraire à ranger avec autorité tel ou tel principe dans cette hypothétique constitution sociale administrative, mais au moins peut-on ici se réclamer d'un précédent puisque Jean-Jacques Bienvenu voyait lui-même dans le principe de subsidiarité un élément de la constitution administrative de la France[22]. C'est à partir de deux caractéristiques de ces principes qu'il nous semble possible d'opérer leur rattachement à la constitution sociale administrative.

En premier lieu, le principe de subsidiarité de l'intervention économique publique se caractérise par une permanence indiscutable dans le droit administratif français, permanence permise par deux facteurs.

Dans sa formulation, d'abord, ce principe est un archétype des grands principes généraux dégagés par la jurisprudence administrative, c'est-à-dire de ceux qui se passent de tout rattachement textuel : ainsi, les

décisions du Conseil d'Etat en faisant application ne rattachent pas ce principe à la loi d'Allarde, et pendant longtemps, le juge s'est même abstenu de viser directement la liberté du commerce et de l'industrie, se limitant à énoncer dans ses décisions la formule selon laquelle « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée »[23]. La lecture des conclusions des commissaires du gouvernement au début du siècle dernier est d'ailleurs éclairante : si aucune hésitation ne semble entourer l'affirmation d'un principe de non concurrence des personnes publiques, aucun fondement légal ne semble devoir être mobilisé pour le fonder, alors même que la loi d'Allarde, pas plus que les textes ultérieurs, ne formulait ce principe explicitement. Tout se passe alors comme si le Conseil d'Etat se bornait à exprimer, bien plus qu'une règle juridique, un principe immanent de la société civile. Cefaisant, se trouve ici admise implicitement l'idée que la subsidiarité de l'interventionnisme économique public fait partie de ces principes préexistants et prééminents de notre Etat de droit, ce qui n'est pas sans évoquer la conception de Maurice Hauriou des droits issus de la constitution sociale.

Dans sa pérennité, ensuite, ce principe doit beaucoup à une interprétation constructive assumée par le Conseil d'Etat. Ainsi, l'on aurait pu craindre que la liberté du commerce et de l'industrie ne soit absorbée par la liberté d'entreprise, telle qu'elle est conçue par le droit de l'Union européenne, ce dernier adoptant une totale neutralité à l'égard du statut des entités intervenant sur un marché : en droit européen, peu importe la qualité publique ou privée de l'opérateur, la seule considération prégnante étant celle de l'égale soumission aux règles de concurrence, à tel point que l'on a pu penser que le principe de non concurrence ou subsidiarité, avait laissé place à un principe d'égale concurrence. Or il n'en est rien. Si dans sa fameuse décision « Ordre des avocats au barreau de Paris »[24], le Conseil a pris soin de reformuler sa jurisprudence pour intégrer la condition européenne liée à l'égalité de concurrence, celui-ci a bien pris soin de séquencer le prisme d'analyse de la légalité de l'intervention publique, celle-ci étant subordonnée, avant tout, à la démonstration d'un intérêt public, c'est-à-dire du respect de la subsidiarité publique : en cela la conception française de l'interventionnisme économique public demeure une construction singulière et résiliente.

En second lieu, c'est par sa grande flexibilité que le principe de subsidiarité peut être rangé dans la constitution sociale administrative, le propre d'un principe structurant étant aussi sa parfaite adaptabilité aux circonstances de temps et de lieu. Or le principe de subsidiarité est un principe malléable dans son interprétation, mais neutre dans ses implications économiques : selon les conditions posées à l'interventionnisme, selon l'interprétation surtout que l'on en retiendra (aujourd'hui la présence d'un intérêt public, notion éminemment variable s'il en est), le principe pourrait en pratique justifier aussi bien une conception libérale très stricte interdisant toute intervention de l'Etat comme opérateur, qu'un interventionnisme économique fort et assumé. La souplesse interprétative de ce principe permet donc de ne pas en faire un carcan, ni pour l'autorité administrative, ni pour le juge administratif, et de concilier depuis un siècle les exigences inhérentes à l'Etat libéral avec celles de l'Etat social[25] : il est cela un premier élément de la constitution sociale administrative de la France.

II. La responsabilité sans faute de l'Etat comme incarnation d'un solidarisme social en droit administratif

En droit administratif, existe depuis longtemps un principe de responsabilité sans faute de la puissance publique, responsabilité qui s'éloigne du modèle civiliste de la responsabilité, intimement lié à la notion de faute. En quoi cette responsabilité serait-elle le signe d'un solidarisme social en droit administratif ? Elle s'en réclame pour deux raisons qui tiennent à la finalité éminemment sociale de la responsabilité sans faute de l'Etat (A) et à la plasticité de ce principe (B).

A. La responsabilité sans faute de l'Etat poursuit une finalité principalement sociale et solidariste

Commençons là aussi par un bref rappel historique. La jurisprudence administrative a admis très tôt la responsabilité sans faute de la puissance publique dans un arrêt « Cames » de 1895[26] retenant la responsabilité sans faute de l'administration à l'égard d'un ouvrier de l'arsenal de Tarbes blessé accidentellement lors d'une opération sur le chantier, sans qu'aucune faute, ni de la victime ni de l'administration, ne puisse être établie : suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement qui invitait les juges « en conscience et conformément aux principes de l'équité » à considérer que l'Etat « doit garantir ses ouvriers contre les risques résultant des travaux qu'il leur fait exécuter »[27], le Conseil d'Etat a retenu effectivement la responsabilité sans faute de la personne publique, dans un arrêt évidemment précurseur de la reconnaissance par le législateur du risque professionnel, qui interviendra peu de temps après par la loi du 9 avril 1898. Le juge administratif n'a eu de cesse par la suite d'étendre cette responsabilité sans faute sur le fondement du risque auquel est exposé l'administré par l'action de la puissance publique, admettant ainsi la responsabilité sans faute en matière de risque lié à l'utilisation des armes ou installations dangereuses[28], mais aussi en raison de certains actes médicaux[29]. Mais c'est encore sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques que cette responsabilité a prospéré en droit administratif, permettant de reconnaître la responsabilité sans faute de l'Etat à l'égard des actes administratifs que prennent légalement les personnes publiques dans l'exercice de leur compétence et qui créent un préjudice anormal (c'est-à-dire grave et spécial) à un administré : c'est la jurisprudence « Couitéas » de 1923[30], qui a ouvert la voie pour les actes administratifs, et qui a permis de reconnaître ensuite la responsabilité sans faute du fait des lois, y compris des lois contraires à la Constitution, ou même du fait des conventions internationales[31].

Sans s'attarder sur les fondements mouvants de cette responsabilité sans faute[32], le constat qui transparaît pour l'ensemble de ces hypothèses est que la responsabilité sans faute repose sur une sorte de fiction juridique : celle de la responsabilité. Expliquons-le par trois observations.

Tout d'abord, rappelons que la responsabilité sans faute est un système finaliste dont le but est

exclusivement d'assurer l'indemnisation des victimes : sa logique est une logique assurantielle, une logique de garantie, pour assurer la réparation du dommage. Maurice Hauriou ne s'y trompe pas d'ailleurs lorsqu'il commente la décision de 1895 et affirme qu'il « il n'est cependant pas impossible de dégager de l'ensemble des faits une théorie originale qui fait honneur au droit public français : les choses se passent comme si l'Etat, en sa qualité de personne morale, gérait une assurance mutuelle contractée entre les administrés contre le risque des accidents administratifs » : c'est ainsi par l'Etat, et par l'impôt, que cette garantie est assurée.

Par ailleurs, si la réparation-garantie suppose une imputabilité du dommage et nécessite de passer par le truchement d'une règle de responsabilité, la finalité qui sous-tend ces mécanismes, toutefois, n'est pas la responsabilisation de la puissance publique au sens juridique et philosophique du terme : la finalité réelle est bien la solidarité à l'égard des victimes qui subissent du fait de l'action publique un dommage qui va au-delà des charges normales inhérentes à la vie en société. La responsabilité sans faute apparaît dès lors comme une sorte de fiction juridique en cela que la responsabilité y est instrumentalisée à des fins particulières. La responsabilité sans faute poursuit dès lors une « fonction sociale » pour reprendre les termes de Danièle Lochak[33] et constitue en cela l'expression d'un solidarisme national dont l'Etat est le garant.

Enfin, il est nécessaire de rappeler que le développement progressif de la responsabilité sans faute de la puissance publique fait partie des différents mécanismes qui permettent une socialisation du risque c'est-à-dire une solidarité de la nation dans la prise en charge des différents risques, y compris ceux qui ne sont pas nécessairement imputables à l'Etat. La responsabilité sans faute s'articule ainsi historiquement avec les autres mécanismes indemnitaires que sont les assurances ou les fonds d'indemnisation[34], mécanismes qui tendent aujourd'hui à se (re)déployer : comme le relève le Conseil d'Etat lui-même dans son rapport annuel de 2005 consacré à la responsabilité et la socialisation du risque[35], l'idée de responsabilité (pour faute ou sans faute) tend peu à peu à reculer au profit de mécanismes objectifs d'indemnisation. La responsabilité sans faute ne saurait donc être pensée en dehors de ce contexte historique et de cette fonction sociale qui la singularise. Cette donnée étant posée, encore faut-il s'interroger sur le statut de cette règle.

B. En quoi le principe de responsabilité sans faute de l'Etat peut-il être rangé dans les éléments d'une constitution sociale administrative ?

Là encore, l'idée n'est pas tout à fait sans précédent : Jacques Moreau voyait ainsi dans le droit à réparation des dommages de l'administration un principe de la constitution administrative de la France[36]. Plusieurs arguments vont en ce sens. Le principe de responsabilité sans faute de l'Etat présente, il est vrai, une ancienneté et une permanence dans le droit administratif français assez

remarquable. Il est en outre une authentique création du juge administratif français qui l'a dégagée et fait évoluer tout au long du XX^{ème} siècle, sans d'ailleurs que la jurisprudence constitutionnelle ne vienne en prendre le relais[37], et qui ne connaît pas un développement comparable en droit civil où les hypothèses de responsabilité sans faute sont très limitées. Mais c'est surtout sur la plasticité de ce principe que nous voudrions nous attarder, tant sa formidable capacité à s'adapter et à évoluer lui a permis d'absorber les différentes formes de risques apparus au cours du siècle dernier : c'est principalement ce caractère qui autorise l'élévation de ce principe au rang de la constitution sociale administrative. On ne pourra pas évidemment ici se livrer à un inventaire exhaustif de ses manifestations : limitons-nous à deux exemples assez révélateurs, et dans des domaines forts distincts.

Un premier exemple peut être pris dans le champ de la responsabilité contractuelle où existent des hypothèses de responsabilité sans faute, et notamment la théorie de l'imprévision, consacrée par le juge administratif dans le contexte de la Première Guerre mondiale[38], et selon laquelle la personne publique est tenue d'indemniser son co-contractant lorsque celui-ci voit l'économie générale du contrat gravement bouleversée par un évènement imprévisible et extérieur aux parties. S'il est vrai que l'on peut discuter de la question de savoir si ce mécanisme relève d'une authentique responsabilité sans faute de la personne publique (l'extériorité de l'évènement empêche toute véritable imputabilité, et la jurisprudence administrative reste ambigüe sur ce sujet), admettons *a minima* que le mécanisme s'inspire des logiques d'indemnisation de la responsabilité sans faute. Cette décision, en tout état de cause, est intéressante à un double titre pour une réflexion sur la fonction sociale de la responsabilité sans faute et sur la constitution sociale administrative.

En premier lieu car le Conseil d'Etat retient un droit à indemnisation en raison d'un risque très particulier : l'aléa économique qui frappe un cocontractant et qui peut découler d'évènements très variés (par le passé l'imprévision a pu être retenue aussi bien pour les conflits armés, les crises financières, que dernièrement l'épidémie de Covid[39]). Et c'est bien là tout le mérite de cette théorie de l'imprévision : son extrême adaptabilité aux circonstances, qui explique largement sa pérennité dans le temps.

En second lieu, cette jurisprudence retient l'attention parce qu'elle est sous-tendue, elle aussi, par une logique de solidarité : le solidarisme contractuel[40], que le juge administratif a dégagé bien avant son homologue civiliste. Mais il faut bien admettre, ici, que le solidarisme dégagé à l'égard du cocontractant est un solidarisme opportuniste ! L'indemnisation du cocontractant est effectivement étroitement liée à l'obligation de celui-ci de poursuivre l'exécution du contrat : la solution est ainsi, fondamentalement, justifiée par l'exigence de continuité du service public. Ainsi, cette responsabilité sans faute en droit administratif n'est pas toujours un solidarisme humaniste, comme il a pu l'être par exemple en matière de risques industriels à l'égard des ouvriers : bien des solutions en la matière témoignent de ce que le juge administratif, pragmatique plus que faiseur de systèmes, a mobilisé la responsabilité sans faute autant pour des raisons d'équité que pour des impératifs de continuité de la puissance publique. Le commissaire du gouvernement Chardennet l'exprime d'ailleurs lorsqu'il considère, en dépit du principe d'intangibilité des contrats, qu'en cas de bouleversement de l'économie générale du contrat « c'est alors à la puissance publique, à qui incombe, à l'égard de tous, la responsabilité du service, d'intervenir et de

prendre les mesures indispensables pour surmonter les difficultés exceptionnelles rencontrées momentanément ». La logique assurantielle de la responsabilité sans faute explique qu'elle ait pu dès l'origine épouser toutes les formes de risques auxquels les partenaires de l'administration sont exposés.

Un deuxième exemple de la plasticité de la responsabilité sans faute en droit administratif peut être pris sur le terrain des actes de gouvernement, à l'égard desquels le Conseil d'Etat s'est récemment prononcé quant au régime de responsabilité susceptible de découler du préjudice causé par leur adoption. Saisie d'un recours d'une compagnie de réassurance dont les actifs et biens immobiliers avaient été nationalisés sans indemnité à l'indépendance de l'Algérie et qui s'est heurtée au silence de l'Etat français face à sa demande de se voir accorder la protection diplomatique pour engager une demande indemnitaire contre l'Etat algérien, la haute assemblée a jugé, dans une décision du 24 octobre 2024[41], que la responsabilité sans faute de l'Etat pouvait être engagée pour les préjudices causés par les actes de l'Etat indétachables de la conduite des relations internationales de la France, sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Cette évolution, très attendue, a été sans doute largement inspirée (dictée ?) par l'évolution récente de la jurisprudence de la CEDH ayant, dans une certaine mesure, corrélé le maintien de l'immunité de juridiction des actes de gouvernement à l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat[42]. Elle n'en fournit pas moins un éclairage remarquable sur l'instrumentalisation de la responsabilité sans faute : l'acte de gouvernement étant par nature insusceptible de recours, il est impossible d'affirmer que son adoption est fautive ou pas, et par voie de conséquence, tout autant impossible de lier le préjudice à une quelconque faute de l'Etat : la responsabilité sans faute n'est donc pas ici retenue en l'absence de faute, mais davantage en l'absence de faculté d'établir une faute. La différence n'est pas mince ! Se mesure ici le pragmatisme à l'œuvre dans ces mécanismes de responsabilité et de réparation : peu importe, au fond, le fondement, dès lors que le cœur de la solution réside dans le droit à indemnisation de celui qui subit un préjudice du fait d'un tel acte de gouvernement, le juge voulant éviter qu'à l'immunité juridictionnelle s'ajoute l'injustice d'un dommage non réparé. Cette décision, au-delà de son apport à la théorie des actes de gouvernement manifeste ainsi combien le droit administratif s'attache à un véritable droit à réparation du dommagequel que soit le fait générateur, extérieur ou pas à l'action de l'Etat[43] : ce droit, fait partie intégrante de cette constitution sociale administrative, qui, elle-même, compose la figure de l'Etat-providence au sens où l'entend François Ewald[44].

Il y a sans doute le sentiment d'une proximité et d'un décalage entre la constitution sociale pensée par les constitutionnalistes, et la constitution sociale administrative modestement esquissée ici.

Proximité parce que l'on y retrouve l'idée de la prééminence de la garantie des droits individuels, voire l'idée du solidarisme social si l'on conçoit la constitution sociale comme le réceptacle des droits sociaux. Mais un décalage, aussi : temporel, parce que sans doute chacune n'a pas pris son essor au même moment, et substantiel, parce que cette constitution sociale administrative ne révèle sans doute pas les mêmes droits pour l'individu, ni les mêmes implications pour l'Etat que la constitution sociale.

Ce décalage peut s'appréhender de deux façons. Celui-ci peut, à la rigueur, être l'expression d'une

autonomie du droit administratif, mais il est peut-être aussi le signe d'un désordre de nos constructions juridiques car il révèle l'éclatement de la notion, l'absence d'unité de la constitution sociale, trop éparse, trop incertaine pour être saisie uniformément par les différentes branches du droit. Pour conclure, prenons toutefois le contrepied de cette analyse en posant un regard optimiste sur cet éclatement de la notion car, après tout, dans le contexte troublé qui est le nôtre, mieux vaut sans doute avoir deux constitutions sociales qu'aucune.

Marion UBAUD-BERGERON, Professeur à l'Université de Montpellier, CREAM

---

[1] M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2ème éd., 1929, p. 247

[2] M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *préc*., p. 610 et s.

[3] N. Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », in *Droit, politique et justice constitutionnelle*, n° 2, *Jus Politicum*, 2009.

[4] Sur le sujet, on renverra à la belle thèse de N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXème au XXème siècle*, Dalloz, nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 25, 2003.

[5] Pour une synthèse de cette question, voir not. : B. Plessix, *Droit administratif général*, Lexisnexis, coll. Manuel, 5ème éd., 2024, p. 626 et s.

[6] Sur la question, voir not. : A. Supiot, « La constitution sociale de la Vème République », *Revue politique et parlementaire*, n° 1098, 2021.

[7] *La Constitution administrative de la France*, (dir. J.-J. Bienvenu, J. Petit, B. Plessix, B. Seiller), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, voir « avant-propos », p. VIII.

[8] M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préc., p. 633.

[9] P.-Y. Gahdoun, *Droit constitutionnel de l'économie*, Lexisnexis, 2023, p. 299 et s.

[10] Et aujourd'hui expressément reconnue par l'art. 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

[11] Sur ces questions, voir not. : M. Lavaine, « Du libéralisme au néolibéralisme dans la jurisprudence administrative de l'entre-deux-guerres », *Jus Politicum* 2021, n° 25, p. 253 ; J-Ch. Rotoullié, B. Delaunay, « Regards sur la liberté du commerce et de l'industrie dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *Une « doctrine économique » des juges français ?,* RFDA 2024, p. 645.

[12] CE, 29 mars 1901, *Casanova : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (GAJA), Dalloz, 24ème éd., 2023, n° 8.

[13] CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris, Rec. Lebon* 2006, p. 272, concl. D. Casas.

[14] CE, sect., 20 novembre 1964 *Ville de Nanterre.*

[15] CE, sect., 23 décembre 1970, *Préfet du Val d'Oise.*

[16] CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze.*

[17] CE, sect., 22 novembre 1935, *Chouard.*

[18] CE, ass., 19 février 1943, *Ricordel.*

[19] Jean Romieu, concl. sous CE, 1er février 1901, *Descroix et autres boulangers de Poitiers.*

[20] Sur ce devoir, voir la contribution à ce colloque de C.-M. Herrera, « La naissance des droits sociaux : 1793, 1848, 1946 ? ».

[21] J. Barroche, « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2008, n° 2, p. 307.

[22] J.-J. Bienvenu, « La subsidiarité de l'interventionnisme public », in *La Constitution administrative de la France*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 341.

[23] C'est la formulation que l'on trouve notamment dans la jurisprudence *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* (CE, sect., 30 mai 1930 : *GAJA*, *préc.*, n° 40).

[24] CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris, préc.*

[25] Sur la construction historique de cette prise en charge par l'Etat de la protection sociale, *lato sensu*, voir : G. Bigot, T. Le Yoncourt, *L'administration française, politique, droit et société,* Tome 2, p. 309 et s.

[26] CE, 21 juin 1895, *Cames* : *GAJA*, *préc.*, n° 6.

[27] J. Romieu, concl. sous CE, 21 juin 1895, Cames.

[28] CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desrosiers.*

[29] CE, ass., 9 avril 1993, *Bianchi.*

[30] CE, 30 novembre 1923, *Couitéas : GAJA, préc.,* n° 23

[31] CE, 14 janvier 1938, *Sté La Fleurette* ; CE, ass., 24 décembre 2019, *Sté Hôtelière Paris Eiffel Suffre*n ; CE, 30 mars 1966, *Cie générale d'énergie radio-électrique* : *GAJA, préc*., n° 45, 115 et 73

[32] Les fondements binaires de la responsabilité sans faute de l'Etat sont régulièrement remis en cause par la doctrine ; voir à ce sujet : B. Plessix, *Droit administratif général, préc*., n° 1290 et s. ; B. Canguilhem, *Recherches sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Dalloz, nouvelle bivl. de thèse, tome 132, 2014.

[33] D. Lochak, « Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité », in *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 275.

[34] M. G. Ahlidja, *Indemnisation et responsabilité sans faute en droit administratif français*, 2016, LGDJ, Faculté de droit de Poitiers, 2018.

[35] *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport annuel du Conseil d'Etat, La doc. fr., 2005.

[36] J. Moreau, « Le droit à réparation des dommages », in *La Constitution administrative de la France*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 333.

[37] Y. Rajaonson, *Le principe de responsabilité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de sc. politique, tome 173, 2024.

[38] CE, 30 mars 1916, *C*^{ie} *générale d'éclairage de Bordeaux : GAJA*, préc. n° 28.

[39] CE, avis, ass. gén., 15 septembre 2022, n° 405540 : Contrats-Marchés publ. 2022, n° 284, note H. Hoepffner ; RFDA 2022, p. 1007, comm. H. Hoepffner ; AJDA 2022, p. 2156, étude H. Hoepffner et M. Ubaud-Bergeron ; JCP E 2022, 1335, étude F. Lichère ; RDC 2023/1, p. 121, note Ch.-A. Dubreuil ; Dr. Adm. Janvier 2023, comm. 3, E. Muller ; BJCP 2022, n° 145, p. 340, comm. S. Nicinski.

[40] F. Youta et H. Hoepffner, « La consécration du solidarisme contractuel dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation », in *Une « doctrine économique » des juges français ?,* RFDA

2024, p. 650.

[41] CE, ass., 24 octobre 2024, *Mutuelle centrale de réassurance* : *Dr. adm*., février 2025, n° 5, comm. G. Eveillard ; *RFDA* 2024, p. 1142, concl. L. Domingo (rejet en l'espèce de la requête, dès lors que ce recours n'est pas susceptible d'être engagé à l'égard des personnes dont cette décision a pour objet même de régir la situation, ce qui était le cas du requérant).

[42] CEDH, 4 avril 2024, *Tamazount c/ France.*

[43] J. Moreau, « Le droit à réparation des dommages », *préc.*

[44] F. Ewald, *L'Etat Providence*, Grasset, 1986.