

ÉCOLE DOCTORALE 101

Institut de Recherches Carré de Malberg

THÈSE présentée par :

Louis de FOURNOUX

soutenue le : **27 novembre 2017**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**
Discipline/S spécialité : **Droit public**

Le principe d'impartialité de l'Administration

THÈSE dirigée par :

Monsieur Gabriel ECKERT

Professeur, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Madame Pascale IDOUX

Professeur, Université de Montpellier

Monsieur Benoît PLESSIX

Professeur, Université Paris II Panthéon-Assas

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Monsieur Bernard STIRN

Conseiller d'État, Président de la Section du contentieux

Monsieur Patrick WACHSMANN

Professeur, Université de Strasbourg

Remerciements

Au seuil de cette étude, qu'il me soit permis d'exprimer ma gratitude à Monsieur Gabriel Eckert, pour son encadrement constant et bienveillant, ainsi que son attention à chaque détail. De sa perspicacité dans le choix du sujet, jusqu'à l'achèvement de ce travail, sa présence a permis un accomplissement serein de ce projet de recherche ; qu'il en soit vivement remercié.

Sommaire

Première partie : La construction d'un principe juridique d'impartialité de l'Administration

Titre premier : Une exigence liée au vouloir juridique de l'Administration

Chapitre I : La juridicisation progressive de la volition de l'Administration

Chapitre II : L'autonomisation du principe d'impartialité

Titre second : La révélation du contenu du principe d'impartialité

Chapitre I : Du « germe infiniment discret » de la règle au principe général du droit

Chapitre II : La montée en puissance de l'exigence d'impartialité

Deuxième partie : La mise en œuvre du principe d'impartialité de l'Administration au travers d'un système présomptif

Titre premier : La présomption d'impartialité : l'Administration structurellement impartiale

Chapitre I : L'étendue de la présomption d'impartialité de l'Administration

Chapitre II : La limite de la partialité avérée de l'Administration

Titre second : La présomption de partialité : l'ouverture à une impartialité objective de l'Administration

Chapitre I : L'obligation d'abstention : la prise en charge objective du risque ponctuel de partialité

Chapitre II : Les incompatibilités : la présomption de partialité décrétée

Liste des principales abréviations

AC	Appeal Cases
AFDA	Association française pour la recherche en droit administratif
Aff.	Affaire
<i>AIFP</i>	Annuaire international de la fonction publique
<i>AJCT</i>	Actualité juridique – Collectivités territoriales
<i>AJDA</i>	Actualité juridique – Droit administratif
<i>AJDI</i>	Actualité juridique – Droit immobilier
<i>AJFP</i>	Actualité juridique – Fonctions publiques
<i>AJ pénal</i>	Actualité juridique pénale
<i>Annuaire euro. d'adm. pub.</i>	Annuaire européen d'administration publique
<i>Arch. de philosophie du droit</i>	Archives de philosophie du droit (Dalloz)
Ass.	Assemblée
Bibl.	Bibliothèque
<i>BJCL</i>	Bulletin juridique des collectivités locales
<i>BJCP</i>	Bulletin juridique des contrats publics
<i>BJDU</i>	Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme
<i>Bull.</i>	Bulletin

<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Bull. Joly Bourse</i>	Bulletin Joly Bourse et produits financiers
CAA	Cour administrative d'appel
<i>Cah. fonction publ.</i>	Les cahiers de la fonction publique
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJCECA	Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier
<i>CJEG</i>	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
<i>Coll. territ. Interco.</i>	Collectivités territoriales – Intercommunalité
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contrats-marchés publ.</i>	Contrats et marchés publics
CP	Common Pleas
Dactyl.	Dactylographié
<i>D.</i>	Recueil Dalloz (anciennement : Recueil de jurisprudence générale en matière civile et

	commerciale)
Dir.	Sous la direction de
Doc.	Document
<i>Dr. adm.</i>	Revue « Droit administratif »
<i>Dr. fisc.</i>	Revue « Droit fiscal »
<i>Dr. pénal</i>	Revue « Droit pénal »
<i>Dr. sociétés</i>	Revue « Droit des sociétés »
<i>D. S.</i>	Recueil Dalloz et recueil Sirey : doctrine- jurisprudence-législation
Éd.	Édition
<i>EDCE</i>	Études et documents du Conseil d'État
<i>Env.</i>	Revue Environnement et développement rural
ER	English Reports
F.	Federal Reporter
<i>GAJA</i>	Grands arrêts de la jurisprudence administrative, Paris, Dalloz, 2017, 21 ^e éd. (P. DELVOLVÉ, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT & B. GENEVOIS)
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
Hardr.	Hardres' Exchequer Reports
<i>Harv. Law Rev.</i>	Harvard Law Review
HLC	House of Lords Cases

<i>ICLQ</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>JCP Adm.</i>	La Semaine juridique – Administrations et collectivités territoriales
<i>JCP E.</i>	La semaine juridique – Entreprises et affaires
<i>JCP G.</i>	La semaine juridique – Édition générale
<i>JORF</i>	Journal officiel de la République française
<i>JT</i>	Journal des Tribunaux
<i>Juris. adm.</i>	<i>La jurisprudence administrative de 1892 à 1929</i> (M. HAURIOU)
<i>Justices</i>	Justices. Revue générale de droit processuel
KB	King’s Bench Reports
<i>LQR</i>	Law Quarterly Review
<i>Lebon</i>	Recueil des arrêts du Conseil d’État (collection Lebon et Panhard)
<i>LPA</i>	Les petites affiches
LT	Law Times Reports
<i>Mél.</i>	Mélanges en l’honneur de
<i>Nouv. Cah. du Cons. const.</i>	Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel
Préf.	Préface
QB	Queen’s Bench Reports
Rééd.	Réédition

Réimpr.	Réimpression
RCS	Supreme Court Reports (Canada)
<i>RDP</i>	Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>Rev. adm.</i>	Revue administrative
<i>Rev. de droit banc. et fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>Rev. éco. fin.</i>	Revue d'économie financière
<i>Rev. gén. d'adm.</i>	Revue générale d'administration
<i>Rev. d'hist. des facultés de droit et de la culture juridique</i>	Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique
<i>Rev. internat. de la théorie du droit</i>	Revue internationale de la théorie du droit
<i>Rev. jur. de l'environnement</i>	Revue juridique de l'environnement
<i>Rev. jur. de l'Ouest</i>	Revue juridique de l'Ouest
<i>Rev. pol. et parl.</i>	Revue politique et parlementaire
<i>Rev. de recherche jur.</i>	Revue de recherche juridique – Droit prospectif
<i>RFAP</i>	Revue française d'Administration publique
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RGDM</i>	Revue générale de droit médical

<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RISA</i>	Revue internationale des sciences administratives
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RJE</i>	Revue juridique de l'environnement
<i>RJEP</i>	Revue juridique de l'économie publique
<i>RJF</i>	Revue de jurisprudence et des conclusions fiscales
<i>RLC</i>	Revue Lamy de la concurrence
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>RUDH</i>	Revue universelle des droits de l'homme
<i>S.</i>	Recueil général des lois et des arrêts (Sirey)
SCOTUS	Supreme Court of the United States
Sect.	Section (formation du Conseil d'État)
Spéc.	Spécialement
Str.	Strange's King's Bench Law Report
t.	Tome
TA	Tribunal administratif

Trad.	Traduction
Trib.	Tribunal (ordre juridique de l'Union européenne)
TA	Tribunal administratif
TFPUE	Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne
TC	Tribunal des conflits
UKSC	United Kingdom Supreme Court
US	United States Reports
V.	Voir
vol.	Volume
WLR	Weekly Law Report

Le principe d'impartialité de l'Administration

*La justice est donc un juste milieu, si du moins le
juge en est un.¹*

¹ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, ch. IV, trad. J. VOILQUIN, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, p. 131.

Introduction générale

« La partialité, chez un juge, est une dépravation qui ne fait que souiller et tacher toutes ses actions. » C'est en ces termes vigoureux qu'Edward Coke fustigeait, au début du XVII^e siècle, une attitude inacceptable chez un juge : la partialité. Car le juge partial « ne peut aucunement être juste, dans sa manière de juger » ; plus encore, il « profanerait la pureté de la justice »¹. Ce constat, ancien, est indéniable. Cependant, on peut se demander si, dans le cadre d'un État de droit, il ne peut être étendu à l'Administration publique, elle qui jouit du pouvoir de « sacrifier les droits des particuliers sans leur consentement, par des actes de volonté qui visent à la réalisation de l'intérêt collectif » et qui peut alors « atteindre la sphère subjective des citoyens par des actes particuliers, justifiés seulement par l'utilité publique »², ce que ni le législateur, ni le juge ne sauraient faire. Comment, dès lors, l'accomplissement de la fonction administrative pourrait-il ne pas être impartial ?

L'impartialité est, en premier lieu, au cœur de l'idée de justice. Au plus profond des âges³, la figure du « tiers impartial »¹ semble définir presque intégralement la qualité

¹ E. COKE, « Discours aux Assises de Norwich, 4 août 1606 », in S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, t. II, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, p. 531 (« Partialitie in a Judge, is a Turpitude, which doth soyle and stayne all the Actions done by him. A Judge that will bee Partiall (...) cannot by any menes bee just, in his manner of Judging. Brybes, and Partiall dealyng dooth defile the Puritie of Justice »).

² L. MANNORI, « Centralisation et fonction publique dans la pensée juridique de l'Ancien Régime : justice, police et administration », in M. PERTUÉ (dir.), *L'Administration territoriale de la France (1750-1940)*, Orléans, Presses universitaires, 1998, p. 247, spéc. p. 248. Le titre de cet article ne doit pas tromper : l'auteur décrit le « concept » d'administration moderne, celui « qui reste essentiellement étranger aux grands courants de la pensée juridique de l'Ancien Régime » (*ibid.*, même page).

³ S'il est souvent maladroît de faire usage de ce genre de formule introductive, la réflexion des philosophes de l'état de nature converge en ce sens. Ainsi, pour Burke, « un des premiers buts de la société civile, et qui devient une de ses règles fondamentales, c'est que personne ne soit juge dans sa propre cause », car « par cela seul, chaque individu s'est dépouillé tout d'un coup du premier droit fondamental qui appartient à l'homme qui n'est lié par aucun contrat, celui de juger pour lui-même, et de soutenir son propre droit » (BURKE, *Réflexions sur la Révolution de France*, trad. P. DUPONT, Paris, Laurent, 1820, p. 120). Pour Locke, l'état de société politique se caractérise, de la même façon par cet abandon de ce droit entre les mains de la société. Ainsi, « par ce moyen, tout jugement des particuliers étant exclu, la société acquiert le droit de souveraineté ; et certaines lois étant établies, et certains hommes autorisés par la communauté pour les faire exécuter, ils terminent tous les différends qui peuvent arriver entre les membres de cette société-là ». Locke fait de cette condition le critère de la société civile (LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, trad. D. MAZEL, Paris, Garnier Flammarion, 1992, p. 206).

essentielle du juge, illustrant par là le lien consubstantiel qui unit les deux notions². Mais l'impartialité se révèle d'emblée comme une « obligation impossible »³, tant elle semble exigeante sur le plan moral⁴. C'est ainsi qu'elle apparaît parfois comme une qualité surnaturelle et, partant, divine, dans certains textes sacrés⁵. On comprend dès lors l'injonction de certains de ces textes faite aux juges des sociétés non sécularisées, injonction d'être « à l'image de Dieu », en étant impartiaux⁶. Ce commandement a notamment été relayé par un certain nombre de textes de lois médiévales⁷. C'est pourquoi la figure du juge a longtemps été associée à la divinité, comme l'exprimait Jean Domat.

Comme les juges tiennent la place de Dieu, c'est par cette raison qu'il les appelle lui-même des Dieux : car comme la fonction de juger les hommes, que la nature rend tous égaux, n'est naturelle à aucun d'eux, et que toute autorité d'un homme au-dessus d'un autre est une participation à celle de Dieu, la fonction de juger est une fonction qu'on peut en ce sens appeler divine, puisqu'on y exerce un pouvoir qui n'est naturel qu'à Dieu, et que nous apprenons dans l'Écriture que ce n'est pas

¹ L'existence d'un tiers « impartial et désintéressé » est alors un critère de la juridicité d'une prétention, pour Kojève (A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, « Tel », 1981, p. 23). Aristote affirmait déjà que « dans la personne du juge, on cherche un tiers impartial » (ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. VOILQUIN, *op. cit.*, p. 131). La traduction est quelque peu anachronique, la notion d'impartialité n'étant pas connue dans la langue grecque. Aussi certains traducteurs rendent-ils la même affirmation par l'expression : « Les parties recherchent dans le juge un moyen terme » (ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, trad. R. BODÉÛS, Paris, Flammarion, « GF », 2008, p. 56). L'adjectif dont il est question pour qualifier le juge est « μέσων », « situé au milieu ».

² Myriam Revault d'Allonnes relève que « ce qui est caractéristique, c'est que, même dans l'usage courant auquel se réfère le dictionnaire, la partialité et l'impartialité sont d'emblée référées au jugement et à l'acte de juger » (M. REVAULT D'ALLONNES, « L'impartialité du juge, une problématique de tous les temps : d'Aristote à Hannah Arendt », in S. GABORIAU & H. PAULIAT (dir.), *L'éthique des gens de justice*, Limoges, Presses universitaires, 2001, p. 183). Les auteurs de dictionnaires juridiques considèrent également que l'impartialité est une « exigence consubstantielle à la fonction juridictionnelle » (« Impartialité », in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011), ou un « élément consubstantiel à toute notion de justice » (N. FRICERO, « Impartialité », in L. CADIEU (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004).

³ W. BARANÈS & M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La justice : l'obligation impossible*, Paris, Éd. Autrement, « Nos valeurs », 2009, 213 p.

⁴ Les auteurs de l'Encyclopédie considèrent ainsi qu'« il n'y a guère de qualité plus essentielle et plus rare que l'impartialité » (*L'Encyclopédie*, « Impartial », t. VIII, Paris, Briasson David, Le Breton & Durand, 1766, 1^{ère} éd., p. 584).

⁵ « Yahvé votre Dieu est le Dieu des dieux (...), qui ne fait pas acception de personnes » (Deutéronome, 10, 17 – Trad. Bible de Jérusalem). La même idée se retrouve dans le Nouveau Testament : « Dieu ne fait pas acception de personnes » (Romains, 2, 11) ; « La sagesse d'en haut est (...) sans partialité » (Jacques, 3, 17).

⁶ « Vous ne commettrez point d'injustice en jugeant. Tu ne feras pas d'acception de personnes avec le pauvre ni ne te laisseras éblouir par le grand : c'est selon la justice que tu jugeras ton compatriote » (Lévitique, 19, 15).

⁷ Une ordonnance de Louis IX de 1254 prévoit que les agents royaux « feront droit à chascun sans excepcion de persones, aussi aus povres comme aus riches, et à l'estrange comme au privé » (JOINVILLE, *Histoire de Saint Louis*, Paris, Renouard, 1868, pp. 249-250) ; l'Ordonnance du 18 mars 1303 de Philippe Le Bel, dite « ordonnance du lundi après la mi-carême », prévoit, en son article 38, que « les sénéchaux, les baillis, les viguiers, etc., jureront qu'ils feront justice aux grands et aux petits, et à toutes personnes de quelque condition qu'elles soient, sans acception » (JOURDAN, DECRUSY & ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. II, Paris, Belin-Leprieur, 1821, p. 759 ; spéc. p. 763).

un jugement des hommes que les juges doivent rendre, mais celui de Dieu lui-même ; et si les fonctions du sacerdoce ont une dignité qui, par d'autres raisons, est beaucoup au-dessus de celle des juges (...), celle de juger renferme la supériorité et le caractère de l'autorité divine, qui seule a par elle-même le droit de juger.¹

Contemporain de Domat, Thomas Hobbes considérait pour sa part que l'impartialité du juge constitue une loi de nature, c'est-à-dire un « précepte ou une règle générale trouvée par la raison selon laquelle chacun à l'interdiction de faire ce qui détruit sa vie ou le prive des moyens de la préserver »². En effet, sans impartialité du juge, « les litiges existant entre les humains ne peuvent se régler que par la guerre », car « celui qui rend un jugement partial fait en sorte de dissuader les gens de recourir aux juges et aux arbitres et, par conséquent (contre la loi de nature fondamentale), celui-là cause la guerre »³.

Dans la période contemporaine, la référence à la divinité, tout autant qu'à la nature, a bien évidemment disparu. Toutefois, les hyperboles ne manquent pas, dès lors qu'il est question de la relation entre justice et impartialité : celle-ci apparaît en effet comme « la condition *sine qua non* du système juridique entier »⁴, la « pierre angulaire qui fonde la légitimité de la fonction juridictionnelle »⁵. Sa violation est « proprement insupportable »⁶ ; serait-elle méconnue que « l'acte même de juger est alors atteint dans son essence » et, « sans craindre la mesure des mots, on peut alors dire que le droit est (...) précipité dans le chaos »⁷.

Dissocier l'impartialité de la notion de justice, pour la faire entrer en relation avec l'Administration fait alors émerger un certain nombre d'interrogations. Il faut d'abord s'arrêter un instant sur cette notion d'impartialité, au demeurant complexe, afin de comprendre ce qu'elle recouvre. C'est ensuite à la notion même d'Administration qu'il faut

¹ J. DOMAT, *Le droit public*, L. II, titre IV, sect. 2, Paris, Cavelier, 1771, p. 138. Domat affirmait encore que « les juges sont des dieux (...), c'est le jugement même de Dieu qu'ils doivent rendre » (DOMAT, « Harangue prononcée aux Assises de 1680 », in *Le droit public*, t. V., Paris, Emery, 1701, p. 437, spéc. p. 439). Sur cette « fonction divine » de juger, v. J.-L. THIREAU, « Le bon juge chez les juristes français du XVI^e siècle », in J.-M. CARBASSE & L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, « Droit et justice », 1999, p. 131.

² T. HOBBS, *Léviathan*, trad. G. MAIRET, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 2000, p. 230. Au reste, il ne faut pas oublier que, dans la pensée de Hobbes, la loi de nature « est une loi divine » (HOBBS, *Le citoyen ou les fondements de la politique*, trad. S. SORBIÈRE, Paris, Garnier-Flammarion, 1982, p. 129).

³ *Ibid.*, p. 263.

⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, p. 53.

⁵ J. VAN COMPERNOLLE, « Impartialité du juge et cumul des fonctions au fond et au provisoire : réflexions sur des arrêts récents », in *Mél. P. Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 935.

⁶ R. DE GOUTTES, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité », *RSC*, 2003, p. 63.

⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *art. préc.*, p. 53.

s'intéresser, avant de préciser le cadre et l'intérêt d'une étude du principe d'impartialité de l'Administration.

« C'est par son contraire que la justice, comme nombre d'autres attributs moraux, se définit le mieux. »¹ L'impartialité n'est pas une notion purement juridique, elle fait partie de ces attributs moraux, qui se saisissent plus aisément par leur opposé. Historiquement, est partial celui qui s'attache à un parti. Au reste, l'impartialité est un mot relativement jeune² : le dictionnaire de l'Académie française ne le contient pas, dans son édition de 1694 ; l'édition de 1718 accueille le mot « partialité ». Sa définition est alors relativement simple, c'est l'« attachement aux intérêts d'un parti »³. L'édition de 1740 contient pour la première fois le mot « impartialité », pour le définir comme la « qualité de celui qui est impartial », adjectif lui-même défini comme « qui ne prend point les intérêts d'une personne par préférence à ceux d'une autre »⁴. Plus généralement, est impartial celui qui « pèse sans acception des choses ou des personnes, les raisons pour et contre »⁵. On peut penser que le mot « impartialité » a vu son usage croître à la suite des guerres de Religion, qui opposaient deux « partis » de manière

¹ J.-S. MILL, *L'utilitarisme*, trad. C. AUDARD & P. THIERRY, Paris, PUF, « Quadrige », 1998, p. 102.

² Les auteurs de dictionnaires savants relèvent que les mots « impartialité » et « impartial » « étaient encore nouveaux au commencement du dix-septième siècle » (W. DUCKETT, *Dictionnaire de la conversation et de la lecture*, t. XI, Paris, Firmin Didot, 1862, 2^e éd., p. 311).

³ *Dictionnaire de l'Académie française*, t. II, Paris, J.-B. Coignard, 1718, p. 213.

⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, t. I, Paris, J.-B. Coignard, 1740, p. 843.

⁵ *L'Encyclopédie*, *op. cit.*, p. 584.

virulente¹. Toutefois, ce mot nouveau ne vient que renouveler la dénomination d'un concept bien connu, l'acception de personnes, ou encore la prévention².

L'impartialité est donc un état d'esprit qui constitue une vertu³ – encore que le mot soit mal choisi, pour exprimer une attitude plus dynamique que statique : on peut alors considérer que l'impartialité est une démarche. Elle prétend d'abord prescrire la manière dont un jugement est formulé, en préconisant que les sentiments, les passions, soient « exclus », sinon « dominés »⁴ : dans cette mesure, « l'impartialité évite les distorsions dues aux préjugés et à l'intérêt personnel »⁵. Elle est une attitude chère aux représentants des Lumières, dont l'intention la plus évidente est de se défaire de toute sorte de préjugés, cette « tendance à la passivité, par conséquent à l'hétéronomie de la raison »⁶ – c'est en effet avec les Lumières

¹ L'idée d'impartialité semble ainsi émerger chez Montaigne : « Au demeurant, qui sera propre à juger ces différences ? Comme nous disons, aux débats de la religion, qu'il nous faut un juge non attaché à l'un ni à l'autre parti, exempt de choix et d'affectation, ce qui ne se peut parmi les Chrétiens (...) ; et à ce compte, il nous faudrait un juge qui ne fût pas » (MONTAIGNE, *Essais*, L. II, ch. 12, Paris, Gallimard, « Livre de poche », préf. A. GIDE, 1965, t. II, pp. 255-256).

² D'Aguesseau mettait ainsi en garde les magistrats contre les préventions : « Heureux (...) le magistrat qui, sagement effrayé des dangers de la prévention, trouve dans sa frayeur même sa plus grande sûreté, et rend son ennemi moins redoutable, parce qu'il le craint ! » (D'AGUESSEAU, « XVII^e Mercuriale, "La prévention", composée pour la Saint-Martin 1714 », in *Discours de M. le Chancelier d'Aguesseau*, t. I, Paris, Brunot-Labbe, 1810, p. 380, spéc. p. 390). La prévention est ainsi le « crime des gens de bien » en ce qu'elle peut se révéler même chez les magistrats « justes par droiture des intentions », et fait « confondre » la vérité et le mensonge (*ibid.*, p. 380). Boris Bernabé critique la lecture rétrospective consistant à plaquer le concept – nouveau – d'impartialité sur les techniques – anciennes – de récusation, qu'il juge anachronique, en se demandant : « L'absence du mot induit-elle l'absence du concept ? » B. BERNABÉ, *La récusation des juges : étude médiévale, moderne et contemporaine*, préf. J. KRYNEN, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit privé », vol. 514, 2009, p. 16). Il n'introduit pourtant pas les notions de prévention, ni d'acception des personnes, qui existent déjà dans la langue grecque (Hobbes considère ainsi que la violation par un juge des règles d'équité « est appelée acception de personnes, προσωπολημψία », littéralement « égard aux personnes », qui est le substantif biblique pour la partialité – HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 263).

³ Capelle, dans son *Dictionnaire de morale*, la qualifie de « vertu des grandes âmes », à l'opposé de la partialité, qui est le « partage de la bassesse » (CAPELLE, *Dictionnaire de morale, de science et de littérature*, t. I, Paris, Capelle & Renand, 1810, p. 294).

⁴ V. COUSIN, « Seizième leçon », in *Cours d'histoire de la philosophie moderne*, t. IV, Paris, Ladrance, 1846, p. 238 : à propos des sentiments, Cousin écrit que « la vraie impartialité les exclut ou les domine tous ».

⁵ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. C. AUDARD, Paris, Seuil, « Essais », 1997, p. 217. Rawls examine la figure traditionnelle de la philosophie utilitariste, le « spectateur impartial », développée à la suite d'Adam Smith ; pour lui, « le défaut de l'utilitarisme consiste à confondre l'impartialité avec l'impersonnalité » (*ibid.*, p. 219). L'impartialité est ainsi un des « impératifs fondamentaux » des théories contemporaines de la justice, « car il s'agit d'une composante indissociable de l'idée de justice et d'injustice » (A. SEN, *L'idée de justice*, trad. P. CHEMLA, Paris, Flammarion, 2010, p. 69).

⁶ KANT, *Critique de la faculté de juger*, trad. A. RENAUT, Paris, Aubier, « Bibl. philosophique », 1995, p. 279. Le plus grand des préjugés est, pour Kant, la superstition ; et « la libération de la superstition correspond à ce qu'on appelle les Lumières » (*ibid.*, p. 279).

que le préjugé a « reçu la signification négative qui nous est familière »¹. La démarche impliquée par l'impartialité est ainsi décrite par Kant :

Vous savez que je n'aborde jamais des objections raisonnables avec la seule intention de les réfuter, mais que, en y réfléchissant, je les mêle à mes jugements et leur offre l'occasion de mettre à bas toutes mes convictions les plus chères. Je nourris l'espoir qu'en considérant ainsi, avec impartialité, mes jugements du point de vue des autres, je parviendrai à un troisième aperçu qui améliorera ma perspective antérieure.²

L'impartialité apparaît ainsi comme une marche à suivre, faite de remise en cause et de doute méthodique, préalable à la décision, qui clôt l'opération intellectuelle ; elle s'oppose en cela à une forme de paresse intellectuelle, qui consisterait à prendre une décision insuffisamment réfléchie, sur un problème examiné partiellement, sans avoir préalablement apprécié tous ses aspects. Elle vise également un idéal de décentrement de soi-même, dès lors qu'il est question de formuler un jugement : il s'agit, en fin de compte, de se « divise[r], pour ainsi dire, en deux personnes »³, pour atteindre un point de vue impartial, dans l'optique, entre autres, de la théorie du jugement moral d'Adam Smith – d'abord pour juger ses propres actions, puis, plus largement, pour parvenir à une connaissance objective⁴.

Toutefois, la notion d'impartialité est marquée par une forte relativité, comme le montre la définition classique que lui a donnée Mill.

Il est universellement reconnu comme incompatible avec la justice d'être partial : accorder une faveur ou une préférence à une personne plutôt qu'à une autre dans des domaines où la préférence et la faveur n'ont pas à s'appliquer. L'impartialité, cependant, ne semble pas être considérée comme un devoir en elle-même, mais plutôt comme un instrument au service d'un autre devoir ; car il est admis que la faveur et la préférence ne sont pas toujours à censurer et, en fait, les cas où elles sont condamnées sont plutôt l'exception que la règle (...). L'impartialité, en résumé, en tant qu'obligation de justice, peut être comprise comme le fait d'être influencé exclusivement par les seules considérations qui sont censées devoir

¹ H.-G. GADAMER, *Vérité et méthode : Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, trad. P. FRUCHON, Paris, Seuil, « L'ordre philosophique », 1996, p. 292.

² Kant décrit cette démarche dans une lettre à Marcus Herz : KANT, « Lettre à M. Herz du 7 juin 1771 », cité et traduit par H. ARENDT, *Juger : Sur la philosophie politique de Kant*, trad. M. REVAULT D'ALLONNES, Paris, Seuil, « Libre examen », 1991, p. 70.

³ A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, trad. M^{ISE} DE CONDORCET, Paris, Payot & Rivages, « Petite Bibliothèque », 2016, p. 272. Ainsi, pour Smith, si « l'homme a été (...) établi le juge immédiat de l'homme, il ne l'a été qu'en première instance ; et il peut appeler de la sentence prononcée contre lui à un tribunal bien supérieur, à celui de sa conscience, à celui de ce spectateur que l'on suppose impartial et éclairé, de l'homme qu'il porte en son cœur, et qui est le juge et l'arbitre suprême de toutes ses actions » (*ibid.*, p. 301).

⁴ L'aboutissement de la démarche réside alors dans ce que l'homme « ne se borne point à affecter les sentiments du spectateur impartial ; il les adopte réellement » ; il s'identifie avec, mieux, il devient lui-même, ce spectateur impartial, et c'est à peine s'il peut éprouver d'autres émotions que celles que lui dicte cet arbitre suprême de sa conduite » (*ibid.*, p. 331). La figure du spectateur impartial est alors indispensable, dans la pensée de Smith, à l'action juste (v. notamment *ibid.*, p. 605).

influencer le cas particulier en question et de résister à la sollicitation des motifs, quels qu'ils soient, qui conduiraient à adopter une conduite différente de celle que ces considérations dictaient.¹

On comprend dès lors que l'impartialité n'est ni une fin en soi, ni une exigence absolue. Elle peut s'analyser comme cette aptitude au doute méthodique, cette démarche qui constitue une « occasion de mettre à bas toutes [s]es convictions »², avant de parvenir à une décision définitive. L'exigence du chemin qu'ouvre cette démarche apparaît aussi clairement : « pour éviter de se tromper, il n'est rien de tel que de suspendre son jugement jusqu'à ce qu'on ait examiné les choses avec la dernière exactitude ; (...) il n'y a point de source d'erreurs plus féconde que la précipitation de juger »³. On entrevoit aussi que l'impartialité est une exigence purement formelle : exclure certaines considérations du processus de décision n'indique pas, en substance, ce que le résultat de cette décision devrait être ; toutefois, la substance de la décision peut être atteinte, dans le cas contraire, celui où les considérations illégitimes n'ont pas été exclues.

Pour autant, si l'impartialité semble désirable, dans la pensée de nombre de philosophes, elle n'en fait pas moins l'objet d'une remise en question, parfois virulente, de la part d'autres penseurs. Condorcet considérait par exemple que l'impartialité est un « mot vide de sens dans toutes les discussions trop importantes, pour laisser l'âme dans une parfaite indifférence »⁴, tout en se demandant si « jamais ce mot peut convenir à des hommes »⁵. Chateaubriand est encore plus critique, lorsqu'il considère que l'impartialité peut être « criminelle »⁶, dès lors qu'il est question de certains problèmes ; il la qualifie encore d'« épouvantable »⁷. Benjamin Constant n'est pas moins sceptique quant à l'impartialité,

¹ MILL, *op. cit.*, p. 106 à 108. Kojève précise alors l'impartialité en introduisant le critère de l'interchangeabilité des parties : « C est impartial par rapport à A et B, si son intervention dans leur interaction ne sera pas et ne pourra pas être modifiée par le seul fait qu'on interchange A et B » (KOJÈVE, *op. cit.*, p. 75).

² KANT, « Lettre à M. Herz... », *préc.*

³ P. BAYLE, « Lettre à Joseph Bayle du 3 novembre 1678 », in E. LABROUSSE *et al.*, *Correspondance de P. Bayle*, t. III, Oxford, Fondation Voltaire, 2004, lettre n° 159.

⁴ M^{IS} DE CONDORCET, « Avertissement », in *Réflexions sur les affaires publiques par une société de citoyens*, brochure, 1789, p. 1. Toutefois, dès lors qu'il est question de la fonction juridictionnelle, Condorcet considérait que l'impartialité constitue « le caractère distinctif et sacré » des jurys (*Idem*, « Exposition des principes et des motifs du plan de Constitution », in *Œuvres de Condorcet*, t. XII, Paris, Firmin Didot, 1847, p. 335, spéc. p. 381).

⁵ *Idem*, « Discours à l'Académie française », in *Œuvres de Condorcet*, t. I, *op. cit.*, p. 430.

⁶ CHATEAUBRIAND, « Discours du 22 août 1815 à l'ouverture du collège électoral », in *Œuvres de Chateaubriand*, t. XIV, Paris, Dufour, 1854, p. 6.

⁷ *Idem*, « Discours du 22 févr. 1816 », *ibid.*, p. 32. La matière en question est, dans les deux occurrences, l'attitude souhaitable face aux agissements des responsables publics au moment de la Révolution. L'attitude impartiale entre « un royaliste et un jacobin » est alors une « monstruosité morale » (*idem*, « Polémique », in *ibid.*, t. XV, p. 277).

lorsqu'il affirme que « la justice est un devoir dans les gouvernants, l'impartialité serait une folie et un crime », car « pour faire marcher une institution, il faut qu'un homme soit partial pour l'institution »¹. Ce constat n'est pas sans rappeler le paradoxe établi par Bentham, qui illustre à nouveau la relativité de la notion : « c'est le devoir du juge que d'être impartial ; par conséquent, il est de son devoir d'être partial »².

Par ailleurs, au sein même des théories philosophiques attachées à l'impartialité³, une divergence se fait jour quant aux « considérations » qui devraient entrer en ligne de compte, lorsqu'il est question de former un jugement moral. Dans l'*Euthyphron*, Socrate s'étonne de ce que son interlocuteur poursuit son père pour meurtre et, par son ironie caractéristique, demande à l'accusateur : « Mais est-ce un de tes parents que ton père a tué ? Évidemment, n'est-ce pas ? car tu n'irais pas, je pense, l'assigner pour meurtre à cause d'un étranger »⁴. À l'inverse, l'utilitariste William Godwin considérerait que « toutes les fois que me motive ma préférence pour un individu sur une autre considération que celle de son utilité supérieure, je renverse la nature des choses »⁵ et allait jusqu'à proposer une attitude morale bien radicale, pour le commun des mortels⁶. De cette manière, on peut considérer que l'impartialité radicale,

¹ B. CONSTANT, *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier*, brochure, 1796, p. 28. Constant déclarait encore que « pour faire marcher la liberté, il faut être partial pour la liberté » (*Idem, Discours prononcé au cercle constitutionnel pour la plantation de l'arbre de la liberté, 30 fructidor an v*, Paris, Lemaire, 1797, p. 11).

² J. BENTHAM, « Rationale of Judicial Evidence », in *The Works of Jeremy Bentham*, t. VI, Edinburgh, William Tait, 1843, p. 350 (« It is the duty of the judge to be impartial ; – therefore it is his duty to be partial »). On peut alors parler d'une « partialité admirable », celle qui se réfère à un choix fait en fonction de critères jugés comme légitimes (T. JOLLIMORE, « Impartiality », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014 – disponible en ligne : plato.stanford.edu).

³ Notamment les théories utilitaristes, à la suite de la construction intellectuelle du « spectateur impartial » d'Adam Smith (v. notamment A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, L.III, sect. 1, ch. 2) ; mais également l'universalisme kantien. Pour une appréciation de l'influence de la première sur les conceptions kantiennes, v. A. SEN, *L'idée de la justice, op. cit.*, p. 163 et s.

⁴ PLATON, « Euthyphron », in *idem, Premiers dialogues*, trad. E. CHAMBRY, Paris, Flammarion, 1992, p. 185, spéc. p. 188.

⁵ W. GODWIN, *De la justice politique*, trad. B. CONSTANT, Québec, Presses de l'Université de Laval, 1972, p. 108.

⁶ Et Godwin d'imaginer la situation suivante : une maison en feu dans laquelle se trouve Fénelon – qui n'a pas encore composé son « immortel Télémaque » – et une servante. Le jugement impartial – et utilitaire – devrait conduire la personne qui n'en peut sauver qu'une seule à choisir Fénelon, en toute circonstance, quand bien même la servante serait la mère du secouriste.

absolue, n'est pas humaine¹. Les auteurs de l'Encyclopédie se demandaient ainsi qui pouvait bien être impartial : « Le voyageur ? il a été trop loin pour regarder les choses d'un œil non prévenu ; le juge ? il a ses idées particulières, ses formes, ses connaissances, ses préjugés ; l'historien ? il est d'un pays, d'une secte, *etc.* Parcourez ainsi les différents états de la vie, songez à toutes les idées dont nous sommes préoccupés, faites entrer en considération l'âge, l'état, le caractère, les passions, la santé, la maladie, les usages, les goûts, les saisons, les climats, en un mot la foules des causes tant physiques que morales, tant innées qu'acquises, tant libres que nécessaires, qui influent sur nos jugements ; et prononcez après cela si l'homme qui se croit sincèrement très impartial l'est en effet beaucoup »².

L'impartialité se révèle ainsi comme une notion aussi riche en signification que marquée d'une certaine relativité. Elle est plus aisément saisissable par son opposé : si la partialité et ses conséquences se conçoivent sans peine, l'impartialité désigne peut-être alors seulement leur absence, comme l'indique le préfixe privatif. Il apparaît ainsi qu'est partial celui dont la position est arrêtée dès avant l'examen du problème, soit à cause d'un préjugé qui empêche tout changement d'opinion, soit à cause de l'existence d'un intérêt, privilégié au détriment des autres. Quelle que soit la teneur de la notion, une approche juridique de celle-ci implique un certain nombre de précisions.

L'entrée de l'impartialité dans la sphère juridique conduit presque nécessairement à un appauvrissement de son contenu moral. Faire de l'impartialité une règle juridique revient à se concentrer sur son respect ou sa violation. Si l'on peut supposer qu'il y a correspondance entre la notion juridique et la notion morale, on entrevoit déjà un problème : comment serait-il possible de s'assurer qu'un individu, juridiquement obligé à l'impartialité, a respecté les prescriptions morales qu'elle exige ? Le droit, par nature objectif, est rétif à régir un phénomène par nature subjectif.

¹ Le juge réaliste états-unien Jerome Frank considérait ainsi que « si la partialité se définit comme l'absence totale de parti pris dans l'esprit du juge, alors personne n'a jamais bénéficié d'un procès équitable et personne n'en bénéficiera jamais » ; ainsi, la recherche systématique d'une impartialité radicale rendrait le juge « fou », dans la mesure où « les intérêts, les points de vue, les préférences constituent l'essence de la vie » (*Re JP Linahan Inc* [1943] 138 F 650). Le juge Hand affirmait, dans le même ordre d'idée, qu'il est « impossible pour un être humain d'être absolument » impartial (L. HAND, *The Spirit of Liberty : Papers and Addresses of Learned Hand*, New York, Knopf, 1953, 2^e éd., p. 310).

² *L'Encyclopédie, op. cit.*, p. 584. Pour une discussion de la « querelle » des tenants et des opposants à l'impartialité, v. B. BARRY, *Justice as impartiality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 191 et s.

Pour autant, l'impartialité s'est, dans le champ de la science juridique, rapidement fondue dans une maxime : *Nemo iudex in re sua* – nul ne doit être juge en sa propre cause. Cet aphorisme inspirait déjà une disposition du Code justinien : « Nous ordonnons par cette loi générale que personne ne puisse être juge à soi-même (...) ; car il est très injuste de donner à quelqu'un le droit de juger dans sa propre affaire »¹. Cette maxime appartient « à la conscience commune avant même d'appartenir à la science juridique »². Si son « énoncé va de soi » et si elle peut sembler « tautologique »³, elle contient toutefois une norme objective qui exige simplement, pour le constat de sa violation, de se demander si le juge peut être regardé comme intervenant dans sa propre cause ; il ne semble nullement question de s'interroger sur le processus subjectif par lequel il est parvenu à son jugement. Pourtant, il semble que cet adage soit loin d'épuiser le contenu de la notion d'impartialité, qui peut ainsi être plus largement conçu⁴.

Si les juges doivent être impartiaux, c'est à raison de la particularité de leur office. Aristote considérait qu'« il convient que de bonnes lois définissent elles-mêmes tous les cas, et qu'elles en laissent le moins possible à la discrétion du juge », car « la première de toutes les raisons est que le jugement du législateur n'est pas rendu sur un cas particulier, mais qu'il s'intéresse à l'avenir et au plan général, tandis que, dès le départ, le membre du jury et le juge se prononcent sur des affaires présentes et bien précises ; et dans leur cas, d'emblée, la

¹ Code justinien, L. III, T. V, in *Les douze livres du Code de l'empereur Justinien de la deuxième édition*, trad. P.-A. Tissot, t. I, Paris, Metz, 1807, p. 407. Condorcet considère qu'il y a un « principe (...) sacré, qui prescrit de mettre à l'abri de toute espèce de soupçon l'impartialité des juges » (M^{IS} DE CONDORCET, « Opinion sur le jugement de Louis XVI », in *Œuvres de Condorcet*, t. XII, op. cit., p. 288). Ainsi, l'indépendance et l'impartialité des tribunaux font partie de son projet de déclaration des droits, au titre de « sûreté des personnes » (V. « Déclaration des droits de M. le M^{IS} de Condorcet », in C. FAURÉ, *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Paris, Payot, 1988, p. 37, spéc. pp. 38-39).

² G. DEL VECCHIO, *La Justice – La vérité : Essais de philosophie juridique et morale*, trad. E. BARDA & A. HENNEBICQ, Paris, Dalloz, « Philosophie du droit », 1955, p. 129.

³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Principe d'impartialité et droit d'autosaisine de celui qui juge », *D.*, 2013, p. 28. Ce principe est frappé d'une telle évidence qu'Henri Motulsky écrivait, en 1961, qu'il « ne trouve guère d'applications jurisprudentielles » (H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mél. P. Roubier*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p. 175, spéc. p. 190).

⁴ C'est ainsi que Madison, reprenant l'idée selon laquelle « nul n'est autorisé à être juge en sa propre cause, parce que son intérêt biaiserait certainement son jugement et corromprait probablement son intégrité », considère que le législateur peut se trouver, à diverses occasions, dans cette configuration, du fait de la situation personnelle de ses membres (MADISON, *Le Fédéraliste*, n° 10, 22 nov. 1787, trad. D. MONGOIN, consultable sur le site de la revue *Juspoliticum* : juspoliticum.com/article/Publius-Madison-Federaliste-n-10-22-novembre-1787-540.html). De même, Jean Domat considérait, à propos des officiers chargés de lever les impôts, que « c'est encore un devoir de ces Officiers de ne pas augmenter ou diminuer l'imposition de quelque Paroisse, à cause des avantages qui pourraient leur en revenir, et des autres considérations de leurs intérêts, ou de ceux de leurs parens, ou de leurs amis » (DOMAT, *Le droit public*, t. IV, Paris, Emery, 1701, p. 145).

sympathie, l'antipathie et l'intérêt personnel entrent en jeu bien souvent »¹. Dans cette optique, la généralité de la loi, posée préalablement et abstraitement, est le premier gage d'impartialité et la garantie contre l'arbitraire des autorités chargées de l'exécuter, car la loi est « dépourvue de tout sentiment pervers »². Ainsi, pour Carré de Malberg, dans l'État de droit, « il a paru indispensable (...) que le droit applicable aux citoyens soit créé, non par voie de mesures actuelles et individuelles, qui pourraient être arbitraires ou partiales, mais au moyen de prescriptions préfixes, communes à tous les membres du corps national, et qui, par là même, offriront à ceux-ci des garanties d'impartialité »³. Pour Duguit, c'est le « caractère de généralité » de la loi qui « protège l'individu contre la partialité des gouvernants »⁴.

Afin de garantir leur impartialité, les juges jouissent d'un statut particulier : l'indépendance. Une justice soumise à une tierce personne, notamment aux autres organes de l'État, serait une contradiction dans les termes. Or, « l'un des plus grands dangers qui menacent l'impartialité du juge (...) réside dans l'influence du pouvoir public qui lui a conféré ses fonctions » ; car « si l'État peut les lui enlever à son gré, l'État pourra, s'il attend de lui un jugement déterminé qui lui soit favorable, le placer dans l'alternative d'obéir ou de sacrifier sa charge et son traitement »⁵. Ainsi, « l'indépendance des juges est une des

¹ ARISTOTE, *Rhétorique*, trad. J. LAUXEROIS, Paris, Pocket, « Agora », t. 291, 2007, p. 39. Merlin considérait, au XIX^e siècle, que « l'une des qualités les plus nécessaires chez un juge, c'est l'impartialité », dans la mesure où l' « on est si porté à trouver bonne la cause de celui qu'on affectionne, on a tant de penchant à croire injuste ou coupable celui pour lequel on a de l'aversion, qu'en prenant sur soi de les juger, on court souvent le risque de commettre une injustice sans le vouloir » (MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. VIII, Paris, Garnery, 1827, p. 673). C'est ainsi qu' « impartialité équivaut (...) à justice, selon les attentes de la justice distributive » (M. REVAULT D'ALLONNES, *art. préc.*, p. 184).

² MARSILE DE PADOUE, *Le défenseur de la paix*, trad. J. QUILLET, Paris, Vrin, 1968, p. 101. Pour ce penseur, il est nécessaire que le « sentiment pervers comme la haine, l'amour ou la convoitise » soient exclus du jugement, ce qui est le cas « lorsque le juge ou le prince est tenu de porter des jugements selon les lois ».

³ R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 5. Examinant ce passage, Olivier Beaud considère que « qu'on le veuille ou non, le droit positif ne traduit plus cette idée chère à plusieurs fondateurs du droit public moderne selon laquelle la loi doit être générale par son objet » (O. BEAUD, « État légal et État de droit », in J.-J. BIENVENU, J. PETIT, B. PLESSIX & B. SEILLER (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2012, p. 67, spéc. p. 75). Plus généralement sur la question, aux États-Unis, v. J.-F. SPITZ, *Le mythe de l'impartialité : les mutations du concept de liberté individuelle dans la culture politique américaine*, Paris, PUF, « Léviathan », 2014, 577 p.

⁴ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, p. 28. Louis Rolland considère également que la soumission de l'Administration à la loi « est productrice à la fois d'ordre et de régularité dans le fonctionnement des services, et d'impartialité pour les administrés » (L. ROLLAND, « L'administration locale et la guerre », *RDP*, 1915, p. 106, spéc. p. 129).

⁵ R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, 3^e éd., trad. O. DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 1901, p. 267.

conditions de leur impartialité »¹. Par conséquent, l'impartialité du juge peut être considérée comme « la réalisation de son indépendance »², la « contrepartie et la justification de l'indépendance »³. L'indépendance est alors constitutive du statut de la juridiction, elle est « inséparable de l'idée qu'on se fait communément de la juridiction »⁴. Elle a longtemps fait défaut à la juridiction administrative émergente, ce qui explique, rétrospectivement, la lutte pour le contrôle judiciaire de l'action administrative, pour Jèze notamment : selon lui, à « l'époque où les tribunaux administratifs étaient mal organisés, n'offrant pas aux plaideurs de garanties sérieuses d'impartialité, il paraissait nécessaire, pour améliorer la situation des justiciables de faire des distinctions dont le résultat était de procurer aux plaideurs des juges plus impartiaux » ; « telle est la véritable raison de la fameuse distinction, généralement admise à la fin du XIX^e siècle, entre les actes d'autorité et les actes de gestion »⁵.

C'est alors un couplage extrêmement puissant, tant sur le plan sémantique que conceptuel, entre les notions d'indépendance et d'impartialité qui se révèle, la première étant vue comme le « préalable »⁶ de la seconde, au risque de ne pouvoir concevoir l'une sans

¹ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 1900, p. 20. Dans le même ordre d'idée, dans la doctrine contemporaine, v. J.-D. BREDIN, « Qu'est ce que l'indépendance du juge », *Justices*, 1996, n° 3, p. 161. Cette idée apparaît clairement, dans les critiques adressées au Conseil d'État, à l'époque où il ne jouissait pas d'une indépendance statutaire : le commissaire du gouvernement Perret se fait le rapporteur de ces reproches, dans des conclusions sur un arrêt de 1870 : « Vous n'inspirez pas confiance au justiciable parce que nous n'êtes qu'un instrument révocable et par conséquent docile. Entre la partie qui soutient son droit et l'administration qui vous nomme, vous paie et vous révoque *ad nutum*, la balance n'est pas égale : elle doit fatalement pencher d'un côté. L'autorité judiciaire serait plus impartiale et ferait meilleure justice » (PERRET, « Concl. sur CE, 25 mai 1870, *Compagnie générale transatlantique* », *Lebon* p. 644). Il est intéressant de relever que ce commissaire de gouvernement réfute ces critiques précisément parce qu'à défaut d'une indépendance parfaite, l'impartialité du Conseil d'État est garantie à tout le moins par l'attitude des ses membres ; ce à quoi certains auteurs rétorquent que « pour son impartialité, on doit croire aux sentiments de justice qui animeront toujours [les] membres » du Conseil d'État, sans que rien ne vienne garantir plus avant cette croyance (BÉRENGER, *De la justice criminelle en France*, Paris, L'Huillier, 1818, p. 67).

² T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, préf. L. FAVOREU, Paris, Economica, « Droit public positif », 1984, p. 165.

³ D. COMMARET, « La responsabilité déontologique des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature », in Association française pour l'histoire de la justice, *Juger les juges : du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, Paris, La documentation française, « Histoire de la justice », 2000, p. 201, spéc. p. 203.

⁴ P. LAMPUÉ, « La notion d'acte juridictionnel », *RDP*, 1946, p. 38, spéc. p. 44. L'auteur continue en considérant que « cela s'explique par le fait que l'indépendance est la condition de l'impartialité du jugement ».

⁵ G. JÈZE, « Note sous CE, 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges* », *RDP*, 1914, p. 145, spéc. p. 152. Pour une approche historique de cette lutte pour la compétence juridictionnelle, v. G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration : Vicissitudes d'une ambition, 1800-1872*, préf. F. BURDEAU, Paris, LGDJ, « Bibl. de sciences adm. », vol. 15, 1999, 516 p.

⁶ S. GUINCHARD, « Indépendance et impartialité du juge : les principes de droit fondamental », in J. VAN COMPENOLLE & G. TARZIA (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre : Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 3, spéc. p. 4).

l'autre. Il est assez courant que l'une des notions soit employée en lieu et place de l'autre¹, au mépris de l'avertissement de Duguit : « Beaucoup de difficultés naissent dans le droit de la mauvaise terminologie. Il faudrait pourtant, une fois pour toutes, employer les mêmes mots pour désigner les mêmes choses, et des mots différents pour désigner des choses différentes »². Pourtant, le renvoi fréquent à la notion d'indépendance en lieu et place de l'impartialité est source d'obscurcissement des notions et de leurs liens réciproques, ce qui conduit nécessairement à des contradictions³. L'Administration étant, à l'inverse de la juridiction, organisée selon une logique hiérarchique, son absence d'indépendance, tout autant que sa dimension instrumentale, pourraient empêcher de penser son impartialité.

¹ Jean-Pierre Gridel relève à ce titre qu'« il arrive, en lapsus calami, d'employer un terme pour l'autre » (J.-P. GRIDEL, « L'impartialité du juge dans la jurisprudence civile de la Cour de cassation », in *Mél. J. Buffet*, Paris, Petites affiches, 2004, p. 241, spéc. p. 242). Pour Jean-Louis Autin, « il est patent que dans les jurisprudences nationale et européenne, les termes d'indépendance et d'impartialité sont confondus sous le chef de la seconde », ce qui entraîne une « hégémonie du principe d'impartialité » (J.-L. AUTIN, « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », in *Mél. J.-P. Colson*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 439, spéc. p. 449). L'attention du juge, notamment administratif, au choix des mots est pourtant une source de fierté, pour certains des membres du Conseil d'État : « Chaque mot [des décisions du Conseil d'État] y est pesé attentivement, et (...) une tradition très stricte assigne à chacun d'eux (...) un sens très nettement défini » (R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », in CONSEIL D'ÉTAT, *Livre jubilaire pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, p. 177, spéc. p. 220).

² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, Boccard, 1927, 3^e éd., p. 380. Au sujet de l'assimilation des notions d'indépendance et d'impartialité, Jean-Denis Bredin réitère expressément cet avertissement : « Méfions-nous des mots (...), plus ils sont nombreux, plus ils sont commodes et rassurants » (J.-D. BREDIN, « La révélation : remarques sur l'indépendance de l'arbitre en droit interne français », in *Mél. J.-F. Poudret*, Lausanne, Faculté de droit, 2004, p. 241, spéc. p. 242).

³ René Hostiou dénonce, à plusieurs reprises, « l'ineffectivité » du principe d'impartialité, en droit des enquêtes publiques (v. not. R. HOSTIOU, « Le commissaire-enquêteur ne doit avoir aucun lien personnel ou fonctionnel dans l'opération soumise à enquête publique », *AJDA*, 1996, p. 465). Pourtant, il s'avère que la cause de cette invisibilité du principe d'impartialité est due à une conception extensive de l'indépendance. Ainsi, l'indépendance du commissaire enquêteur a pour but d'« éviter (...) que soient désignées des personnes susceptibles d'avoir *a priori* un parti pris à l'égard du projet qui fait l'objet de l'enquête », ce qui se rapporte clairement à l'impartialité et très difficilement à l'indépendance (J.-C. HÉLIN & R. HOSTIOU, *Traité de droit des enquêtes publiques*, Paris, Le Moniteur, 2014, 2^e éd., p. 133). Concluant sur un arrêt portant sur la question de la participation de personnes étrangères à la délibération d'un organe consultatif, le commissaire du Gouvernement Mosset considère que « la seule règle générale qui puisse jouer utilement est celle de l'indépendance dont l'organisme administratif doit bénéficier à l'égard d'influences extérieures » (MOSSET, « Concl. sur CE Sect., 2 nov. 1956, *Syndicat des importateurs des centres de consommation et sieur Tranchant* », *AJDA*, 1956, II, p. 442, spéc. p. 443). Il semble pourtant difficile de concevoir une situation de « dépendance », à proprement parler, à l'égard d'influences extérieures ; le recours à la notion d'impartialité s'impose alors. Certains auteurs affirment même que la distinction entre indépendance et impartialité est « définitivement hasardeuse, sinon inutile », à toute le moins en ce qui concerne l'arbitre (T. CLAY, « L'indépendance et l'impartialité des arbitres et les règles du procès équitable », in J. VAN COMPERNOLLE & G. TARZIA (dir.), *op. cit.*, p. 199, spéc. p. 214). Au contraire, on peut considérer que le véritable problème du droit de l'arbitrage est la garantie de l'impartialité de l'arbitre, la problématique de son indépendance statutaire étant, par nature, peu présente. Plus largement, pour une même assimilation, v. T. CLAY, *L'arbitre*, préf. P. FOUCHARD, Paris, Dalloz, « Nouvelle Bibl. de thèses », vol. 2, 2001, 930 p.).

Pourtant, il faut considérer que l'indépendance est un statut¹, qui vise à soustraire ceux qui en bénéficient à toute subordination, sur le plan juridique. À l'inverse, l'impartialité est une disposition d'esprit qui n'est pas liée à un quelconque statut. Si on peut rattacher l'impartialité à l'indépendance, c'est à l'indépendance « vis-à-vis de soi-même », l'indépendance d'esprit².

L'impartialité est, en un sens, une forme d'indépendance, mais la plus rare de toutes et la plus difficile à réaliser : l'indépendance vis-à-vis de soi-même. Le juge impartial est celui qui sait faire abstraction de ses passions, de ses sentiments, de ses idées propres, pour considérer d'une façon toute objective les prétentions des parties qui lui sont soumises, et dégager la fraction de vérité que souvent chacune d'elles contient. L'absolue impartialité n'est sans doute pas réalisable.³

Par suite, si l'indépendance est un statut juridique qui « s'exprime en externe, par rapport à d'autres pouvoirs »⁴, on peut considérer que « l'impartialité des juges réside plus dans leur caractère que dans les lois »⁵, du fait de son « fondement éthique »⁶. En distinguant ainsi ces deux notions, on peut concevoir une impartialité détachée de la question de

¹ Statut qui se traduit, notamment, par l'inamovibilité qui est « l'indépendance légale, et semble garantir plus particulièrement l'impartialité » (RÉAL, « Motifs de la loi contenant le titre VI du livre II du Code d'instruction criminelle », in *Code de l'instruction criminelle avec l'exposé des motifs et les rapports*, Paris, Didot, 1809, p. 200).

² Il faut d'ailleurs relever, à l'encontre des assimilations trop rapides des notions d'indépendance et d'impartialité, que la Cour de cassation mentionne explicitement « l'indépendance d'esprit (...) indispensable à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel », qui est « une des qualités essentielles des arbitres » (Cass. civ., 2^e ch., 13 avril 1972, n^o 70-12774, *Bull. civ. : Rev. arb.*, 1975, p. 235, note LOQUIN).

³ R. WORMS, « La juridiction du Conseil d'État et ses tendances actuelles », *Rev. gén. d'adm.*, 1907, t. II, p. 5, spéc. p. 9.

⁴ S. GUINCHARD, « L'indépendance et l'impartialité... », *art. préc.* p. 3. Pierre Rosanvallon considère que « si l'indépendance est (...) un statut, l'impartialité définit quant à elle une qualité : est impartial celui qui ne préjuge pas une question et qui ne manifeste pas de préférence pour une partie » (P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique : Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, « Les livres du nouveau monde », 2008, p. 151). V. encore S. GUINCHARD, « La gestion des conflits d'intérêts du juge : entre statut et vertu », *Pouvoirs*, n^o 147, 2013, p. 79.

⁵ H. SOLUS & R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, Paris, Sirey, 1961, p. 662. Serge Guinchard considère, une fois la notion d'impartialité dégagée de la notion d'indépendance, que celle-ci est liée aux « qualités personnelles du juge » ; « en ce sens, c'est une vertu, même si la distinction entre vertu et statut n'est que relative » (S. GUINCHARD, « Indépendance et impartialité... », *art. préc.*, p. 4).

⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *art. préc.*, p. 53, spéc. p. 54.

l'indépendance de l'agent qui y serait obligé¹. L'indépendance se recentre ainsi sur sa définition conceptuelle, qui, sur le plan juridique, reste statutaire². Dans ce cadre, on peut considérer que « ce que l'impartialité interdit, ce n'est pas d'avoir une opinion, c'est de ne pas vouloir en changer, d'être dès le départ hors de portée du débat »³, ce qui souligne que les questions statutaires sont de second plan, lorsqu'il est question de l'impartialité d'un agent.

Dans ce schéma aussi sommaire que classique, l'Administration est largement laissée de côté. Son organisation hiérarchique rend indéfendable l'idée d'une quelconque indépendance. Pour autant, doit-on en conclure que la question de son impartialité est exclue par là même ? Cette question a longtemps été évitée, du fait de la conception courante de la fonction administrative, que l'on pourrait qualifier de fonction « purement exécutive ». L'Administration est en effet classiquement conçue comme cantonnée dans un rôle d'exécution de la volonté générale exprimée intégralement par le seul Parlement, au travers de

¹ L'exemple de grands procès historiques permet de saisir la distinction entre indépendance et impartialité. La recension du simulacre de procès du duc d'Enghien par Chateaubriand montre que les juges de la commission *ad hoc* étaient disposés à être impartiaux, en accédant à la requête du prince de s'entretenir avec le Premier consul, tant ils étaient peu à l'aise avec la parodie de justice dont ils étaient l'instrument ; mais, rapporte l'un des juges, « le général qui était venu se poster derrière mon fauteuil nous représenta que cette demande était inopportune » ; ce général – probablement Savary – « avait l'ordre de négliger les formalités voulues par les lois », ce qui permit l'exécution hâtive du duc d'Enghien. Ainsi, des juges moralement impartiaux, mais dépendants d'une autre autorité, ne purent se prononcer comme ils l'entendaient (le général Hulin, président de la commission jure que « cette exécution ne fut point autorisée par nous »), du fait de leur position statutaire (v. CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'outre-tombe*, t. II, Paris, Garnier, « Classiques », 1998, p. 188 à 191). À l'inverse, dans le procès de Jésus de Nazareth, Pilate jouit d'une parfaite indépendance vis-à-vis de ceux qui lui demandent l'exécution de Jésus ; c'est par faiblesses de caractère qu'il épouse le parti de la foule et lui livre Jésus, sans prononcer formellement de condamnation à mort et après avoir affirmé à plusieurs reprises qu'il ne trouvait en Jésus aucun motif de condamnation.

² En matière de conflits d'intérêts, certains auteurs se rendent compte de ce que la notion d'indépendance est utilisée à mauvais escient : « L'utilisation de ce vocable [lié à l'indépendance] peut cependant être critiquée dans la mesure où ce qui est recherché, chez le professionnel, est moins son indépendance vis-à-vis des acteurs du secteur (...), qui n'est qu'un moyen, que l'impartialité de son évaluation ou de son action au service de l'administration » (J. MORET-BAILLY & A. RODWIN, « La qualification de conflits d'intérêts des médecins en France et aux États-Unis », *RDSS*, 2012, p. 501, spéc. p. 505).

³ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *art. préc.*, p. 54. Le même auteur le relève explicitement : « Cette approche (...) de l'impartialité permet de la distinguer nettement de la notion d'indépendance. Sauf à définir l'impartialité comme l'indépendance par rapport à soi-même, celle-ci implique simplement l'absence de subordination, ce qui est un état, lié au statut, et non pas une attitude à tenir dans un processus. Ainsi, l'indépendance peut être la meilleure condition de l'impartialité, elle n'en est pas le gage » (*ibid.*, p. 54).

la loi¹. La contrainte qui pèse alors sur l'Administration est la soumission au principe de légalité, perçue comme offrant toutes les garanties d'impartialité désirables².

Cependant, « on peut penser que l'administration active, par nature insérée dans une hiérarchie et privée d'indépendance, doit néanmoins être impartiale, c'est-à-dire donner *a priori* crédit aux arguments qui lui sont présentés par l'administré »³. Nombre d'auteurs classiques insistent sur cette « impartialité inaltérable »⁴ que doivent les fonctionnaires publics aux administrés, qui, en plus d'être une obligation morale, est un « calcul bien entendu » par une « heureuse nécessité », dans la mesure où c'est à travers des « administrateurs impartiaux, équitables et vigilants » que « les peuples s'attachent aux gouvernements »⁵. Encore faut-il que la conception de la fonction administrative rende possible une telle obligation et sa garantie juridique. D'autant qu'on peut considérer que l'acte administratif, par lequel s'accomplit la fonction administrative, est l'acte par lequel l'autorité publique « prend un parti qui lui semble propre à réaliser certaines fins »⁶. Partant, l'impartialité à laquelle pourrait être tenue l'Administration ne saurait être de même nature

¹ Alain-Serge Meschriakoff qualifie cette conception de l'Administration d' « instrumentale » et considère qu'elle « a été magistralement étudiée par Carré de Malberg », pour qui l'Administration « n'est que l'instrument d'application de la loi qui en constitue à la fois le fondement et la limite » ; il relève par ailleurs que « même lorsque le champ d'action de l'État s'élargira, la doctrine française essaiera de maintenir intacte cette notion d'instrumentalité » (A.-S. MESCHERIAKOFF, « Légalité, efficacité, équité, les avatars de la légitimité administrative : le cas français », *RISA*, 1990, p. 359, spéc. p. 360).

² Ainsi, Duguit expose la signification du principe de légalité en ces termes : « La loi est, par sa nature même, essentiellement protectrice. Étant une disposition par voie générale, édictée de manière abstraite, sans considération d'espèce ni de personne, elle est par là même impartiale. La décision individuelle, au contraire, risque d'être déterminée par des considérations de personne et de situation, et, par conséquent, si elle pouvait être prise sans limite, il n'y aurait aucune garantie d'impartialité, aucune garantie contre l'arbitraire. Il en est au contraire différemment si l'on admet comme principe intangible qu'aucune autorité (...) ne peut prendre une décision individuelle sur une matière quelconque que dans les limites prévues et fixées par une disposition générale qui est la loi. Tel est le principe de légalité » (DUGUIT, *Souveraineté et liberté*, Paris, Félix Alcan, 1922, p. 202).

³ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *art. préc.*, p. 54. Pour Dominique-Noëlle Commaret, l'impartialité « s'impose à tous ceux qui détiennent une parcelle de la puissance publique » (D.-N. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.*, 1998, p. 262).

⁴ GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français ou éléments du code administratif*, t. I, Paris, Nève, 1829, p. 324. Pour Gérando, l'impartialité fait partie des « obligations des fonctionnaires et agents administratifs envers l'État et le public ». Selon Macarel, les agents de l'Administration « doivent être d'une impassible impartialité, qui les fasse résister aux sollicitations de leurs amis, de leur famille, pour ne voir que ce qui est équitable et vrai » (MACAREL, *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, p. 372).

⁵ VIVIEN, *Études administratives*, t. I, Paris, Guillaumin, 1859, 3^e éd., pp. 32-33.

⁶ J. KAHN, « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », *Cahiers de l'Institut français de sciences administratives*, 1978, n° 16, p. 9, spéc. p. 10.

que l'impartialité du juge, de par la différence de leurs fonctions et selon l'aphorisme bien connu « administrer, c'est choisir »¹.

S'esquisse alors une impartialité, certes différente de celle du juge, mais adaptée à la fonction administrative². Il semble, de prime abord, que la poursuite de l'intérêt public ne saurait être distraite par l'interférence des intérêts privés des personnes qui participent à la fonction administrative : la poursuite d'un intérêt personnel, la faveur faite à un tiers, ou encore la volonté de nuire, semblent faire obstacle à l'accomplissement impartial de la fonction administrative³. De plus, la nécessité d'assurer l'effectivité des procédures de décision implique que les agents chargés de les suivre soient dans un état d'esprit qui ne priverait pas d'utilité la procédure : le parti pris, le préjugement, s'il est de nature à rendre impossible tout changement de position du titulaire des fonctions administratives, rendrait vaine l'organisation de formalités préalables à l'acte⁴.

Par ailleurs, il est nécessaire de distinguer l'impartialité d'une autre notion, proche à certains égards, et qui irradie le statut de l'Administration d'une manière non négligeable : la neutralité. Cette notion est frappée « d'ambiguïté »⁵, et certains auteurs considèrent que les

¹ V. notamment M. WALINE, « Étendue et limite du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE*, 1956, p. 25, spéc. p. 27.

² Cette différence ne doit pas être exagérée : elle découle seulement de ce que l'Administration est « active », c'est-à-dire qu'elle jouit d'une initiative de décision dont ne bénéficie par le juge, qui doit normalement être saisi pour trancher un litige. Carré de Malberg illustre la tendance à exagérer la différence qui sépare les deux fonctions, lorsqu'il affirme que la décision de justice doit être « déterminée par des motifs de pure légalité ou d'équité idéale à l'exclusion de toute considération de buts administratifs ou d'intérêt général » (CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920, p. 810). On s'accorde volontiers sur le fait que le juge doit appliquer la loi ; mais, en l'absence de texte, il semble difficile de différencier « l'équité idéale » des « buts d'intérêt général » ; c'est la volonté propre du juge qui prévaudra alors, qui peut se déterminer librement. L'approche plus contemporaine du rôle du juge met en lumière la convergence de l'impartialité du juge et celle qui est exigée de tout agent public : « Dans tous les pays civilisés, les juges doivent, en fait, concevoir ce qui est socialement désirable, ou au moins acceptable, et leurs décisions, quand le cas se présente, doivent être guidées par ces conceptions. Dans ce sens, les juges doivent être partiaux (...). Les titulaires d'une fonction juridictionnelle sont, en fin de compte, comme tous les agents publics, chargés de la responsabilité de choisir, et de bien choisir » (W. A. ROBSON, *Justice and Administrative Law*, Londres, Stevens, 1951, 3^e éd., pp. 413-414).

³ L'interférence d'intérêts divergents est depuis longtemps considérée comme nuisible au bien public : ainsi, Fénelon dénonçait les « hommes artificieux et intéressés » qui entourent les rois, ce qui conduit à ce que « les bons se retirent, parce qu'ils ne sont ni empressés ni flatteurs » (FÉNELON, *Les aventures de Télémaque*, Paris, Garnier-Flammarion, 1968, p. 87). De même, Richelieu, dans ses *Mémoires*, rendait hommage au surintendant Jeannin en ce qu'il « ne mêla jamais ses intérêts parmi les affaires publiques » (RICHELIEU, *Mémoires*, t. III, Paris, Renouard, 1912, p. 295).

⁴ On peut en effet considérer que « là où s'exprime le parti, la vérité parle rarement » (S. ZWEIG, *Marie-Antoinette*, trad. A. HELLA, Paris, Grasset, « Les cahiers rouges », 2004, p. 431).

⁵ C. SCHMITT, *La notion de politique*, trad. M.-L. STEINHAUSER, Paris, Calmann-Lévy, « Liberté de l'esprit », 1972, p. 159.

termes d'impartialité et de neutralité « peuvent être considérés comme synonymes »¹. Toutefois, l'étymologie est une première manière de distinguer la neutralité de l'impartialité : *ne-uter* signifie littéralement « ni l'un, ni l'autre ». Les implications juridiques du principe de neutralité répondent à cette signification, puisque celui-ci impose une absence de décision, dans certains domaines – traditionnellement, le domaine des convictions politiques et religieuses des agents publics ainsi que des usagers². On peut ainsi considérer, avec Carl Schmitt, que la neutralité, telle qu'elle est conçue dans ses implications juridiques, est « négative », en ce qu'elle implique une « non-intervention »³. S'il est une acception « positive » de la neutralité, qui aboutit à une décision, elle rejoint l'impartialité, dans la mesure où elle peut se concevoir comme l'attitude nécessaire des autorités chargées d'appliquer une « norme confirmée » et ce en dehors de « tous intérêts égoïstes »⁴. Il n'y a alors pas de décision neutre, mais il peut y avoir une décision impartiale⁵. La distinction conceptuelle des deux notions peut se révéler difficile, dans la mesure où un manquement à la neutralité, de la part d'un agent public, peut également être considéré comme une violation de l'impartialité. Il apparaîtra cependant que les régimes juridiques respectifs des principes de neutralité et d'impartialité permettent une distinction claire.

Dans le champ de la science juridique, l'impartialité apparaît ainsi comme une notion complexe, à certains égards, de par sa dimension subjective. Son application à l'Administration fait en outre émerger un certain nombre d'interrogations. La première est certainement celle de la définition même de l'Administration.

¹ D. JEAN-PIERRE, *L'éthique du fonctionnaire civil et son contrôle dans les jurisprudences administratives et constitutionnelles*, préf. J.-M. PONTIER, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 202, p. 183.

² À ce sujet, v. V. KONDYLIS, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, préf. G. DUPUIS, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 168, p. 3 et s. : reprenant la distinction entre neutralité positive et négative, l'auteur introduit d'abord les notions de « neutralité-protection » – qui protège les agents publics, dans leurs relations avec les responsables politiques, qui « laisse (...) dévoiler un aspect négatif » – et de « neutralité-abstention » – qui régit le statut de l'agent public. Il considère enfin la « neutralité-impartialité », qui trouve sa place dans les relations entre les agents publics et les administrés, et qui s'entend de l'absence de discriminations de caractère politique, philosophique ou religieux (*ibid.*, pp. 8-9).

³ C. SCHMITT, *La notion de politique*, *op. cit.*, p. 159. Pour une mise en perspective des distinctions établies par Carl Schmitt, v. S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 17.

⁴ *Ibid.*, p. 163.

⁵ De même, on peut considérer qu'« émanant d'un juge impartial, l'acte de juger n'est pas neutre » (P. DE FONTBRESSIN, « La neutralité du juge », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, « UAE Symposium », 2001, p. 79).

Définir l'Administration n'est assurément pas aisé¹, non plus que délimiter son domaine d'activité. Le problème est toutefois placé sur un autre plan que la définition de l'État qui, à bien des égards, semble être une commodité de langage, n'être « qu'une manière de parler »². Est en cause, à n'en pas douter, l'extrême hétérogénéité de la fonction administrative, qui, rapportée à l'unité de la fonction législative ou juridictionnelle, rend difficile une définition exhaustive et non contradictoire. Partant de cette difficulté, on peut considérer que l'Administration est « l'ensemble de l'activité déployée par l'État ou par une autre personne morale de droit public sous l'empire de son propre ordre juridique pour réaliser ses fins d'existence, et qui ne rentre ni dans le domaine de la législation, ni dans celui de la juridiction »³. Cette définition « médiate et certes négative »⁴, reprise par l'école de Vienne⁵, est une première approche, en ce qu'elle esquisse les contours d'une appréhension de l'Administration fondée sur les fins, les buts, de l'activité administrative. On peut d'emblée considérer que le critère organique, longtemps présent, est dépassé, tant l'association de personnes privées à la réalisation des buts d'intérêt général est devenue courante et ne fait pas obstacle à l'imposition d'un régime juridique spécial, caractérisé certes par des pouvoirs

¹ V. B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 223 et s. ; J. CAILLOSSE, « Sous de droit administratif, quelle(s) administration(s) ? Réflexions sur l'enseignement actuel du droit administratif », in *Mél. G. Peiser*, Grenoble, Presses universitaires, 1995, p. 63.

² H. BERTHÉLEMY, « Méthodes applicables à l'étude du droit administratif », in *idem et al.*, *Les méthodes juridiques : leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, préf. P. DESCHANEL, Paris, Giard & Brière, 1911, p. 76. Sur les incidences de cette nature ambiguë de l'État sur le droit administratif qui « cultive l'irréalité », v. G. BIGOT, « Préface », in *idem*, *Ce droit qu'on dit administratif*, Paris, La mémoire du droit, 2015, p. XVIII et s., spéc. p. XXIII. V. également G. J. GUGLIELMI, « L'Administration, une inexistence créative », in *Mél. J. Chevallier*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2013, p. 85.

³ F. FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, trad. C. EISENMANN, Paris, Delagrave, « Bibl. de l'Institut international de droit public », vol. 1, 1933, p. 12. L'auteur relève, au soutien de cette définition résiduelle de l'Administration, que « l'activité administrative se compose d'un nombre presque infini d'actes particuliers », qui peuvent être regroupés dans les « différentes branches de l'administration » (*ibid.*, p. 12).

⁴ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Springer, 1927, p. 4 (« mittelbar, und zwar negativ »).

⁵ Ainsi, pour Adolf Merkl, l'Administration est « désignée comme la part qui reste après la soustraction de la législation et de la justice de la somme globale de l'activité de l'État » (A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, trad. inédite M. KORDEVA, *op. cit.*, p. 4). Cette définition, pour insatisfaisante qu'elle soit de par son caractère négatif, est « inévitable et irréductible », car, pour Merkl, « l'activité qu'englobe la notion d'administration est (...) si hétérogène, si variée selon ses contenus et ses formes d'action, se trouvant d'ailleurs parfois en contradiction avec l'emploi courant du mot administration – il est possible de penser à la guerre comme une activité administrative ! –, que la seule composante stable de ces définitions ne puisse guère être positive ; elle doit être négative, c'est-à-dire : l'administration apparaît comme l'activité non législative et non juridictionnelle » (*ibid.*, p. 5). Merkl continue en affirmant même que « toute tentative de doter la notion d'administration d'une caractéristique positive tirée de ce domaine, décrit de manière négative, mène inéluctablement à une réduction de la notion, et, par là, à une contradiction interne insurmontable ».

exorbitants, mais également par un « surcroît d'obligations »¹ lié à la nature de l'État, outil de la réalisation du bien collectif. La définition d'Otto Mayer approfondit l'appréhension de l'Administration, en lui donnant un contenu plus positif et en la couplant à la notion d'État : « L'État, c'est un peuple organisé pour la poursuite de ses intérêts sous une puissance souveraine. L'administration est l'activité de l'État pour l'accomplissement de ses buts »². On comprend dès lors que l'Administration est tributaire d'une conception de l'État, dont elle est « l'ombre portée »³ : l'Administration de l'État libéral du XIX^e siècle a peu à voir avec l'Administration de l'État sécuritaire contemporain⁴.

Ces définitions classiques – souvent reprises par la suite, jusque dans la période contemporaine⁵, et parfois après de nombreux détours⁶ –, pour fondées qu'elles soient, doivent cependant être légèrement amendées, afin de tenir compte des mutations profondes

¹ J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Paris, Larose, 1899, p. 44.

² O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. I, préf. H. BERTHÉLEMY, Paris, Giard & Brière, 1903, p. 1. Mayer précise que toute activité qui ne rentre ni dans le domaine de la législation ni dans celui de la juridiction « tombe, par cela même, dans la sphère de l'administration », à quelques exceptions près – ce qu'il nomme les « actes auxiliaires du droit constitutionnel », tels que l'organisation d'élections, la dissolution d'une chambre, *etc.* ; ainsi que les relations diplomatiques (*ibid.*, p. 9).

³ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 227. Bonnard considérait à ce titre qu'« on ne peut pas arriver à une connaissance scientifique convenable du droit administratif sans prendre appui sur une théorie du droit et de l'État » (R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1943, 4^e éd., p. 21).

⁴ Pour une approche historique du rôle de l'Administration, v. F.-P. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 4 et s.

⁵ Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit définissent ainsi l'Administration comme « l'activité instrumentale des personnes morales de droit public ou de droit privé étroitement liées à celles-là, qui remplissent une mission de service public, hors des fonctions législatives et juridictionnelles » (P.-L. FRIER & J. PETIT, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, « Domat – Droit public », 2015, 10^e éd., p. 26). Marcel Waline avait déjà considéré, après avoir examiné les définitions classiques selon les critères matériel et organique, que « l'administrateur est tout agent de l'État qui n'est ni législateur, ni juge », tout en relevant que « l'activité de ces administrateurs consiste d'ailleurs en opérations des plus variées » (M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1950, 5^e éd., p. 8). Charles Eisenmann, après avoir considéré les définitions disponibles du droit administratif, considérait que l'« Administration est (...) un élément de l'appareil étatique (...), un élément entre et à côté d'autres dont elle se distingue, – le Parlement et les tribunaux (...) », avant d'être très critique à l'endroit de cette définition résiduelle, de « valeur nulle » (C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. I, Paris, LGDJ, 1982, réimpr. LGDJ-Lextenso, « Anthologie du Droit », 2014, p. 95 et p. 104).

⁶ Il est extrêmement intéressant de constater que Georges Vedel, au terme de l'« examen de conscience » auquel il se livre dans la préface de la septième édition de son manuel – faisant suite aux critiques adressées, notamment par Eisenmann, à sa théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, dans laquelle il faisait entièrement découler l'Administration de la notion de pouvoir exécutif – considère que l'Administration se définit négativement, à la manière des juristes de langue allemande : « Ainsi la notion juridique d'administration et celle de droit administratif seraient-elles réservées à des activités d'autorités publiques autres que le législateur et le juge (...). Ainsi, par voie de délimitations successives, se trouverait ainsi défini le champ de l'administration : une activité du Gouvernement (et des autorités décentralisées) étrangère aux rapports entre les pouvoirs publics et aux relations internationales » (G. VEDEL, « Préface », *in idem*, *Droit administratif*, Paris, PUF, « Thémis – Droit », 1980, 7^e éd., pp. 37-38).

qu'a connues l'Administration contemporaine¹. D'une part, par un phénomène d'externalisation, l'Administration a toujours plus recours à l'expertise de personnes extérieures à son organisation et non soumises aux prescriptions imposées aux agents publics, du fait de la complexification croissante de ses missions, qui rend l'accès à l'information plus ardu. D'autre part, les enjeux de la participation citoyenne à la décision administrative, parfois décrits sous la bannière de la « démocratie administrative »², aboutit à un résultat similaire : la participation de personnes extérieures à l'Administration à l'élaboration des décisions administratives. C'est alors une Administration ouverte sur l'extérieur qui se dessine, par la multiplication des agents participant, à des titres divers, à l'élaboration des décisions administratives. Pour autant, l'acte administratif unilatéral n'est pas remis en cause dans son fondement ; seulement, il n'est plus que partiellement le fruit de la volonté d'un agent de l'Administration. Partant, c'est une vision plus ouverte de la fonction administrative qu'il est nécessaire d'adopter, fondée, en dernière analyse, sur une conception dynamique de l'acte administratif, qui est issu d'un processus complexe qui voit intervenir un nombre considérable de personnes – qui seront, dans la suite des développements, désignées par le terme le plus neutre possible, celui d' « agents », ou encore de « participants ».

Car, en fin de compte, étudier l'impartialité de l'Administration revient à se pencher sur l'attitude des agents lorsqu'ils manifestent leur volonté, manifestation dont l'acte administratif est le résultat : la notion même d'impartialité le commande, de par sa teneur éthique et subjective. Partant, c'est bien l'acte juridique qu'il importe de mettre en avant. On peut alors considérer que l'administration s'entend de l'activité consistant à prendre des décisions orientées vers la réalisation des buts des personnes morales de droit public, décisions associant, à des degrés divers, une pluralité de personnes, ayant qualité d'agent publics ou parfaitement externes à l'Administration. Ainsi, étudier l'impartialité de l'Administration revient à étudier l'impartialité dans l'administration, c'est-à-dire l'accomplissement impartial de la fonction administrative ainsi entendue.

¹ Sur « l'infléchissement du modèle traditionnel » d'administration, v., entre autres, J. CHEVALLIER, « L'administration face au public », in J. CHEVALLIER, R. DRAI & F. RANGEON, *Communication Administration-administrés*, Paris, PUF, « Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1983, p. 13, spéc. p. 37 et s. L'auteur oppose un modèle « traditionnel », caractérisé par une « fermeture » reposant sur une « construction dichotomique de l'espace social », dans lequel l'administration est « par essence neutre, objective et impartiale », à un modèle émergent fondé sur une ouverture accrue aux administrés.

² Pour une étude récente, v. C. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, thèse dactyl., Lyon III, 2016, 902 p.

Dans cette optique, l'étude d'un principe d'impartialité imposé à l'Administration semble envisageable. Il est alors nécessaire de préciser le cadre de l'étude et la méthode retenue.

L'impartialité de l'Administration, contrairement à celle du juge¹, n'a pas fait l'objet d'études d'ampleur. Les problèmes qu'elle soulève ont en partie été mis en lumière dans deux études datant de l'époque où le principe d'impartialité a fait l'objet de développements nouveaux, en jurisprudence². Ces études, de portée générale, sont doublées de travaux qui étudient l'impartialité de l'Administration de manière sectorisée, le plus souvent sous la forme de note d'arrêt³. Il faut également relever que le principe d'impartialité a fait l'objet de développements nourris à partir de l'arrêt *Didier* du Conseil d'État, « grand arrêt » dans lequel, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le juge administratif impose pour la première fois des exigences découlant du principe d'impartialité à l'Administration⁴. Cependant, le caractère sectoriel de ces études demeure, puisqu'il n'est souvent question que des seules

¹ V., en droit administratif : C. LAVEISSIÈRE, *L'impartialité du juge administratif*, thèse dactyl., Bordeaux IV, 2007, 716 p. ; A. THEVAND, *L'application du principe d'impartialité aux juridictions administratives spécialisées*, thèse dactyl., Grenoble II, 2008, 698 p. Pour une étude portant sur l'Administration et la juridiction administrative, v. P. LE GOFF, *Recherches sur l'impartialité en droit administratif*, thèse dactyl., Toulon, 2004, 585 p. En droit pénal, v. D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, préf. J. PRADEL, Paris, Éd. Cujas, « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 1997, 494 p. ; S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, préf. J. FRANCILLON, Paris, LGDJ, « Bibl. de sciences criminelles », vol. 33, 651 p. En histoire du droit, v. B. BERNABÉ, *La récusation des juges : étude médiévale, moderne et contemporaine*, préf. J. KRYNEN, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit privé », vol. 514, 2009, 426 p. En droit pénal belge et européen des droits de l'homme, v. F. KUTY, *L'impartialité du juge et procédure pénale*, préf. P. MARTENS, Bruxelles, Larcier, « Thèses », 2005, 796 p. Pour une étude allemande de l'impartialité de l'Administration, v. M. FEHLING, *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe*, Tübingen, Mohr Siebeck, « Jus Publicum », vol. 79, 2001, 565 p.

² M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA*, 1998, p. 711 ; É. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999, p. 478. Rétrospectivement, v. B. QUIRINY, « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *RDP*, 2006, p. 375.

³ V. notamment J.-P. PAPIN, « L'impartialité du commissaire enquêteur », *CJEG*, 1983, p. 165 ; R. HOSTIOU, « Le commissaire-enquêteur ne doit avoir aucun lien personnel ou fonctionnel dans l'opération soumise à enquête publique », *AJDA*, 1996, p. 465 ; J.-M. MAILLOT, « La notion d'élus "intéressés" dans le droit des collectivités locales », *JCP G.*, 2000, I, 242. ; F. MELLERAY, « Les modalités d'application du principe d'impartialité aux jurys d'examen professionnels », *Dr. adm.*, 2008, comm. 136 ; S. TRAORÉ, « Le principe d'impartialité dans la procédure de délivrance des permis de construire », *AJDA*, 2009, p. 235 ; J.-B. AUBY, « Écotaxe, impartialité de l'Administration, conseils », *Dr. adm.*, 2011, comm. 84.

⁴ CE Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, n° 207434, *Lebon* p. 399 ; *GAJA*, n° 97 ; *RFDA*, 2000, p. 584, concl. SEBAN ; *AJDA*, 2000, p. 126, chron. GUYOMAR & COLLIN ; *JCP G.*, 2000, II, 10267, note SUDRE ; *RDP*, 2000, p. 349, note GUETTIER ; *RTD com.*, 2000, p. 405, note RONTCHEVSKY.

Autorités administratives indépendantes¹. Les travaux de recherche qui abordent la question de l'impartialité de l'Administration ont mis en lumière les « contours incertains »² de l'exigence d'impartialité, si ce n'est son « contenu limité »³.

Partant, c'est dans un champ presque inexploré qu'intervient la présente étude du principe d'impartialité appliqué à l'ensemble de l'Administration. L'intérêt d'une étude globale est doublé par le fait que la problématique de l'impartialité administrative a connu un renouvellement profond, du fait de l'émergence de la thématique de la moralisation de l'action publique. La lutte contre les conflits d'intérêts au sein de l'Administration a provoqué une consolidation remarquable du principe d'impartialité de l'Administration, dont les enjeux doivent être replacés dans leur globalité.

L'intérêt renouvelé de la thématique de l'impartialité de l'Administration rend nécessaire une étude actuelle, dont il convient de préciser le cadre.

L'objet principal de l'étude est l'impartialité de l'Administration française, dans sa dimension théorique et positive. Toutefois, on ne saurait méconnaître l'imbrication croissante des ordres juridiques contemporains, notamment européens. L'impartialité est, à n'en pas douter, un objet juridique « européenisé », dans le sens où la Cour européenne des droits de l'homme s'en est saisie et a profondément renouvelé son appréhension. Or, de l'aveu même de la Cour, la fameuse conception « objective » de l'impartialité trouve ses assises théoriques dans l'ordre juridique britannique, ne serait-ce qu'au travers de l'aphorisme de Lord Hewart : « Il n'est pas seulement important, mais il est d'une importance primordiale, que la justice soit non seulement rendue, mais qu'il apparaisse qu'elle est manifestement et indubitablement rendue »⁴. On pourrait arguer qu'Anselme Batbie affirmait, quelques années auparavant,

¹ V., entre autres, J.-B. AUBY, « Impartialité et séparation des fonctions de l'administration », *Dr. adm.*, 1999, repère 11 ; G. ECKERT, « Les autorités de régulation et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : quelle cohérence ? », *Rev. de droit banc. et fin.*, 2010, dossier 18 ; G. EVEILLARD, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non-contentieuse », *AJDA*, 2010, p. 531 ; P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, p. 920 ; F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, p. 113.

² P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, préf. J.-L. AUTIN, Montpellier, Presses universitaires de Montpellier, « Thèses », vol. 2, 2005, p. 744.

³ M. DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, préf. L. RICHER, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 186, 1996, p. 222.

⁴ *R. v. Sussex Justices ex. p. McCarthy* [1924] 1 KB 256, spéc. p. 259 (« It is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done »).

qu' « il faut que la justice soit aussi apparente que réelle »¹. Cependant, partir à la recherche de l'origine de cette appréhension de l'impartialité apparente paraît vain, à moins de caricaturer les traits de chaque système juridique.

Toutefois, on peut constater, de prime abord, que l'impartialité occupe une place particulière dans l'ordre juridique britannique : elle est un principe ancestral qui, au côté du principe du contradictoire, constitue le noyau de la *natural justice*, imposée, non sans difficultés, à l'action publique par les tribunaux de *common law*. L'œuvre des juges en la matière constitue « sans aucun doute, (...) un des chapitres les plus remarquables du droit administratif anglo-saxon »². Le prisme du « droit commun européen » esquissé, en droit administratif, dès la fin des années 1970, par Jean Rivero³, peut alors se révéler riche en enseignements, particulièrement dans la dimension théorique du principe d'impartialité. Il ne faut toutefois pas oublier « l'étrange histoire »⁴ du droit administratif britannique, qui peut rendre la comparaison périlleuse, particulièrement lorsqu'il est question de s'intéresser à la mise en œuvre du principe à l'Administration d'un autre ordre juridique. Tout au plus, donc, l'argument comparatif sera-t-il mobilisé à l'aune de son utilité à la compréhension du principe d'impartialité, essentiellement dans sa dimension conceptuelle. Par ailleurs, il apparaîtra rapidement que l'ordre juridique français s'est longtemps distingué par une carence en matière de procédure administrative « non contentieuse ». Dans cette optique, l'étude d'autres systèmes juridiques étrangers peut se révéler intéressante, tout autant que l'étude du droit administratif de l'Union européenne qui, à de nombreux égards, est à la croisée de ces

¹ Propos rapportés dans J. DELARBRE, *Organisation du Conseil d'État*, Paris, Marescq & Challamel, 1872, p. 86. L'argument était utilisé pour critiquer la présidence du Tribunal des conflits, confiée au garde des Sceaux.

² J.-M. AUBY, « La "justice naturelle" et le problème de la procédure administrative non contentieuse dans le système juridique anglo-saxon », in *Mél. G. Langrod*, Paris, Éd. d'Organisation, « Management public », 1980, p. 375, spéc. p. 378.

³ J. RIVERO, « Vers un droit commun européen : Nouvelle perspectives en droit administratif », in M. CAPPELLETTI (dir.), *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 389 : « Le "droit commun européen", ce ne peut être que l'ensemble des similitudes qui, déduites de l'analyse de ces droits, constitueraient, par-delà les spécificités propres à chaque État, leur patrimoine collectif, une sorte de Corpus regroupant les thèmes juridiques fondamentaux à partir desquels les droits nationaux broderaient leurs variations ».

⁴ D. LÉVY, « Les développements récents du droit administratif anglais », in *Mél. R. Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 387.

influences mutuelles¹. Car, « réciproquement, le droit de l'Union et le droit de la convention reflètent les droits nationaux, synthétisent leurs principes partagés, empruntent à leurs caractéristiques communes »² : replacer le principe d'impartialité de l'Administration dans ce contexte semble alors indispensable.

Enfin, qualifier l'impartialité de « principe » juridique anticipe quelque peu les résultats de la recherche : si, d'évidence, une obligation d'impartialité des agents publics peut se concevoir, cela ne fait pas pour autant de l'impartialité un principe juridique. C'est ici que le problème central de l'étude émerge.

Afin de parvenir à la connaissance du principe d'impartialité de l'Administration, une première approche pourrait consister en la recherche, par induction, et en l'analyse des règles qui se rapportent au principe d'impartialité. Toutefois, l'impartialité de l'Administration n'a pas été posée, à un moment situé, et de manière définitive ; elle émerge d'une réalité à maints égards foisonnante, qui est l'essence même de l'activité administrative et, partant, des règles de droit administratif³. Ainsi, il semble indispensable de comprendre comment le principe d'impartialité de l'Administration est apparu. Mais, pour le juriste et contrairement à l'historien du droit, « la compréhension historique n'est (...) qu'un moyen en vue d'une

¹ Jacques Krynen met en lumière cette influence, à propos des principes généraux dégagés par le Cour de justice de l'Union européenne : « La Cour de justice a tiré principalement son inspiration des principes généraux "communs" aux droits des États membres, ou "généralement admis" dans le droit des États membres. De telles formulations ne doivent pas masquer la réalité. La Cour procède moins à des analyses de droit comparé qu'à une recherche, à partir de l'esprit des droits nationaux, de leur orientation, de leur évolution, des principes susceptibles de figurer comme un patrimoine commun » (J. KRYNEN, *L'État de justice (France, XIII^e-XX^e siècle) : L'emprise contemporaine des juges*, t. II, Paris, Gallimard-NRF, « Bibl. des Histoires », 2012, p. 341). Pour Jean-Bernard Auby et Jacqueline Duheil de La Rochère, à côté des « contraintes juridiques que le droit communautaire fait peser sur les droits administratifs nationaux », il existe des « rapports de pure influence, (...) d'inspiration (...) entre les constructions intellectuelles du droit communautaire et celles des droits administratifs nationaux ». Ainsi, non seulement « le système juridique communautaire a la fonction d'un creuset. Le droit communautaire y agit sur les droits nationaux, lesquels l'influencent parfois », mais « les droits nationaux européens s'influencent entre eux ». Ce creuset est alors « le réceptacle d'un brassage multilatéral des droits brassage qui s'opère également dans d'autres contextes, notamment dans le cadre du Conseil de l'Europe, à travers les mécanismes de contrôle de la mise en œuvre par la Cour européenne des droits de l'homme » (J.-B. AUBY & J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « À propos de la notion de droit administratif européen », *RFAP*, 2007, p. 373, spéc. pp. 376-377).

² B. STIRN & Y. AGUILA, *Droit public français et européen*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, « Amphi », 2014, p. 15.

³ On peut considérer, plus largement, que « le droit (...), que la vie forme lentement et insensiblement, se dérobe facilement à l'examen et atteint rarement, à une époque déterminée, une réalisation assez éclatante pour pouvoir être relaté comme un événement » (JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. I, trad. O. DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 1886, 3e éd., p. 73).

fin »¹, qui est la compréhension globale de l'état du droit. Cette démarche serait alors liée à l'histoire générale du droit administratif, caractérisée par une soumission progressive de l'action administrative à des normes juridiques sanctionnées par un juge.

Toutefois, il semble que la notion même d'impartialité offre un angle d'approche plus intéressant, parce que plus dynamique. Il apparaît en effet que l'impartialité est une notion qui se rapporte exclusivement au sujet, à l'individu qui oriente sa volonté. Si l'impartialité « relève d'une démarche éthique »², elle prend alors une « dimension (...) qui ne peut être régie par le droit »³. Partant, le droit objectif pourrait bien s'avérer incapable de régir un phénomène situé intégralement dans le for intérieur des individus. Dans cette optique, l'impartialité pourrait tout au plus être érigée en obligation déontologique imposée aux agents publics et sanctionnée comme telle ; elle serait exigeante, en ce qu'elle exclut toute paresse intellectuelle et tout sacrifice de l'intérêt public au bénéfice d'intérêts particuliers. Néanmoins, cette obligation pourrait bien s'apparenter à une pétition de principe, tant ses effets juridiques seraient insaisissables. Car « il n'est pas d'institution qui rende la partialité (...) impossible », dans la mesure où « le caractère échappe à toute réglementation »⁴ : Jhering exprime par là toute la difficulté à faire de l'impartialité une règle juridique. Toutefois, on pourrait objecter que « personne n'est juste volontairement, mais par contrainte »⁵.

De plus, les enjeux attachés à la préservation de l'impartialité de l'Administration sont cruciaux, tant la partialité des agents de l'Administration pourrait s'apparenter à l'exercice arbitraire du pouvoir ; il semble alors délicat de se contenter de la seule sanction *a posteriori* de la méconnaissance d'une obligation déontologique, par ailleurs difficile à imposer – puisque l'impartialité est « une pratique qui (...) échappera toujours en partie »⁶ aux juges

¹ GADAMER, *op. cit.*, p. 348. Gadamer se fonde sur la démarche du juriste vis-à-vis d'une règle de droit écrit ; la perspective semble plus intéressante encore dès lors que le droit administratif est essentiellement jurisprudentiel. Il considère, dans cette optique, que « son contenu normatif [de la loi] est à déterminer au vu du cas concret auquel il doit être appliqué » (*ibid.*, p. 349).

² R. BADINTER, « L'impartialité de l'arbitre », in Association française d'arbitrage, *Colloque du 30 sept. 1991*, p. 17 (consultable en ligne : afa-arbitrage.com).

³ E. JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international ? », in H. RUIZ-FABRI & J.-M. SOREL (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, Pedone, « Contentieux international », 2010, p. 271, spéc. p. 292.

⁴ JHERING, *L'évolution du droit, op. cit.*, p. 264.

⁵ PLATON, *La République*, L. II, 360c, trad. R. BACCOU, in *Œuvres complètes*, t. IV, Paris, Garnier, 1963. Victor Cousin propose la formule « personne n'est juste par choix, mais par nécessité » (in *Œuvres de Platon*, t. IX, trad. V. COUSIN, Paris, Rey & Gravier, 1833, p. 70). Le participe passif en question (*ἀναγκαζόμενος*) signifie « contraint », « forcé ».

⁶ *Ibid.*, p. 292.

chargés de la contrôler. Ainsi, « l'impartialité, vertu qui relève en définitive du for intérieur du juge, appelle pour le justiciable des garanties contre le risque de partialité du juge, qui elles relèvent du Droit »¹. C'est alors la relation du droit objectif à un objet subjectif par essence, le for intérieur de chaque individu, qui offre une perspective pertinente : face aux vertus individuelles, parmi lesquelles l'impartialité est à ranger, on peut considérer que le droit manifeste « son impuissance à toujours les soutenir »², sans oublier que « de telles vertus confinerait à l'héroïsme si elles n'avaient pas des règles de droit pour les soutenir »³.

La tension provoquée par l'objectivation nécessaire d'une exigence purement subjective est à la source de tous les développements qui suivront et permet de saisir les enjeux et les difficultés intrinsèques d'un principe supposé d'impartialité de l'Administration. La thèse défendue ici est que la juridicisation, au sens de l'objectivation, de l'exigence d'impartialité se heurte à la réalité même que la notion d'impartialité recouvre, entièrement subjective. Partant, c'est la rencontre de la technique juridique avec un objet particulier, l'impartialité, qui invite à se demander si l'objectivation de l'exigence d'impartialité est totale et, au demeurant, si elle peut l'être.

Ce fil directeur nécessite de se demander tout d'abord si l'accomplissement de la fonction administrative est laissé à la libre volonté des agents de l'Administration et s'il est possible de réglementer la part d'action qui relève de cette volonté propre. C'est alors, et alors seulement, que le principe d'impartialité de l'Administration peut être pensé. Dès lors, il apparaît nécessaire de déterminer le contenu des règles découlant du principe d'impartialité, ainsi que l'évolution de celles-ci, dans le droit administratif contemporain. Il importe, en somme, d'étudier la signification du principe d'impartialité de l'Administration, en droit administratif. De plus, l'objectivation limitée de l'exigence d'impartialité est à la source de sa mise en œuvre spécifique, au travers d'un système présomptif, le seul à même de garantir objectivement l'impartialité des agents participant à l'édiction des actes de l'Administration ;

¹ R. BADINTER, *art. préc.*, p. 17.

² G. BOLARD, « L'arbitraire du juge », in *Mél. P. Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 225, spéc. p. 226.

³ J. FRANCILLON, « Préface », in S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, *op. cit.* D'autres auteurs considèrent que dès lors que l'exigence d'impartialité est juridicisée, elle cesse d'être « un état d'âme (...), une vertu », puisqu'elle est « un standard de comportement qui doit être objectivement et apparemment vérifiable » (G. CAPASHEN, « Un magistrat peut-il être franc-maçon ? », *D.*, 2001, p. 3203). Serge Guinchard, dans sa réponse à cet article, considère qu'il « est erroné » de formuler une telle affirmation (S. GUINCHARD, « Peut-on être bouddhiste ou chrétien ou juif ou libre penseur ou franc-maçon et juge ? », in *Mél. P. Julien*, Aix-en-Provence, Edilailx, 2003, p. 203, spéc. p. 208).

partant, il incombe d'étudier la mise en œuvre du principe d'impartialité, au travers de ce système présomptif.

Ainsi, cette étude se divisera en deux parties :

Première partie : La construction d'un principe juridique d'impartialité de l'Administration.

Deuxième partie : La mise en œuvre du principe d'impartialité de l'Administration au travers d'un système présomptif.

Première partie

La construction d'un principe juridique d'impartialité de l'Administration

La recherche d'un principe d'impartialité de l'Administration ne va pas de soi, à la lumière de la construction historique du droit administratif. Peu d'auteurs classiques prêtent attention au problème de l'impartialité de l'Administration, dans le foisonnement doctrinal de la deuxième moitié du XIX^e et du début du XX^e siècle. Cette question est cependant d'une actualité certaine, d'où la nécessité d'examiner son émergence dans le système juridique. L'étude de la construction du principe d'impartialité de l'Administration est en effet la première étape de la compréhension de la signification du principe. L'importance de la perspective historique de l'étude ne doit pas être négligée, dans la mesure où elle offre une meilleure compréhension que le simple regard jeté sur le droit positif actuel. Mais son importance ne doit pas non plus être exagérée, dans la mesure où elle est seulement orientée vers une meilleure compréhension de l'état actuel du droit.

Il apparaît dès lors que la question de l'impartialité de l'Administration est liée au vouloir juridique de l'Administration, dont la construction progressive est une condition d'émergence du principe d'impartialité de l'Administration. La construction de la volonté administrative comme objet juridique est en effet un lent processus doctrinal et positif, qui détermine la place accordée à l'impartialité de l'Administration. De plus, l'étude du contenu du principe et de sa consolidation progressive permet une connaissance exhaustive de la signification de ce principe. Ces questions restent en effet ouvertes une fois que le cadre théorique permettant une étude du principe d'impartialité est dégagé, et soulèvent des interrogations liées au cœur de la technique juridique.

C'est ainsi que pour tenter de dégager la signification du principe d'impartialité de l'Administration, cette partie se divisera en deux titres :

Titre premier : Une exigence liée au vouloir juridique de l'Administration.

Titre second : La révélation de la règle d'impartialité.

Titre premier

Une exigence liée au vouloir juridique de l'Administration

La tension liée à l'objectivation d'une obligation subjective dépasse largement la simple question de l'impartialité. Alors que la théorie de l'acte juridique évolue vers une objectivation croissante, au cours du XIX^e siècle, la question de son articulation avec les phénomènes subjectifs et psychologiques est de premier ordre. L'impartialité étant une vertu propre à la volonté de l'individu, la construction du principe d'impartialité de l'Administration est tributaire de la juridicisation du vouloir de l'Administration, tant sur le plan théorique que positif. C'est en effet la soumission au droit de l'opération de manifestation de volonté de l'Administration qui permet de concevoir comment la question de l'impartialité des agents participant à l'acte administratif – le résultat de cette opération – peut se poser. Or, ce n'est que progressivement que la théorie du droit et, particulièrement les constructions doctrinales de droit administratif, ont admis la place importante que joue la volonté humaine dans l'acte administratif, d'où une réglementation progressive de l'opération de manifestation de la volonté de l'Administration. Pour imparfaite qu'elle soit, elle permet néanmoins l'émergence d'un principe d'impartialité de l'Administration.

La question de l'autonomie du principe est alors essentielle, dans la mesure où la notion d'impartialité se rapproche d'autres notions, mieux connues en droit administratif. Par ailleurs, l'impartialité de l'Administration, si elle est présumée, suscite peu d'interrogations théoriques, ce qui explique qu'elle soit peu abordée en tant que telle, pendant une longue période. Il apparaît alors que le principe d'impartialité accède à l'autonomie grâce à ses particularités propres, qui commandent un régime juridique propre.

Afin de comprendre la signification du principe dans le système administratif, il convient d'étudier le phénomène de juridicisation progressive de l'opération de manifestation de volonté de l'Administration (chapitre I), pour s'attarder ensuite sur l'autonomisation du principe d'impartialité de l'Administration (chapitre II).

CHAPITRE I

LA JURIDICISATION PROGRESSIVE DE LA VOLITION DE L'ADMINISTRATION

La question de l'impartialité de l'Administration est tributaire de l'importance donnée à la volonté de l'administrateur dans l'édition de l'acte administratif. L'acte administratif est à l'origine de toute étude du droit administratif, car « la fonction administrative est cette fonction de l'État, qui consiste à faire des actes juridiques »¹.

Or, la construction de la théorie de l'acte administratif accorde une place importante à la volonté de l'Administration, bien que cela ne soit pas toujours explicite – le « rôle (...) restreint » de la volonté en droit public étant un sujet d'étonnement². Il est alors nécessaire d'évaluer dans quelle mesure la volonté de l'Administration est un déterminant de l'acte administratif, avant même de s'interroger sur les qualités que doit revêtir cette volonté, parmi lesquelles l'impartialité.

Ainsi, la question de la volonté de l'Administration est prise en compte par la théorie de l'acte administratif, élaborée progressivement en jurisprudence et en doctrine, ce qui aboutit à une juridicisation progressive de l'opération de manifestation de volonté de l'Administration (section 1). La réglementation juridique de la manifestation de la volonté de l'Administration, c'est-à-dire la procéduralisation de l'acte administratif, apparaît alors comme la condition de l'émergence d'un principe autonome d'impartialité (section 2).

Section 1 : Une prise en compte dans la construction de la théorie de l'acte administratif

Alors que la doctrine publiciste s'est beaucoup intéressée à l'acte administratif sous l'angle de son contenu et du recours contentieux permettant de remédier aux défauts éventuels de son contenu, une attention moindre a été portée à son caractère plus général d'acte juridique. Cependant, certaines constructions doctrinales sont d'une importance particulière

¹ L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, p. 413.

² J.-C. VENEZIA, « Réflexions sur le rôle de la volonté en droit administratif », in *Mél. P. Kayser*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 383 : « Il est surprenant de constater qu'alors que le rôle joué par la volonté des sujets de droit semble tenir une place importante dans les relations juridiques qui s'établissent entre particuliers, ce rôle paraît restreint dans les rapports qui se nouent entre les personnes publiques et les personnes privées ».

lorsqu'il s'agit d'étudier le principe d'impartialité de l'Administration. Elles permettent de concevoir l'acte administratif comme la manifestation de la volonté des organes de l'Administration (I). Ces constructions, assez largement doctrinales, sont parvenues à un relatif consensus, ce qui leur permet d'avoir une incidence particulière en droit administratif, en ce qu'elles renouvellent la théorie de l'acte administratif (II).

I. L'acte administratif comme déclaration de volonté des organes du droit

L'impartialité étant une notion attachée au sujet et à son état d'esprit lorsqu'il dirige sa volonté, la question se pose de savoir si un système juridique peut recevoir une telle notion, particulièrement en droit administratif. Sa résolution permet ainsi de savoir si l'acte juridique, notamment l'acte administratif, fait une place au concept de volonté, parmi ses caractéristiques.

La construction théorique de l'acte juridique, particulièrement administratif, a été progressive, car « comme toutes les créations sociales douées de vie, le droit administratif français a été le produit de beaucoup de volontés inconscientes »¹. Une fois parvenu à la « période d'organisation »² du droit administratif, la doctrine administrativiste put aborder la question de la place de la volonté dans la création de l'acte juridique. Cette question a ainsi occupé une place importante dans les débats entourant ces constructions doctrinales. Toutefois, la doctrine administrativiste est plus encline à examiner le caractère « administratif » de l'acte, dans une optique d'attribution de compétence à la juridiction

¹ M. HAURIOU, « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », *Rev. gén. d'adm.* 1892, p. 385 ; reproduit dans M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans, Éd. L'Épitoge, « Histoire(s) du Droit », vol. 1, 2013, p. 61, spéc. p. 62.

² Période qui, selon Hauriou, suit une période d'« élaboration secrète » et une période de « divulgation », entre 1800 et 1860 (*ibid.*, p. 64 et 66) ; pour une approche critique de ce choix, v. M. TOUZEIL-DIVINA, « Maurice Hauriou, mystificateur ou héros mythifié ? », in M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, *op. cit.*, p. 83 et s.

administrative, que son caractère de manifestation de volonté, ce qui occulte quelque peu l'importance des débats sur la volonté de l'Administration¹.

Il apparaît alors d'une part que l'acte administratif est issu d'une opération de manifestation de volonté, ce qui a été développé tout au long du XIX^e siècle (A). D'autre part, la question de l'origine de cette volonté a longtemps été débattue en droit public. La théorie de l'organe, bien qu'elle réponde à bien d'autres préoccupations, notamment constitutionnelles, permet de rendre compte de ce que la volonté dont résulte l'acte administratif est bien celle des agents participant à sa confection (B).

A. *L'acte administratif est une manifestation extérieure et objective de la volonté*

« La volonté est la cause première du Droit. »² Les premières approches doctrinales modernes de l'acte juridique, reprenant en cela la théorie classique du droit romain³, accordent une place de premier plan à la volonté interne, purement psychologique, de l'individu auteur de l'acte. Toutefois, il apparaît progressivement, au XIX^e siècle, que celle-ci doit présenter certaines caractéristiques pour être appréhendée par le droit. Ainsi Jhering affirme-t-il, par exemple, que « le droit peut laisser à la volonté, quant aux moyens de s'exprimer dans l'acte juridique, une liberté complète, de sorte que tout moyen quelconque, que ce soit le mot, l'action, le signe et même, le cas échéant, le silence, est propre à produire l'effet visé : il suffit que le contenu de volonté déterminé puisse être clairement aperçu »⁴.

¹ Cela est symptomatique dans le *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* de Laferrière, dans lequel la nature de l'acte administratif est examinée sous l'angle de la compétence juridictionnelle : les actes administratifs sont alors des « actes de puissance publique » (LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, Paris, Berger-Levrault, 1896, 2^e éd., p. 478). De la même manière, Félix Moreau (qui publie, en 1909, le deuxième volume du *Manuel de droit public*, dont le premier est le *Manuel de droit constitutionnel* de Duguit, publié en 1907, chez le même éditeur), lorsqu'il examine les « actes des personnes administratives », s'attache aux spécificités de l'acte administratif, plus qu'à son rattachement à la catégorie plus générale des actes juridiques : pour lui, l'acte administratif est « l'acte d'une autorité administrative » et l'acte qui « exerce un droit de puissance publique » (F. MOREAU, *Manuel de droit public français : II – Droit administratif*, Paris, Fontemoing, 1909, p. 130).

² A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préf. R. PERROT, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit privé », vol. 19, 1961, p. 5.

³ Théorie classique ainsi résumée par Hauriou et Bezin : « La théorie classique avait admis la souveraineté juridique de la volonté interne des individus. Se préoccupant par-dessus tout de l'intention des parties, elle avait accordé la prépondérance à l'élément subjectif, dans les rapports qui unissent les hommes, sacrifiant ainsi l'intérêt de ceux qui n'avaient pas pu connaître cet élément caché » (M. HAURIOU & G. DE BEZIN, « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », *RTD civ.*, 1903, p. 543, spéc. p. 545).

⁴ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, trad. O. DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 1880, 2^e éd., p. 159.

C'est donc d'abord pour répondre à un enjeu d'objectivation du contenu de la volonté et, partant, de la norme, que la question des caractéristiques que doit revêtir la volonté à l'origine de l'acte juridique s'est posée. Elle poursuit également une visée de « réduction des éléments substantiels du droit »¹. Elle a abouti à la notion de déclaration de volonté. D'origine civiliste, elle est issue du mouvement de « renouveau scientifique de l'étude du droit civil »², à la fin du XIX^e siècle.

L'adoption du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*) par le *Reichstag*, en 1896, a nourri ce débat sur les caractéristiques juridiques de la volonté individuelle nécessaires à la réalisation des effets de droit. En effet, le titre deuxième de la troisième section du livre premier est intitulé « De la déclaration de volonté ». Le premier article de ce titre, l'article 116, résume parfaitement le problème de l'extériorisation de la volonté, qui occupe une place centrale dans le débat doctrinal.

Une déclaration de volonté n'est pas nulle par cela seul que l'auteur de la déclaration se réserve secrètement de ne pas vouloir ce qui a été déclaré. La déclaration est nulle lorsqu'elle est émise envers un autre et que ce dernier connaît la réserve mentale dont elle a été l'objet.³

Raymond Saleilles entreprit de commenter ces dispositions, dans un ouvrage intitulé *De la déclaration de volonté*, qui aura une influence décisive sur la doctrine française. Selon lui, pour que la volonté individuelle produise un effet de droit d'après le Code civil allemand, « il ne suffit pas d'un acte de volition interne, alors même que cette volonté aurait pour but immédiat un résultat juridique à atteindre. Il faut que cette volonté se soit traduite par une manifestation extérieure, ayant une valeur juridique positive : de là le nom de déclaration de volonté, donné à toute volonté se manifestant extérieurement en vue d'un résultat juridique à réaliser »⁴. Il affirme ainsi que la volonté « n'est pas souveraine dans son fond et dans sa réalité psychologique ; elle ne l'est que dans sa manifestation extérieure, c'est-à-dire par la déclaration »⁵.

¹ J.-J. BIENVENU, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits*, n° 28, 1999, p. 3, spéc. p. 4. François Gény fait également état, en 1914, de ce « mouvement d'idées, qui a marqué si puissamment le renouveau du droit français depuis vingt années environ » (F. GÉNY, « La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles », in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rousseau, 1914, p. 3, spéc. p. 40)

² *Ibid.*, p. 4.

³ *Code civil allemand*, t. I, traduit et annoté par C. BUFNOIR, J. CHALLAMEL, J. DRIoux, F. GÉNY, P. HAMEL, H. LÉVY-ULLMANN & R. SALEILLES, Paris, Imprimerie nationale, 1904, pp. 117-118.

⁴ SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, F. Pichon, 1901, p. 1.

⁵ *Ibid.*, p. 19.

On peut voir dans ces constructions un effort de juridicisation de la volonté, qui reste à l'origine de l'acte juridique. C'est ainsi que l'ambition de Saleilles a pu être interprétée comme celle de « constituer une théorie intégralement juridique de la volonté »¹. La rupture ainsi introduite avec la théorie traditionnelle est résumée par Guillaume de Bezin.

L'acte étant (...) l'aspect sous lequel se manifeste l'activité juridique des individus, il semblait tout naturel de voir dans la volonté interne de son auteur le dernier élément et comme l'atome constitutif de tout commerce juridique. Remonter aussi loin dans la genèse de l'acte, c'était cependant sortir du domaine du droit pour entrer dans celui de la psychologie, et cela n'était pas sans dangers (...). La doctrine moderne a (...) cherché à construire la théorie de l'acte sur un fondement vraiment juridique. Sans doute, elle ne prétendait pas le trouver en dehors de la volonté dont l'acte était la manifestation ; mais que manquait-il à l'ancien fondement pour être *juridique*, pour respecter tous les intérêts en jeu ? Précisément que les *mobiles psychologiques* fussent connus des tiers ; il manquait, en un mot, à cette volonté *interne* d'avoir été *émise*. Dès lors, le fondement juridique de l'acte va résider dans la *déclaration de volonté* de son auteur.²

Le foisonnement des débats doctrinaux en théorie du droit n'est pas resté sans influence sur le droit administratif. Dans un article publié en 1903, qui se veut le pendant administrativiste des idées développées par Saleilles, Maurice Hauriou et Guillaume de Bezin s'interrogent sur la relation entre la construction doctrinale de la déclaration de volonté et le droit administratif. Cet article « tente de montrer que le droit administratif reçoit pleinement cette nouvelle vision de la volonté juridique développée en droit allemand »³.

La théorie de la déclaration de volonté (...) part du principe fondamental que le droit doit ignorer les phénomènes qui se produisent dans la conscience des individus, car dans ce domaine psychologique, toute recherche est nécessairement arbitraire et dangereuse pour le crédit public. Une législation ne peut assurer ce crédit qu'en négligeant les intentions purement subjectives pour se fonder sur les faits doués d'une existence propre, et partant, visibles pour tous ; la volonté, dès lors, ne peut devenir juridique que lorsqu'elle est matérialisée dans une déclaration extérieure, elle prend ainsi un caractère objectif qui la rend susceptible d'efficacité.⁴

¹ BIENVENU, *art. préc.*, p. 14.

² G. DE BEZIN, « Exposé des théories allemandes sur l'acte administratif complexe », *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1905, p. 289, spéc. pp. 289-290. On retrouve les mêmes développements dans la thèse de ce juriste : G. DE BEZIN, *Des autorisations et approbations en matière de tutelle administrative*, Toulouse, Fournier, 1906, pp. 85-86.

³ B. PLESSIX, « Autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs. Archéologie d'un silence », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, n° 4, 2012, p. 183, spéc. p. 200.

⁴ M. HAURIOU & G. DE BEZIN, « La déclaration de volonté dans les droit administratif français », *RTD civ.*, 1903, p. 543, spéc. p. 545-546.

La théorie de la déclaration de volonté ainsi exposée peut trouver un terreau d'implantation favorable dans le droit administratif, comme l'affirment les deux auteurs¹. La nature objective du contentieux administratif, impliquée par la théorie du recours pour excès de pouvoir, favorise cette objectivation de la déclaration de volonté dont est issue l'acte administratif. Car « dans le contentieux, ce n'est ni l'administrateur, ni la personne morale administrative que l'on poursuit directement devant les tribunaux administratifs, c'est un acte que l'on attaque »². Il en résulte une sorte de synonymie logique entre acte administratif et déclaration de volonté, par le biais de la décision exécutoire, mieux connue en droit administratif, particulièrement chez Hauriou³. Ce dernier intègre pleinement ces développements dans ses propres ouvrages. Ainsi, dans la douzième édition de son *Précis de droit administratif*, il affirme que « par cela même que les décisions exécutoires de l'administration, étant des manifestations de volonté, sont des actes juridiques, il se pose pour elles une question de validité et, par conséquent, d'invalidité »⁴.

De la même manière, Léon Duguit adopte cette théorie de la déclaration de volonté dans ses développements sur l'acte administratif, dans la mesure où elle correspond à la

¹ *Ibid.*, p. 546 : « Mais puisque la volonté ne vaut que tout autant qu'elle a pris une existence propre en se fixant dans une déclaration extérieure, on peut bien dire que la théorie de la déclaration de volonté consiste à faire abstraction des individus pour ne considérer que des actes. Par là, nous touchons à la théorie administrative française (...). Le droit administratif français ne connaît que des actes, il ignore, sauf en des théories accessoires, les individus, c'est-à-dire les agents qui représentent l'administration, il ne se préoccupe point de leurs intentions subjectives ; il a pour unique objet l'acte qu'ils ont accompli et qui constitue la déclaration de volonté de l'administration ».

² *Ibid.*, p. 546.

³ *Ibid.*, p. 549 : « L'acte est une décision, or une décision c'est une déclaration de volonté ; quand nous disons qu'une autorité administrative accomplit un acte, nous entendons par là qu'elle affirme et que par conséquent elle déclare une volonté de l'administration qui s'exécutera. Acte administratif signifie décision exécutoire, et décision exécutoire signifie déclaration de volonté. Ce sont des égalités mathématiques. Ce qu'il faut retenir, c'est le caractère extérieur de cette déclaration ; toute volonté administrative est nécessairement extériorisée ; c'est une précaution élémentaire pour distinguer chez l'agent, les volontés qu'il exprime au nom de l'administration de celles qu'il pourrait avoir pour son propre compte ; les volontés administratives doivent être formulées extérieurement par l'agent en exercice de ses fonctions ».

⁴ HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, préf. A. HAURIOU, Paris, Sirey, 1933, 12^e éd. ; réimpr. Paris, Dalloz, préf. P. DELVOLVÉ & F. MODERNE, 2002, p. 401.

socialisation grandissante des relations humaines. Ce ralliement est d'autant plus éloquent qu'on connaît les distances de Duguit avec les théories volontaristes et subjectivistes¹.

La volonté réelle peut seule produire des effets de droit, mais elle ne peut le produire que si elle est déclarée et dans les limites où elle est déclarée, parce qu'alors seulement elle est un fait social (...). Cette théorie de la déclaration de volonté doit s'appliquer incontestablement aux actes administratifs. C'est pour eux particulièrement qu'il y aurait de graves inconvénients pratiques à pouvoir discuter le contenu de la déclaration de volonté. En outre, la volonté de l'administrateur ne peut produire un effet de droit que lorsqu'elle est manifestée à l'extérieur et dans les limites où elle est manifestée, parce qu'il n'y a qu'à cette condition et dans ces limites qu'elle est un acte social.²

Duguit précise parfois que « toute volonté est une énergie à l'état potentiel », en ajoutant que « à un moment donné, cette énergie volontaire peut passer à l'état d'acte ; on dit alors qu'il y a acte de volonté »³. La déclaration de volonté comme origine de l'acte juridique parvient ainsi à un certain consensus doctrinal : l'immense majorité des juristes voit dans l'acte juridique, qu'il soit de droit civil ou de droit administratif, le résultat d'une opération particulière de manifestation de volonté de son auteur. L'approche normativiste du droit admet également cette caractéristique, ce que l'on retrouve clairement chez son représentant le plus éminent.

Il faut que chaque sujet sache que l'autre est d'accord avec lui, ou plus exactement : il faut qu'il y ait des faits extérieurs qui permettent d'admettre que chacun des sujets contractants a connaissance de l'expression de la volonté de l'autre (expression concordant avec la sienne).⁴

¹ Pour en prendre la mesure, il suffit de se référer aux premières lignes de la troisième édition du *Traité* de Duguit : la remise en cause des théories traditionnelles du droit s'articule particulièrement autour du problème de la volonté (DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, Boccard, 1927, 3^e éd., p. 1 et s.). Le droit trouve son origine, pour Duguit, dans ce qu'il appelle la solidarité sociale, qui laisse peu de place à la volonté humaine : son ambition est en effet de montrer que « la notion de solidarité implique la conception d'une règle de conduite, suffisante pour déterminer les pouvoirs et les devoirs de l'homme social en général et de l'homme investi de l'autorité politique en particulier » (DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901 ; réimpr. Paris, Dalloz, 2003, préf. F. MODERNE, p. 82).

² L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, p. 413, spéc. pp. 417-418.

³ DUGUIT, *Souveraineté et liberté*, Paris, Félix Alcan, 1922, p. 71. L'auteur précise que « la volonté est une énergie idéo-motrice qui reste à l'état potentiel jusqu'au moment où l'idée d'un certain but à atteindre détermine le sujet à passer à l'acte » (*ibid.*, p. 72). Toutefois, la position de l'auteur quant à cette affirmation peut prêter à ambiguïté, puisque ces développements s'inscrivent dans un exposé de la notion de souveraineté, qui « est une volonté » (*ibid.*, p. 70). Exposant une doctrine « canonique », le doyen de Bordeaux prend ses distances avec cette conception de la souveraineté, lorsqu'il écrit : « J'estime que, dans cette doctrine de la souveraineté, quelque logique qu'elle soit, il n'y a pas un atome de réalité positive, que c'est une construction de métaphysique formelle, curieuse et logiquement édifiée, mais tout à fait étrangère à la réalité concrète et qui est aujourd'hui en train de s'écrouler » (*ibid.*, p. 77).

⁴ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1940, p. 33, spéc. p. 44.

Le rôle de la volonté humaine dans le phénomène juridique, « question primordiale »¹, trouvera par la suite une place particulière dans les riches débats doctrinaux entourant la question de l'origine de la norme juridique. Cette *disputatio*, qui a longuement occupé une place centrale dans la controverse juridique, oppose, schématiquement, les tenants d'une approche volontariste du droit, aux tenants d'une approche objectiviste de la règle juridique. Si les résultats de cette controverse sont peu importants pour cette recherche, il est intéressant de relever que, dans les deux camps, que tout semble opposer, la volonté humaine joue un rôle non négligeable dans la création de la norme juridique.

Ce rôle est logiquement prégnant dans les approches volontaristes de la norme, que Roger Bonnard a synthétisées.

Dans la doctrine volontariste, les normes juridiques – comme d'ailleurs toutes les autres normes – sont considérées comme étant le produit de la volonté humaine. Elles existent non seulement pour cette volonté, mais aussi par cette volonté. La norme est d'abord un phénomène psychologique d'intelligence. Elle vient, en effet, établir un rapport entre deux idées qui sont, d'une part, l'idée d'une certaine activité humaine et, d'autre part, l'idée d'autorisation, d'interdiction ou de prescription. La norme a ainsi son siège dans l'intelligence humaine. Mais, en outre, la norme est aussi un phénomène psychologique de volonté, car elle est non seulement conçue par l'être humain, mais aussi voulue par lui (...). C'est le *fiat* de la volonté qui fait que tel acte est autorisé, interdit ou prescrit.²

Plus intéressant encore est le rôle attribué à la volonté humaine dans les systèmes objectivistes, puisqu'ils ont une tendance à éliminer « le fait volontaire de l'homme, qui est à la source du subjectif »³. Ces théories, multiples, font montre d'une grande difficulté, si ce n'est d'une impossibilité, à évacuer totalement la volonté humaine du phénomène de création

¹ N. COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Paris, Sirey, 1931, p. 9. Le sous-titre de la thèse de ce disciple de Duguit est évocateur : « Critique de la conception classique ». Cette conception classique est constituée par les approches volontaristes que l'auteur, à la suite de son maître, souhaiterait voir abandonnées, lorsqu'il affirme, de manière liminaire, qu'« on voudrait montrer que cette conception d'un rôle créateur de la volonté vis-à-vis de l'effet de droit, de la règle de droit, ne peut pas être admise » (*ibid.*, p. 10). Les critiques adressées à la conception volontariste du droit sont très largement celles de Duguit ; elles s'appuient essentiellement, à l'instar du maître, sur un « effort destructif », suivi d'une tentative de montrer que le droit, débarrassé de son origine volontariste, a une origine purement objective et extérieure, effort que l'auteur se refuse finalement à fournir (*ibid.*, pp. 11-12).

² R. BONNARD, « L'origine de l'ordonnement juridique », in *Mél. M. Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 33, spéc. pp. 45-46. Bonnard critique cette approche volontariste, en affirmant que « cette doctrine volontariste aboutit, d'une part, au positivisme juridique et, d'autre part, à l'autonomie absolue de la volonté. Elle fait disparaître ainsi toute base de limitation dans l'élaboration de l'ordonnement juridique tant par voie générale que par voie individuelle » (*ibid.*, p. 47). Cette critique peut se comprendre à la lumière de l'état du droit de l'époque, mais n'est pas insurmontable *per se*, dans la mesure où une volonté se traduisant dans un acte juridique peut être limitée par la volonté se trouvant à la base d'une norme hiérarchiquement supérieure.

³ HAURIOU, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », *Revue de métaphysique et de morale*, 1928, vol. 35, p. 193, spéc. p. 200 ; reproduit dans M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans, Éd. L'Épitoje, « Histoire(s) du Droit », vol. 1, 2013, p. 125, spéc. p. 130.

de la norme juridique. Cela est manifeste dans la présentation de ces théories faite par Marcel Waline. Selon cet auteur, il apparaît que « pour les théoriciens objectivistes, une règle ne tire pas son caractère juridique de son émission par une certaine autorité, elle ne la tire pas non plus de sa forme, c'est-à-dire de sa procédure d'élaboration, elle le tire de son contenu (...). La valeur juridique d'une règle n'est pas extrinsèque ou formelle, elle est intrinsèque ou matérielle (...). La règle de droit n'est donc pas une création arbitraire du législateur ; celui-ci ne fait que la découvrir, en quelque sorte, la formuler, la mettre en forme, la rédiger, mais cette règle préexistait à cette action du législateur »¹. Cependant, ces théories, comme les théories volontaristes, ne peuvent évacuer la volonté de l'acte juridique, quand bien même elle se trouve réduite à sa portion congrue : « La volonté individuelle joue un rôle dans l'élaboration du droit écrit. Ce rôle peut consister dans la création même de ces règles si l'on adopte un point de vue volontariste. Si on adopte un point de vue objectiviste, le rôle des volontés individuelles des législateurs se borne à conférer la positivité à la règle, qui est déjà juridique avant toute intervention humaine »².

On peut donc conclure qu'une règle de droit, écrite et objective, est le résultat d'une opération particulière consistant, pour la personne habilitée à y procéder, à manifester sa volonté, dont il résultera un devoir-être. Bonnard ne dit pas autre chose, lorsqu'il montre les difficultés attachées aux conceptions objectivistes, qu'elles soient fondées sur l'institution – Hauriou – ou sur le fait social – Duguit. Pour lui, ces conceptions se rattachent à la notion de valeur³, qui serait la source de l'ordonnement juridique. Or, pour que cette idée de valeur produise des conséquences juridiques, il faut qu'elle soit « conçue d'une certaine façon », et, notamment, avoir un caractère objectif. Car « la conception subjective de la valeur n'assure pas l'objectivité de normes ; avec elle, on retombe dans la doctrine volontariste »⁴. « L'élimination générale de tout élément volontariste comme facteur de production des

¹ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris, Domat-Montchrestien, 1949, 2^e éd. ; réimpr. Paris, Dalloz, 2007, préf. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, pp. 115-116.

² *Ibid.*, p. 121. Waline précise ailleurs que la construction objectiviste de Duguit selon laquelle « le législateur formule une règle, mais ne la crée jamais », en ce que sa « juridicité vient de sa conformité aux exigences de la solidarité sociale et de la justice » est une doctrine « fort séduisante », mais qu'elle constitue toutefois « une affirmation gratuite, rationnellement indémontrable » (WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Mél. G. Scelle*, t. II, Paris, LGDJ, 1950, p. 613, spéc. p. 617).

³ Sur les « derniers progrès de la philosophie » sur l'idée de valeur, v. BONNARD, « Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales (avec des inédits de Duguit) », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, p. 7. Pour Bonnard, « on a compris que, pour toutes choses, il se pose en philosophie critique à côté des problèmes de l'existence les problèmes de la valeur ; qu'il y a lieu de se demander non seulement si, pourquoi et comment une chose *est*, mais également si, pourquoi et comment cette chose *vaut* ». Tout l'enjeu est alors de savoir « comment et sur quelle base » doit s'opérer le « jugement de valeur » (*ibid.*, p. 7).

⁴ BONNARD, « L'origine de l'ordonnement juridique », *art. préc.*, p. 53.

normes »¹ est donc possible si, et seulement si, une conception purement objective de la valeur est possible, conclusion à laquelle Bonnard ne parvient pas, bien qu'il ait tenté de fonder objectivement la valeur en recourant au concept de finalité². On peut ainsi dire que la connaissance scientifique du droit est, à l'instar des sciences sociales, parvenu à un degré d'objectivité certain, au terme de cette période ; sans pour autant que l'objectivité atteigne, dans ses fondements, le processus de création même du droit³, qui reste d'ordre volontariste⁴.

Ainsi, et de manière liminaire, l'acte administratif est doctrinalement conçu comme une manifestation de volonté. Peu importe ici, la question de l'origine de la règle de droit : une règle juridique objective et positive, catégorie dont fait partie l'acte administratif, est le résultat d'une manifestation de volonté, quelle que soit la prépondérance qu'on accorde à cette dernière. La volonté humaine est donc une composante irréductible de l'acte administratif. Cette théorisation intervient concomitamment à des évolutions positives qui tendent vers ce même résultat, dans la mesure où « la représentation volontariste a joué un rôle essentiel dans [l'] identification » de l'acte administratif⁵. Alors, et alors seulement, la

¹ *Ibid.*, p. 60.

² V. notamment BONNARD, « Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales... », *art. préc.*, p. 11 : « La valeur des choses ne peut procéder que de la fin à laquelle elles sont destinées ». Finalité qui n'exclut pas pour autant le problème central du caractère objectif du jugement de valeur, qui supposerait que « la valeur est dans les choses et exprime leur nature » (E. DURKHEIM, « Jugements de valeur et jugement de réalité », *Revue de métaphysique et de morale*, 1911, p. 437, spéc. p. 443). Sur l'impossibilité d'évacuer totalement la volonté de la conception du droit, même objectif, v. aussi BONNARD, « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, p. 5, spéc. p. 51. Sur la « théorie des valeurs sociales » de Bonnard, v. M. DUVERGER, « L'œuvre et la doctrine de Roger Bonnard », *RDP*, 1944, p. 4, spéc. p. 10 et s. : pour Duverger, si Bonnard avait admis la conception subjective de la valeur, « Bonnard aurait été conduit inéluctablement à renier tout le système objectiviste du droit patiemment édifié par Duguit : il aurait retrouvé, après un détour, le vieil individualisme classique et la doctrine volontariste » (*ibid.*, pp. 10-11). Sur les « incertitudes » de la théorie des valeurs de Bonnard et, plus largement, du positivisme sociologique, v. D. ELKIND, « La théorie des valeurs chez Roger Bonnard ou les mésaventures du positivisme sociologique », *RFDA*, 2015, p. 183.

³ C'est toute la tentative de Bonnard, lorsqu'il se demande : « Mais la valeur objective est-elle vraiment productrice de normes ? », en ajoutant que « si ce point était établi, s'il est démontré que les normes ne sont qu'un produit direct des valeurs, il en résulte l'objectivité complète de tous les ordonnancements humains » (BONNARD, « L'origine de l'ordonnement juridique », *art. préc.*, p. 60).

⁴ Les travaux de Max Weber illustrent parfaitement ce mouvement des sciences sociales, à l'époque : v. particulièrement M. WEBER, « L'objectivité de la connaissance dans les sciences et la politique sociales », *in idem, Essais sur la théorie de la science*, trad. J. FREUND, Paris, Plon, 1965, p. 119, spéc. p. 123 et s. Pour Weber, « ce qui est avant tout accessible immédiatement à l'examen scientifique, c'est la question de la conformité des moyens quand le but est donné. (...) Toutefois, incliner cette confrontation jusqu'à la décision, cela n'est plus une tâche possible de la science, mais de l'homme doué de volonté : c'est lui seul qui délibère et qui choisit entre les valeurs en cause, en conscience et selon sa propre conception du monde » (*ibid.*, pp. 123-124). Ainsi, « l'homme de volonté », dans lequel on peut parfaitement voir un jurislatureur, peut s'aider de la critique scientifique, dont Weber pose les jalons. Mais la tâche du scientifique semble connaître une limite, lorsque Weber affirme que « quant à savoir si le sujet doit accepter ces étalons ultimes, cela est son affaire propre, c'est une question qui est du ressort de son vouloir et de sa conscience, non de celui du savoir empirique » (*ibid.*, p. 126).

⁵ J.-J. BIENVENU, « Actes juridiques et classification », *Droits*, n° 7, 1988, p. 21, spéc. p. 26.

question de l'impartialité de son auteur, ou des personnes ayant participé à son édicition, peut se poser.

Toutefois, un certain nombre d'auteurs de doctrine expriment leur réticence à l'idée qu'une volonté humaine puisse s'imposer à d'autres volontés humaines¹. Cela a en grande partie contribué à entourer la volonté qui s'impose effectivement, celle de l'État, de caractéristiques propres à en ôter le caractère humain².

Cette réticence est parfaitement illustrée par le débat au très long cours sur la nature de l'acte juridictionnel. Celui-ci a très longtemps été considéré comme un acte de pure application de la loi, ne comportant aucun élément de volonté propre au juge³. Cela a abouti au mythe du « juge, bouche de la loi », ainsi qu'au mythe du syllogisme judiciaire, dont Montesquieu s'est fait le porte-parole : « Si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte »⁴. Cette idée a été marquée d'une certaine permanence en théorie du droit, marquant la réticence collective à admettre qu'une volonté

¹ Bonnard développe cette idée ailleurs : « La création de l'impératif de la norme par une volonté suppose que cette volonté est une volonté commandante et, par suite, qu'elle possède une supériorité sur les volontés auxquelles la norme vient s'adresser » (BONNARD, « Droit naturel et droit positif », *Rev. internat. de la théorie du droit*, t. III, 1928, p. 1, spéc. p. 6) ; Duguit exprime la même réticence : « Dans un groupement social humain, nous n'apercevons que des volontés individuelles toutes égales. On ne voit pas, on ne peut pas concevoir quel élément d'ordre positif et humain pourrait constituer une hiérarchie des volontés, une supériorité d'une ou de plusieurs d'entre elles sur une ou plusieurs autres. On n'aperçoit pas et on ne conçoit pas ce qui pourrait donner à une personne humaine un certain caractère qui lui permettrait d'imposer sa volonté à une ou plusieurs autres » (DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, Boccard, 1927, 3^e éd., p. 218). Cette interrogation est ancienne, on peut relever que Domat la résolvait en divinisant la volonté du juge, pour justifier sa supériorité : « Comme les juges tiennent la place de Dieu, c'est par cette raison qu'il les appelle lui-même des Dieux : car, comme la fonction de juger les hommes, que la nature rend tous égaux, n'est naturelle à aucun d'eux, et que toute autorité d'un homme au-dessus d'un autre, est une participation à celle de Dieu, la fonction de juger est une fonction qu'on peut en ce sens appeler divine, puisqu'on y exerce un pouvoir qui n'est naturel qu'à Dieu (...) » (J. DOMAT, *Le droit public*, t. V, Paris, Emery, p. 87).

² François Terré le relève, en ce qui concerne la fonction juridictionnelle : « Que soit donné à certains hommes le pouvoir d'en juger d'autres, de juger les autres, c'est là une mission inouïe, qui relève du fond des âges, du divin et du sacré » (F. TERRÉ, « De l'indépendance des juges », *Rev. de métaphysique et de morale*, 1997, p. 511).

³ Ce que l'on retrouve dans des temps anciens, par exemple chez Beccaria, en 1764, selon lequel les juges ne doivent pas interpréter la loi « pour la bonne raison qu'ils ne sont pas des législateurs (...). En présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l'acquittement ou la condamnation. Si le juge fait, volontairement ou par contrainte, ne fût-ce que deux syllogismes au lieu d'un seul, c'est la porte ouverte à l'incertitude » (BECCARIA, *Des délits et des peines*, trad. M. CHEVALLIER, préf. R. BADINTER, Flammarion, « GF », 1991, p. 67).

⁴ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L. XI, ch. VI, Londres, 1757, nouvelle éd., p. 316. Montesquieu ajoute, dans le même chapitre que « des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle » (*ibid.*, p. 320), et que « les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » (*ibid.*, p. 327).

purement humaine – celle du juge – puisse avoir des implications aussi exorbitantes¹. Il n'en va pas différemment de l'Administration². C'est alors que la doctrine a tenté d'appréhender la question, au moyen de la théorie de l'organe, qui permet de saisir la réalité de ce phénomène.

B. *La volonté de l'Administration est celle de ses organes*

« Il n'y a dans l'État que des volontés individuelles pour exercer son activité parce que cette activité peut être exercée par des volontés ordinaires. »³ Si la théorie du droit ne peut concevoir l'acte juridique comme autre chose qu'une manifestation de la volonté, la question de l'identification de l'origine de la volonté qui s'impose unilatéralement, celle de l'État, a été longuement débattue. En effet, certaines théories répugnent à voir dans les actes juridiques de l'État la manifestation de volontés individuelles. Ainsi, la volonté de l'État a été parée d'atours propres à en minimiser la dimension humaine.

C'est l'un des mérites de la théorie de l'organe que d'avoir mis fin à ce qui s'assimile à des croyances. Cette théorie est née de la réflexion autour de la construction juridique de l'État et, particulièrement, de la question de sa personnalité juridique, qui est « l'un des débats vraiment décisif du droit public allemand au XIX^e siècle »⁴, ainsi qu'en France¹. La

¹ À tel point que certains auteurs doivent encore affirmer, dans la période contemporaine, que cette construction persistante à quelque chose de mythique : v. notamment M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 5. Selon cet auteur, « de nombreux auteurs l'ont démontré, l'interprétation n'est pas un acte de connaissance, mais de volonté. La détermination de la norme applicable par le juge résulte de la volonté du juge lui-même. Le juge doit en outre établir l'existence matérielle du fait qui lui est soumis (...). Là encore, il s'agit d'une opération de volonté. Cela apparaît de manière particulièrement éclatante dans tous les cas où le juge doit se prononcer sur les faits, selon son intime conviction, mais reste vrai dans les autres cas » (*ibid.*, p. 9).

² Ainsi Michel Troper affirme-t-il que « le Gouvernement et l'Administration se livrent également à l'interprétation des lois qu'ils doivent appliquer et, comme celle des juges, leur interprétation est le produit d'actes de volonté » (*ibid.*, p. 11).

³ R. BONNARD, « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, p. 5, spéc. p. 57.

⁴ O. JOUANJAN, « Préface », in G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, t. I, Paris, Éd. Panthéon-Assas, « Les introuvables », 2005, p. 63. Le même auteur qualifie encore ce débat de « *quaestio diabolica* » (O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, « Léviathan », 2005, p. 235). Pour Félix Moreau, la résolution du problème de la personnalité de l'État permet de soumettre l'Administration au droit : « Bienfaitante, elle l'a été à un plus haut degré, l'idée que les collectivités du Droit administratif sont des personnes. C'est grâce à elle que les questions administratives ont acquis une forme juridique. Pour conjurer l'arbitraire, pour assujettir au droit la puissance publique, aucun moyen n'a paru plus efficace, plus direct, plus sûr, que d'assimiler l'État à une personne » (F. MOREAU, *op. cit.*, p. 31). Hauriou est plus réservé, dans la mesure où la reconnaissance de cette personnalité à l'État aboutit « à ne voir dans la souveraineté qu'un droit subjectif de domination » (HAURIOU, *La souveraineté nationale*, Paris, Sirey, « Études constitutionnelles », 1912, p. 4). Pour l'actualité de la question en droit administratif français, v. F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, préf. J.-A. MAZÈRES, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 176, 1997, 334 p.).

construction de la personnalité juridique de l'État permet en effet de concevoir juridiquement la volonté de ce dernier, enjeu crucial, à l'époque. L'un des effets de cette théorie est d'affirmer sans détours que les actes juridiques des personnes publiques sont le résultat de la manifestation de volonté d'individus, habilités par le système juridique, et qualifiés d' « organes », par opposition à la qualification de « représentants ».

D'origine allemande, la théorie de l'organe a été portée à ses développements les plus raffinés, en droit public, par Georg Jellinek, dans son entreprise de construction d'une théorie purement juridique de l'État, selon une méthode empirique qui consiste « non pas [à] construire une fiction, mais [à] procéder à l'abstraction juridique de l'État », de manière à « concevoir la meilleure manière de le penser [l'État] dans une catégorie juridique »². Il formule notamment cette théorie dans son *Allgemeine Staatslehre*, publiée à partir de 1900. Elle s'oppose frontalement aux théories de l'époque selon lesquelles une collectivité dispose d'une volonté propre, que ses représentants ne feraient qu'exprimer³. Parmi ces théories figurent « une certaine école, celle qui a pour chef Gierke », selon laquelle « il existe dans les corporations, spécialement dans l'État, une volonté collective, réelle et naturelle, qui est antérieure à toute organisation juridique »⁴. Gierke est un des tenants du droit corporatif (*Genossenschaftsrecht*), pour qui « la capacité de vouloir et d'agir des *Genossenschaften* est une réalité existant dans et avec leur personnalité », ajoutant que « le droit leur attribue la personnalité justement parce qu'il voit en elles les sujets d'une volonté collective, une et permanente ». Et d'en conclure qu' « ici, comme dans l'individu, nous voyons la base de la

¹ Hauriou traduisait la permanence du débat, en 1898 : « La personnalité morale est un admirable élément de conciliation entre le social et l'individuel dans les relations sociales créées par l'activité collective. Certes, le droit n'arrive pas à dégager du premier coup cet instrument perfectionné, il tâtonne et procède par approximations » (HAURIOU, « De la personnalité morale comme élément de la réalité sociale », *Rev. gén. du droit*, 1898, p. 5, spéc. p. 123). Ce dernier constat est également à la base des travaux de Raymond Saleilles sur la personnalité juridique, en droit privé : « Lorsque ces collectivités s'organisent à l'état d'institutions durables, lorsqu'elles présentent une véritable unité d'administration et de décision, le droit est bien obligé de les accepter comme une réalité qui s'impose à lui », puisque, d'après son aphorisme, « on veut d'abord le résultat, on trouve le principe après : telle est la genèse de toute construction juridique » (R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théories*, Paris, Rousseau, 1922, 2^e éd., p. 3 et 45). Sur cette question, en Droit public, v. encore L. MICHOD, « La personnalité et les droits subjectifs de l'État dans la doctrine française contemporaine », *Rev. gén. d'adm.*, 1911, p. 257 et 385.

² JOUANJAN, *in op. cit.*, p. 66.

³ Théories qualifiées rétrospectivement d' « analogie fallacieuse » par certains auteurs (J. DABIN, *L'État ou le politique : Essai de définition*, Paris, Dalloz, « Philosophie du droit », vol. 5, 1957, p. 177).

⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, Paris, Sirey, 1922 ; réimpr. Paris, Éditions du CNRS, 1962, p. 290.

subjectivité dans une volonté qui est la force interne, principe des actes extérieurs »¹. Ce « réalisme ontologique »² n'est pas sans rappeler le caractère extérieur et transcendant de la volonté générale, développé par Rousseau³. Mais la théorie de l'organe s'oppose également à la théorie qu'on peut appeler « organiciste » de l'État, telle que développée par Gerber, en ce que celle-ci est « réaliste et substantialiste »⁴ : si elle conçoit pour la première fois la personnalité juridique de l'État⁵, elle n'en maintient pas moins une conception transcendante de sa volonté⁶.

Jellinek s'oppose donc à ces théories en ce qui concerne la nature de la volonté de l'État : selon lui, « toute société a besoin d'une volonté une. Cette volonté ne peut pas être autre qu'une volonté humaine. Un individu, dont la volonté vaut comme volonté du groupe, doit être considéré, en tant qu'elle se rapporte au groupe, comme instrument de volonté du

¹ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1887, p. 608 (cité et traduit par R. CLEMENS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, préf. L. LE FUR, Paris, Sirey, 1935, p. 63).

² P. BRUNET, *Vouloir pour la nation : Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, préf. M. TROPER, Paris, LCDJ-Bruylant, « La pensée juridique », 2004, p. 39.

³ Rousseau l'exprime clairement dans le chapitre premier du livre IV du *Contrat social*, intitulé « Que la volonté générale est indestructible » : « Tant que les hommes réunis se considèrent comme un seul corps, ils n'ont qu'une seule volonté, qui se rapporte à la commune conservation et au bien-être général. Alors, tous les ressorts de l'État sont vigoureux et simples, ses maximes sont claires et lumineuses (...) ; le bien commun se montre partout avec évidence, et ne demande que du bon sens pour être aperçu » (ROUSSEAU, *Du Contrat social*, livre IV, ch. 1, Amsterdam, M. Rey, 1762, pp. 232-233). Certains auteurs de la fin du XIX^e siècle confirment l'inspiration rousseauiste d'une telle conception : Saripolos écrit par exemple, en s'appuyant sur le *Contrat social*, que « l'État est une personne juridique ayant une volonté réelle (...) ; il a une volonté réelle distincte de celle des associés » (N. SARIPOLOS, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, t. II, Paris, Rousseau, 1899, p. 70).

⁴ O. JOUANJAN, « Préface », *op. cit.*, p. 64.

⁵ V. O. JOUANJAN, « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, LexisNexis, « Colloques et débats – Travaux de l'AFDA », vol. 4, 2011, p. 25, spéc. p. 27 : « En 1865, Gerber admet enfin ce qu'il avait refusé en 1852, à savoir reconnaître à l'État la personnalité juridique (...). L'introduction (...) du concept de personnalité publique fut alors proclamée, par Gerber lui-même, la "pierre angulaire" du droit public ».

⁶ Il en résulte que, selon Gerber, la volonté étatique présente un caractère extérieur : pour lui, la puissance étatique « n'est pas un assemblage artificiel et mécanique de plusieurs volontés individuelles, mais la puissance collective morale du peuple conscient de lui-même » (GERBER, *Grundzüge der deutschen Staatsrechts*, Leipzig, Tauchnitz, 1880, 3^e éd. ; cité et traduit par L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Fontemoing, 1903 ; réimpr. Paris, Dalloz, 2005, préf. F. MODERNE, p. 3).

groupe, comme organe du groupe »¹. Ainsi, la volonté de l'État n'est autre que celle des individus institués organes de l'État par le système juridique. Il n'y a donc pas deux entités distinctes, l'État et ce qu'on appelle traditionnellement ses représentants, chargés d'exprimer sa volonté, mais une seule et même personne. Et, partant, une volonté unique.

Pour bien connaître la condition juridique de l'organe de l'État, il faut nettement distinguer entre les organes et les hommes qui en remplissent la fonction. L'organe comme tel n'a pas de personnalité vis-à-vis de l'État. Il n'y a pas deux personnes : l'État et l'organe, ayant l'une avec l'autre certains rapports juridiques ; l'État et l'organe ne font qu'un. L'État ne peut exister que par le moyen de son organe ; si par la pensée on supprime l'organe, il ne faut point dire qu'il reste un État, support de l'organe ; c'est le néant juridique. C'est par là que le rôle d'organe se distingue de toute autre sorte de représentation. Le représenté et le représentant sont et restent deux ; le groupe et l'organe sont et restent une seule et même personne.²

Il n'y a donc pas, dans cette optique, de volonté propre de l'État qui serait préexistante. La volonté de l'organe, personne individuelle ou collective, tient lieu de volonté à la personne juridique qu'est l'État. C'est l'idée même de représentation qui est remise en cause, car « derrière le représentant, il y a une autre personne ; derrière l'organe, il n'y a rien »³.

La théorie de l'organe ainsi développée en Allemagne va connaître une réception quelque peu mouvementée, de l'autre côté du Rhin. En effet, plusieurs auteurs français se l'approprient, à divers degrés, tout en y ajoutant leurs conceptions personnelles, au risque de la dénaturer. Il en résulte notamment que cette construction qui trouve son origine en droit constitutionnel ne va pas pleinement parvenir à l'échelon administratif.

Achille Mestre est l'un des premiers juristes français à appréhender la théorie de l'organe, lorsqu'il aborde le problème de la responsabilité pénale des personnes morales. Mais, selon lui la nature de l'organe est quelque peu ambiguë, lorsqu'il affirme que « c'est la

¹ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, t. II, trad. G. FARDIS, rééd. Paris, Éd. Panthéon-Assas, « Les introuvables », 2005, préf. O. JOUANJAN, p. 219. Tout l'enjeu de cette qualification d'organe est d'en permettre une approche juridique : « Chez les peuples civilisés (...) le cours réel de l'organisation politique se rattacherait étroitement aux règles juridiques, en sorte que la désignation de l'individu à la qualité d'organe ne peut avoir lieu qu'en conformité de dispositions réglant juridiquement cette désignation du titulaire de chaque fonction. La compétence des différents organes, la façon dont leur volonté s'exprime, les conditions nécessaires à la validité juridique de cette expression de leur volonté, voilà autant d'objets qui doivent être fixés en des principes juridiques. En pareil cas, une réglementation juridique est indispensable toutes les fois qu'il y a collaboration de plusieurs organes et, quand il y a collégialité des organes, toutes les fois que la volonté de l'organe ne peut se dégager que par un processus juridique des actes d'une pluralité de volontés individuelles » (*ibid.*, p. 224).

² *Ibid.*, p. 248.

³ « Hinter dem Vertreter steht daher ein anderer, hinter dem Organ nichts » (JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, Mohr, 1895, p. 29).

volonté même de la personne morale qui anime l'organe »¹, comme si la volonté en question conservait son caractère d'extériorité à l'organe. S'il affirme que « la personne morale, étant incapable, doit recourir, pour vivre, à des individus dont la volonté est réputée la sienne »², il maintient une conception rousseauiste de la volonté de l'organe, qu'il qualifie de « représentatif », en ce qu'elle est extérieure à l'organe. Partant, la réception de l'intérêt de la théorie de l'organe n'est pas totale, chez cet auteur.

Ce qu'il est important d'affirmer, c'est que « l'organe représentatif » n'a pas une volonté extérieure à celle de la personne morale, mais au contraire est chargé d'exprimer cette volonté ; ce qu'on demande à l'organe, c'est non pas quel est son avis personnel sur un sujet donné, mais quelle est sur cette matière la volonté générale ou corporative. Rousseau avait déjà, dans un passage célèbre, affirmé ces principes.³

Duguit, plus sceptique à l'égard des « purs sophismes »⁴ de Rousseau, discute ensuite cette théorie, notamment dans une brochure intitulée *Le mandat de droit public et la théorie de l'organe*, publiée en 1902 : il s'en fait le critique⁵. Le ton est quelque peu ironique lorsqu'il affirme que « cette théorie juridique de l'organe est merveilleusement construite ; elle est d'une élégance juridique achevée, qui eût fait envie aux juristes les plus consommés de la vieille Rome »⁶. Mais Duguit ne la rejette pas moins, en ce qu'elle est incompatible avec sa propre théorie du droit, qu'il entend reconstruire après avoir détruit la « base des explications du droit public alors en circulation »¹. D'une part parce qu' « elle suppose le postulat de la personnalité de l'État, que nous rejetons », mais surtout parce ce qu'elle « aboutit forcément à

¹ A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, Rousseau, 1899, p. 211.

² *Ibid.*, p. 215.

³ *Ibid.*, p. 221. L'auteur explicite la vision corporatiste de l'État qui est celle de Rousseau, dans un article publié en 1902 : la personnalité de l'État se fonde sur l' « élément primordial, essentiel à la personnalité morale » qu'est la volonté corporative (A. MESTRE, « La notion de personnalité morale chez Rousseau », *RDP*, 1902, t. 18, p. 447, spéc. p. 457).

⁴ DUGUIT, *Souveraineté et liberté*, *op. cit.*, p. 97. Des idées de Rousseau naît, pour le même auteur, le « fétichisme de la loi », source de nombre d'incompréhensions du droit public de l'époque (DUGUIT, *Les transformations du droit public*, *op. cit.*, p. 74). Hauriou s'accorde avec Duguit sur ce point, lorsqu'il qualifie d' « erreur initiale » l'assimilation par Rousseau de la volonté générale à la loi, alors que, pour l'auteur, la seconde n'est qu' « une variété du pouvoir de domination », ce qui n'est pas le cas de la première (HAURIOU, *La souveraineté nationale*, *op. cit.*, p. 23 et 28).

⁵ Il est, pour Marcel Waline, celui qui « a sauvé la personnalité juridique en contraignant, par son attaque impitoyable, ses défenseurs à cet effort "héroïque" des premières années du siècle » (M. WALINE, *Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou*, Paris, Gamber, 1930, p. 24).

⁶ DUGUIT, *Le mandat de droit public et la théorie juridique de l'organe*, Paris, Fontemoing, 1902, p. 21.

une impasse ». Mais cette impasse se fonde sur un postulat allant clairement à l'encontre des affirmations de Jellinek.

Si ce sont là des organes, il faut qu'il y ait derrière eux une volonté dont ils soient les organes ; ils n'existent comme organes que par cette volonté ; mais cette volonté est une volonté collective qui n'existe elle-même que par ses organes. Finalement, est-ce la volonté de l'État qui existe par les organes, ou sont-ce les organes qui exercent [*sic*] par la volonté de l'État ? Impasse de laquelle on ne peut point sortir.²

C'est, en filigrane, une critique plus large de la théorie de l'autolimitation qui apparaît ici³, que Duguit rejettera ailleurs⁴. Duguit conclut à la fois au rejet de la théorie de la représentation et du mandat et de la théorie de l'organe, car « les postulats dont on part sont faux ; faux le postulat de l'État-personne ; faux celui de la puissance droit subjectif »⁵. Et de proposer à son tour les bases de sa propre théorie du droit, débarrassée de ces conceptions qu'il a rejetées. Mais cela aboutit à maintenir un caractère extérieur à la volonté de l'État⁶. Il faut cependant noter que, lorsque Duguit examine le problème de la compétence des fonctionnaires, il affirme qu' « en réalité, la compétence est un pouvoir de vouloir efficacement, conformément à un certain but, pouvoir dont est investie une volonté individuelle, la volonté individuelle du fonctionnaire »⁷. Mais là n'est pas l'enjeu de la discussion, qui porte sur le caractère de pouvoir objectif ou de droit subjectif de la compétence, et l'auteur ne s'attarde pas sur cette question. Duguit utilise par ailleurs le terme

¹ O. JOUANJAN, « Duguit et les Allemands », in F. MELLERAY (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 195, spéc. p. 197.

² DUGUIT, *Le mandat de droit public...*, *op. cit.*, pp. 21-22.

³ Ce lien apparaît encore plus clairement sous la plume de Duguit, en 1913, lorsqu'il écrit que « si l'on admet la personnalité de l'État et si l'on définit la loi [comme] l'ordre formulé par la volonté souveraine de l'État, on est dans l'impossibilité absolue de comprendre comment les lois organiques peuvent être véritablement des lois, puisque l'État ne peut s'adresser un commandement à lui-même » (DUGUIT, *Les transformations du droit public*, *op. cit.*, p. 82).

⁴ Pour Duguit, cette théorie « n'est pas admissible pratiquement, qu'une limitation volontaire n'est pas une limitation » (DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *op. cit.*, p. 105). Sur cet « effort ingénieux, du reste stérile » de Jellinek, qui relève du « pur sophisme », v. DUGUIT, « La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État », *RDP*, 1919, p. 161, spéc. p. 166 et s.

⁵ *Ibid.*, p. 23. Duguit développe davantage ces idées dans son ouvrage intitulé *L'État, les gouvernants et les agents*, publié en 1903, dans lequel il affirme que la théorie de l'organe, développée par l'école allemande, « ne nous satisfait guère mieux » (L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, *op. cit.*, p. 71).

⁶ Duguit l'affirme parfois avec ambiguïté, comme en 1906 : « En admettant que l'État et ces personnes publiques aient une volonté, elle sera exprimée par des individus, représentants de l'État » (DUGUIT, « L'acte administratif... », *art. préc.*, p. 414). À l'inverse, il semble parfois s'en départir et admettre clairement l'un des résultats de la théorie de l'organe, lorsqu'il affirme que, dans une « conception purement réaliste de l'État (...), la loi est tout simplement l'expression de la volonté purement individuelle des hommes qui la font » (DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, p. 75).

⁷ DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, *op. cit.*, p. 501.

d'organe, pour des commodités de langage, tout en se départant de la théorie qui lui est attaché¹. Le rejet de cette théorie par Duguit est donc éminemment personnel, dans la mesure où celle-ci heurte frontalement les conceptions dont il se fait le défenseur. Pour autant, on peut considérer que « le critique manque ici sa cible »², faute d'avoir saisi les enjeux de la théorie de l'organe, en la rejetant trop vite du côté des « fantômes métaphysiques »³. D'autres auteurs de droit constitutionnel écartent cette théorie de manière véhémement et dans le même sillage, en considérant qu'elle « patauge dans la fiction », et en la qualifiant d' « oppressive » et d' « irrationnelle »⁴.

La théorie de l'organe sera également victime des visions par trop légicentristes de Carré de Malberg, exprimées dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État*. L'auteur expose une compréhension claire de la théorie de l'organe, en adoptant la thèse de Jellinek⁵, pour rejeter la théorie de la représentation⁶ : « Il est bien vrai que l'organe, lorsqu'il exprime la volonté de la collectivité, le fait en pleine indépendance : il n'est pas, comme le représentant, subordonné à la volonté du représenté ; il veut librement »⁷. Il souligne ainsi « le caractère éminemment personnel (...) de l'activité consistant à vouloir pour la nation »⁸, reprochant à certains auteurs, notamment Mestre, d'avoir adopté la théorie de l'organe tout en maintenant le caractère extérieur de la volonté de l'État, car « cette façon de comprendre le rôle de l'organe n'est pas conforme à la réalité des choses »⁹. Il va plus loin en affirmant clairement que « le rôle personnel » que l'individu « joue dans la formation de cette volonté [nationale] est capital », ce que la dénomination d'organe tend à minimiser en ce que « ce mot

¹ Cela est le cas dans ses *Leçons de droit public général*, professées en 1926, au Caire (L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, Paris, La mémoire du droit, 2000, spéc. p. 192).

² É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, « Léviathan », 2003, p. 169.

³ O. JOUANJAN, « Duguit et les Allemands », *art. préc.*, p. 197.

⁴ J. BARTHÉLEMY & P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, 2^e éd. ; rééd. Paris, Éd. Panthéon-Assas, « Les Introuvables », 2004, p. 88. La critique, qui se fonde sur les arguments de Duguit, semble toutefois adressée à la conception assez particulière de Gierke plus qu'à celle de Jellinek.

⁵ Il affirme ainsi, dans le premier tome de la *Contribution à la théorie générale de l'État*, qu' « il est impossible de concevoir une volonté étatique qui soit autre chose qu'une volonté humaine » et qu' « il n'est point de subtilité de raisonnement qui puisse prévaloir contre ce fait que l'organe exprime en réalité sa volonté personnelle » (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920 ; rééd. Paris, Éditions du CNRS, 1962, p. 27).

⁶ Ce qu'il fait en affirmant sans détours que les députés « ne sont donc point les représentants d'une volonté nationale distincte de la leur, ils sont un organe par lequel la nation devient capable de vouloir. À la notion de représentation, il faut, dès lors, substituer celle d'organe national ou encore d'organe d'État » (CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. II, p. 285).

⁷ *Ibid.*, p. 289.

⁸ *Ibid.*, p. 306.

⁹ *Ibid.*, p. 306.

est employé à dessein pour masquer et faire disparaître la personne qui fait fonction d'organe »¹.

La théorie de l'organe semble ainsi trouver un porte-parole vigoureux en France. Carré de Malberg exprime à maintes reprises son approbation des implications de cette théorie : « Ce serait une erreur de croire que la théorie de l'organe ne présente qu'un intérêt d'ordre spéculatif et qu'elle soit dénuée de valeur pratique »². Toutefois, pour Carré de Malberg, la seule volonté qui puisse tenir lieu de volonté de l'État est celle de la nation, exprimée par le Parlement. Il expose la conception selon laquelle « tous les personnages ou collègues qui ont le pouvoir de faire un acte de volonté au nom et pour le compte de la collectivité »³ sont des organes. Mais, selon lui, cela correspond à une « acception large » de la notion d'organe, qu'il récuse en ce qu'elle est « peu conforme aux concepts spéciaux du droit constitutionnel »⁴. Tout est dit : la transposition de la théorie de l'organe manque la sphère administrative, à cause d'une conception de l'administration purement exécutive de la volonté du Parlement. Replacé dans le contexte de l'époque, il est aisé de comprendre cette vision de l'Administration, dont toute l'activité est conditionnée par la volonté du Parlement, qui seule est « initiale » : « Car il est manifeste que la personnalité et la volonté de l'État se trouvent complètement formées, dès avant toute intervention de leur activité [des fonctionnaires] »⁵. Même le Président de la République est exclu de la qualification d'organe, dans l'optique de Carré de Malberg, en ce qu'il n'est qu'« un fonctionnaire national »⁶. Cette application étonnante de la théorie de l'organe a été relevée ultérieurement⁷. Ainsi, ce dont Carré de Malberg ne discute pas, dans son application constitutionnaliste de la théorie de l'organe,

¹ *Ibid.*, p. 307. A. ROSS, dans le même ordre d'idée, relèvera plus tard la « dimension mystique » qui réside dans l'affirmation selon laquelle un individu est l'organe de l'État (A. ROSS, « Sur les concepts d'"État", d'"organes d'État" en droit constitutionnel », *Droits*, n° 23, 1996, p. 131 ; spéc. p. 136).

² *Ibid.*, p. 310.

³ *Ibid.*, pp. 386-387.

⁴ *Ibid.*, p. 386.

⁵ *Ibid.*, p. 396.

⁶ *Ibid.*, p. 409.

⁷ Ainsi, Pierre Brunet affirme-t-il qu'« il n'est pas certain que Carré de Malberg soit resté aussi fidèle à la doctrine allemande (...) qu'il l'a affirmé » (P. BRUNET, « Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg », in O. BEAUD & P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique allemande et la science juridique française (1870-1914)*, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série, 1997, p. 273, spéc. p. 274). Pour Brunet, « toute l'erreur de Carré de Malberg » (*ibid.*, p. 277) est contenue dans le fait que ce dernier affirme que « si la théorie actuelle de l'organe juridique est de construction allemande, les matériaux en ont été fournis, en bonne partie, par les travaux et les discours des constituants français de 1791 » (CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, *op. cit.*, p. 297).

c'est de son application au droit administratif. Certains auteurs français s'y sont pourtant livrés, bien avant Carré de Malberg.

Le premier d'entre eux est Léon Michoud, qui aborde succinctement cette théorie dans la fin d'un article publié en 1899. Dans les derniers développements de cet article, il se réfère à la théorie de Jellinek tout en y exprimant son adhésion. Mais, il le dit lui-même, « ce n'est point encore ici le lieu de dégager les conséquences de cette idée »¹. Michoud dégagera les conséquences de la théorie de l'organe quelques années plus tard, dans un « ouvrage magistral »² consacré à la théorie de la personnalité morale, dont la première édition date de 1906. Constatant le « défaut logique » de la théorie de la représentation, appliquée à l'État, il lui oppose, de manière classique à l'époque, la théorie de l'organe, « beaucoup plus subtile et élégante, plus vraie aussi »³. Au terme de la discussion des objections adressées par Duguit, qui, pour Michoud, viennent d'une mauvaise compréhension de la théorie, celui-ci affirme « qu'en elle-même, la théorie est acceptable »⁴, ajoutant qu'« elle est très supérieure à la théorie de la représentation légale »⁵. Il en conclut ainsi que « l'organe, à la différence du représentant, incarne donc toute la volonté de l'être collectif »⁶. Selon Michoud, est organe la personne qui a « le droit de vouloir au nom de la personne morale »⁷. D'autres auteurs acceptent également la théorie de l'organe après avoir rejeté la théorie de la représentation, notamment Félix Moreau⁸.

En s'appuyant sur les travaux de Michoud, Hauriou tirera des conclusions véritablement administrativistes de la théorie de l'organe, dans la deuxième édition de ses *Principes de droit public*, publiés en 1916. « Construisons l'automate social », telle est son

¹ MICHOD, « La notion de personnalité morale », *RDP* 1899, t. XI, p. 193, spéc. p. 227. Bien que l'*Allgemeine Staatslehre* de Jellinek date de 1900, ce dernier a esquissé les premiers développements d'une application de la théorie de l'organe à l'État dans son *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, dont la première édition date de 1892.

² Ainsi qualifié par Hauriou (HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Tenin, 1916, 2^e éd., p. 81), qu'il qualifie plus loin de « très beau livre » (*ibid.*, p. 85).

³ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. I, Paris, LGDJ, 1906, p. 131.

⁴ *Ibid.*, pp. 137-138.

⁵ *Ibid.*, p. 141.

⁶ *Ibid.*, p. 143.

⁷ *Ibid.*, p. 145.

⁸ « À ces idées imparfaites, on doit préférer la notion qu'une partie de la doctrine française a empruntée à la doctrine allemande : la notion de l'agent organe » (MOREAU, *op. cit.*, p. 154). Il en conclut que « l'agent, dans le domaine de sa compétence, est la volonté toute entière de la personne administrative » (*ibid.*, p. 155).

ambition lorsqu'il discute la théorie de l'organe¹. Hauriou reprend cette théorie, devenue classique à l'époque², et l'amende quelque peu en la mettant en cohérence avec sa théorie de l'individualité objective, en opposition avec la personnalité subjective de l'État : « La théorie de l'organe ne marche que si l'on suppose les organes partie intégrante, non pas de la personne subjective, mais de l'individualité objective »³. Ceci établi, Hauriou considère que « le reste de la théorie (...) se déroule dans de bonnes conditions »⁴. Cette insertion de la théorie dans la notion d'individualité objective permet à Hauriou de dégager toutes les conséquences, en ce qui concerne le rôle des volontés individuelles au sein de l'État, en résolvant la question de la place des agents par rapport aux organes, qui jouent des rôles différents : « Les organes sont pour l'émission des décisions exécutoires, les simples agents sont, soit pour la préparation de ces décisions, soit pour leur exécution technique »⁵. De cette affirmation qui transpose véritablement la théorie de l'organe à l'échelon administratif, Hauriou tire d'autres conclusions, dans un ouvrage ultérieur.

L'administration n'est pas animée, dans ce qu'elle fait, d'une volonté intérieure légale, elle est animée d'une volonté exécutive libre assujettie à la loi comme à un pouvoir extérieur. Il suit de là, d'une part, que, dans les matières de sa compétence, lorsque son pouvoir n'est pas lié par des dispositions légales, il est entièrement autonome, et, d'autre part, que, dans les matières où son pouvoir paraît lié par la loi, il lui reste toujours un certain choix des moyens qui lui permet de se conformer volontairement à la loi.⁶

Ainsi se trouvent parfaitement résumées les implications de la théorie de l'organe en droit administratif : animés d'une volonté qui leur est propre, les agents de l'Administration manifestent leur volonté dans la décision exécutoire, là où elle n'est pas liée par la loi⁷.

Cette idée s'insère également dans la théorie normativiste du droit de Kelsen, notamment dans la théorie dynamique du droit, selon laquelle « le droit a pour caractéristique de régler sa propre création : toute norme juridique est posée conformément aux prescriptions

¹ HAURIOU, *Principes de droit public*, op. cit., p. 87.

² Hauriou l'avait déjà intégrée dans son *Précis de droit administratif*, notamment dans la septième édition, dans laquelle il affirme qu'« il faut (...) renoncer à la donnée du mandat et lui substituer la donnée organique ou organiciste qui a été dégagée explicitement par Gierke » (HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, Larose, 1911, 7^e éd., p. 114).

³ *Ibid.*, p. 98.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, p. 99.

⁶ HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 1921, 10^e éd., p. 352.

⁷ Hauriou ajoutera ailleurs qu'« un corps n'est rien sans ses organes et il ne veut que par eux, mais il faut que ceux-ci veuillent pour lui et non pas pour eux-mêmes » (M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation », in M. HAURIOU, *Aux sources du droit*, Centre de philosophie politique et juridique, « Bibl. de philosophie politique et juridique », Université de Caen, 1986, p. 89, spéc. p. 103).

d'une norme supérieure, et, d'autre part, détermine à son tour comment sera établie une norme inférieure. Créer une norme, c'est donc en même temps en appliquer une autre : un même acte est à la fois création et application du droit »¹. Kelsen reprend la théorie de l'organe telle que développée par Jellinek pour répondre à la question centrale de l'imputation de certains actes à l'État². Pour lui, dissocier la volonté de l'État de celle de ses organes participe du même problème à l'origine de la distinction entre l'État et le Droit³. Il identifie ainsi l'organe du droit de manière plus abstraite : « Les individus qui remplissent l'une ou l'autre de ces fonctions [créer ou appliquer les normes juridiques de l'ordre étatique] sont des organes du droit »⁴. L'Administration figure alors parmi ces organes du droit, en ce qu'elle remplit cette fonction.

Ainsi, ces travaux de théorie du droit permettent de renouveler la conception de l'acte administratif : il est la manifestation de la volonté de l'organe compétent d'après l'ordre juridique objectif. La théorie de l'organe n'est pas sans défaut, dans la mesure où sa valeur explicative peut être remise en cause en droit constitutionnel⁵, tout autant que la théorie de la personnalité morale, dont elle émane⁶. Toutefois, elle permet une progression décisive de la conception purement juridique de l'État, en ce qu'elle saisit clairement la nature humaine de la volonté étatique : ce n'est pas dans la réalité empirique qu'une volonté humaine vaut pour

¹ H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, p. 561, spéc. p. 620.

² « Si l'on présente l'État comme un sujet agissant, si l'on dit que l'État a fait ceci ou cela, surgit la question de savoir quel est le critérium d'après lequel les actes faits par certains hommes sont attribués à l'État et qualifiés d'actes étatiques ou de fonctions étatiques, ou, ce qui revient au même, pourquoi certains individus sont considérés comme organes de l'État en tant qu'ils accomplissent certains actes » (KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, « La pensée juridique », 1999, p. 285).

³ « Le dualisme de l'État et du Droit n'est qu'un des nombreux exemples de dédoublement de l'objet de la connaissance, dont est remplie l'histoire de l'esprit humain. Ce qui n'est qu'un moyen de la connaissance pour appréhender son objet, une représentation auxiliaire qui permet de mettre de l'unité dans la multiplicité et la diversité des relations – la personnification – on l'hypostasie, on en fait un objet doué d'une existence propre, en dédoublant l'objet originaire de la connaissance ; on crée ainsi un problème purement apparent, celui des rapports de deux objets qui en réalité ne font qu'un » (KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des cours – Académie de droit international de La Haye*, Paris, Hachette, 1927, p. 227, spéc. pp. 246-247).

⁴ KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 259.

⁵ Sur ce point, v. É. MAULIN, *op. cit.*, pp. 171-172.

⁶ Hauriou, s'il admettait volontiers l'utilité de la théorie de la personnalité juridique de l'État, à certains égards, pour saisir sa réalité juridique, n'en relevait pas moins que « rien de tout cela ne peut servir dans le droit constitutionnel » (HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 1914, 8^e éd., p. 110), ajoutant ailleurs, non sans emphase, que « la notion de personnalité juridique de l'État s'obscurcit à mesure que l'on s'enfonce dans les régions du droit constitutionnel, comme le disque pâle du soleil dans le cercle boréal ; elle erre à l'horizon jusqu'à ce qu'elle sombre dans la nuit » (HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, pp. 108-109). Michoud, l'un des partisans les plus fervents de la théorie, concède d'ailleurs cela à Hauriou : « M. Hauriou a donc raison de dire que la théorie de la personnalité est insuffisante si on veut y ramener tout le droit public » (*ibid.*, p. 393).

la collectivité, mais bien dans la réalité juridique, saisie par nombre d'auteurs, pour autant qu'ils en admettent l'existence. Étendue à l'Administration, cette théorie fournit un cadre opératoire permettant de comprendre dans quelle mesure la volonté propre des agents de l'Administration peut se manifester. Elle permet également de concevoir que cette volonté, qui n'a plus rien de général ni de transcendant, est faillible. Encore faut-il tirer toutes les conclusions de ce cadre théorique. Il apparaît dès lors que la notion même d'« impartialité de l'Administration » est alors utilisée comme une commodité de langage : littéralement, elle est légèrement abusive dans la mesure où l'impartialité de l'Administration est celle des agents participant à la manifestation de volonté qu'est l'acte administratif. Elle participe donc de cette hypostase de l'État, dénoncée par Kelsen et, avant lui, par Jellinek¹. Cette prise de conscience, permise par les débats de théorie du droit, au tournant du XX^e siècle aura des implications importantes en droit administratif, dans la période immédiatement ultérieure².

II. Les conséquences de ces constructions sur le droit administratif

L'application de ces théories au droit administratif aboutit à deux conséquences majeures. Tout d'abord, on peut concevoir le pouvoir discrétionnaire de l'Administration comme la possibilité pour celle-ci de faire jouer à sa propre volonté un rôle prééminent dans l'acte administratif (A). D'autre part, la prise de conscience de la part du droit administratif laissé au libre jeu de la volonté de l'Administration amène naturellement à la réglementation de la manifestation de sa volonté (B).

¹ v. JELLINEK, *System...*, *op. cit.*, p. 31.

² Outre les implications en droit positif, notamment en jurisprudence, certains travaux doctrinaux font une application directe des théories développées ici. V. notamment A. LÉGAL & J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938, p. 37 : « une personne morale quelconque, publique ou privée, ne peut participer à la vie juridique que grâce à l'intervention de certains agents désignés à cet effet et dont la volonté tient lieu de volonté propre. Ces individus, ce sont les organes de la personne morale, et en tant que tels, ils ne sont pas quelque chose de distinct d'elle ». Ces auteurs ajoutent que « la volonté de la personne morale (...) n'existe pas en dehors de lui [l'organe] » (*ibid.*, p. 38). On retrouve également cette idée dans le champ de la science administrative (J.-M. AUBY, P. BANDET, L. BOULET *et al.*, *Traité de science administrative*, préf. G. VEDEL, Paris, Mouton & Co, 1966, p. 202 : « Le moyen d'action essentiel [de l'Administration] est d'ordre humain. L'Administration n'a d'existence matérielle que par les individus qui la composent et ses structures ne peuvent être conçues sans le personnel qui les anime »).

A. *Le pouvoir discrétionnaire comme possibilité pour l'Administration de manifester sa propre volonté*

Une fois établi, en théorie du droit, que l'acte administratif est une manifestation de volonté des individus habilités à cette fin, se pose la question de la part de volonté qui est propre à l'agent administratif. L'existence d'une telle volonté propre de l'Administration permet alors d'aborder spécifiquement la question de l'impartialité de l'Administration.

Il est certain que tout acte administratif est pris, dans un État de droit, sur le fondement d'une norme supérieure, qui habilite une personne administrative à prendre une certaine décision, fût-ce de manière implicite. Cette norme habilitante est ainsi un déterminant obligatoire de l'acte administratif. L'Administration ne peut agir juridiquement, par l'édition d'un acte administratif, qu'à la condition qu'elle soit préalablement habilitée à le faire, en vertu d'une norme qui l'y autorise. Le premier grief permettant de soumettre l'Administration au droit est ainsi, historiquement et logiquement, son incompétence¹.

Or, cette norme habilitante peut lier l'Administration à divers degrés, car « tout acte d'exécution rentre plus ou moins dans le "pouvoir discrétionnaire" de l'organe qui en est chargé, parce que, si la règle générale ne peut jamais déterminer complètement l'acte juridique qui l'individualisera, inversement aucun acte d'exécution n'est possible sans une disposition générale qui le détermine en quelque façon »². Cette indétermination de la norme supérieure est à la source du pouvoir discrétionnaire³. À la lumière des développements qui précèdent, on peut analyser ce pouvoir discrétionnaire comme l'espace dans lequel les organes administratifs peuvent exercer leur propre volonté en vue de produire un effet juridique⁴.

¹ Sur ce point, v. François Burdeau : le recours pour excès de pouvoir est, dans les premiers temps de ses développements, synonyme de recours pour cause d'incompétence, car « l'incompétence constitue en effet la matière qui génère l'excès de pouvoir » (BURDEAU, *op. cit.*, spéc. p. 83). Raphaël Alibert relevait que « l'incompétence est le moyen d'annulation le plus radical et le plus ancien. Il a donné naissance à toute la théorie de l'excès de pouvoir » (R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, Payot, « Bibl. technique », 1926, p. 193).

² KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *art. préc.*, p. 626.

³ Il est à noter que Carré de Malberg admet lui aussi l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de l'Administration, bien qu'il lui dénie la qualité d'organe, en ce qu'il est la conséquence logique de l'indétermination de la loi : il n'est pas possible que « l'administrateur soit réduit à un rôle d'exécution servile, ne comportant de sa part aucune initiative, aucune possibilité d'appréciation libre ou de personnelle décision », car la loi ne peut suffire « à tout prévoir et à tout régler » (CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, pp. 502-503).

⁴ C'est ainsi que Jean-Claude Venezia conçoit le pouvoir discrétionnaire : « le pouvoir discrétionnaire (...) constitue à n'en point douter (...) une illustration caractéristique du rôle joué par la volonté en droit administratif » (VENEZIA, « Réflexions sur le rôle de la volonté en droit administratif », *art. préc.*, p. 384).

Cette conception du pouvoir discrétionnaire comme sphère d'autonomie de l'Administration, dans laquelle elle peut exercer sa propre volonté, est partagée par un certain nombre d'auteurs. Déjà Aristote écrivait-il, à propos des juridictions, que ce qui n'est pas prévu par le législateur est logiquement laissé au « bon plaisir du juge »¹. De même, Vivien écrit qu'il y a un pouvoir discrétionnaire de l'Administration lorsque « la loi s'en est entièrement remise à sa sagesse »². Hauriou exprime pareillement cette idée du pouvoir discrétionnaire comme incomplétude de la liaison par la loi ou par le juge.

Il n'y a pas d'actes discrétionnaires, il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'Administration, qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes, et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives. Ce pouvoir est discrétionnaire, parce que le juge administratif n'est pas juge de l'opportunité ; l'appréciation de l'opportunité est laissée entièrement à l'administration active ; elle constitue son domaine réservé.³

Dans son étude approfondie du pouvoir discrétionnaire, Michoud adopte la même conception : « Il y a un pouvoir discrétionnaire chaque fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir soit dictée à l'avance par une règle de droit ». Il en conclut que le pouvoir discrétionnaire existe dans toutes les fonctions de l'État : à un degré particulièrement élevé pour le législateur, « à titre exceptionnel » dans la juridiction et, enfin, « à titre de fait normal et habituel dans la fonction (...) administrative »⁴. Il explicite alors ce qu'est, pour l'Administration, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Dans la plupart des cas, l'administration a au contraire un pouvoir discrétionnaire bien plus étendu. La loi ne lui indique pas à l'avance la conduite à tenir et lui laisse le choix de la décision à prendre en fixant seulement à ce choix certaines conditions préalables (compétences et formes à observer) et certaines limites en dehors desquelles la décision deviendrait illégale (règles de fond à observer). Sous ces conditions et dans ces limites, l'administration aura à choisir elle-même entre plusieurs solutions possibles *toutes aussi légales les unes que les autres*, et elle fera ce choix non par des motifs de droit, mais par des motifs d'opportunité ou de bonne administration.⁵

De même, André Hauriou, dans une étude consacrée à la question, considère que la soumission de l'Administration à la loi ne va pas sans « une marge de liberté, qu'on appelle le pouvoir discrétionnaire ». Il parle également de « réserve d'indépendance » de

¹ ARISTOTE, *Rhétorique*, trad. J. LAUXEROIS, Paris, Pocket, « Agora », t. 291, 2007, p. 39.

² VIVIEN, *Études administratives*, t. I, Paris, Guillaumin, 1859, 3^e éd., p. 331.

³ HAURIOU, « Note sous CE, 31 janv. 1902, *Grazietti* », *S.* 1903, III, p. 113 ; *La jurisprudence administrative*, t. II, p. 182.

⁴ MICHOD, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Annales de l'Université de Grenoble* 1913, p. 429, spéc. p. 434.

⁵ *Ibid.*, p. 440.

l'Administration¹. Il déploie par la suite une vision institutionnaliste du pouvoir discrétionnaire d'une Administration « chef d'entreprise » dont l'objet social serait « l'ordre public et l'utilité publique »², qui aura une certaine influence³.

L'approche normativiste du pouvoir discrétionnaire de l'Administration retient également une telle approche. Elle est notamment développée par Adolf Merkl, dans son *Allgemeines Verwaltungsrecht*, publié en 1927. Disciple de Kelsen, il est surtout son créancier pour une « dette considérable »⁴, en ce qu'il a le premier développé une approche dynamique de l'ordre juridique avec sa théorie de la formation du droit par degrés (*Stufenbau der Rechtsordnung*). L'ambition de Merkl est de développer une véritable théorie générale du droit administratif, qui procède « par abstraction des droits administratifs concrets, nationaux, n'en retenant que les éléments communs et qui permettent donc de fonder des vérités valables pour la totalité des systèmes de droit positif »⁵.

Merkl définit le pouvoir discrétionnaire de l'Administration de manière entièrement subjective : « Le pendant du droit administratif objectif dans l'activité administrative est la discrétion subjective de l'Administration »⁶. Ainsi, et l'assertion est importante, « la discrétion, c'est l'absence de détermination par une volonté étrangère, la capacité juridique de laisser parler sa propre volonté »⁷. La hiérarchie des normes est ainsi un enchaînement de manifestations de volontés subjectives, la volonté de l'organe inférieur étant en partie liée par

¹ A. HAURIU, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », in *Mél. R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 233.

² *Ibid.*, spéc. p. 238 et s.

³ Notamment sur la thèse de Venezia, consacrée au pouvoir discrétionnaire : « En droit public et en droit privé, le pouvoir discrétionnaire correspond à la part irréductible d'autodétermination qui est nécessaire à toute entreprise, comme contrepartie de la responsabilité assumée par ceux qui la dirigent, pour poursuivre sa fin propre » (J.-C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, préf. J. RIVERO, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 17, 1959, p. 132).

⁴ O. JOUANJAN, « La théorie des contraintes et ses contraintes », *Droits*, n° 54, 2011, p. 27 ; spéc. p. 40.

⁵ C. EISENMANN, « Sur quelques ouvrages allemands de droit public », *RDP*, 1929, p. 548, spéc. p. 552.

⁶ « Das Gegenstück des objektiven Verwaltungsrechtes in der Verwaltungstätigkeit ist das subjektive Verwaltungsermessen » (A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien et Berlin, Springer, 1927, p. 140).

⁷ « Ermessen bedeutet Mangel der verbindlichen Bestimmung durch einen fremden Willen, rechtlich Fähigkeit, den eigenen Willen sprechen zu lassen » (*Ibid.*, p. 152).

la volonté de l'organe supérieur et en partie libre de se déterminer, par un phénomène de concrétisation¹.

Pour autant, un certain nombre d'auteurs a écarté la notion de pouvoir discrétionnaire de l'Administration, à partir du moment où celle-ci a été liée par une norme relative au but de l'acte, avec le développement du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative. Cela est prégnant chez Duguit : « On doit écarter complètement et définitivement l'expression de pouvoir discrétionnaire qui prête à confusion et donne à croire que dans certains cas du moins l'administration peut apprécier sans réserve le but en vue duquel elle fait un acte »². Cette conception, partagée par d'autres auteurs³, contribue au maintien d'une « véritable anarchie doctrinale au sujet du pouvoir discrétionnaire »⁴.

Les nécessités de l'ordre juridique⁵ et de la concrétisation de la norme impliquent donc nécessairement un pouvoir autonome des organes du droit⁶, dont l'intensité est variable, selon que la liaison par la norme supérieure est plus ou moins forte. Cette autonomie, ou « auto-détermination »⁷, signifie donc, en droit administratif, la possibilité pour les agents

¹ Présentant cette théorie au public français, Bonnard rapporte la conception ainsi développée du pouvoir discrétionnaire : « Chaque norme juridique se forme par exécution d'une norme du degré supérieur. Elle est plus concrète que la norme de formation et celle-ci est plus abstraite que la norme formée. Il y a concrétisation croissante des normes de l'ordonnement juridique à mesure que se déroule son processus de formation. Or un acte abstrait qui sert de loi de formation à un acte plus concret ne peut pas déterminer entièrement ce dernier. Il ne peut fournir que les éléments de la procédure de concrétisation et doit laisser la place à un autre élément qui est l'appréciation de l'organe compétent pour l'acte de concrétisation. Il y a ainsi pour l'organe de création de la norme une déterminante hétéronome qui est le droit du degré supérieur et une déterminante complémentaire autonome qui est sa libre appréciation dans l'acte de concrétisation. L'acte de concrétisation comporte ainsi une liaison juridique grâce à sa déterminante objective hétéronome et un acte de libre appréciation grâce à sa déterminante subjective autonome. Finalement, si le processus de formation du droit implique une liaison juridique, il implique aussi à raison du phénomène de concrétisation un pouvoir discrétionnaire » (BONNARD, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl », *RDP* 1928, p. 668, spéc. pp. 685-686).

² DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *op. cit.*, p. 391.

³ Notamment par plusieurs auteurs allemands, parmi lesquels Rudolf Laun, dans son étude sur le pouvoir discrétionnaire (R. LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig, Deuticke, 1910, spéc. p. 175 et s.); ou encore Friedrich Tezner (F. TEZNER, « Das "Détournement de pouvoir" und die deutsche Rechtsbeschwerde », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1911, t. V, p. 67 et s.).

⁴ BONNARD, « La théorie de la formation du droit par degrés... », *art. préc.*, p. 684.

⁵ Gérando notait par exemple que « la nature des choses veut que l'autorité administrative soit discrétionnaire dans son principe » (GÉRANDO, « Leçon : de la procédure administrative », *Thémis*, t. IV, Paris, Renouard, 1822, p. 57, spéc. p. 60).

⁶ Charles Eisenmann définit ainsi le caractère discrétionnaire d'un pouvoir : « "Discrétionnaire" implique : autodétermination du sujet, autonomie du sujet » (C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, Paris, LGDJ, « Anthologie du Droit », 2014, p. 292).

⁷ F. FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, trad. C. EISENMANN, Paris, Delagrave, « Bibl. de l'Institut international de droit public », vol. 1, 1933, p. 94. L'auteur précise que le pouvoir discrétionnaire constitue « la volonté propre de l'organe exécutif » (*ibid.*, p. 96).

administratifs, de manifester leur volonté personnelle, en vue de la concrétisation de la norme, en édictant un acte administratif¹. Ainsi, l'objet même du droit administratif réside dans le pouvoir discrétionnaire, comme l'affirme Marcel Waline : « S'il fallait donner en quelques mots une définition du droit administratif, je dirais (...) qu'il est essentiellement l'étude du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives, et de sa limitation en vue de la sauvegarde des droits des tiers »². Car, selon ce même auteur, « administrer, c'est précisément choisir dans le cadre des différentes décisions légalement possibles celle qui paraît le mieux correspondre aux exigences de l'intérêt public »³. Dans le même ordre d'idée, Jean-Claude Venezia affirme que « l'idée de pouvoir discrétionnaire postule pour l'administration l'indépendance dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont dévolus, la liberté d'action à l'intérieur des limites tracées par la règle de droit »⁴.

C'est donc dans cet espace d'autonomie qu'est le pouvoir discrétionnaire que peut se déployer la réglementation de la manifestation de la volonté de l'Administration⁵. Le pouvoir discrétionnaire suppose par essence l'absence de liaison juridique complète de l'Administration⁶. Une approche résiduelle⁷ de ce pouvoir discrétionnaire consiste alors à

¹ Eisenmann affirme encore que « seuls des pouvoirs discrétionnaires permettent à leur titulaire de faire valoir et prévaloir des volontés personnelles » (C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation : Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948, p. 75).

² M. WALINE, « Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE*, 1956, p. 25.

³ *Ibid.*, p. 27.

⁴ VENEZIA, *op. cit.*, p. 106.

⁵ Dans cet ordre d'idée, P. Py distingue, dans sa thèse consacrée au rôle de la volonté dans l'acte administratif, un « pouvoir de vouloir » (qui correspond au pouvoir discrétionnaire) à une « obligation de vouloir » (qui correspond à la compétence liée), et note que, lorsque le pouvoir est discrétionnaire, « la naissance de la situation juridique, des effets de droit qui se réaliseront une fois l'acte intervenu, dépend de la volonté de l'auteur de l'acte. Il faut entendre par là que, lorsqu'un acte juridique est l'exercice d'un pouvoir de vouloir, le résultat final de cet acte a sa source, sinon son fondement, dans la volonté de son auteur » (P. PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, préf. G. PÉQUIGNOT, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 124, 1976, p. 54).

⁶ Ainsi que l'exprime Jean Kahn : « Le pouvoir est discrétionnaire si l'appréciation des faits n'est pas contrôlée par le juge ; il cesse de l'être si le juge exerce ce contrôle » (J. KAHN, « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », *Cahiers de l'institut français des sciences administratives*, 1978, n° 16, p. 9, spéc. p. 11).

⁷ V. notamment M. SHAPIRO, « Administrative Discretion : The Next Stage », *Yale Law Journal*, 1983, p. 1487, où l'auteur définit le pouvoir discrétionnaire comme un résidu (*residuum*). René Chapus conçoit également l'opportunité comme un résidu : « Il n'existe pas de définition *a priori* et fixe de l'opportunité. Cette dernière et la liberté de choix qui lui est liée sont ce qui reste hors contrôle et dont l'étendue dépend de l'évolution de la législation et de la jurisprudence » (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, Paris, Montchrestien, « Domat – Droit public », 2001, 15^e éd., p. 1057).

définir le pouvoir discrétionnaire comme ce qui n'est pas lié par la règle de droit¹, qu'elle soit formulée par le législateur, par le juge ou par l'Administration elle-même.

Cet élément irréductible de discrétion a souvent pris le nom d'opportunité. Ainsi, Jèze semble assimiler pouvoir discrétionnaire et opportunité, à diverses reprises, lorsqu'il affirme que « l'attribution inaliénable » des gouvernants réside dans « l'appréciation de l'opportunité »², ou lorsqu'il oppose la légalité à l'opportunité³ ; tout autant qu'Hauriou, pour qui le pouvoir discrétionnaire « correspond assez sensiblement à la zone de l'opportunité »⁴.

Mais cette identité entre ce qui est laissé à la discrétion de l'administrateur et ce qui relève de l'opportunité est peut-être quelque peu forcée⁵. L'opportunité consiste justement à exercer un choix, dans les limites de la norme supérieure, entre les différentes options qui se présentent à l'administrateur, en manifestant sa propre volonté. On peut alors la distinguer du pouvoir discrétionnaire portant sur l'appréciation des situations de faits et leur qualification juridique⁶. L'opportunité, dans sa signification littérale, peut parfaitement être réglée par le législateur ou contrôlée par le juge : il n'y a alors plus de pouvoir discrétionnaire, ce qui montre que l'assimilation entre opportunité et pouvoir discrétionnaire n'est pas systématique⁷.

¹ C'est ainsi que Walter Jellinek définit la notion de pouvoir discrétionnaire (*freies Ermessen*) : « Le pouvoir discrétionnaire s'oppose d'une certaine manière à la liaison juridique » (W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlin, Springer, 1928, p. 29 : « Das freie Ermessen steht irgendwie im Gegensatz zur rechtlichen Gebundenheit »). V. encore P. Alexéef, qui retient une approche similaire : le pouvoir discrétionnaire est « cette partie de l'activité des autorités publiques qui n'est pas liée par les règles de droit. Le droit ne saurait prévoir dans tous les détails tous les phénomènes de la vie. D'où certaines lacunes, dans lesquelles la volonté des organes de l'État se meut librement. Ce sont justement ces lacunes-là qui forment le domaine du pouvoir discrétionnaire » (P. ALEXÉEF, « L'État – le Droit – et le Pouvoir discrétionnaire des autorités publiques », *Rev. internat. de la théorie du droit*, t. III, 1928, p. 195 ; spéc. p. 198).

² G. JÈZE, « L'appréciation de l'opportunité d'agir », *RDP*, 1943, p. 4.

³ *Idem*, « Notes de jurisprudence : contrôle de la légalité et contrôle de l'opportunité », *RDP* 1944, p. 63. Le même auteur ajoute par ailleurs que « jamais l'inopportunité de l'acte n'est appréciée par le Conseil d'État au contentieux » (*idem*, *Éléments du droit public et administratif*, Paris, Giard, 1910, p. 94).

⁴ HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 351.

⁵ Yves Gaudemet considère dans cette logique que le pouvoir discrétionnaire correspond à l'opportunité, « au sens le plus large du terme » (Y. GAUDEMET, « Pouvoir discrétionnaire de l'administration moderne », in M. BULLINGER (dir.), *Verwaltungsersessen im modernen Staat*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1986, p. 113).

⁶ Cette conception trop large de l'opportunité est notamment dénoncée par Lino Di Qual, dans sa thèse portant sur la compétence liée : « Il faut le répéter, la notion d'opportunité, telle qu'entendue traditionnellement, recèle une complexité qui la rend expressément dangereuse pour la compréhension claire des problèmes des pouvoirs administratifs et de leur contrôle juridictionnel » (L. DI QUAL, *La compétence liée*, préf. R. DRAGO, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 59, 1964, p. 128).

⁷ Jèze admet cette possibilité d'un contrôle de l'opportunité, lorsqu'il est prévu par le législateur, sans faire le lien avec la notion de compétence liée : « Celui-ci refuse toujours, sauf les cas exceptionnels prévus par la loi, à suivre les requérants dans leur demande d'apprécier l'opportunité de la mesure administrative qui les touche » (JÈZE, « Notes de jurisprudence... », *art. préc.*, p. 63).

Ainsi, la notion d'opportunité a été utilisée comme une limite nécessaire au contrôle juridictionnel de l'appréciation des faits par l'Administration opéré par le juge administratif¹.

Notion fuyante, l'opportunité ne peut se définir que par sa signification littérale : le caractère de ce qui est « à propos »². Elle a une dimension éminemment subjective, puisqu'elle est intimement liée à la personne qui exerce ce choix³. Eisenmann a noté cette dimension subjective, souvent délaissée par la doctrine : « Très souvent, le plus souvent, semble-t-il, l'affirmation de l'opportunité ou de l'inopportunité d'une décision ne représentera rien de plus qu'une appréciation personnelle, arbitraire, objectivement injustifiable, une "opinion", sinon même un "sentiment", purement subjectifs de celui qui l'énonce »⁴. Dans cette optique, investir un agent du pouvoir d'examiner l'opportunité d'une mesure, c'est le rendre « souverain-maître », c'est lui donner « un blanc-seing, un plein pouvoir, sans limites réelles »⁵. De même, Michoud notait déjà qu' « en fait, la personnalité subjective du juge ou de l'administrateur, sa tournure d'esprit, ses tendances politiques et sociales, la subtilité plus ou moins grande de son intelligence, l'étendue de sa culture influenceront consciemment ou inconsciemment sur sa décision : tel administrateur tranchera la question autrement que tel autre et, si elle est ensuite soumise à un juge, celui-ci la tranchera encore d'une manière différente, sans qu'à aucun d'eux on puisse reprocher une faute »⁶.

¹ Cela est particulièrement manifeste dans les conclusions de certains commissaires du gouvernement : v. G. Braibant, concluant sur l'arrêt *Ville Nouvelle Est* : « Vous vous êtes largement engagés sur la voie des appréciations (...) qui confinent au domaine de l'opportunité, sans jamais y pénétrer » (G. BRAIBANT, « Concl. sur CE Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville nouvelle Est"* », *Lebon* p. 409).

² Eisenmann, s'attachant à définir cette notion trop souvent négligée par la doctrine et considérée trop rapidement comme le réceptacle de ce qui n'est pas lié par la norme supérieure, aboutit à cela : « L'opportunité d'une conduite, c'est son "à propos", c'est-à-dire sa convenance aux circonstances, son adéquation à une situation et à ses exigences » (EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 172).

³ Vedel notait ainsi que « rien ne serait plus faux (...) [que d'affirmer] que tout, dans l'acte de droit public est objectif, que la volonté et la pensée de l'agent n'ont qu'un rôle de transmission mécanique sans importance. Ce serait méconnaître toute réalité. Au fond, constatant la fin unique de tout le droit administratif : la réalisation de l'intérêt public, on est amené à conclure que le contrôle de la valeur juridique des actes ne peut se faire que d'un point de vue purement subjectif. Mais encore, faut-il admettre que ce droit ne se réalise pas mécaniquement, mais à l'aide d'hommes investis de certains pouvoirs, et ceci nécessite une certaine part de subjectivisme dans l'acte de droit public. » (G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Paris, Sirey, 1934, p. 321). Merikoski relevait également que « le pouvoir discrétionnaire est caractérisé précisément par le fait que le système de droit vise à donner – dans le cadre qui s'impose – une importance décisive à ce que l'on pourrait appeler l'opinion subjective de l'autorité chargée de décider de la question lors du choix à effectuer entre deux ou plusieurs décisions possibles offertes et conformes à la légalité » (V. MERIKOSKI, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Institut international des sciences administratives, 1958, p. 41).

⁴ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 173.

⁵ *Ibid.*, p. 174.

⁶ MICHLOUD, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire... », *art. préc.*, p. 436.

Il apparaît ainsi clairement que l'ordre juridique, confronté aux exigences de la réalité, ne peut s'organiser autrement qu'en concédant une certaine importance à la subjectivité des organes administratifs, car, à la différence de la juridiction, « l'opportunité et l'utilité son [la] règle » de l'Administration¹. C'est alors, et alors seulement, que la question de l'impartialité de ces organes peut se poser, lorsqu'ils ont la possibilité d'exercer un choix discrétionnaire : l'Administration peut être obligée, par le législateur ou par le juge, à opérer un choix impartial, sans que la nature discrétionnaire du pouvoir en question soit atteinte. La pluralité d'options, qui est à la base du pouvoir discrétionnaire, est sauvegardée et ne fait l'objet d'aucune détermination juridique. Mais l'Administration peut être liée par des obligations découlant d'un principe d'impartialité, qui ne porte pas sur le choix, mais sur la personne chargée de l'opérer parce qu'elle est compétente d'après l'ordre juridique objectif. Il en découle ainsi une possibilité de réglementer l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Administration en le saisissant par des normes extérieures qui s'imposent à l'Administration sans modifier la substance du pouvoir car il ne s'agit pas d'un « contrôle du pouvoir discrétionnaire »². Le contrôle du juge arrive ainsi aux « confins »³ du pouvoir discrétionnaire, sans pouvoir logiquement y pénétrer.

Ce constat théorique est confirmé par un constat positif, tiré de l'analyse de la jurisprudence. En effet, il est tout à fait concevable que la loi prévoit entièrement ce que l'Administration sera obligée de faire. C'est notamment le cas là où la prévision par le législateur est assez aisée à réaliser, que le schéma normatif aboutissant à la concrétisation de la norme est assez simple. Dans ce cas de figure, l'Administration est en situation de compétence dite liée : aucun choix n'est possible de sa part, car « la règle de droit impose aux agents la décision qui découle pour eux de la réunion des conditions qu'elle définit »⁴. C'est alors la seule volonté du législateur qui s'exerce, qui est le seul à avoir statué sur l'opportunité de la mesure. L'Administration se contente alors d'exécuter purement les provisions législatives, sans exercer aucune volonté propre. Ce cas de figure, qui existe en droit positif, est alors appréhendé de manière totalement différente par le juge administratif.

¹ F. FLEINER, *op. cit.*, p. 12. Le même auteur relève, par la suite, « combien ce pouvoir discrétionnaire abandonne dans chaque cas concret à la clairvoyance et au tact de l'agent administratif » (*ibid.*, p. 93).

² Contrôle qu'André de Laubadère oppose au « contrôle des actes comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire » (A. DE LAUBADÈRE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *in Mél. M. Waline*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 531, spéc. p. 533).

³ *Ibid.*, p. 532.

⁴ J. RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, « Précis », 1960, p. 68.

En effet, saisi d'un recours contre un acte administratif résultant d'une compétence liée, le juge administratif n'examine pas une manifestation de volonté émanant d'une autorité administrative. Il se contente de rechercher si les conditions fixées par la norme habilitante sont de nature à justifier la décision. Ainsi, la palette des moyens permettant de contester l'acte administratif se réduit, dans la mesure où tous ceux qui portent sur la volonté de l'auteur de l'acte ne peuvent être soulevés. Par conséquent, dans le cas d'une décision que l'Administration est « tenue de prendre », selon l'expression jurisprudentielle consacrée, les moyens tenant à la compétence de l'auteur de l'acte, à la procédure d'édiction de l'acte et au but de l'acte sont considérés comme « inopérants »¹. Car quand bien même la personne qui a pris l'acte était incompétente, l'annulation de l'acte conduirait seulement la personne compétente à reprendre le même acte². De même, les moyens tenant à la procédure suivie sont sans influence sur le contenu de la décision, car ils ne permettent pas à l'autorité administrative de déterminer sa volonté³ ; comme l'est l'allégation d'un détournement de pouvoir qui, même si elle est fondée, ne saurait avoir une influence sur la décision, dans la mesure où le but a été préalablement défini par le législateur⁴, ce que Michoud expliquait déjà parfaitement : « La théorie du détournement de pouvoir ne présente une utilité réelle qu'à l'égard des actes renfermant un élément discrétionnaire (...). Il ne faudrait pas croire cependant que dans un acte ordonné par la loi il ne puisse pas y avoir l'intention illicite qui caractérise le détournement de pouvoir. Psychologiquement, l'auteur de la mesure a pu agir non pour obéir à la loi, mais pour satisfaire une rancune, pour favoriser un particulier aux dépens d'un autre, pour ménager l'intérêt financier de l'État ou de la commune, et il est même possible que cette intention se manifeste dans l'acte lui-même. Mais ici il importe peu. (...)

¹ Sur la théorie des moyens inopérants, v. B. KORNPBST, « La compétence liée », *RDP*, 1961, p. 935 ; G. TIMSIT, « Compétence liée et principe de légalité », *D.*, 1964, p. 217 ; J.-M. AUBY, « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », *AJDA* 1966, p. 5.

² CE, 26 mai 1950, *Sieur Dirat*, *Lebon* p. 323 : le requérant n'est pas fondé à discuter de la compétence de l'auteur d'une décision de rejet que l'Administration était tenue de prendre ; CE, 21 nov. 1956, *Sieur Lazarini*, *Lebon* p. 443 : la demande du requérant ne pouvant « en aucun cas être accueillie », le « moyen tiré de ce que le préfet (...) aurait été incompétent pour se prononcer (...) sur ladite demande est inopérant ».

³ CE, 17 juill. 1953, *Société Établissement Dubout et Casanova*, *Lebon* p. 382 : le fait que le requérant n'ait pas été appelé à présenter ses observations, bien que la loi le prévoie, ne saurait « exercer une influence sur la validité de la décision du préfet, lequel, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, était dans l'obligation légale de refuser de faire droit à la demande » ; CE, 20 mars 1957, *Sieur Félix*, *Lebon* p. 181 : le moyen tiré de l'irrégularité de la composition d'une commission consultée est inopérant dans le cas où l'Administration était tenue de prendre la décision contestée (il en est de même si la commission en question est investie d'une compétence décisive : CE, CE, 30 oct. 1963, *Ministre de la Santé publique et de la Population c/ époux Goussebaire-Dupin*, *Lebon* p. 521). V. encore CE, 8 janv. 1959, *Demoiselle Cabanac*, *Lebon T.* p. 1085. Plus récemment, v. CE Sect., 3 févr. 1999, *Montaignac*, n° 149722, *Lebon* p. 5 : *AJDA*, 1999, p. 567, note RAYNAUD & FOMBEUR.

⁴ CE, 25 nov. 1959, *Dame Veuve Frère*, *Lebon* p. 622 ; CE, 14 nov. 1962, *Wettel*, *Lebon T.* p. 853.

Quand l'acte n'a rien de discrétionnaire, il est nécessairement légal ou illégal dans son objet, il est donc inutile d'en examiner le but »¹.

Un exemple tiré de la jurisprudence concernant les vices de forme illustre parfaitement cette assertion selon laquelle la réduction de l'examen de la légalité d'un acte pris en conséquence d'une compétence liée se rattache au fait que l'Administration n'exerce sa volonté qu'en présence d'un pouvoir discrétionnaire. Il s'agit d'un arrêt rendu par la Section du contentieux du Conseil d'État, en 1957, dans une affaire *Sieur Brissaud*². Dans cette affaire, le requérant saisit le Conseil d'État, en vertu d'une loi du 7 février 1953, du refus opposé par l'Administration de lui verser une indemnité en réparation du préjudice de carrière qu'il estime avoir subi durant l'Occupation. La proximité des faits de l'espèce avec ceux de l'arrêt *Sieur Dirat*, précédemment évoqué, amène le commissaire du gouvernement à s'interroger sur le caractère opérant du moyen tiré d'une irrégularité de la procédure. Mais, selon le commissaire du gouvernement, les affaires sont différentes en ce que dans les circonstances de l'affaire *Dirat*, l'Administration était tenue de rejeter le recours gracieux. Il était alors inutile de s'interroger sur la compétence de l'auteur de l'acte. En revanche, dans l'affaire *Brissaud*, le commissaire du gouvernement note que le sens de la décision dépend de l'appréciation à laquelle se livre l'Administration avant de rendre sa décision. Alors, les moyens tirés de l'incompétence de l'auteur de l'acte deviennent opérants – car « les faits (...) peuvent être appréciés différemment par une autorité administrative ou une autre » –, de même que le deviennent les moyens tirés d'une irrégularité procédurale – car elle peut « avoir une influence sur le contenu du dossier au vu duquel les faits sont appréciés »³. Le commissaire du gouvernement ne dit pas, en revanche, que l'Administration est en fait investie d'un pouvoir discrétionnaire, qui est en l'espèce un pouvoir d'appréciation. Dans ce cas, la palette de la légalité se rétablit dans son ensemble et le juge peut contrôler la manifestation de la volonté de l'Administration, puisque l'acte administratif en question est le résultat de la manifestation de la volonté propre de l'Administration, comme il y procède habituellement. Gérard Timsit note pour sa part, à propos de cet arrêt, que l'Administration n'était pas placée en situation de compétence liée : si l'arrêt peut apparaître comme « une limite (...) apportée cette théorie » des moyens inopérants, il juge que « cette limite à la théorie des moyens inopérants n'en atténue nullement la signification car si une irrégularité de

¹ MICHOD, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Annales de l'Université de Grenoble*, 1914, p. 19, spéc. pp. 42-43.

² CE Sect., 7 juin 1957, *Sieur Brissaud*, *Lebon* p. 386, concl. GULDNER.

³ GULDNER, « Concl. sur CE Sect., 7 juin 1957, *Sieur Brissaud* », *Lebon* p. 386, spéc. pp. 391-392.

procédure peut avoir une influence sur le contenu même de la décision, c'est que l'Administration n'a pas vraiment compétence liée : elle jouit d'une certaine liberté d'appréciation, et dans ce cas, il est naturel que ne joue pas la théorie des moyens inopérants »¹. Ainsi, dans les cas de compétence liée, « l'administrateur est confiné dans une tâche de pure exécution d'une volonté étrangère »².

L'annulation d'un acte que l'Administration avait l'obligation de prendre apparaît donc comme « platonique »³, ce qui justifie que le juge s'en garde. À côté de cette théorie des moyens inopérants, le juge a également développé la théorie de la substitution de motifs, qui joue pareillement en cas de compétence liée : l'Administration n'exprimant aucune volonté propre dans l'acte administratif qu'elle est tenue de prendre, le juge peut alors substituer les motifs, ce qu'il s'interdit traditionnellement de faire en présence d'un pouvoir discrétionnaire, car dans ce cas, le juge « se serait mis à la place de l'administration »⁴.

Ainsi, ces éléments doctrinaux et jurisprudentiels montrent que le pouvoir discrétionnaire de l'Administration est cet espace dans lequel cette dernière peut exercer sa volonté de manière autonome, à l'intérieur des bornes tracées par le législateur et le juge. C'est donc sa volonté propre que l'Administration manifeste lorsqu'elle exerce un pouvoir discrétionnaire, ce qui laisse apparaître la possibilité de s'interroger sur l'impartialité de l'auteur ou des participants à l'acte. Apparaît également la possibilité de réglementer l'opération par laquelle l'Administration manifeste sa volonté.

¹ TIMSIT, « Compétence liée et principe de légalité », *art. préc.*, p. 221. Dans la jurisprudence contemporaine, la théorie des moyens inopérants, élaborée dans l'arrêt *Montaignac*, est atténuée de la même manière, dès lors que l'Administration doit « procéder à une appréciation des faits de l'espèce » (CE, 21 nov. 2016, *Mme Besson*, n° 390298, *Lebon T.* p. 622).

² É. GIRAUD, « Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire », *Rev. gén. d'adm.*, 1924, p. 193, spéc. p. 196.

³ Selon l'expression de L. Di Qual (*DI QUAL, op. cit.*, p. 71).

⁴ L. CLOUZOT, *Recherche sur la substitution en droit administratif*, préf. E. MARC, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibl. des thèses », vol. 113, p. 398. Sur l'admission de la substitution de motifs seulement en cas de compétence liée, voir, *a contrario*, CE, 22 juin 1955, *Société civile des Dervallières*, *Lebon* p. 352. La jurisprudence a quelque peu évolué, mais confirme l'hypothèse : la substitution de motifs en cas de pouvoir discrétionnaire est possible à la demande de l'Administration et sous réserve que cette opération ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale ; il apparaît donc clairement que le juge ne peut y procéder que si l'Administration a manifesté sa volonté en ce sens ; il continue de s'en abstenir en l'absence d'une telle demande (CE Sect., 6 févr. 2004, *Mme Hallal*, n° 240560, *Lebon* p. 48 ; *RFDA*, 2004, p. 740, concl. SILVA ; *AJDA*, 2004, p. 436, chron. DONNAT & CASAS ; *Dr. adm.*, 2004, comm. 51, note CHABANOL).

B. La possibilité de réglementer la volition de l'Administration

La construction doctrinale d'une théorie de l'acte administratif, conçu comme une déclaration de volonté faisant place à la volonté individuelle et discrétionnaire des agents, implique un deuxième apport majeur. Il s'agit de la possibilité, voire de la nécessité, de réglementer l'opération par laquelle l'Administration manifeste sa volonté, dans l'acte administratif. La volonté de l'Administration, comme celle de l'État, n'étant pas un donné, il importe alors de la construire.

Le consensus doctrinal entourant l'inexistence d'une volonté collective a pour conséquence une certaine prise de conscience du rôle individuel joué par chaque agent-organe dans la création de l'acte administratif. Partant, apparaît la possibilité de réglementer la manière dont l'Administration orientera sa volonté pour parvenir à une décision. Il en découle la possibilité d'une conception dynamique de l'acte administratif¹, perçu comme un processus de décision, une « suite de formalités à remplir » visant à recueillir « comme dans un foyer, tous les rayons épars de la vérité »².

Le droit français est marqué par la prééminence d'un fonds de formalités légales, héritées de l'époque impériale³. Mais ces diverses procédures n'ont pas fait, à l'époque,

¹ Conception exposée par Anne-Laure Girard, dans sa thèse (A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibl. des thèses », vol. 124, 2013, spéc. p. 35 et s.). André Calogeropoulos considère de la même manière que « le processus de décision (...) n'est autre chose que l'expression dynamique de la légalité externe conçue comme la réglementation de la fonction administrative de décision, dans la mesure où cette réglementation vise au premier chef la formation de la volonté d'où résulte la décision » (A. CALOGEROPOULOS, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, préf. G. VEDEL, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 145, 1983, pp. 31-32).

² C'est ainsi que Gérando qualifie les règles de procédure judiciaire, tout en précisant que « l'instruction administrative doit remplir le même but », dans un article dont la postérité positive a été assez réduite (GÉRANDO, « Leçon : de la procédure administrative », *Thémis*, t. IV, Paris, Renouard, 1822, p. 57, spéc. p. 58). L'ambition de cet article est très novatrice : « C'est cette espèce de Code de procédure administrative, que nous allons essayer d'établir pour la première fois » (*ibid.*, p. 60). Il a été noté que le point de vue adopté par Gérando est celui de l'administrateur : ce code se présente sous un aspect déontologique et, partant, il est « peu juridique » : « Il est un élément étrangement absent de cet édifiant *vade-mecum* de l'administrateur : c'est le respect des règles de droit » (B. SEILLER, « L'administrateur éclairé : La procédure administrative non contentieuse selon Gérando », *Rev. d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 2013, n° 33, p. 425, spéc. p. 433 et 435).

³ Rivero le relève : « Les vieilles procédures dont l'Empereur a doté l'administration répondent beaucoup plus au schéma juridictionnel qu'au schéma militaire : elles donnent sans cesse la parole à l'administré ; le style Empire, en matière administrative, c'est la multiplication des enquêtes préalables, la publicité des diverses phases de l'élaboration, les délais, qui alourdissent les lignes de l'action administrative (...). S'il y a eu, en France, un âge d'or de la garantie préalable à la décision pour le particulier, c'est bien celui-là » (RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mél. J. Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 813, spéc. p. 819). Il met ainsi au jour le « style Empire » du modèle de décision de l'Administration à l'époque, rapidement écarté au profit d'un « schéma militaire », dans lequel l'administré est en situation de sujet (v. encore RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mél. R. Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 821).

l'objet de cette analyse dynamique, dans la mesure où la théorie de l'acte administratif n'était pas stabilisée. Ces formalités, en dehors de l'analyse de Gérando, faisaient l'objet d'une analyse très descriptive, parfois teintée d'une critique des lourdeurs qu'elles imposaient à l'Administration. Ainsi, Macarel souligne que les délais imposés par les formalités, s'ils conviennent à l'instruction judiciaire, ne sont pas adaptés à une administration « vive et instantanée »¹. De même, si Vivien note que les procédures sont un « digne sujet d'observation et d'étude, car des règles que suit l'administration peuvent dépendre la fortune de l'État (...), les droits des citoyens, leur liberté »², il n'en conclut pas moins qu'« on ne peut dissimuler combien l'administration française est lente, embarrassée, chargée de complications », car « le désir de contrôle et de garanties a été porté à l'excès »³.

D'autres auteurs n'hésitent pas, à l'époque, à exprimer leur désintérêt doctrinal pour cette partie de la vie administrative qu'est la genèse de l'acte administratif. Ainsi, Chauveau, dans un ouvrage au titre faussement prometteur, son *Code d'instruction administrative, ou Lois de procédure administrative*, ne traite que de la procédure contentieuse. Il l'oppose à ce qu'il nomme « l'instruction gracieuse » qui, selon lui, « présente peu d'intérêt au point de vue doctrinal »⁴, et se contente d'un renvoi à la leçon « admirable » de Gérando⁵. De la même manière, Aucoc écrit à plusieurs reprises qu'« il y a bien peu de choses à dire sur les formes que doivent suivre les ministres », réitérant le constat en ce qui concerne les maires⁶.

¹ MACAREL, *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, p. 404.

² VIVIEN, *Études administratives*, t. I, Paris, Guillaumin, 1859, 3^e éd., p. 306.

³ *Ibid.*, p. 343. Pour une critique acerbe et postérieure des lourdeurs impliquées par le formalisme de l'époque, v. l'essai d'Henri Chardon, spécifiquement consacré aux travaux publics : décrivant les formalités nécessaires au remplacement d'un ouvrage public, il note qu'« au bout de quinze ou dix-huit mois, en supposant qu'il n'y ait pas l'ombre d'une difficulté, et que tous les avis soient unanimes », le chantier pourra commencer, ajoutant, avec ironie, que « les ponts ont bien de la complaisance de ne pas s'écrouler durant tout ce temps » (H. CHARDON, *Les travaux publics : Essai sur le fonctionnement de nos administrations*, Paris, Perrin, 1904, pp. 128-129).

⁴ A. CHAUVEAU, *Code d'instruction administrative, ou Lois de procédure administrative*, t. I, Paris, Cosse & Marchal, 1860, 2^e éd., p. 1.

⁵ *Ibid.*, p. 2.

⁶ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I, Paris, Dunod, 1878, 2^e éd., p. 124 et p. 180. On peut toutefois relever une conception doctrinale des formes, dans ce même ouvrage : « Il y a des cas, et des cas nombreux, dans lesquels le législateur, en confiant à divers organes de l'autorité administrative le pouvoir de statuer sur certaines affaires a cru devoir leur imposer de suivre des formes déterminées, d'ouvrir une enquête pour recueillir l'opinion et les réclamations des intéressés, de consulter les conseils placés auprès d'eux. L'obligation de suivre ces formes est d'autant plus impérieuse pour l'administration, dans le cas où il lui appartient d'apprécier souverainement les mesures à prendre en vue de satisfaire le mieux possible l'intérêt public, en blessant le moins possible les intérêts privés ; car c'est la seule garantie accordée dans ce cas aux intérêts privés » (*ibid.*, p. 465).

Le renouveau doctrinal de la théorie de l'acte administratif permet de faire évoluer cette appréhension des formalités, de manière toutefois incomplète. Ce lien est clairement établi par Hauriou : « La nécessité d'une réglementation pour la procédure des opérations administratives provient de ce que celles-ci sont accomplies par représentants »¹. Car, pour Hauriou, « si les personnes administratives pouvaient formuler elles-mêmes leur volonté, celle-ci serait toujours correcte et les actes d'administration seraient parfaits »². La réglementation de la volonté de l'Administration provient donc de ce que la volonté de certains individus tient lieu de volonté de l'Administration, conformément à la théorie de l'organe. C'est bien parce qu'il « y manque une conscience centrale »³ qu'est rendue nécessaire la réglementation de l'opération de manifestation de volonté de l'Administration. Léon Marie souligne également cette fonction de la procédure administrative, qui est d'éclairer l'Administration⁴.

Cette appréhension de l'importance des formes se manifeste naturellement dans le cas où la décision est prise par une personne collective, puisque, n'émanant pas d'une personne individuelle, la procédure de décision doit nécessairement être organisée, comme le remarque Jellinek : « lorsqu'il y a collégialité des organes (...), la volonté de l'organe ne peut se dégager que par un processus juridique des actes d'une pluralité de volontés individuelles »⁵.

En effet, l'assimilation du processus décisionnel d'une personne physique à celui d'une personne morale est parfaitement concevable si l'organe de cette personne morale est une personne individuelle. En revanche, dans les cas de pluralité d'organes – la collaboration d'organes – ou de pluralité au sein de l'organe – la collégialité d'un organe –, cette assimilation n'a plus rien d'évident : l'opération de volition, qui aboutit à l'acte, doit nécessairement être organisée, juridiquement ou non.

¹ HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, Larose, 1900, 4^e éd., p. 226. L'utilisation du terme « représentant » par Hauriou n'a pas les mêmes conséquences qu'en droit constitutionnel.

² HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, Larose, 1893, 2^e éd., p. 200.

³ « L'administration n'est qu'un organisme automatique, il y manque une conscience centrale toujours en éveil ; cet élément de la conscience centrale est suppléé par la multiplicité des formalités qui font entrer dans la procédure de l'opération une quantité d'agents qui se contrôlent les uns les autres » (HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, Tenin, 1919, 9^e éd., p. 507, note 3).

⁴ « Il importe assurément à ces personnes administratives, incapables d'agir par elles-mêmes et obligées de confier leurs intérêts à des agents déterminés, à des représentants, que leurs intérêts soient défendus le mieux possible et il en sera ainsi si ces agents, si ces représentants, sont obligés de suivre une procédure qui les éclairera sur les véritables intérêts des groupes dont ils exercent les droits » (L. MARIE, *Le droit positif et la juridiction administrative*, t. I, Paris, Marescq, 1903, p. 532).

⁵ JELLINEK, *op. cit.*, p. 224.

C'est ainsi que certains auteurs vont se saisir de ce type d'acte en introduisant une nouvelle catégorie dans la distinction traditionnelle entre actes unilatéraux et contrats¹. C'est de la réflexion autour de la personnalité juridique et de la théorie de l'organe que naît cette nouvelle catégorie d'actes juridiques, « ceux qui sont issus de deux ou de plusieurs déclarations de volonté et ne forment pas des contrats »². C'est notamment Gierke qui introduit cette catégorie, dans sa réflexion sur les *Genossenschaften* : « L'acte de fondation n'est alors pas un contrat, mais un acte unilatéral complexe (*einseitiger Gesamttakt*) qui n'a pas d'équivalent en droit des particuliers »³. L'analyse juridique de la formation de ces actes conduit à les considérer comme le « produit de deux déclarations de volonté qui, par suite d'un phénomène spécial (...), vont donner naissance à une nouvelle déclaration de volonté »⁴. Cette nouvelle déclaration de volonté entre dans la nouvelle catégorie des actes dits complexes, issus d'une « fusion » des volontés (*Verschmelzung*). La question de savoir si ce type d'acte constitue pour autant une véritable tierce catégorie d'actes est cependant discutable. En droit administratif, l'acte final restera un acte administratif unilatéral, doté des mêmes effets qu'un acte issu d'une manifestation de la volonté d'une personne individuelle⁵. Seule sa procédure d'édition le distingue alors, ce qui est peu satisfaisant. Mais cette discussion théorique a le mérite d'introduire un enjeu juridique dans la formation de l'acte administratif, contribuant ainsi à sa conception dynamique.

Par ailleurs, l'épanouissement doctrinal et positif des formes correspond à un tempérament de la toute puissance de la volonté subjective qui est à la base de l'acte administratif. En effet, la volonté de l'administrateur peut potentiellement se déterminer comme elle l'entend, lorsqu'elle n'est pas contrainte par des règles juridiques. Or, comme le notait déjà Jhering, « toute forme décrétée restreint la volonté dans le choix de ses moyens

¹ Bezin présente ainsi cette « antique distinction », que la doctrine allemande est venue renouveler : « Les actes juridiques ont de tout temps été divisés en deux grands groupes, eu égard au nombre de leurs auteurs. Les uns émanent d'un seul individu et sont le résultat d'une seule déclaration de volonté : ce sont les actes unilatéraux ; les autres sont accomplis par plusieurs personnes émettant plusieurs déclarations de volonté : ce sont les contrats » (G. DE BEZIN, « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1905, p. 289, spéc. p. 292).

² *Ibid.*, p. 292.

³ « Diese Gründungshandlung nun aber ist kein Vertrag, sondern ein einseitiger Gesamttakt, der im Individualrecht keine Parallele hat » (GIERKE, *op. cit.*, p. 133).

⁴ BEZIN, *art. préc.*, p. 293.

⁵ C'est ainsi que Bezin conclut négativement son exposé : « Nous sommes plus que jamais persuadés que la distinction classique des actes unilatéraux et des contrats est la seule possible, et que l'introduction dans la science juridique de la notion de complexité, – ne fût-elle considérée que comme un aspect que les actes unilatéraux sont susceptibles de revêtir, – n'est pas de nature à venir simplifier et éclairer l'étude de la théorie des actes juridiques » (*Ibid.*, p. 350).

d'expression »¹. Ce constat, qui est le fondement de la justification de l'encadrement procédural de la manifestation de volonté du juge, est parfaitement transposable à l'Administration².

C'est à partir du moment où l'acte administratif est conçu comme un processus de manifestation de volonté que sa réglementation juridique peut se développer. Cette « procéduralisation » de l'acte administratif permet alors à la notion d'impartialité de jouer un rôle juridique dans ce processus, participant ainsi à l'autonomisation du principe d'impartialité en droit administratif.

Section 2 : La procéduralisation de l'acte administratif, condition d'émergence d'un principe autonome d'impartialité

La conception dynamique de l'acte administratif, brièvement explicitée, pourrait avoir des conséquences non négligeables en droit administratif. Cependant, la prise de conscience de l'importance des formes, ou des procédures, a été incomplète, pour diverses raisons³. La période récente attache cependant, de manière souvent implicite, une importance particulière à la procédure qui s'inscrit dans la théorie de l'acte administratif exposée ci-dessus.

C'est dans ce contexte qu'un principe juridique autonome d'impartialité peut voir le jour, en ce qu'il participe à l'encadrement juridique de la manifestation de la volonté de l'Administration. En effet, la manifestation de volonté dans l'acte administratif peut être libre, c'est-à-dire non encadrée juridiquement. Alors, la place pour une notion juridique d'impartialité se trouve très réduite, dans le cas de ces actes « non procéduralisés ». Il en va différemment lorsque l'acte est encadré par une procédure juridique.

Concevoir la procédure administrative comme la réglementation de l'opération de manifestation de volonté de l'Administration permet de prendre en compte toutes les

¹ JHERING, *L'esprit du droit romain...*, t. III, *op. cit.*, p. 160.

² Anne-Laure Girard note ainsi, à ce propos, que « dans la pensée doctrinale du début du siècle, les procédures atténuent le rôle de la volonté individuelle et garantissent la meilleure utilisation de l'intelligence » (A.-L. GIRARD, *op. cit.*, p. 131) ; Charles Vautrot-Schwartz ne dit pas autre chose lorsque, revenant sur ces débats du début du XX^e siècle, il affirme que « la procédure et les formalités entourant l'édition de l'acte administratif répondent (...) à un objet précis : discipliner l'autonomie de la volonté de l'agent » (C. VAUTROT-SCHWARTZ, « L'écriture de la procédure », in AFDA, *Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2015, p. 85, spéc. p. 94).

³ Il faut relever l'évolution du langage sur cette question : alors que la doctrine classique se concentre sur l'analyse des « formes » et du « vice de forme », le terme de « procédure » ne s'imposera que progressivement pour désigner autre chose que l'aspect formel de l'acte, notamment le caractère dynamique de sa création.

conséquences de son importance et de sa nécessité (I), notamment de sa fonction d'encadrement du pouvoir discrétionnaire de l'Administration (II).

I. L'émancipation de la vision « débilante » de la procédure : la réglementation de la manifestation de la volonté de l'Administration

Dans sa thèse consacrée à la procédure administrative non contentieuse, Guy Isaac affirme que « le Droit administratif français ne se dépouille cependant pas de son optique débilante du monopole procédural de la juridiction »¹. Il dénonce ainsi le monopole conceptuel de la juridiction sur la notion de procédure. Pourtant, l'épanouissement d'un droit administratif procédural peut être conçu comme un approfondissement de l'État de droit (A), en ce qu'il permet de mieux garantir l'opportunité des décisions administratives, plus que nulle autre technique juridique (B).

A. L'État de droit procédural : l'approfondissement de la liaison de l'Administration par le droit

L'attention doctrinale pour la procédure est ancienne. La procédure est en effet considérée comme un besoin impérieux pour la justice. Ayrault exprimait déjà cette idée, au XVI^e siècle, en s'appuyant par ailleurs sur le principe d'impartialité pour le montrer.

En justice, la formalité y est si nécessaire, qu'on y saurait se dévier tant soit peu : y laisser et omettre la moindre forme et solennité requise, que tout l'acte ne vint incontinent [immédiatement] à perdre le nom et surnom de justice (...). La raison est, parce que justice n'est quasi proprement autre chose, que formalité et cérémonie. Pour le montrer : quel intérêt y aurait-il autrement, que je me donnasse le premier lieu et le second à Thémistocle² ; c'est-à-dire, que je fusse juge en ma cause, ou qu'un autre en jugeât (...) ? (...) Qu'apporteraient ces différences à la nature et substance de l'acte, sinon que la formalité est autant ou plus que l'acte ?³

¹ G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, préf. O. DUPEYROUX, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 79, 1968, p. 35.

² Allusion à la bataille de Salamine, où, après la victoire, les capitaines durent déclarer qui avait le plus contribué à la victoire, afin d'attribuer le butin : chacun des capitaines s'adjugea la première part et donna la seconde à Thémistocle. Le peuple en déduisit que ce dernier était le plus méritant : v. HÉRODOTE, *Histoire*, t. II, « Uranie », L. VIII, n° 123, trad. P.-H. LARCHER, Paris, Charpentier, 1850, pp. 229-230.

³ AYRAULT, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire*, Paris, Sonnius, 1588, pp. 2-3 (adapté de l'ancien français).

Cette attention à la nécessité des formes ne s'est jamais démentie, en ce qui concerne le juge. Les formes font parfois l'objet d'une exaltation romantique, au XIX^e siècle¹. Tous ces auteurs, même si leur conception des formes peut différer², mettent en lumière la fonction d'encadrement de la volonté du juge qu'elles remplissent : elles visent à contenir le pouvoir immense reconnu à la volonté du juge, qui peut modifier l'ordre juridique de manière définitive. Un acte formel, procéduralisé, est un acte dont l'opération de manifestation de volonté importe en tant que telle : « L'acte formel peut se définir ainsi : l'acte dans lequel l'inobservation de la forme juridiquement prescrite pour la manifestation de la volonté réagit sur l'acte lui-même »³. Ce rôle attribué aux formes et procédures juridictionnelles n'a jamais été remis en question⁴.

La théorie de l'acte administratif, telle qu'exposée ci-dessus, devrait ainsi considérer que les formes et procédures jouent un rôle similaire dans la formation de l'acte administratif, ce qui ferait de la procédure administrative un élément central du droit administratif. Il est peu de dire que tel ne fut pas le cas, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, la fonction attribuée aux formes juridictionnelles ne se retrouve pas dans les définitions de la procédure administrative donnée par certains auteurs. Ces définitions, assez rares par ailleurs, sont souvent relativement descriptives et liées à la place qu'occupe le

¹ On le retrouve chez Benjamin Constant : « Ce qui préserve de l'arbitraire, c'est l'observance des formes. Les formes sont les divinités tutélaires des associations humaines ; les formes sont seules protectrices de l'innocence, les formes sont les seules relations des hommes entre eux (...). C'est aux formes seules que l'opprimé peut en appeler » (B. CONSTANT, *Principes de politique*, Paris, Eymery, 1815, p. 292) ; ou encore dans la fameuse formule de Jhering : « Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté. La forme (...) dirige la liberté, elle la contient, elle la protège (...). Le peuple qui professe le vrai culte de la liberté comprend d'instinct la valeur de la forme, il sent qu'elle n'est pas un joug extérieur, mais le palladium de la liberté » (JHERING, *L'esprit du droit romain...*, t. III, *op. cit.*, p. 158). Faustin Hélie qualifie encore les formes de « vigilantes sentinelles » gardant « la société toute entière » (F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle, ou théorie du Code d'instruction criminelle*, t. I, Paris, Hingray, 1845, p. 7).

² Jhering, en affirmant que « la forme est pour les actes juridiques ce qu'est l'empreinte pour la monnaie », en a une conception assez privatiste, qui met moins l'accent sur la procédure que sur les formes au sens strict (JHERING, *L'esprit du droit romain...*, t. III, p. 177), bien qu'il affirme aussi que « la forme ne tolère pas le même laisser-aller dans l'expression de la volonté » (*ibid.*, p. 172).

³ JHERING, *ibid.*, p. 160.

⁴ On retrouve cette idée dans la pensée doctrinale contemporaine, par exemple sous la plume de Georges Wiederkehr : « La part de pouvoir judiciaire abandonnée à chaque juge serait excessive, si les règles procédurales ne venaient canaliser l'exercice de la fonction juridictionnelle » (G. WIEDERKEHR, « De la légitimité de la justice », in *Mél. J. Héron*, Paris, LGDJ, 2009, p. 485, spéc. p. 491) ; ou encore de Georges Bolard, pour qui le droit du procès « balise le chemin du juge vers la décision qu'attendent les plaideurs » (G. BOLARD, « L'arbitraire du juge », in *Mél. P. Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 225, spéc. p. 226).

vice de forme dans le recours pour excès de pouvoir¹. Elles sont très souvent données dans les développements concernant le vice de forme dans le recours pour excès de pouvoir. Ainsi, si Laferrière définit le vice de forme comme consistant « dans l'omission ou dans l'accomplissement incomplet ou irrégulier des formalités auxquelles un acte administratif est assujéti par les lois et règlements », il s'attache peu à examiner leur signification, préférant se concentrer sur le régime du vice de forme². Il faut dire que les formalités procédurales applicables à l'administration active ont longtemps été conçues moins comme des garanties pour les administrés que des obligations érigées dans le seul intérêt de l'Administration³. Hauriou reprend ainsi la définition de Laferrière tout en ajoutant que « les formalités de procédure constituent (...) la principale condition de l'ordre et de la modération dans l'exercice du pouvoir administratif »⁴. Cependant, d'autres définitions se rapprochent de l'identification de cette fonction de réglementation de la manifestation de volonté de l'Administration que remplissent les procédures⁵.

Cette définition contentieuse de la procédure administrative est à l'origine de cette « indigence manifeste et générale » du droit français « dans l'appréhension de la notion de

¹ V., entre autres, les définitions données par Rivero : « Par procédures administratives, nous entendons l'ensemble des formalités de toute nature qui précèdent et préparent la décision administrative. Leurs caractères généraux, qui les opposent en un certain sens à la procédure juridictionnelle, découlent de la nature propre de la décision qui leur sert de conclusion » (J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur : Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Paris, Sirey, 1934, p. 221) ; ou par Céline Wiener, pour qui la procédure administrative est « l'ensemble des règles qui gouvernent l'édition des actes administratifs » (C. WIENER, *Vers une codification de la procédure administrative*, préf. R. ODENT, Paris, PUF, « Travaux de recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris – Série Science administrative », vol. 7, 1975, p. 15).

² LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, Paris, Berger-Levrault, 1888, p. 492. L'auteur note toutefois, sans s'y attarder, que les formes sont « des garanties offertes aux intéressés, au public, à l'administration elle-même, contre les décisions hâtives et mal étudiées » : elles sont alors destinées à « éclairer l'autorité qui fait l'acte » (*ibid.*, p. 492).

³ Au début du XX^e siècle, dans une affaire mettant en cause une procédure d'adjudication, la question s'est posée de savoir si les irrégularités de forme peuvent être invoquées par le requérant. Dans ses conclusions, Romieu – suivi en cela par le Conseil d'État – considère que « le soumissionnaire évincé a le droit de demander l'annulation de l'adjudication pour inobservation des règles fondamentales de l'adjudication, même si elles ont été édictées dans l'intérêt de l'Administration » (ROMIEU, « Concl. sur CE, 30 mars 1906, *Sieur Ballande* », *Lebon* p. 279, spéc. p. 282).

⁴ HAURIUO, *Précis de droit administratif*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 441.

⁵ Ainsi, Lopez-Rodo définit la procédure administrative comme le « canal par où s'écoule l'activité de l'Administration » (L. LOPEZ-RODO, « La procédure administrative non contentieuse », *RDP*, 1980, p. 607) ; Thomas Grey assigne pour sa part aux règles d'« équité procédurale » (*procedural fairness*) le rôle de « promouvoir la résolution correcte des litiges », en ce que « toutes ces règles visent à s'assurer que les faits seront établis de manière plus précise ou que les appréciations seront faites de manière plus raisonnable et impartiale que si ces règles n'étaient pas en vigueur » (T. GREY, « Procedural Fairness and Substantive Rights », in J. PENNOCK & J. CHAPMAN (dir.), *Due Process*, New York, New York University Press, « Nomos », vol. 18, 1977, p. 182, spéc. p. 184). (« All of them tend to ensure that facts will be found more accurately or that evaluations will be made more reasonably and impartially than would be the case if they were not in force »).

procédure administrative non contentieuse »¹, mise en lumière et dénoncée par la suite². Ainsi, Hauriou déploie souvent une vision statique de l'acte administratif, que son activité d'annotateur des décisions du Conseil d'État a du mal à dépasser. Il note toutefois la différence entre l'acte à procédure et l'acte non procéduralisé, lorsqu'il est confronté à un cas jurisprudentiel mettant en cause une procédure administrative, notamment la délibération d'un conseil municipal qu'il oppose à un acte pris par le gouvernement.

En réalité, une délibération d'assemblée est un acte plus complexe qu'une décision prise par un organe exécutif. – La décision exécutive nous apparaît toute faite, telle Minerve jaillissant tout armée du cerveau de Jupiter ; nous n'assistons pas à la genèse de sa confection, même dans les cas où sa rédaction a été l'œuvre d'un conseil consultatif, et où il y a eu délibération de ce conseil, ce qui est le cas pour les décrets délibérés en conseil de préfecture, cette opération n'est pas prise en considération par le droit. On exigera que l'acte porte la mention délibéré en Conseil d'État, délibéré en conseil de préfecture, mais on ne se préoccupera pas des conditions dans lesquelles se sera produite la délibération. – Il n'en va pas de même de la décision d'une assemblée délibérante.³

Le juriste-sociologue exprimera cependant le besoin de procédures juridiques, qui sont une « notion essentielle du droit objectif », mais cette idée se retrouve moins dans le travail de l'arrétiste : « Il n'y a qu'à élargir la donnée, passer des procédures particulières à une vaste procédure générale, enveloppant toutes les opérations de la vie étatique, pour aboutir au concept véritable du régime d'État qui sera un ensemble de procédures, à la fois pratiques et juridiques, par où devront passer les diverses opérations de la vie sociale pour la garantie de la liberté »⁴. Il semble y avoir, par ailleurs, chez Hauriou, une identification totale entre décision exécutoire et absence de procédure.

De l'acte simple, dont le type est la décision exécutoire, dans lequel tout se rapporte à la puissance de la volonté et où l'unité de l'acte est obtenue de façon interne par l'unité même de la volonté créatrice, nous sommes conduits à l'acte complexe, autrement dit à l'opération juridique, dans laquelle l'unité de la forme exécutoire est réalisée de façon purement extérieure par une cérémonie sociale ou

¹ G. ISAAC, *op. cit.*, p. 15. Cette thèse a contribué à faire sortir la procédure administrative des « sables de l'indifférence » (O. DUPEYROUX, « Préface », in G. ISAAC, *op. cit.*, p. III). Cependant, la redondance des problèmes mis en lumière dans cet ouvrage montrent que cette extraction n'a pas été complète.

² Vedel observe, en 1971, que le droit français est « retardataire » en matière de procédure administrative non contentieuse, à cause du monopole de la juridiction sur la « théorie de la procédure » (G. VEDEL, *Cours de droit administratif*, Paris, Les cours de droit, 1971, p. 534). Rétrospectivement, v. G. DUMONT, « Théorie de la procédure », in AFDA, *Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2015, p. 3.

³ HAURIOU, « Note sous CE, 1^{er} févr. 1901, *Descroix et autres boulangers de Poitiers* », S. 1901, III, p. 41 ; *Juris. adm.*, t. I, p. 144, spéc. p. 150. Hauriou prône une attention accentuée pour la procédure menant à l'acte dans une autre note, en affirmant que la procédure (qu'il nomme « l'opération ») suit l'acte administratif « comme son ombre » (HAURIOU, « Note sous CE, 11 juin 1909, *Servois, Guyot de Villeneuve et autres* », *Juris. adm.*, t. III, p. 232, spéc. p. 238).

⁴ HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, réimpr. Dalloz, 2010, préf. O. BEAUD, p. 697.

par une procédure, mais qui, à l'intérieur, contient des éléments hétérogènes de consentement.¹

Les auteurs qui se consacrent à une étude de la procédure débarrassée de cette vision contentieuse dénoncent fréquemment ce désintérêt pour la procédure². Il en va ainsi de Georges Langrod, qui se signale par plusieurs contributions à l'étude de la procédure administrative : « Le droit administratif français, précurseur de principales conquêtes du domaine de la "juridicisation" de l'action administrative, reste sur ce plan [du droit processuel] foncièrement conservateur et ne manifeste généralement pas de compréhension quant à la réorientation des conceptions adoptées à l'époque de sa naissance »³. C'est ainsi que la plupart des auteurs constatent cette indigence⁴, que la période ultérieure ne remettra pas en cause. Certaines améliorations sont apportées, mais ce « point faible »⁵ que constitue le droit administratif procédural est toujours dénoncé dans la période récente, dans la mesure où la procédure administrative reste une « mal-aimée »⁶. Ainsi, Jean-Bernard Auby dénonce encore, en 2006, « l'idéologie de l'intérêt général » selon laquelle l'intérêt général « existe quelque part dans la nature, à l'état brut, comme une vérité que sait identifier l'État, par constitution en quelque sorte », en rappelant que « la vérité et l'intérêt général sont dans les procédures ». Il va jusqu'à prôner une procéduralisation croissante du droit administratif, qui

¹ *Ibid.*, p. 155. Hauriou déplore ailleurs, dans une note de bas de page de son *Précis de droit administratif*, le peu d'attention porté aux procédures : « Il n'a jamais été fait de traité théorique de la procédure des opérations administratives et cela est regrettable, car il y aurait certainement dans cette matière considérable des principes importants à mettre en lumière ; (...) Gérando l'avait parfaitement vu (...). Il n'existe que des matériaux épars » (HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, Larose, 1900, 4^e éd., p. 225).

² Le même point de vue est exprimé, en droit privé, notamment par Henri Vizioz pour qui la procédure est « une branche du droit tombée chez nous, par suite de conceptions et de préoccupations trop exclusivement formalistes et exégétiques, dans un discrédit immérité » (H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, p. 54).

³ G. LANGROD, « Procédure administrative et droit administratif », *RISA*, 1956, p. 5, spéc. p. 28. Pour d'autres contributions de ce même auteur, v. *idem*, « Procédure administrative et droit administratif », *RDP* 1948, p. 549 ; *idem*, *La doctrine allemande de la procédure administrative non contentieuse*, Bruxelles, Institut international de sciences administratives, 1961, 90 p. ; *idem*, « Quelques problèmes de la procédure administrative non contentieuse en droit administratif comparé », *RISA*, 1959, p. 5.

⁴ On retrouve ce constat chez Marcel Waline : « Des quatre chefs d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, le vice de forme est assurément celui dont l'étude avait paru jusqu'ici la plus ingrate » (M. WALINE, « Note sous CE, 16 nov. 1928, *Foucher* », *D.*, 1929, III, p. 33) ; ou encore chez Charles Eisenmann : « dans les exposés d'ensemble du droit administratif français, on ne trouve guère une théorie systématique de l'action normatrice de l'Administration, à plus forte raison une théorie de la réglementation de l'action de l'Administration en général » (C. EISENMANN, *Cours...*, t. II, *op. cit.*, p. 235). Ce constat avait été effectué plus tôt par Marie : « Malheureusement la législation positive française présente une lacune importante au sujet de cette procédure administrative si détaillée » (MARIE, *op. cit.*, p. 534).

⁵ Ainsi Jean-Marie Auby, à propos du décret du 28 novembre 1983, note qu'il contribue à l'amélioration de la procédure administrative non contentieuse, « qui constituait certainement un des points faibles du droit administratif français » (AUBY, « Le décret du 28 novembre 1983 », *AJDA*, 1984, p. 124).

⁶ O. GOHIN, « Regards de travers sur une mal-aimée : La procédure administrative non contentieuse en droit comparé », in *Mél. J. Morand-Deville*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 351.

doit se faire au détriment du recours juridictionnel : « Réduisons l'intérêt pour agir et augmentons la transparence et la participation »¹. Le même désintérêt se retrouve dans d'autres pays². Il y a toutefois un regain d'intérêt pour la procédure administrative lorsque sa codification est en question : c'est un problème qui a traversé l'époque contemporaine, sans trouver de véritable solution en droit positif³. Si l'ordonnance et le décret du 23 octobre 2015⁴ instituant le Code des relations entre le public et l'administration marquent un progrès en ce sens, ils n'en sont pas moins le signe d' « une hostilité solidement ancrée à l'endroit de l'expression de "procédure administrative" »⁵.

Ce manque de conceptualisation de la procédure administrative est dû à cette « prise de vue » particulière sur le droit administratif qu'offre l'approche contentieuse : elle est nécessairement réduite, ou « singulièrement étroite, et déformante »⁶. Or, la jurisprudence du Conseil d'État est « l'écran sur lequel on observe *tous* les phénomènes du droit

¹ J.-B. AUBY, « Droit administratif et démocratie », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 13, spéc. p. 27. Le même auteur dénonce ailleurs « l'insuffisante maturation de notre droit de la procédure administrative non contentieuse » (J.-B. AUBY, « Remarques terminales », *RFDA*, 2010, p. 931), après avoir affirmé, quelques années auparavant, que les questions relatives à la procédure administrative non contentieuse sont « vitales dans l'évolution du droit public » (*Idem*, « La petite musique de la démocratie administrative », *Dr. adm.*, 1998, repère 6).

² Pour Langrod, le désintérêt que la doctrine allemande porte à la procédure administrative est « traditionnel » et « notoire » (G. Langrod, *La doctrine allemande de la procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 7) ; il a les mêmes causes qu'en France : le fait que l'étude de l'acte administratif soit celle de son contrôle juridictionnel, d'où « il résulte fatalement (...) que la procédure (...) n'entre dans le champ d'études du juriste administratif qu'en ce qui concerne le contentieux administratif » (*ibid.*, p. 8). Pour une approche comparée, v. A.-R. BREWER-CARIAS, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse*, préf. F. MODERNE, Paris, Economica, « Science et droit administratifs », 1992, 167 p.

³ À ce propos, v. C. WIENER, *Vers une codification de la procédure administrative*, *op. cit.* ; J.-M. AUBY, « Le décret du 28 novembre 1983 », *AJDA*, 1984, p. 124 (qui regrette l'absence de code de procédure) ; Y. GAUDEMET, « La codification de la procédure administrative non contentieuse en France », *D.*, 1986, p. 107 ; P. DELVOLVÉ, « De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux », *D.*, 1984, chron. p. 137 (pour qui le décret du 28 novembre 1983 n'est qu'un « ersatz » de code de procédure administrative) ; H. MAISL, C. WIENER & J.-M. WOEHLING, « Un décret ne fait pas le printemps », *AJDA*, 1984, p. 137. Et, plus récemment : P. GONOD, « Le codification de la procédure administrative », *AJDA*, 2014, p. 395 ; C. VAUTROT-SCHWARTZ, « L'écriture de la procédure », in AFDA, *Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2015, p. 85.

⁴ Ord. n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, *JORF* du 25 oct. 2015, p. 19872 ; Décret n° 2015-1342 du 23 octobre 2015 relatif aux dispositions réglementaires du code des relations entre le public et l'administration, *JORF* du 25 oct. 2015, p. 19895.

⁵ P. GONOD, « À la recherche d'un code de procédure administrative : du décret du 28 novembre 1983 au code des relations entre le public et l'administration », *Cah. fonction publ.*, n° 361, 2015, p. 33, spéc. p. 35. L'auteur conclut qu' « au demeurant, aucun Code de procédure administrative n'a encore vu le jour en France » (*ibid.*, p. 36).

⁶ RIVERO, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA* 1966, p. 154, spéc. p. 155.

administratif »¹. Auby relève pour sa part que pour trouver l'origine de l'absence de prise en compte de la procédure administrative, « il paraît plus vraisemblable d'incriminer l'importance, à certains égards exagérée, que la doctrine française attache au point de vue contentieux »², en ce qu'il fait perdre son importance à la procédure menant à l'acte³.

Il y a, d'autre part, dans l'appréhension même des procédures, une identification à la juridiction. Les évolutions procédurales ont en effet contribué à autonomiser la juridiction administrative de l'administration active, au XIX^e siècle. De cette identification découle, logiquement, une exclusion des procédures de la sphère administrative, que Carré de Malberg exprime parfaitement.

En résumé, la juridiction n'est pas en soi une fonction irréductiblement distincte de l'administration, mais seulement une partie de la fonction administrative, soumise à un régime et à des formes spéciales. Pour qu'il y ait juridiction, il ne suffit pas qu'il soit pris une décision portant sur un point de droit, contesté ou non, et consistant à dire le droit, mais il faut et, même en l'absence de tout litige, il suffit que cette décision soit prise par une autorité juridictionnelle, c'est-à-dire par une autorité spécialement affectée à l'exercice de la juridiction, cette autorité statuant dans des formes qui fournissent la garantie que sa sentence sera exempte de tout arbitraire, conforme à l'ordre juridique en vigueur, déterminée par des motifs de pure légalité ou d'équité idéale à l'exclusion de toute considération de buts administratifs ou d'intérêt général.⁴

¹ LANGROD, « Procédure administrative... », *RISA*, art. préc., p. 29. Pascale Gonod note encore que l'approche contentieuse du droit administratif « constitue (...) l'une de ses principales caractéristiques » (P. GONOD, « L'étude du procès administratif », in *Mél. A. Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2013, p. 165), ce qui aboutit à une étude du droit administratif « à travers sa pathologie » (*ibid.*, p. 165). Cet « état pathologique des rapports existants entre les membres d'un groupement humain » impliqué par l'étude de la jurisprudence est relevé de manière plus générale par Paul Durand (P. DURAND, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé », *D.*, 1956, chron. XV, p. 73, spéc. p. 74).

² J.-M. AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *D.*, 1956, I, p. 27.

³ « Envisagée sous l'angle du recours juridictionnel, la procédure administrative non contentieuse perd en effet la plus grande partie de sa spécificité. Dans l'immense majorité des cas, seuls les actes administratifs peuvent donner prise au contentieux ; il en résulte que les éléments antécédents ou subséquents à ces actes passent dans l'ombre, et ne sont plus considérés que dans les moyens qu'ils fournissent pour contester la légalité des décisions administratives. Cependant, les actes administratifs ne constituent qu'un aspect relativement limité d'une étude juridique de l'activité administrative. Une notable partie de cette activité consiste en des opérations qui permettent à l'Administration de déterminer si elle doit prendre un acte et quel contenu il convient de lui donner, et qui visent d'autre part à assurer l'application de cet acte » (*ibid.*, p. 27).

⁴ CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, op. cit., p. 810. La même idée est exprimée par Jean-François Brisson : « Parce que les juridictions administratives française n'ont jamais pleinement satisfait aux exigences organiques d'exercice de la fonction juridictionnelle, le droit français a dû insister sur les règles de procédure pour caractériser l'existence d'une instance juridictionnelle » (J.-F. BRISSON, « Les principes de la procédure administrative en droit français », in M. FROMONT (dir.), *Analyse comparée du droit administratif*, Londres, Esperia, « European Public Law Series », vol. 14, 2000, p. 77). Eisenmann, essayant de caractériser la justice et, partant, la juridiction, arrive à la conclusion provisoire que « la justice, la juridiction, est une procédure » (EISENMANN, « La justice dans l'État », in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La Justice*, Paris, PUF, « Bibl. des centres d'études supérieures spécialisés », vol. 7, 1961, p. 11, spéc. p. 21).

Il résulte de cette construction historique que tout progrès procédural dans le droit de l'administration active est souvent qualifié de phénomène de « juridictionnalisation »¹, alors qu'il s'agit, plus simplement, d'une procéduralisation de la décision administrative. Lorsqu'il est difficile d'introduire ce terme, certains auteurs se réfèrent à la notion de « quasi-contentieux »². On peut ainsi parler, avec Isaac, de « monopole théorique de la juridiction sur le plan procédural »³.

De plus, la diversité des missions de l'Administration crée une certaine réticence à une appréhension globale de la procédure administrative. L'unité de la fonction juridictionnelle paraît plus propice à une telle appréhension. Ainsi, Michel Fromont note qu'« il y a pratiquement autant de types de procédure administrative qu'il y a de types de décisions administratives »⁴. Le même constat est dressé par Hans Spanner, quelques années plus tôt : « Il manque des règles légales générales en ce qui concerne la procédure des autorités administratives et cette situation n'est pas spécifique au droit allemand. Elle est principalement le résultat de l'extrême diversité des activités de l'Administration, diversité qui rend très difficile l'établissement de règles qui soient uniformément valables pour régir la procédure suivie par les autorités administratives »⁵.

Enfin, dans la construction du droit administratif français, l'accent a rapidement été mis sur le contrôle juridictionnel de l'Administration, conçu comme la garantie ultime de la légalité administrative. Cette ouverture du recours juridictionnel, notamment du recours pour excès de pouvoir, a eu pour conséquence mécanique un abandon des procédures préalables,

¹ Cela est particulièrement le cas de la fonction disciplinaire de l'Administration, dont un grand nombre d'auteurs étudié la « juridictionnalisation ». Ainsi, pour Duguit, l'évolution de la répression disciplinaire conduira à ce qu'« elle aussi sera juridictionnalisée » (DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Fontemoing, 1903, p. 469) ; de même, Bonnard étudie ce phénomène dans sa thèse, en 1903 (R. BONNARD, *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Bordeaux, Cadoret, 1903, spéc. p. 20). Pour Cruet, ce phénomène conduit à ce que « la procédure devant les Conseils disciplinaire affecte des formes juridictionnelles » (J. CRUET, *Étude juridique de l'arbitraire administratif*, Paris, Rousseau, 1906, p. 129). Ainsi, la juridicisation de cette procédure particulière est analysée comme sa juridictionnalisation.

² On trouve un exemple typique de cette assimilation en matière de remembrement : l'examen du droit procédural en la matière amène le commissaire du gouvernement Letourneur s'interroger sur le caractère juridictionnel ou non de ces organismes, pour répondre à la question de savoir si l'obligation de motivation s'impose à ces « organismes aujourd'hui toujours plus nombreux qui quoiqu'ayant un caractère purement administratif statuent comme des juridictions suivant une procédure quasi juridictionnelle et dans des matières parajuridictionnelles » (LETOURNEUR, « Concl. sur CE, 27 janv. 1950, *Billard* », S., 1950, III, p. 41, spéc. p. 44).

³ ISAAC, *op. cit.*, p. 35.

⁴ M. FROMONT, « Les types de procédures administratives », in M. FROMONT (dir.), *Analyse comparée du droit administratif...*, *op. cit.*, p. 11.

⁵ H. SPANNER, « De la procédure administrative non contentieuse », *RISA*, 1959, p. 167. Moreau le notait déjà, à propos des textes instituant des formalités : « Aussi nombreux qu'ils soient, ces textes n'ont qu'une portée spéciale » (F. MOREAU, *op. cit.*, p. 132).

qui ne survivent que parce qu'elles figurent dans un texte de loi ancien¹. Ce lien est parfois clairement établi : « Le droit français, contrairement aux droits étrangers, a toujours négligé la procédure administrative non contentieuse. Convaincu de la supériorité du contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif, on est seulement préoccupé de la procédure administrative »². L'idée sous-jacente est que le recours pour excès de pouvoir « laisse penser que les garanties préalables étaient d'autant moins nécessaires que le juge pouvait de toute façon intervenir après coup pour redresser les décisions mal préparées et réparer l'administré blessé dans ses droits »³. Ainsi, la procédure administrative peut mieux s'épanouir dans les pays où l'accès au juge est plus limité, comme le relèvent Jean-Marie Auby et Roland Drago : « Les codes de procédure administrative sont souvent apparus dans des pays dénués de contrôle juridictionnel de l'Administration afin d'apporter aux administrés un minimum de garanties »⁴. Or, la nature préalable ou postérieure des garanties en question est totalement différente, comme nous le verrons, ce qui explique l'introduction de codes ou lois de procédure administrative jusque dans les systèmes juridiques connaissant un contrôle juridictionnel de l'Administration sophistiqué.

Pourtant, le développement d'un droit administratif procéduralisé, où l'Administration détermine sa volonté suivant des règles juridiques, peut être conçu comme un approfondissement de l'État de droit.

¹ Bernard Schwartz constate cette différence existant entre le droit français et le droit états-unien : « Il y a eu, jusque récemment, une différence d'approche fondamentale, qui a empêché le Conseil d'État de devenir le contrôleur effectif de la régularité procédurale de l'administration comme les tribunaux de ce pays [les États-Unis] l'ont été (...). Dans le système français, les seules exigences procédurales prévues par un texte spécifique ont été imposées à l'administration » (B. SCHWARTZ, « Administrative Procedure and Natural Law », *Notre Dame Law Review*, 1953, p. 169, spéc. p. 180).

² G. PEISER, « Sources du droit de la procédure administrative », in M. FROMONT (dir.), *Analyse comparée du droit administratif*, op. cit., p. 19. Bertil Wennergren étend ce constat aux pays ayant connu un tel essor du contrôle juridictionnel de l'activité administrative : « Dans certains pays, la prédominance du contrôle juridictionnel est telle que l'activité administrative est, dans une large mesure, à peine réglementée. On va même jusqu'à dire que la procédure administrative n'est pas digne de faire l'objet d'une législation ou que ce serait empiéter sur le rôle du contrôle juridictionnel que d'assortir cette procédure de règles générales » (B. WENNERGREN, *La protection des citoyens dans les procédures administratives (à l'exception des recours juridictionnels)*, Bruxelles, Institut international des sciences administratives, 1969, p. 7). Parmi ces pays, on trouve notamment la France et le Danemark.

³ BRISSON, « Les principes de la procédure administrative en droit français », *art. préc.*, p. 77.

⁴ J.-M. AUBY & R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, p. 403.

Pour cela, il faut établir un critère opératoire de distinction entre droit matériel et droit procédural. De ce point de vue, la conception normativiste du droit le propose clairement, sous la plume d'Adolf Merkl¹, en distinguant les notions de voie et de but.

Administrer est un acte réfléchi du comportement humain. Dans chaque action, il est possible de distinguer le *fieri* du *factum*², ou, d'un point de vue téléologique, la voie et le but qui déterminent l'action. Les fonctions étatiques, et en particulier tous les actes administratifs sont des buts qui ne peuvent être atteints que par une manière d'agir bien définie. Ainsi, de la même façon que la loi est le but auquel mène la procédure législative, les actes juridictionnels et administratifs sont les buts que permettent d'atteindre les procédures juridictionnelle et administrative.

Au fond, l'action administrative coïncide avec la procédure administrative et les actes administratifs n'existent qu'en tant que produit de cette dernière. Néanmoins, on parle de procédure juridique dans un sens plus étroit et technique uniquement dans l'hypothèse dans laquelle la manière d'élaborer une décision publique ne constitue pas une compétence discrétionnaire de l'organe habilité à édicter l'acte visé, mais cette élaboration est le résultat de règles juridiques préalablement prescrites, c'est-à-dire lorsque la mise en œuvre de la procédure, dont le résultat est l'acte, n'est pas entendue comme un but en soi, mais lorsque cette voie procédurale représente peu ou prou une norme juridique déterminante, qui, d'après l'objet qu'elle entend normer, est conçue comme une norme procédurale.³

À la lumière de ce qui a été indiqué plus haut, on peut reprendre cette définition de la procédure administrative pour la concevoir comme l'ensemble des règles juridiques qui viennent régir l'opération de manifestation de volonté de l'Administration qu'est l'acte administratif. Ainsi, outre le respect du droit matériel, l'Administration est astreinte à déterminer sa volonté dans des formes prescrites par la norme supérieure, ce qui contribue à réduire son pouvoir discrétionnaire pour en garantir un usage convenable. Deux conséquences majeures découlent de cette distinction entre droit matériel et droit procédural.

Tout d'abord, l'assimilation de la procédure à la juridiction est abusive : l'acte administratif est lui aussi, et au même titre que l'acte juridictionnel, le résultat d'une

¹ La conception de la procédure que Merkl expose dans son *Allgemeines Verwaltungsrecht* est restée relativement inconnue du public français : cet ouvrage n'a jamais été traduit en français, et les recensions de l'époque, celles de Bonnard ou d'Eisenmann, ne font pas mention de l'aspect procédural développé par Merkl. Il faut toutefois noter que la théorie de Merkl a eu une influence déterminante sur le travail de Guy Isaac, qui, dans sa thèse, s'appuie sur la traduction espagnole de l'ouvrage de Merkl. Le traité de Merkl n'ayant pas, à ce jour, été traduit en français, nous nous permettons de le citer *in extenso*.

² Distinction basée sur le verbe latin *facio* : *fieri* désigne l'infinifit présent passif du verbe *facio* (qu'on peut ainsi rendre en français par le syntagme « ayant été fait ») ; *factum* désigne le supin du même verbe, qui sert à exprimer le but.

³ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1927), réimpr. Vienne, Verlag Österreich, 1999, préf. R. WALTER, (trad. inédite M. KORDEVA), p. 213.

procédure. Seulement, il est, dans les faits, très fréquent que la procédure juridictionnelle soit juridique, alors que cela est plus rare pour l'acte administratif¹.

La théorie traditionnelle du droit processuel conçoit le procès comme une caractéristique de la justice et l'assimile à la procédure juridictionnelle. Ceci fut une façon de réduire les notions juridiques générales à une certaine réalité. Certes, la réduction de la notion de procès à celle de justice est, du point de vue de l'histoire du droit, compréhensible, car l'origine du procès réside dans le domaine de cette fonction de l'État, domaine où il trouve sa manifestation technique la plus accomplie. Du point de vue de la théorie juridique, la réduction du procès à la justice est intenable, car le procès, d'après sa nature, est possible dans le domaine de toutes les fonctions de l'État.²

La procédure juridique trouve ainsi une définition singulière au sein de la théorie de la formation du droit par degrés (*Stufentheorie*). Elle fait partie de la déterminante objective de l'acte administratif, prévue par la norme supérieure, à côté de la compétence et des buts³.

D'autre part, se met au jour ce qu'on peut appeler un état de discrétion procédurale, qui peut tout à fait être conquis par le droit, approfondissant ainsi la liaison de l'Administration par la règle juridique⁴.

La formation des règles formelles du droit administratif procédural représente le deuxième degré de la forme juridictionnelle (*Justizförmigkeit*) de l'administration, dont le premier degré est obtenu par la composition de règles matérielles propres au droit juridictionnel et intégrées au droit administratif matériel. Toutefois, lorsqu'on rend cette réalisation dépendante de la formation d'un droit administratif procédural s'apparentant aux règles procédurales de la fonction juridictionnelle, il s'agit d'une conception restrictive et arbitraire de la notion d'État de droit. La motivation législative-politique de la création d'un droit administratif procédural est la volonté d'assurer aux individus, qui obtiennent de manière isolée leurs droits

¹ Merkl le relève lui-même : « Le droit procédural domine les fonctions législative et juridictionnelle, tandis que, en ce qui concerne l'Administration, le corpus procédural est réduit et n'apparaît que dans des domaines précis » (MERKL, *idem*, p. 216).

² *Ibid.*, p. 213.

³ « À la lumière de la théorie de la formation du droit par degrés (...), la procédure peut être qualifiée (...) comme la voie par laquelle la production juridique de degré supérieur crée la production juridique de degré inférieur. La procédure produit ainsi, sur le fondement de la norme supérieure, une norme inférieure, et, au dernier niveau de l'opération de concrétisation normative, cette production n'est rien d'autre qu'un acte d'exécution. (...) Tous les éléments de l'ordonnancement juridique global, qui constituent la voie de production menant d'un ensemble d'actes juridiques à un autre ensemble d'actes juridiques (...) font partie du droit procédural (...). D'un point de vue général, le droit procédural représente la norme d'application issue du droit du législateur dans le domaine de la justice et de l'administration ; ces dernières entendues comme deux branches de l'exécution législative » (*Ibid.*, pp. 214-215).

⁴ « Jadis, le droit administratif soumettait ses règles aux buts qui étaient les siens plutôt qu'aux formes administratives. Mais, encore aujourd'hui, il est possible de constater, dans certains domaines de l'administration, la présence de règles matérielles et l'absence de règles relatives à la forme que prend l'action administrative. Naturellement, même lors du simple choix d'une décision administrative (...), une voie déterminée doit être suivie. Déterminer la voie que doit prendre l'action administrative incombe, en l'absence d'une disposition juridique générale, à la décision individuelle de l'organe chargé de l'adoption de l'acte administratif visé » (*Ibid.* p. 215).

des agents de l'administration, les mêmes garanties de conformité juridique (légalité), notamment la correcte application du droit administratif matériel (...).¹

Il ressort clairement de ces propos que le développement d'un droit administratif procédural est une conquête supplémentaire de l'État de droit : dans l'histoire du droit administratif, la légalité administrative est d'abord matérielle, puis procédurale², sans que cela soit d'ailleurs logiquement justifié, dans la mesure où l'on considère fréquemment, à propos de la juridiction, que la légalité procédurale précède la légalité matérielle. Cela s'explique par ce que la légalité formelle originelle ne correspond pas à une vision dynamique de l'acte administratif : elle est alors plus formaliste que procédurale.

C'est ce qu'affirme également Langrod dans ses études sur la procédure administrative, où il décrit l'incomplétude de l'État de droit en l'absence de droit administratif procédural³, qui maintient en partie le « règne du bon plaisir »⁴. Ainsi, pour d'autres auteurs, « un mouvement se développe qui propose la recherche d'un renforcement de la pénétration de l'état de droit au sein de l'administration, par le recours à des procédures codifiées »⁵. Cet approfondissement de l'État de droit, s'il peut être optionnel suivant les systèmes juridiques, n'est pas vain : il permet notamment de saisir et de réglementer ce qui, par nature, échappe à tout contrôle juridictionnel direct.

B. *La réglementation de l'opération de manifestation de la volonté de l'Administration permettant de mieux garantir l'opportunité de la décision*

L'idée même de pouvoir discrétionnaire est rétive à la réglementation juridique. L'Administration investie d'un pouvoir discrétionnaire échappe alors à la liaison par la règle juridique en raison de la présence d'un élément discrétionnaire tenant aux nécessités de l'ordre juridique. Cette sphère, qu'on peut nommer opportunité, est précisément non

¹ *Ibid.*, p. 216.

² Isaac le relève bien : « Cette conception de l'État de Droit permet à Merkl d'éviter l'erreur commune de la théorie traditionnelle du Droit Administratif qui consiste à estimer réalisé l'État de Droit quand le Droit Administratif *matériel* est réglementé par la loi et à laisser, par conséquent, en dehors du droit tout le domaine du Droit Administratif *formel*, ou de la "procédure administrative". Le processus évolutif de "juridicisation" que constitue la réalisation de l'État de Droit est resté limité au seul plan du Droit Administratif dans son sens classique, sans pénétrer dans le domaine de la voie à suivre, de la procédure » (Isaac, *op. cit.*, p. 96).

³ « "L'État de droit" s'est littéralement greffé sur le corps – en partie déjà fossilisé – de l'ancien régime de l'arbitraire administratif ; c'est cette "superposition" de deux régimes opposés qui a fait qu'on a soigneusement évité toute pénétration du *droit* objectif dans le domaine "réservé" des procédés précédant l'élaboration de l'acte administratif » (LANGROD, *La doctrine allemande de la procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 11)

⁴ LANGROD, « Procédure administrative... », *RISA*, *art. préc.*, p. 12.

⁵ C. CAMBIER, « Au-delà et en deçà de la juridiction », in *Mél. J. Dabin*, *op. cit.*, p. 453, spéc. p. 464.

juridique¹. Pourtant, « il ne suffit pas qu'un acte d'administration renferme toutes les conditions de validité requises (...) ; il est encore à désirer que l'acte d'administration soit opportun. C'est-à-dire que l'administration ne doit pas se borner à être correcte et respectueuse de la légalité ; elle doit s'efforcer d'être habile »². Or, la légalité matérielle est impropre à garantir cette opportunité de l'acte³.

Cependant, il est un moyen d'introduire certaines garanties juridiques du bon usage de ce pouvoir discrétionnaire, sans remettre en cause sa nature : il s'agit alors de réglementer la procédure de manifestation de volonté de l'Administration par des normes procédurales. Le pouvoir reste discrétionnaire quant au fond de l'acte, à son aspect matériel, mais l'Administration peut être contrainte à ne déterminer sa volonté qu'au regard de règles prévues objectivement⁴. Ainsi, si le fond de l'acte fait l'objet d'un contrôle relâché, le juge peut s'assurer que celui-ci a été atteint d'une manière satisfaisante, dans le respect des obligations procédurales. En d'autres termes, le juge aura des difficultés à contrôler les appréciations auxquelles s'est livrée l'Administration, mais pourra s'assurer qu'elle y a procédé de manière adéquate.

Envisagées de cette manière, les normes procédurales apparaissent comme des garanties d'un bon usage par l'Administration de son pouvoir discrétionnaire, dont on sait qu'elles deviennent inopérantes lorsque la compétence est liée. La doctrine a depuis longtemps appréhendé la procédure comme une garantie du bon usage du pouvoir discrétionnaire. Plusieurs auteurs l'affirmaient déjà, au XIX^e siècle.

¹ Laband l'exprimait ainsi : « En aucun cas, le manque d'opportunité ne peut rendre le décret juridiquement nul ou illicite ; c'est là un grief sans importance *juridique* » (P. LABAND, *Droit public de l'Empire allemand*, t. II, trad. C. GRANDILHON & T. LACUIRE, préf. F. LARNAUDE, Paris, Giard & Brière, 1901, p. 540).

² HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 205.

³ Félix Moreau s'interrogeait lui aussi sur la question : « Les particuliers, les administrés, ne pourraient-ils pas intervenir utilement pour exiger une bonne administration ? Nos lois ne donnent à cette idée qu'une application limitée (...). La jurisprudence semble disposée à reconnaître aux administrés une ressource (...) ample : le recours en annulation contre les actes des autorités. Seulement, ce recours ne réussit que contre les actes illégaux, il ne sert à rien contre les actes ruineux ou stupides, mais réguliers » (MOREAU, *op. cit.*, p. 121). L'approfondissement du contrôle juridictionnel amène toutefois certains auteurs à considérer que « l'administration est désormais comptable devant le juge non seulement de ses décisions illégales mais aussi de ses décisions inopportunes » (J. HUMMEL, « La théorie de la moralité administrative et l'erreur manifeste d'appréciation », *Rev. adm.*, 1996, p. 335, spéc. p. 336). Cependant, cette « moralité administrative » devient juridique, dès lors qu'elle est sanctionnée par le juge ; on parlera plus volontiers d'extension du domaine de la légalité des actes administratifs.

⁴ Jhering note ce caractère contraignant de la volonté qu'impliquent les formes obligatoires : « Toute forme décrétée restreint la volonté dans le choix de ses moyens d'expression » (JHERING, *L'esprit du droit romain...*, t. III, *op. cit.*, p. 160).

Il y a des cas, et des cas nombreux, dans lesquels le législateur, en confiant à divers organes de l'autorité administrative le pouvoir de statuer sur certaines affaires a cru devoir leur imposer de suivre des formes déterminées, d'ouvrir une enquête pour recueillir l'opinion et les réclamations des intéressés, de consulter les conseils placés auprès d'eux. L'obligation de suivre ces formes est d'autant plus impérieuse pour l'administration, dans le cas où il lui appartient d'apprécier souverainement les mesures à prendre en vue de satisfaire le mieux possible l'intérêt public, en blessant le moins possible les intérêts privés ; car c'est la seule garantie accordée dans ce cas aux intérêts privés. La jurisprudence du Conseil d'État a donc considéré que l'obligation de statuer dans certaines formes était une des conditions, une des limites du pouvoir accordé à un agent de l'administration (...).¹

La loi exige, en certains cas, des avis, des formalités qui servent de garantie aux particuliers. Précisément parce que, dans ces circonstances, l'administration est investie d'un pouvoir discrétionnaire, le législateur a voulu donner aux intérêts privés une sûreté qui prévienne l'arbitraire en éclairant l'administrateur, l'inobservation de ces formes peut entraîner l'annulation des actes.²

Cette conception sera marquée par la suite d'une certaine permanence³, que l'on retrouve chez Gaston Jèze : « En droit public, (...) les formes sont des garanties automatiques imaginées par les lois ou les règlements pour assurer le bon fonctionnement des services publics, en empêchant les décisions irréflechies, hâtives, insuffisamment étudiées. Les agents administratifs n'ont pas, pour combattre leur négligence ou leur imprudence, le souci de leur intérêt personnel ou de leur responsabilité personnelle »⁴. Cependant, cette conception de la procédure est obscurcie par l'approfondissement du contrôle juridictionnel, en France. Plutôt que de s'intéresser à la manière dont la décision a été prise, le juge et la doctrine s'intéressent à l'intensité du contrôle du juge sur le fond de la décision, qui permet d'enserrer efficacement

¹ AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I, Paris, Dunod, 1869, 1^{ère} éd., p. 396.

² A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, t. VII, Paris, Larose, 1885, 2^e éd., p. 407.

³ Ainsi, Alibert considère que les procédures administratives « sont des garanties accordées aux administrés ; elles sont pour eux la contrepartie des pouvoirs exorbitants de l'administration, ainsi qu'une assurance contre le risque des décisions hâtives, mal étudiées, vexatoires » (R. ALIBERT, *op. cit.*, p. 221) ; de même, Jean-Marie Auby considère qu'« il est certain que la réglementation juridique de la procédure se justifie en grande partie par le souci de protéger les administrés et par le désir de tempérer les prérogatives de l'Administration au moyen de règles destinées à assurer à leur exercice un caractère équitable » (AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *art. préc.*, p. 27) ; Letourneur affirme également que « les règles de procédure sont prévues dans l'intérêt des administrés ; elles constituent, en principe, une garantie pour ceux-ci, garantie contre l'arbitraire, garantie contre les décisions hâtives, prises par une autorité mal informée » (M. LETOURNEUR, « Les principes généraux de la procédure administrative non contentieuse en France », in H. SOLUS (dir.), *Journées juridiques*, Paris, Éd. Cujas, 1965, p. 249, spéc. p. 250).

⁴ G. JÈZE, « Les formes en droit administratif français », *RDP*, 1922, p. 503, spéc. p. 504 ; Bonnard affirme la même idée lorsqu'il écrit que les formes et procédures sont l'un des moyens « prévus afin d'assurer le bon fonctionnement des services publics ainsi que la protection des droits et intérêts des particuliers » (BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, Delagrave, 1934 ; réimpr. Dalloz, 2006, préf. B. PACTEAU, p. 5).

le pouvoir discrétionnaire de l'Administration, par le contrôle des appréciations auxquelles elle se livre.

Pourtant, il y a une différence notable entre le respect de formalités préalables et les contrôles *a posteriori* du fond de l'acte soumis à l'examen du juge. En effet, lorsque le juge contrôle le fond de l'acte, la censure d'un élément d'appréciation fait sortir ce dernier du domaine de la discrétion administrative. Celle-ci se réduit alors à l'exacte mesure de l'augmentation du contrôle du juge. Cela n'est pas le cas dans le cadre des normes procédurales, qui sauvegardent le caractère discrétionnaire du pouvoir de l'Administration contesté devant le juge.

Or, la limite du contrôle juridictionnel a abouti à créer un espace nommé opportunité¹, car le pouvoir discrétionnaire est : « à tout moment, (...) ce que le juge veut qu'il soit, étant entendu que le juge ne peut vouloir qu'il ne soit plus »². Il s'agit précisément du domaine dans lequel le juge ne peut pénétrer, pour diverses raisons, ne serait-ce qu'il se « montrerait envahissant »³. Il ne peut, de manière logique, y avoir de règle selon laquelle l'inopportunité de l'acte conduit à son annulation par le juge⁴.

¹ Le terme d'opportunité, en droit français, est précisément utilisé au regard du contrôle juridictionnel. C'est ce reliquat qui demeure hors de portée du juge. Dans cette optique, il désigne le pouvoir discrétionnaire reconnu par le droit écrit duquel est retranché le domaine dont le juge se saisit en approfondissant son contrôle. Ainsi, cette notion doctrinale d'opportunité est peut-être trop large, au regard de sa définition littérale, mais elle traverse la majeure partie des études doctrinales du pouvoir discrétionnaire de l'Administration. On la retrouve dans la conception d'Hauriou : « Ce pouvoir est discrétionnaire, parce que le juge administratif n'est pas juge de l'opportunité ; l'appréciation de l'opportunité est laissée entièrement à l'administration active ; elle constitue son domaine réservé » (HAURIOU, « Note sous CE, 31 janv. 1902, *Grazietti* », *préc.*, p. 184) ; ou de Jèze, pour qui « l'appréciation de l'opportunité » est l' « attribution essentielle, inaliénable » des gouvernants (JÈZE, « L'appréciation de l'opportunité d'agir », *art. préc.*, p. 4) ; ou encore de Marc Réglade : « Le contrôle de l'opportunité échappe même à la compétence des tribunaux administratifs, et n'appartient qu'à l'administration active » (M. RÉGLADE, « L'exception d'illégalité en France », *RDP*, 1923, p. 393, spéc. p. 416). André Hauriou définit par ailleurs le pouvoir discrétionnaire comme correspondant « assez sensiblement à la zone de l'opportunité » (A. HAURIOU, « Le pouvoir discrétionnaire... », *art. préc.*, p. 233). Cette même conception de l'opportunité se retrouve dans les conclusions de certains Commissaires du gouvernement, notamment Guy Braibant, dans ses conclusions sur l'arrêt *Ville Nouvelle Est* : « Vous vous êtes largement engagés sur la voie des appréciations (...) qui confinent au domaine de l'opportunité, sans jamais y pénétrer » (G. BRAIBANT, *concl. préc.*, p. 409). Sur cette question, v. aussi l'étude de Pierre Delvolvé pour qui « l'extension du contrôle du juge a fait reculer le domaine du pouvoir discrétionnaire, donc celui de l'opportunité : elle a déplacé la ligne de partage de l'opportunité et de la légalité » (P. DELVOLVÉ, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État : colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, Paris, LGDJ, « Montchrestien », 1988, p. 269, spéc. pp. 271-272).

² J. RIVERO, « Préface », in J.-C. VENEZIA, *op. cit.*, p. III.

³ Selon l'expression d'Hauriou, pour décrire un juge qui contrôlerait l'utilité des dépenses d'une commune à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir, allant ainsi au-delà de l'examen de sa légalité (HAURIOU, « Note sous CE, 29 juin 1900, *Merlin* », *S.*, 1900, III, p. 65 ; *Juris. adm.*, t. II, p. 213, spéc. p. 226).

⁴ Cette idée est exprimée par Merikoski, bien qu'elle ait été l'objet d'un débat doctrinal : « À notre avis, on ne peut poser comme règle de droit l'exigence que c'est la décision la plus opportune qui doit être réalisée » (MERIKOSKI, *op. cit.*, p. 96).

Dans le domaine de l'opportunité, on est conduit à constater, avec Rivero, que « tout est décidé (...) par le subalterne, auteur de l'acte. L'appréciation discrétionnaire qu'a dictée sa décision est définitive »¹. Le juge ne peut certainement pas remettre en cause une appréciation d'opportunité. La question de savoir si cela est possible au sein de l'Administration, en vertu de son organisation hiérarchique a été largement débattue. Cette question, qui revient à se demander si le supérieur hiérarchique peut faire prévaloir sa volonté sur celle du subordonné, appelle une réponse nuancée. On peut considérer, comme le commissaire du gouvernement Galabert, que « le supérieur hiérarchique ne pourra pas, sur le seul fondement de son autorité hiérarchique se substituer à son agent ; le pouvoir de substitution lui fait défaut pour faire éventuellement prévaloir sa volonté sur celle de ses agents »². Tout dépend, en fin de compte, de la répartition des compétences organisée par la loi. Si la loi désigne expressément une personne comme compétente pour édicter un acte, le supérieur hiérarchique ne pourra le remettre en cause, sauf illégalité, sans méconnaître sa compétence³.

Mais ce domaine de l'opportunité, confié par l'ordre juridique à la diligence de certaines personnes dont la volonté personnelle tiendra lieu de volonté de l'Administration, peut être enserré dans des normes procédurales, afin d'améliorer le contrôle d'une sphère que le juge ne peut examiner sur le fond. Il est alors possible d'imaginer une garantie indirecte de l'opportunité des décisions administratives⁴. Ainsi apparaît l'intérêt propre de la procédure administrative, qui n'est pas en tout point substituable au contrôle juridictionnel *a posteriori*. Quand bien même ce dernier serait, comme en France, particulièrement approfondi, il ne fait pas disparaître la nécessité de réglementer l'opération de manifestation de volonté de l'Administration. L'objet même de la procédure est de réglementer indirectement ce que le

¹ RIVERO, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA*, 1966, p. 154.

² GALABERT, « Concl. sur CE Ass., 23 avril 1965, *Dame veuve Ducroux* », *RDP* 1965, p. 1188.

³ C'est la conclusion à laquelle Jean-Claude Groshens parvient, au terme de son étude sur le pouvoir hiérarchique : « En définitive, l'autorité hiérarchique suppose, pour s'exercer, une absence de pouvoir propre des subordonnés. C'est dire qu'en ce qui concerne la mécanique des actes juridiques, l'autorité hiérarchique exige, pour être réelle la concentration exclusive du pouvoir entre les mains du supérieur. Mais dès lors que le pouvoir de décision est accordé à un subordonné, celui-ci est désigné comme l'organe investi par la loi du pouvoir de vouloir » (J.-C. GROSHENS, « À propos du pouvoir hiérarchique dans l'administration », *AJDA*, 1966, p. 140, spéc. p. 152). La même idée est exprimée par Auby, en cas de simple inopportunité de l'acte : « Lorsque l'acte était régulier et qu'il avait par ailleurs créé des droits au profit de l'administré, le supérieur ne peut se fonder sur son inopportunité pour en prononcer l'annulation » (J.-M. AUBY, « Les recours administratifs », *AJDA*, 1955, p. 117). La thèse de Clément Chauvet, synthétisant cette question, distingue le « plein pouvoir hiérarchique » du « pouvoir hiérarchique restreint » qui dépend de la répartition des compétences organisée par la loi (C. CHAUVET, *Le pouvoir hiérarchique*, préf. Y. GAUDEMET, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 276, 2013, spéc. p. 257 et s.).

⁴ Cela répond ainsi au souhait qu'exprimait Hauriou : « Il est encore à désirer que l'acte d'administration soit opportun », ce qui implique de garantir « l'habileté » de l'Administration (HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 205).

juge ne pourra pas contrôler, en raison de la nature de son contrôle et de sa position vis-à-vis de l'Administration.

II. L'encadrement du pouvoir discrétionnaire par la procédure

Si l'intérêt pour la procédure administrative a longtemps fait défaut dans certains pays, la période récente montre une certaine évolution, eu égard à l'accroissement du pouvoir discrétionnaire de l'Administration (A). Ce constat est illustré par l'imposition d'obligations pesant spécifiquement sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Administration (B).

A. Le changement d'optique dans la période récente : la contrepartie d'un pouvoir discrétionnaire grandissant

« L'époque contemporaine est à la procéduralisation. »¹ L'idée de normes procédurales comme contrepartie du pouvoir discrétionnaire a longtemps été latente en droit français. Elle est cependant explicite dans d'autres ordres juridiques.

L'ordre juridique britannique, caractérisé par une certaine faiblesse du contrôle juridictionnel des actes de l'Administration², aborde les procédures d'une manière toute différente, qui fait ressortir leur intérêt propre³. Ainsi, à l'époque où le contrôle du fond des actes de l'Administration était particulièrement peu élaboré, le juge anglais a eu tendance à

¹ J.-B. AUBY, « Introduction générale », *in idem* (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruxelles, Bruylant, « Droit administratif », vol. 19, 2016, p. 3.

² Jacques Ziller compare ainsi l'attitude des juges français et britannique, eu égard à la procédure : « Contrairement au juge britannique, le juge français contrôlait de très près le contenu même des décisions administratives, et n'éprouvait donc pas le besoin de développer considérablement les principes de procédure administrative non contentieuse » (J. ZILLER, *Administrations comparées*, Paris, Montchrestien, « Domat – Droit public », 1993, p. 298). Michel Distel le relève également, dans la même démarche comparative : « Pour le juriste français connaissant le rôle et les méthodes du Conseil d'État, le contrôle juridictionnel des actes de l'Administration en Grande-Bretagne paraît extrêmement limité, et semble laisser hors de l'atteinte du juge de larges pans de l'activité des personnes publiques » (M. DISTEL, « Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel de l'Administration en Grande-Bretagne », *RIDC*, 1982, p. 41). Ce trait est également caractéristique de l'ordre juridique états-unien, comme le relèvent Thierry Rambaud et Agnès Roblot-Troizier : l'une des « principales caractéristiques du droit administratif américain » est « l'importance de la procédure administrative non contentieuse qui vient pallier les carences d'un contrôle juridictionnel *a posteriori* » (T. RAMBAUD & A. ROBLOT-TROIZIER, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle étrangère applicable au droit administratif », *RFDA*, 2007, p. 1289).

³ Le constat peut être étendu au système juridique états-unien : Bernard Schwartz souligne à ce titre l'importance de cette différence entre le système français et le système états-unien : « L'étendue des exigences de procédure imposées à l'administration active aux États-Unis marque une des différences les plus importantes entre les droits administratifs français et américain » (B. SCHWARTZ, « La procédure administrative aux États-Unis », *RIDC*, 1951, p. 251). Dans cette optique, pour Wade, « la procédure n'est pas un sujet d'importance secondaire » (W. WADE, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1988, 6^e éd., p. 465).

développer un contrôle de la procédure conduisant à l'acte. Ce dernier ne s'est pas fait sans difficultés, tenant à une certaine retenue du juge dans le contrôle des actes dits purement administratifs, que le juge a progressivement abandonnée, après la Seconde Guerre mondiale. Au moment où la position du juge face à l'Administration devenait intenable, eu égard à la faiblesse du contrôle juridictionnel, l'idée que le premier élément de l'acte qui pouvait faire l'objet d'un contrôle était sa procédure d'édiction s'est progressivement imposée, en doctrine puis en jurisprudence. Ainsi à propos de la révocation d'une autorisation administrative, examinée par le *Privy Council*¹, William Wade, l'un des « pères du droit administratif » britannique, dénonçait avec anxiété le défaut de contrôle de la procédure d'édiction de l'acte. Pour lui, il était facile pour le juge d'étendre ce contrôle de la régularité procédurale aux actes administratifs, dans la mesure où le droit anglais est caractérisé par un fonds procédural très ancien, issu de la jurisprudence. Il note alors que « le tribunal ne pouvait pas, bien sûr, contrôler le fond de la décision ; mais il pouvait contrôler la procédure préparatoire à la décision, et imposer un certain standard d'équité »².

Cette période de conservatisme jurisprudentiel des juges britanniques³ a empêché pendant longtemps le déploiement d'un contrôle de la régularité procédurale des actes administratifs, pourtant difficilement saisissables sur le fond. Techniquement, cela s'est traduit par la création de la notion de « décision quasi-juridictionnelle » (*quasi-judicial decision*), qui est apparue au début du XX^e siècle⁴, afin de restreindre le champ du contrôle

¹ *Nakkuda Ali v. Jayaratne* [1951] AC 66.

² W. WADE, « The Twilight of Natural Justice ? », *LQR*, 1951, p. 103, spéc. p. 105. L'« anxiété » à laquelle il est fait référence est exprimée par l'auteur : en refusant de contrôler la procédure d'édiction de l'acte, cet arrêt « nourrit certaines pensées anxieuses » à propos du concept de *Natural Justice* (« provides food for some anxious thought », *ibid.*, p. 103). William Robson avait déjà mis en lumière, au terme d'une analyse approfondie, le déclin et la faiblesse du contrôle juridictionnel pesant sur l'Administration (W. ROBSON, *Justice and Administrative Law : A Study of the British Constitution*, London, Stevens, 1951, 3^e éd., p. 534 et s.).

³ Hogson parle à ce propos d'une « regrettable période d'amnésie judiciaire » (HOGSON, « Domaine du contrôle juridictionnel de l'administration », *EDCE*, 1987, p. 249 ; spéc. p. 254). Pour Robson, c'est, *in fine*, l'absence de règles spéciales applicables à l'Administration qui est la cause de l'autolimitation des juridictions britanniques (ROBSON, *op. cit.*, pp. 540-541).

⁴ Alors que les tribunaux britanniques avaient fait preuve d'un remarquable activisme en matière de procédure administrative, à la fin du XIX^e siècle : v. notamment, pour la création d'obligations procédurales par le juge dans des matières « purement administratives » (en l'espèce une autorisation de construction) l'arrêt *Cooper v. Wandsworth Board of Work* [1863] 143 ER 414 ; ou encore, dans la même matière, l'arrêt *Spackman v. Plumstead District Board of Works* [1885] 10 AC 229, dans lequel le *Lord Chancellor* Selborne écrit de manière tout à fait illustrative du climat jurisprudentiel de l'époque : « Il ne fait aucun doute qu'en l'absence de dispositions spéciales relatives à la procédure que le décideur doit suivre, la loi n'implique pas moins que les exigences substantielles de justice ne soient pas violées. Il n'est pas un juge au sens propre, mais il doit donner aux parties l'opportunité d'être entendues (...). Il doit notifier la date à laquelle il prendra sa décision et agir honnêtement et avec impartialité » (*ibid.*, p. 240). V. également W. WADE, « "Quasi judicial" and its background », *Cambridge Law Journal*, 1949, p. 216.

juridictionnel des actes administratifs. Cette notion est purement fonctionnelle : elle permet de faire entrer l'acte en question dans le champ d'application de l'« obligation d'agir équitablement » (*duty to act fairly*), c'est-à-dire d'appliquer les principes ancestraux de *natural justice*¹ à certains actes administratifs, à l'exclusion des décisions « purement administratives ». Cette notion a cependant abouti à une impasse, décrite par la doctrine de l'époque, dans la mesure où il apparaissait que le champ matériel de cette notion de décision quasi-juridictionnelle était fluctuant et débiteur de la volonté du juge d'imposer ou non des règles procédurales à l'administration active². C'est ainsi qu'elle a été en grande partie abandonnée par la Chambre des Lords en 1964³, permettant ainsi un véritable contrôle de la régularité procédurale, contrepartie de la faiblesse du contrôle substantiel, en mettant fin à cette « tentative byzantine » consistant à « distinguer les fonctions administratives, juridictionnelles, et quasi juridictionnelles »⁴. La réception de cet arrêt est unanimement favorable⁵ et souligne les garanties offertes en contrepartie de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, comme l'exprime Clark : « Cette résurgence de créativité jurisprudentielle qui

¹ Ces principes sont au nombre de deux : *audi alteram partem* – principe du contradictoire – ; *nemo iudex in causa sua* – principe d'impartialité (v. H. H. MARSHALL, *Natural Justice*, Londres, Sweet & Maxwell, 1959, 201 p. ; G. FLICK, *Natural Justice : Principles and Practical Applications*, Sydney, Butterworths, 1984, 2^e éd., p. 26 ; DE SMITH, WOOLF & JOWELL, *op. cit.*, p. 379). Si la notion même de notion fonctionnelle est sujette à caution, de par son utilisation extensive en doctrine, nous entendons simplement par là qu'elle permet au juge d'exiger le respect d'obligations procédurales, en fonction de critères qu'il définit lui-même (pour une critique de la notion, v. G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle », *RFDA*, 2009, p. 641). Cet abus de la notion a été parfaitement mis en lumière par la doctrine britannique (v. notamment DE SMITH, « The Right to a Hearing in English Administrative Law », *Harv. Law. Rev.*, 1955, vol. 68, p. 569, spéc. p. 582 ; WADE, « The Twilight of Natural Justice ? », *art. préc.*, p. 106).

² Hogson relève ainsi que « jusqu'à une époque relativement récente, les Cours, craignant d'être trop ouvertement interventionnistes dans ce domaine, justifiaient leur insistance quant au respect de la "loyauté procédurale" en assimilant les décisions administratives qu'elles contrôlaient à des décisions "quasi-juridictionnelles" » (HOGSON, *art. préc.*, p. 254).

³ Par un arrêt *Ridge v. Baldwin* [1964] AC 40. Lord Reid, dans cet arrêt, constatait la faiblesse du droit administratif britannique, lié à des considérations historiques : « Nous n'avons pas de système développé de droit administratif – peut-être parce que jusque récemment, nous n'en avons pas besoin ». Cet arrêt et les évolutions qui en découlent ont conduit la doctrine à parler d'une « nouvelle justice naturelle » dont la signification profonde est son application « à l'exercice de fonctions simplement administratives » (P. GARANT, « Le devoir d'équité procédurale et le contrôle judiciaire ou quasi judiciaire de la procédure administrative », *Les Cahiers de droit*, 1982, p. 587, spéc. p. 594 ; v. aussi D. J. MULLAN, « Fairness : The New Natural Justice ? », *The University of Toronto Law Journal*, 1975, p. 281).

⁴ T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, préf. G. MARCOU & J. MCELDOWNEY, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibl. des thèses », vol. 127, 2013, p. 474.

⁵ Cet arrêt est considéré comme le « point de départ de toute étude de l'équité procédurale dans l'État administratif moderne » (P. LEYLAND & G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, Oxford, University Press, 2013, 7^e éd., p. 389) (« Starting point for any study of natural justice/fairness in the modern administrative state »). La même idée est exprimée par Jürgen Schwarze, pour qui cet arrêt est le « point de départ de l'évolution récente » (J. SCHWARZE, *Droit administratif européen, op. cit.*, p. 1345) ; Lord Morris of Borth-y-Gest parle pour sa part d'un « arrêt mémorable » (MORRIS OF BORTH-Y-GEST, « Natural Justice », *Current Legal Problems*, 1973, p. 1, spéc. 11).

élargit le champ d'application de la *natural justice* doit être accueillie comme une contribution significative au tempérament des potentialités d'exercice arbitraire du pouvoir discrétionnaire des autorités publiques (...) »¹. Il y a ainsi une sorte de relation logique entre contrôle de la régularité procédurale et contrôle du fond de la décision, relevée par Michel Distel : « On constate (...) que ce qui apparaît comme une limitation de la portée du contrôle de l'*ultra vires* est apparu au moment même où s'est développée l'obligation pour l'administration de suivre des procédures contradictoires préalables à l'acte administratif (...). L'imposition de l'obligation de respecter certaines formes procédurales a pour effet d'enserrer les motifs de fait de la décision dans des limites qui permettent l'exercice d'un contrôle indirect qui se substitue au contrôle direct qui était exercé en application de la théorie de l'*ultra vires* telle qu'elle était traditionnellement formulée »².

L'ordre juridique de la Communauté européenne, puis de l'Union européenne, fait également apparaître explicitement cette notion de contrepartie procédurale du pouvoir discrétionnaire, visant à garantir aux administrés l'opportunité de l'acte administratif. Il est en cela considérablement influencé par la tradition britannique³. La Cour de justice l'affirme clairement, notamment dans un arrêt de 1991, *Hauptzollamt München-Mitte c/ Technische Universität München*⁴.

Il convient de relever que, s'agissant d'une procédure administrative qui porte sur des évaluations techniques complexes, la Commission doit disposer d'un pouvoir d'appréciation afin d'être en mesure de remplir ses fonctions.

Mais, dans les cas où les institutions de la Communauté disposent d'un tel pouvoir d'appréciation, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale. Parmi ces garanties figurent, notamment, l'obligation pour l'institution compétente d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce, le droit de l'intéressé de faire connaître son point de vue ainsi que celui de voir motiver la décision de façon suffisante. C'est seulement ainsi

¹ D. H. CLARK, « Natural Justice : Substance and Shadow », *Public Law*, 1975, p. 27 (« This resurgence of judicial creativity in enlarging the area of application of natural justice is to be welcomed as a signal contribution towards the tempering of the arbitrary potentialities of the exercise of discretionary public and quasi-public power »).

² M. DISTEL, *art. préc.*, pp. 91-92.

³ Jürgen Schwarze constate à ce propos que « le Royaume-Uni a joué un rôle important depuis qu'il a rejoint la Communauté européenne en 1973. L'ordre juridique communautaire en formation a été enrichi par l'influence de l'ordre juridique britannique (...). L'influence des conceptions juridiques britanniques me semble d'une importance particulière dans le domaine des garanties procédurales des droits et libertés fondamentaux » (J. SCHWARZE, « Judicial Review in EC Law – Some Reflections on the Origins and the Actual Legal Situation », *ICLQ*, 2002, vol. 51, p. 17, spéc. p. 21).

⁴ CJCE, 21 nov. 1991, *Hauptzollamt München-Mitte c/ Technische Universität München*, C-269/90, *Rec. p.* I-5460.

que la Cour peut vérifier si les éléments de fait et de droit dont dépend l'exercice du pouvoir d'appréciation ont été réunis.¹

Ces obligations procédurales, parmi lesquelles l'obligation d' « examiner avec soin et impartialité tous les éléments pertinents du cas d'espèce », parfois synthétisée par l'expression « devoir de diligence », apparaissent ainsi comme la contrepartie d'un pouvoir discrétionnaire impliqué par les nécessités de l'ordre juridique. Craig écrit à ce propos que « la Cour de justice a développé de bonne heure, dans sa jurisprudence, une obligation selon laquelle la diligence doit s'appliquer, en particulier lorsque des appréciations discrétionnaires sont faites dans des cas individuels », ajoutant que « le développement du principe de diligence a connu une nouvelle impulsion avec la décision *Technische Universität München* »². Or, selon ce même auteur, « les droits procéduraux peuvent faciliter le contrôle substantiel », en ce que leur observation « vise à s'assurer que le règlementation en découlant n'est pas substantiellement arbitraire »³. Comme l'affirme Lord Millet, « l'imposition d'un standard procédural permet au tribunal de contrôler des décisions discrétionnaires sans usurper la fonction de décideur »⁴. Cette tendance est également relevée par Dominique Ritleng, qui met en lumière cette « relation dialectique entre le contrôle de la légalité externe et interne ».

En contrepartie de la reconnaissance d'une liberté d'appréciation et de la restriction consécutive du contrôle de la légalité matérielle, le juge communautaire renforce les contraintes formelles et procédurales auxquelles il subordonne l'édition de l'acte, du moins lorsque celui-ci revêt une portée individuelle.⁵

Si les traits caractéristiques du droit français ont longtemps empêché l'émergence d'un véritable droit administratif procédural, la période récente a permis une évolution sensible en la matière, par un processus de « découverte » de la valeur de la procédure⁶, bien que le système juridique français soit « sans doute encore l'un des plus rétifs »⁷. Il faut lier cela à un

¹ Points 13 et 14.

² P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, « The Collected Courses of the Academy of European Law », 2012, 2^e éd., pp. 333-334 (« The ECJ developed early in its jurisprudence an obligation that care should be exercised in particular when discretionary determinations were made in relation to individual cases » ; « The development of the principle of due care was given further impetus by the decision in *Technische Universität München* »).

³ *Ibid.*, p. 353.

⁴ MILLET, « The Right to Good Administration in European Law », *Public Law*, 2002, p. 309, spéc. p. 313 (« The imposition of procedural standards enables the court to review discretionary decisions without usurping the function of the decision-maker »).

⁵ D. RITLENG, « Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », *AJDA*, 1999, p. 645, spéc. p. 655.

⁶ « Nous découvrons aujourd'hui que la valeur de la procédure est très grande » (J.-B. AUBY, « Introduction générale », *art. préc.*, p. 3).

⁷ *Ibid.*, p. 3.

mouvement très général de complexification des sociétés et des rapports humains, qui a affecté l'Administration.

Jürgen Habermas l'a particulièrement observé, dans une optique d'appréhension globale de la réalité, propre au « dernier philosophe »¹. Il déploie notamment cette analyse dans son ouvrage *Faktizität und Geltung (Droit et démocratie : entre faits et normes*, dans sa traduction française), publié en 1992². Il relève ainsi le « besoin croissant de régulation et d'organisation des sociétés se complexifiant sans cesse »³, qui aboutit à une « croissance et [un] changement qualitatif des tâches qui incombent à l'État »⁴. Ce changement de nature de l'État-providence⁵ a des conséquences juridiques, esquissées par Habermas.

Elles [les lois] contiennent des clauses générales et des concepts juridiques indéterminés ou des objectifs concrets, analogues à des dispositions à prendre, qui laissent à l'Administration une importante marge discrétionnaire. Par suite du développement de l'interventionnisme étatique, on a matérialisé des domaines juridiques toujours plus larges, si bien qu'une Administration planificatrice, prestataire et constructive peut toujours moins se limiter à l'implémentation technique, déchargée des questions normatives, de normes générales suffisamment déterminées.⁶

Cette évolution du rôle de l'État dans les sociétés modernes aboutit ainsi à une augmentation considérable du pouvoir discrétionnaire de l'Administration, c'est-à-dire de la possibilité pour elle de manifester sa propre volonté dans la création du droit. D'autres auteurs ont relevé cette tendance, qui s'inscrit dans le développement historique du droit

¹ Pour reprendre le titre du numéro de la revue *Esprit*, consacré à ce penseur (*Esprit* 2015, n° 8-9, p. 6-141).

² J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung : Beitrage zur Diskurstheorie des Recht und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, 666 p. Cet ouvrage a été traduit en français quelques années plus tard : J. HABERMAS, *Droit et démocratie : Entre faits et normes*, trad. R. ROCHLITZ & C. BOUCHINDHOMME, Paris, Gallimard, « nrf-essais », 1997, 551 p.

³ *Ibid.*, p. 134.

⁴ *Ibid.*, p. 436.

⁵ Pour Habermas, on peut parler d' « État sécuritaire », qui succède à l'État providence (*ibid.*, p. 463).

⁶ *Ibid.*, p. 210. On préférera le terme de « mise en œuvre » ou d' « exécution » à celui d' « implémentation ».

administratif¹. Jean Rivero relève, notamment, l'élargissement du pouvoir discrétionnaire de l'Administration : « L'analyse libérale (...) perdait de vue la marge de pouvoir discrétionnaire qui s'interpose nécessairement entre la règle législative et la décision de l'administration ; cette marge, le développement et la complexité croissante des tâches publiques n'allaient cesser de l'élargir »². La prémisse de toute réflexion sur l'évolution du droit public est alors l'accroissement du pouvoir discrétionnaire de l'Administration, né de la complexification des rapports sociaux³. Cependant, les conséquences tirées de constat de la complexification du rôle de l'État ne sont pas toujours centrées sur les changements du droit de l'Administration qu'elles impliquent.

¹ François Burdeau relève cette tendance, dans son *Histoire du droit administratif* : « Sensible dès la première guerre mondiale, la progression des interventions administratives dans tous les secteurs de la vie nationale s'est accélérée depuis l'entre-deux-guerres. La puissance publique a été investie alors d'attributions multiples, sous la pression de circonstances souvent dramatiques, et dans la ligne d'idéologies favorables à la promotion des administrations au rang d'instrument de la réalisation du progrès et de la justice sociale (...). Les mutations qui affectent l'espace occupé par les personnes publiques n'ont pas été seulement d'ordre quantitatif. Elles portent encore sur la nature des missions qui leur sont imparties. Alors qu'il revenait traditionnellement à la puissance publique d'assurer l'ordre et la tranquillité sociale (...), il lui incombe désormais, outre de prévenir toute cause de désordre, de stimuler le changement au nom des exigences d'un avenir dont elle se réserve la détermination » (F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, « Thémis – Droit public », 1995, p. 365).

² RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mél. R. Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 821, spéc. p. 825. Paul Amselek fait le même constat de l'évolution du rôle de la norme juridique : « Depuis plusieurs décennies déjà – disons approximativement depuis un siècle –, un élargissement s'est progressivement introduit : les normes juridiques mises de nos jours en circulation dans les sociétés industrialisées du monde occidental tendent, non seulement à prévenir ou à régler les conflits possibles entre les membres de la population, mais beaucoup plus largement à encadrer, orienter, rationaliser l'ensemble de leurs activités, de leurs conduites » (P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 275, spéc. p. 279). Achille Mestre lie également le besoin de « démocratie administrative » qu'il étudie au « développement considérable du pouvoir réglementaire » (A. MESTRE, « La démocratie administrative », in *Mél. P. Couzinet*, Toulouse, Université de sciences sociales, 1974, p. 561, spéc. p. 567). André Hauriou étudie aussi cette évolution sous l'angle du « droit administratif de l'aléatoire » : « L'encadrement juridique des interventions de l'Administration dans les régions de l'aléatoire ne peut pas se présenter sous la forme d'une décision de caractère général (loi ou règlement) », ce qui remet en cause la déterminabilité des concepts juridiques contenus dans la norme générale (A. HAURIOU, « Le droit administratif de l'aléatoire », in *Mél. L. Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 197, spéc. p. 215). V. encore, plus récemment : B. FAURE, « Les deux conceptions de la démocratie administrative », *RFDA*, 2013, p. 709.

³ Ainsi Luhmann affirme-t-il, dans son ouvrage consacré à la procédure, que la réflexion sur cette dernière est née de « la compréhension du fait que les problèmes qui doivent être résolus au moyen de décisions présentent une complexité qu'il est impossible de se représenter » (N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, trad. L. SOSOE & S. BOUCHARD, Paris, Cerf, Laval, Presses de l'Université de Laval, « Passages », 2001, p. 147). De même, Mashaw, dans son ouvrage portant sur la procédure dans l'État administratif, part de ce constat : « Quelque chose de nouveau se dessinait. L'action administrative était en train de remplacer l'habilitation législative ou la décision juridictionnelle comme le premier moyen de créer des règles et de résoudre des litiges » (J. L. MASHAW, *Due Process in the Administrative State*, New Haven, Yale University Press, 1985, p. 4) (« Something new was afoot. Administrative action was replacing legislative enactment and judicial adjudication as the primary means for creating legal rules and resolving legal disputes »). Pierre Rosanvallon relève encore qu'« après la Première Guerre mondiale, c'est aussi le champ de l'action publique qui s'était trouvé partout élargi. Tant dans le domaine économique ou industriel qu'en matière sociale » (P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, Seuil, « Les livres du nouveau monde », 2015, p. 84).

Or, de cet état de fait, né de la nécessité, la contrepartie juridique permettant l'encadrement de ce pouvoir discrétionnaire grandissant est procédurale, puisqu'il est institutionnellement difficile et techniquement impossible, pour le juge de l'Administration, de se saisir de ce pouvoir discrétionnaire toujours plus important. Cette évolution est devenue sensible en droit français. Elle a d'abord été explicitée dans le champ de « l'administration économique », très étudié après la Seconde Guerre mondiale¹. Elle est ensuite devenue particulièrement sensible dans le contentieux des actes des autorités administratives indépendantes. On trouve, par exemple, une illustration typique de cette évolution dans les conclusions de Claire Landais, sur une affaire dans laquelle le Conseil d'État était saisi d'une recommandation de bonne pratique adoptée par la Haute autorité de santé : « Peut-être vous demanderez-vous s'il est opportun que vous vous saisissiez de recommandations de bonne pratique dont le contenu très technique rendra de toute façon difficile le contrôle juridictionnel. Mais il nous semblerait dangereux que ce type de considérations vous arrête et que des matières techniques soient laissées entre les seules mains des spécialistes. Par ailleurs, et surtout, et le dossier qui vous est soumis aujourd'hui en est une très bonne illustration, vous pourriez être appelés à vous prononcer sur d'autres aspects que le bien-fondé de telle ou telle recommandation en matière de soins et notamment sur la procédure d'élaboration des recommandations de bonne pratique et, plus précisément encore, sur la parfaite impartialité des experts y ayant participé »².

Les particularités de ce droit de la régulation impliquent alors une contrepartie procédurale plus importante, car « dans les nouveaux domaines de la régulation (...), le législateur peut seulement expliciter des valeurs et des buts à atteindre, et, ce qui n'est pas

¹ V. notamment l'étude de Jean de Soto, sur le contrôle de l'administration économique : selon cet auteur, « le juge préfère cerner l'acte de l'extérieur, besogne plus simple, semble-t-il et qui présente en outre l'avantage d'habituer les néo-fonctionnaires à se discipliner. On a vu refluer la jurisprudence de l'incompétence qui semblait pratiquement tarie, mais surtout on a vu se développer le vice de forme et des circonstances de fait ou de droit à la base de la décision attaquée ». Ce contrôle « de l'extérieur » présente donc un « aspect libéral et respectueux [qui] est bien en harmonie avec le caractère indécis de l'interventionnisme » (J. DE SOTO, « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », *EDCE* 1952, p. 64, spéc. pp. 71-72). V. encore l'étude de Robert Savy portant sur le même thème, qui insiste sur les changements de la notion de légalité, en matière économique (R. SAVY, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *AJDA*, 1972, p. 3).

² C. LANDAIS, « Concl. sur CE, 27 avril 2011, *Association FORMINDEP* », *AJDA*, 2011, p. 1326 ; spéc. p. 1328. Cette évolution générale est relevée par le regard extérieur de Jürgen Schwarze : « Dans l'ordre juridique français, on peut apercevoir ces derniers temps, diverses tendances visant à accorder à la procédure administrative une valeur bien plus élevée que par le passé. Ceci est particulièrement remarquable, étant donné que la tradition juridique française est dominée par l'idée que ce qui compte en matière de protection juridique contre l'administration, ce sont moins les droits de l'individu, que la soumission de l'administration au droit et à la loi (principe de légalité). Par conséquent, lors du contrôle administratif le résultat matériel importe davantage que le respect de certaines voies à suivre dans la prise de décision » (J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, « Droit administratif », 2009, 2^e éd., p. 1242).

moins important, préciser comment les administrateurs doivent prendre leurs décisions, à défaut de pouvoir déterminer le fond des décisions »¹. Ainsi, « dans les domaines (...) où l'opportunité des décisions repose sur des analyses complexes, dont la vérification du bien-fondé est délicate, la procédure contradictoire préalable à la décision impartiale devient (...) une garantie de la qualité substantielle de la décision »². La complexification des rapports sociaux entraîne donc une information incomplète, ce qui implique que la décision administrative devient un processus de découverte, mis en lumière par certains auteurs³.

La manière dont est prise la décision, c'est-à-dire sa procédure d'adoption, n'est plus indifférente, dans la mesure où les possibilités de décisions légales sont substantiellement plus importantes⁴. Il apparaît alors de plus en plus nécessaire d'organiser les règles procédurales autour de « principes essentiels »⁵. Cette contrepartie procédurale permet également de réintroduire une composante démocratique dans la formation du droit administratif, dans un souci de légitimation, car « dans les conditions d'une conception postmétaphysique du monde, n'est considéré comme légitime que le droit issu de la formation de l'opinion et de la volonté au moyen de la discussion entre citoyens égaux en droit »⁶.

¹ J. BARNES, « Towards a third generation of administrative procedure », in S. ROSE-ACKERMANN & P. LINDSETH, *Comparative Administrative Law*, Northampton, E. Elgar, 2010, p. 338. Pour cet auteur, les nouveaux domaines de la régulation concernent les marchés financiers, la protection de l'environnement, la santé publique et animale, la sécurité alimentaire. (« In new regulatory domains (...) the legislature in these cases can only set out values and goals to be met and, no less importantly, specify *how* administrators are to make future decisions, thus indirectly determining what these decisions will be »).

² P. IDOUX, « Juger la régulation, c'est encore réguler », *RDP*, 2005, p. 1643, spéc. p. 1657.

³ Notamment par Bernard Manin : « Du fait de la complexité de la vie sociale, les individus ne pourraient, de toute façon, jamais disposer de toutes les informations nécessaires. La décision politique est, par nature, un choix dans l'incertain. Dans l'échange des arguments au sujet des solutions proposées, les individus découvrent des informations qu'ils n'avaient pas d'abord ; ils apprennent que tel choix aurait telle et telle conséquence ; et si ces conséquences contreviennent à l'objectif qu'ils se proposaient de prime abord, ils peuvent être amenés à réviser cet objectif » (B. MANIN, « Volonté générale ou délibération ? », *Le Débat*, n° 33, 1985, p. 72, spéc. p. 82).

⁴ « C'est seulement lorsque, et pour autant que, des décisions peuvent atteindre une rationalité optimale ou encore être contrôlées par des critères univoques de justesse normative (...) que la façon dont les décisions sont prises est indifférente en principe ou du moins qu'elle ne constitue qu'un problème relatif à l'économie organisationnelle et procédurale. Mais à partir du moment où il existe plusieurs solutions utilisables ou "défendables" (et c'est cela qui caractérise la situation décisionnelle de l'administration), le processus de sélection des formes en question acquiert lui-même une importance substantielle » (LUHMANN, *op. cit.*, p. 198).

⁵ M. FROMONT, « Introduction », in J.-B. AUBY (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative*, *op. cit.*, p. 9, spéc. p. 13. Selon l'auteur, « les principes essentiels se ramènent essentiellement aux obligations de l'Administration d'être impartiale, de s'informer, d'informer, d'écouter et de statuer » (*ibid.*, p. 13).

⁶ HABERMAS, *op. cit.*, p. 436. Cette conception de l'enjeu des procédures administratives s'inscrit également dans la réflexion sur la postmodernité développée par Jacques Chevallier, qui trouve son point de départ dans la « crise de la rationalité juridique », qui conduit à un renouvellement des « modes de production du droit », fondés sur la procédure (J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in J. CLAM & G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, « Droit et Société », vol. 5, 1998, p. 21).

Dans l'Administration prestataire moderne, on voit s'accumuler des problèmes qui demandent que l'on soupèse l'importance relative des différents biens collectifs, que l'on choisisse entre objectifs concurrents, et que l'on apprécie les cas particuliers d'un point de vue normatif. Ces problèmes ne peuvent plus être traités dans le cadre de discussions relatives à la fondation et à l'application, discussions qui font éclater le cadre professionnel d'un traitement normativement neutre des problèmes. Il faut alors qu'aux processus de décision d'une Administration qui continue à n'obéir qu'à des critères d'efficacité, l'on intègre des *filtres par lesquels puisse s'opérer la légitimation* et qui soient fondés sur le droit procédural. (...) À vrai dire, les pratiques de la participation à l'Administration ne doivent pas être considérés comme des succédanés de protection juridique, mais comme des procédures efficaces *ex ante* pour légitimer des décisions qui, appréciées selon leur contenu normatif, tiennent lieu d'actes de législation ou d'actes judiciaires.¹

C'est alors le thème de la démocratie administrative qui fait son apparition au centre du débat contemporain². Fondée sur deux piliers que sont la transparence et la participation des citoyens³, celle-ci est par essence procédurale et contribue à l'émergence d'un véritable droit administratif de la procédure, en mettant en lumière son caractère fondamental dans la société contemporaine.

Ce « changement de paradigme »⁴, analysé au niveau doctrinal, a eu des conséquences en droit positif, déjà relativement anciennes, variant suivant les systèmes juridiques, qui s'inspirent de l'idée développée par Luhmann, selon laquelle « la procédure ne légitime certes pas la décision mais elle fonde une présomption en faveur de la justesse normative de son contenu »⁵. Ce qui, en 1928, était relevé comme une « tendance »⁶, va aboutir à des changements substantiels, en droit positif, dans la mesure où il est de plus en plus important de « soumettre l'élaboration et la réalisation de la décision administrative à un processus

¹ HABERMAS, *ibid.*, pp. 469-470.

² Abordée dès les années 1970 à l'aune de la participation des citoyens à la décision administrative (v. A. MESTRE, « La démocratie administrative », *art. préc.*), la notion de démocratie administrative fait l'objet de nombreuses études (v. notamment J.-B. AUBY, « Droit administratif et démocratie », *art. préc.* ; *idem*, « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 13) et constitue le cadre théorique de nombreuses études de droit public contemporain. Sur l'émergence du concept, v. B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 21. Pour une mise en perspective de cette notion qui tient apparemment de l'« oxymore », v. J. CHEVALLIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 217.

³ V. notamment J.-B. AUBY, « Droit administratif et démocratie », *art. préc.*

⁴ Le « paradigme procédural » du droit d'Habermas est ainsi résumé par Michel Rosenfeld : « Le paradigme procédural ne prédétermine donc pas le contenu du droit légitime mais pose simplement les critères procéduraux qu'une loi doit satisfaire pour établir sa validité normative » (M. ROSENFELD, « Jürgen Habermas et le Droit », *RDP*, 2007, p. 1506).

⁵ LUHMANN, *op. cit.*, p. 13.

⁶ « Il est à noter en général que le droit administratif offre une tendance marquée vers le développement des formes et des garanties de procédure, ce qui contribue largement au rétrécissement du pouvoir discrétionnaire de l'administration » (P. ALEXÉEF, *art. préc.*, p. 208).

réglé »¹, afin de « jalonner la marche de l'administration de certaines bornes lui assignant une conduite raisonnable et correcte »².

B. *Le « droit à l'exercice du pouvoir discrétionnaire »*

Au-delà des formes et procédures imposées par le droit écrit, qui imposent certaines formalités à la manifestation de volonté de l'Administration, il est intéressant d'étudier l'attitude du juge de l'Administration, dans l'exercice de son contrôle, vis-à-vis des normes procédurales, en relation avec le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. L'étude des obligations pesant sur l'Administration dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire mettent en lumière un véritable « droit (...) de l'administré à l'exercice du pouvoir discrétionnaire »³, qui permet au juge de garantir indirectement une meilleure opportunité de la décision.

Le juge administratif français a de très bonne heure adopté une attitude visant à ce que l'Administration, investie du pouvoir de prendre une décision discrétionnaire, exerce effectivement cette compétence. Cette jurisprudence est en germe dès le début du XX^e siècle, notamment dans le contentieux des dérogations à la règle du repos dominical, permis par une loi du 13 juillet 1906⁴. Les dérogations à la règle posée par la loi sont accordées par le préfet, la loi prévoyant seulement que l'arrêté doit être motivé. Saisi d'un arrêté du préfet du Doubs rejetant une demande de dérogation, le Conseil d'État interprète la loi dans ce sens que le préfet « est tenu d'examiner les conditions particulières de clientèle et de fonctionnement de l'établissement intéressé ». Partant, il annule l'arrêté préfectoral en ce que le préfet a rejeté toutes les demandes « pour un motif d'ordre général et économique »⁵. Ainsi, le Conseil d'État enserme la détermination de la volonté de l'Administration dans des motifs admissibles, quand bien même le sens de la décision est à sa discrétion⁶. Cela a eu pour conséquence, dans

¹ C. CAMBIER, *art. préc.*, p. 467.

² *Ibid.*, p. 465.

³ VENEZIA, *op. cit.*, p. 144 : « On peut parler d'un droit, puisque assorti d'une sanction juridique, de l'administré à l'exercice du pouvoir discrétionnaire ».

⁴ Loi du 13 juillet 1906 établissant le repos hebdomadaire en faveur des employés et ouvriers, *JORF* du 14 juillet 1906, p. 4831.

⁵ CE, 8 févr. 1907, *Lévy et autres*, *Lebon* p. 143. V. encore CE, 22 mars 1907, *Syndicat des employés de commerce de Perpignan*, *Lebon* p. 302 ; CE, 26 avril 1907, *Sieur Crémieux*, *Lebon* p. 393.

⁶ Il en va de même dans un arrêt portant sur le positionnement des cadres de l'armée : le Conseil d'État reconnaît que le ministre a « un pouvoir souverain pour apprécier en définitive si tel officier (...) se trouve dans les conditions prévues par la loi », mais le motif de la décision du ministre est lié au rajeunissement des cadres, motif inadmissible au regard de l'interprétation de la loi (CE, 7 août 1920, *Colonel Secrettand*, *Lebon* p. 853 ; v. également CE, 7 mai 1920, *Général Guyot d'Asnières de Salins*, *Lebon* p. 447).

un premier temps, de prohiber l'auto-liaison de l'Administration, qui ne pouvait abandonner l'appréciation de l'opportunité de la mesure à des critères élaborés dans des circulaires¹.

Cette tendance jurisprudentielle va connaître une impulsion nouvelle, grâce une décision « d'une audace singulière »², rendue par le Conseil d'État en 1928. En application de la loi municipale du 5 avril 1884, le Conseil général de la Seine examinait une demande de suppression de sectionnement électoral dont il était saisi, dans quatre communes du département. Il vota alors la suppression de ces sectionnements, par une délibération commune aux quatre demandes. Le Conseil d'État annule la délibération en considérant que « les membres du Conseil général (...) n'ont pu être à même d'exprimer une opinion fondée sur l'appréciation des circonstances particulières à chaque commune »³. Pour Marcel Waline, l'audace de cette décision vient de ce que « le Conseil d'État, en somme, reproche au Conseil général de s'être mis dans des conditions telles qu'il ne pouvait plus apprécier correctement des considérations d'opportunité, de bonne administration ». À une époque où le rôle créateur du juge était nié, il rattache cela à la « moralité administrative », telle qu'elle a été développée par Hauriou, pour qui « la notion de l'excès de pouvoir est ainsi beaucoup plus étendue que

¹ Ainsi, dans un arrêt *Société du Bourbonnais* (CE, 4 août 1922, *Société du Bourbonnais*, *Lebon* p. 732), le juge considère que si l'Administration « a le droit de décider souverainement, dans chaque espèce, s'il convient ou non, dans l'intérêt général, d'accorder de nouvelles permissions de voirie (...), elle ne saurait, pour motiver son refus, se fonder sur ce que l'octroi (...) ne rentrerait pas dans les cas prévus par les circulaires ministérielles ».

² Ainsi que la qualifie Marcel Waline dans sa note (M. WALINE, « Note sous CE, 16 nov. 1928, *Foucher et autres* », *D.*, 1929, III, p. 33, spéc. p. 35).

³ CE, 16 nov. 1928, *Foucher et autres*, *D.*, 1929, III, 33, note WALINE. Se fondant sur d'autres arrêts, Waline reformule l'obligation en question de manière encore plus explicite : en cas d'appréciation discrétionnaire, il y a, selon lui, « obligation de se mettre dans les meilleures conditions pour faire avec un esprit objectif et en connaissance de cause cette appréciation » – ce qui n'est pas sans rappeler la future obligation d'examen diligent et impartial, consacrée dans l'ordre juridique de l'Union européenne (M. WALINE, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930, p. 197, spéc. p. 218)

celle de la légalité ; elle correspond à la morale, qui est plus étendue que le droit »¹. Waline maintiendra ce rattachement à la notion de moralité administrative, dans des notes ultérieures, reformulant ainsi l'obligation pesant sur l'Administration : « L'autorité administrative, lorsqu'elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire du choix entre deux ou plusieurs décisions dont l'une comme l'autre seraient également conformes à la légalité, a au moins une obligation (...) : l'obligation de se placer dans les meilleures conditions pour faire une saine appréciation de l'opportunité de sa décision »².

Ainsi, le Conseil d'État crée une obligation de rechercher l'opportunité d'une mesure³ : ne pouvant se prononcer sur le fond de la décision, il enserme le pouvoir discrétionnaire par la procédure, en imposant que la manifestation de volonté de l'Administration suive une certaine voie⁴. Cette obligation sera renouvelée pendant la Seconde Guerre mondiale et dans l'Après-guerre, là où l'Administration est investie par les

¹ HAURIU, « Note sous CE, 4 avril 1914, *Sieur Gomel* », *Juris. adm.*, t. II, p. 375. La « moralité administrative » recouvrirait, en fin de compte, tous les cas d'annulation « sans illégalité », qui ne manqueraient pas, à l'époque, d'étonner la doctrine. Pour Hauriou, « la légalité et la moralité administrative ne sont pas discrétionnaires, elles sont obligatoires » (HAURIU, « Note sous CE, 31 janv. 1902, *Grazietti* », *préc.*, p. 182). Constatant ailleurs que « le Conseil d'État se trouve à l'étroit dans les pouvoirs d'annulation que lui confère le recours pour excès de pouvoir » et que celui-ci pourrait les élargir dans les cadre légal existant, il en conclut qu' « il n'a jamais été aussi évident que la théorie du recours pour excès de pouvoir est une théorie de morale juridique » (HAURIU, « Note sous CE, 26 juin 1908, *Sieur Daraux* », *Juris. adm.*, t. II, p. 391, spéc. p. 397). Il faut noter que la notion de moralité administrative disparaît dès lors qu'Hauriou adopte une conception élargie de la légalité, qui admet que le Conseil d'État puisse la déterminer de manière prétorienne (v. notamment HAURIU, « Note sous CE, 8 mars 1912, *Lafage et Schlemmer* », *Juris. adm.*, t. II, p. 130). Cette théorie connaîtra des développements ultérieurs en ce qui concerne le détournement de pouvoir : pour Welter, « il existe donc à côté de la légalité des mesures administratives, sanctionnée par le recours pour violation de la loi proprement dit, une moralité administrative, sanctionnée notamment par le recours pour détournement de pouvoir » (H. WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris, Sirey, 1929, p. 76) ; Alibert note également que « la théorie du détournement de pouvoir est la défense de la moralité administrative » (ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 236). Eisenmann critique âprement la notion de moralité administrative, qui pour lui fait partie de ces « sornettes nobles, mais creuses » (EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 635).

² Obligation « que l'on peut rattacher à la théorie de la moralité administrative, chère au Doyen Hauriou » (M. WALINE, « Note sous CE, 11 mai 1973, *Sieur Sanglier* », *RDP*, 1973, p. 1747, spéc. p. 1752). Waline rattache cette obligation à la notion de moralité administrative, « faute de mieux », dans une autre note (WALINE, « Note sous CE Sect., 20 juin 1952, *Legros* », *RDP*, 1952, p. 725, spéc. p. 728).

³ Berlia mentionne ainsi l'obligation d'examiner l'opportunité de la décision, qui est selon lui « la pointe extrême de cette jurisprudence » de l'annulation sans illégalité (G. BERLIA, « Le vice de forme et le contrôle des actes administratifs », *RDP*, 1941, p. 370 ; spéc. p. 399).

⁴ L'arrêt *Sieur Grobel* est particulièrement explicite : saisi du rejet d'une demande de servir au-delà de la limite d'âge que l'Administration a le pouvoir d'accorder, le Conseil d'État considère que « si ces dispositions laissent à l'autorité militaire la faculté de renouveler ou non les commissions, elles impliquent pour elle l'obligation de rechercher dans chaque cas particulier quelle suite doit être donnée à une demande de renouvellement » (CE, 30 juin 1950, *Sieur Grobel*, *Lebon* p. 398).

textes d'un pouvoir discrétionnaire large¹. Une décision que l'Administration est en principe libre de prendre, pour des raisons d'opportunité échappant au juge, peut être annulée s'il ressort de l'examen du dossier que l'Administration n'a pas procédé à un examen convenable de la demande². Cette obligation se développera particulièrement dans la jurisprudence relative à l'administration de l'économie, pendant la guerre, et au redressement économique de l'Après-guerre³.

Cette obligation, d'une nature particulière, a alors été synthétisée par la doctrine, sous diverses appellations⁴. Étudiant la jurisprudence relative à l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'Administration, Léo Goldenberg y voit « la volonté d'assurer un exercice normal du pouvoir discrétionnaire », car « ce n'est pas un pouvoir discrétionnaire normal que celui qui s'ignore »⁵. Jacques Mégret, dans une étude consacré à cette obligation, parle d' « obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision même discrétionnaire »⁶, qu'il résume ainsi : « L'étude des décisions récentes permet d'établir que la jurisprudence généralisant des espèces jusqu'ici isolées, a posé le principe que l'administrateur, saisi d'une demande qu'il a toute liberté pour agréer ou rejeter, est tenu, avant d'exercer son pouvoir discrétionnaire, de procéder à un examen des circonstances propres de l'affaire, et ne peut se borner à la repousser en faisant

¹ Notamment dans un arrêt d'Assemblée *Piron* de 1942, qui est souvent considéré comme l'origine de cette obligation pesant sur l'Administration. Une loi du 17 juillet 1940 permet d'écarter du service des agents dont le maintien est incompatible avec l'intérêt public. Un agent relevé de ses fonctions en raison de son âge conteste cette décision devant le Conseil d'État, qui considère, pour annuler la mesure, « que l'administration s'est bornée à lui faire application d'une décision de principe sans procéder à l'examen de sa situation particulière ». Concluant sur cet arrêt, le commissaire du gouvernement Ségalat considère que « l'application de la loi suppose un examen de la situation individuelle de chaque intéressé » (CE Ass., 24 juill. 1942, *Sieur Piron, Lebon* p. 233 : S., 1943.III.1, concl. SÉGALAT, note MESTRE).

² Cela est particulièrement explicite dans l'arrêt *Société d'exploitation des Eaux et Thermes d'Enghien*, dans lequel l'Assemblée du Conseil d'État considère que « s'il eût appartenu au ministre de refuser pour des motifs d'opportunité », le motif invoqué est constitutif d'une erreur de droit (CE Ass., 25 juin 1948, *Société d'exploitation des Eaux et Thermes d'Enghien, Lebon* p. 301).

³ V., entre autres : CE Sect., 4 mai 1945, *Sieur Le Her, Lebon* p. 90 ; CE, 13 janv. 1950, *Sieur Ramé, Lebon* p. 27 ; CE Sect., 15 juin 1951, *Galetzky, Lebon* p. 337 ; CE, 18 juin 1952, *Sieur Jeannin, Lebon* p. 316.

⁴ On trouve déjà certains commentaires doctrinaux renvoyant à cette obligation au début du XX^e siècle : Michoud affirme, en lien avec le principe de compétence, que « ne pas faire usage du pouvoir dont il dispose, notamment ne pas user de son pouvoir discrétionnaire là où il le possède, c'est violer la loi et enlever aux particuliers la garantie d'un examen spécial et attentif qu'elle a voulu leur accorder » (MICHOD, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », *art. préc.*, p. 22) ; Hauriou écrit encore que « c'est aussi un excès de pouvoir que de ne pas étudier la question » (M. HAURIOU, « Note sous CE, 4 avril 1914, *Sieur Gomel* », *Juris. adm.*, t. II, p. 376).

⁵ L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État, juge du fait*, Paris, Dalloz, 1932, p. 186.

⁶ J. MÉGRET, « De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision même discrétionnaire », *EDCE*, 1953, p. 77.

état d'un motif d'ordre général »¹, alors qu'Isaac fait de cette obligation un « principe d'effectivité » de la procédure administrative non contentieuse, qu'il rattache à la notion de « bonne administration », qui n'est pas sans lien avec la moralité administrative². Bernard Pacteau parle quant à lui d' « obligation d'examen sérieux »³.

Le caractère procédural de cette obligation a pu être remis en question⁴, en ce que la preuve de sa méconnaissance se trouve tantôt examinée au titre de la légalité externe – dans les cas où il y a un véritable défaut d'examen⁵ – tantôt au titre de la légalité interne – dans les cas où le motif invoqué est irrégulier. Toutefois, cette obligation porte sur le *fieri*, la manière dont a procédé l'Administration pour déterminer sa volonté⁶. Si le motif est examiné par le juge, c'est pour rechercher une preuve de ce que l'examen a été irrégulier, comme l'affirme Jacques Delmas-Marsalet : « Il [le Conseil d'État] a notamment décidé que l'autorité administrative qui est investie d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser ces autorisations, ne peut se borner à opposer aux intéressés des positions de principe ou des règles générales qu'elle se serait fixées, mais est tenue de procéder à un examen particulier des circonstances propres à chaque affaire. La violation de cette obligation est, il est vrai, sanctionnée comme une erreur de droit, c'est-à-dire comme un vice entachant la légalité interne de la décision. Mais cette erreur de droit procède de la méconnaissance d'une règle qui reste une règle de pure procédure administrative »⁷.

Cette jurisprudence a été sérieusement mise en cause en ce qui concerne la possibilité, pour l'Administration, de déterminer à l'avance les critères des appréciations auxquelles elle

¹ *Ibid.*, p. 77.

² ISAAC, *op. cit.*, spéc. p. 438. On comprend alors que la « bonne administration » est un moyen de contrôle indirect de l'opportunité de la décision, puisqu'il ne peut être directement question de légalité.

³ B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, préf. J.-M. AUBY, Clermont-Ferrand, Université de droit et de science politique, « Travaux et recherches de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Clermont I », vol. 1, 1977, p. 185.

⁴ V. notamment R. MOULIN, « La règle d'examen particulier du dossier : une extrapolation équivoque », *AJDA*, 1980, p. 443, spéc. p. 444.

⁵ Cela est notamment le cas pour les décisions prises « en bloc », selon l'expression même du Conseil d'État, qui traduisent un défaut d'examen particulier et, partant, un vice de procédure (v. notamment CE, 18 mars 1949, *Société des Établissements veuve Cote et compagnie*, *Lebon* p. 139) ; ou lorsque l'Administration n'a pas procédé à l'examen de l'affaire (CE Ass., 11 mai 1973, *Sieur Sanglier*, *Lebon* p. 344 : *AJDA*, 1973, p. 428, note LARGER ; *RDP*, 1973, p. 1747, note WALINE).

⁶ Cela est explicite dans certains arrêts : un motif d'ordre général constitue la preuve de ce que l'Administration « n'a pas procédé à un examen particulier de l'affaire » (CE Sect., 4 mai 1945, *Sieur Le Her*, *préc.*). Dans l'affaire *Sanglier*, le Conseil d'État considère que le défaut d'examen de l'affaire implique que la décision « est intervenue à la suite d'une procédure irrégulière » (CE Ass., 11 mai 1973, *Sieur Sanglier*, *préc.*).

⁷ J. DELMAS-MARSALET, « Les contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, p. 133 spéc. p. 147.

se livrera, notamment dans des directives¹ – ou lignes directrices. Le Conseil d'État assouplira sa position dans une jurisprudence bien connue, sans toutefois l'abandonner, puisque l'Administration peut fixer à l'avance des orientations générales, à condition qu'elle ne renonce pas à son pouvoir d'appréciation². Toujours est-il que le juge administratif, confronté à la nécessité d'un pouvoir discrétionnaire de l'Administration, peut se saisir des obligations procédurales pour se rapprocher de l'opportunité³. Saisi d'un acte résultant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, le juge peut donc vérifier si « le libre pouvoir de vouloir s'est bien exercé, si le libre jeu de la volonté dont cet acte est l'expression n'a pas été faussé »⁴. Il le fait nécessairement de manière indirecte, ce qui rappelle que « l'obligation de bien administrer (...) est difficile à sanctionner »⁵.

Le droit administratif de l'Union européenne s'inspire directement de cette obligation d'examen des circonstances particulières de l'affaire développée par le juge administratif français⁶. En effet, le juge communautaire a suivi une démarche particulière qui l'a conduit à s'ouvrir « à des sources matérielles diverses, à même de combler les vides des traités fondateurs mais aussi de forger un système atypique »⁷. Car le juge de l'Union « procède en "trouvère", sélectionne un courant dominant ou même simplement minoritaire s'il lui paraît

¹ Kahn en dénonce les effets pervers sur ce point : « Indiscutable dans la mesure où elle permet de censurer les détournements de procédure ou d'annuler des décisions prises au hasard ou par caprice, cette jurisprudence s'est révélée moins heureuse quand on s'en est servi pour interdire à l'administration d'agir suivant une règle qu'elle s'est donnée » (KAHN, « Le pouvoir discrétionnaire... », *art. préc.*, p. 13).

² Ainsi qu'il résulte de l'arrêt dit *Crédit foncier de France* (CE Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France c/ Demoiselle Gaupillat et Dame Ader, Lebon* p. 750, concl. BERTRAND : *D.*, 1971, p. 674, note LOCHAK ; *JCP*, 1972.II.17232, note FROMONT ; *RDP*, 1971, p. 1224, note WALINE). La jurisprudence fait désormais référence aux « lignes directrices », auxquelles l'Administration peut « déroger lors de l'examen individuel de chaque demande si des considérations d'intérêt général ou les circonstances propres à chaque situation particulière le justifient » (CE, 19 sept. 2014, *Jousselin*, n° 364385, *Lebon* p. 272 : *AJDA*, 2014, p. 2262, concl. DUMORTIER ; *Dr. adm.*, 2014, comm. 70, note AUBY).

³ On retrouve ainsi cette obligation d'examen des circonstances de l'affaire dans des arrêts postérieurs à l'arrêt *Crédit foncier de France* : v. notamment un arrêt *Ministre de l'Intérieur c/ Dridi*, dans lequel le Conseil d'État juge qu'un étranger ne peut être expulsé « automatiquement », pour le seul motif qu'il a commis une infraction pénale ; le commissaire du gouvernement Genevois rappelle, au soutien de l'annulation, la « jurisprudence qui fait obligation à l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision individuelle pour laquelle elle n'a pas compétence liée » (CE Ass., 21 janv. 1977, *Ministre de l'Intérieur c/ Dridi*, n° 01333, *Lebon* p. 38 : *Gaz. Pal.*, 1977.I.340, concl. GENEVOIS ; *AJDA*, 1977, p. 133, chron. NAUWELAERS & FABIUS ; *D.*, 1977, p. 527, note JULLIEN-LAFERRIÈRE). V. encore CE Ass., 31 mai 1985, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Association d'éducation populaire de l'école Notre-Dame d'Arc-les-Gray*, n° 55925, *Lebon* p. 167 : *RFDA*, 1985, p. 637, concl. ROUX.

⁴ P. PY, *op. cit.*, p. 120.

⁵ F. MOREAU, *op. cit.*, p. 122.

⁶ Lord Millet relève que l'obligation de diligence « tire son origine du droit français » (MILLET, « The Right to Good Administration... », *art. préc.*, p. 314).

⁷ C. FLAESCH-MOUGIN, « Typologie des principes de l'Union européenne », in *Mélanges J. Raux*, Rennes, Éd. Apogée, 2006, p. 115.

que tel principe répond aux besoins politiques et moraux de la construction communautaire. La moisson des principes dégagés selon cette libre méthode est surabondante »¹. Parmi les fruits de cette récolte, on trouve cette préoccupation du juge communautaire, similaire à celle du juge français, tenant à la garantie indirecte de l'opportunité des mesures prises par les autorités administratives de la Communauté européenne résultant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. C'est le juge qui, en créant de telles obligations, complète les obligations procédurales qui s'imposent à l'Administration leur donnant ainsi toute leur dimension².

Dans l'un des premiers arrêts rendu par la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, en 1954, le juge communautaire est amené à se prononcer sur un moyen tenant à la « bonne administration », soulevé par le requérant, tenant à l'examen insuffisant des éléments de l'affaire au cours de la procédure menant à la décision de la Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. La Cour n'accueille pas ce moyen, formulé à l'appui de l'établissement d'un détournement de pouvoir, mais juge, *a contrario*, que la Haute Autorité a procédé à un examen suffisant des circonstances de l'affaire³.

Ce rattachement à la notion de « bonne administration », qui n'est pas sans rappeler la moralité administrative, aura une postérité singulière et fructueuse dans l'ordre juridique de l'Union européenne, même s'il n'est pas exempt d'ambiguïtés. Notion dont le caractère protéiforme se traduit jusque dans sa dénomination sémantique⁴, son unification jurisprudentielle et doctrinale a été très progressive, comme le remarquent Loïc Azoulai et

¹ J. KRYNEN, *L'État de justice (France, XIII^e-XX^e siècle) : L'emprise contemporaine des juges*, t. II, Paris, Gallimard-NRF, « Bibl. des Histoires », 2012, p. 341.

² Alexander Türk relève ce caractère supplétif de la jurisprudence en la matière : « Alors que l'article 263-2 du TFUE donne aux juridictions de l'Union le pouvoir de contrôler si les actes sont conformes aux exigences procédurales posées par les Traités ou le droit dérivé, beaucoup de standards procéduraux ont été développés par les juridictions, en tant que principes généraux du droit de l'Union européenne » (A. TÜRK, « Oversight of Administrative Rulemaking : Judicial Review », *European Law Journal*, 2013, vol. 19, p. 126, spéc. p. 128). (« While article 263(2) TFEU entrusts the Union courts with the review of whether administrative acts comply with essential procedural requirements provided for in EU Treaties and legislation, many important procedural standards have been developed by the Union courts as general principles of EU law »).

³ CJCECA, 11 févr. 1955, *Industrie Siderurgische Associate (ISA) c/ Haute Autorité*, 4/54, *Rec.* p. 177 : *RDP* 1955, p. 618, note JEANTET.

⁴ Si le juge se réfère aux « règles de bonne administration » dans le premier arrêt, il fera ensuite référence à des « principes de saine administration » (CJCECA, 10 déc. 1957, *Société des usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité*, 1/57 et 14/57, *Rec.* p. 201) ; à des « principes de bonne administration » (CJCE, 11 oct. 1990, *Italie c/ Commission*, C-34/89, *Rec.* p. I-3603) ; aux « exigences d'une bonne administration » (CJCE, 6 mars 2003, *Interporc Im- und Export GmbH c/ Commission*, C-41/00, *Rec.* p. I-2125), pour aboutir, aux termes d'une longue évolution, à un syntagme relativement stable : le « droit à une bonne administration » (notamment dans TPICE, 30 janv. 2002, *Max Mobil c/ Commission*, T-54/99, *Rec. CJCE*, p. II.313 : *Europe* 2002, chron. 4, note SIMON).

Laure Clément-Wilz : « Les brumes qui recouvrent les origines du principe de bonne administration en droit de l'Union sont aussi épaisses que celles qui, longtemps, ont occulté le développement du droit administratif européen »¹. Ces difficultés sémantiques ne sont que le signe visible des problèmes juridiques qu'implique la notion de bonne administration².

Cependant, la plupart des auteurs s'accordent à considérer qu'au cœur de la notion de bonne administration, se trouve l'obligation d'examen diligent et impartial³, « développée par les juridictions de l'Union comme une garantie procédurale, en contrepartie d'un large pouvoir discrétionnaire reconnu à la Commission »⁴. Ainsi, bien que le droit à une bonne administration puisse être considéré « sinon comme une affirmation générale et vague, du moins comme un substrat, c'est-à-dire le support de droits plus précis, sans lequel ceux-là ne sauraient exister ou se comprendre »⁵, il semble avoir une signification irréductible qui est celle résultant de l'obligation procédurale visant à encadrer l'opportunité des décisions que peuvent prendre les autorités européennes en vertu d'un pouvoir discrétionnaire⁶.

La stabilisation conceptuelle de la notion de bonne administration est facilitée par son inscription dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans son article 41, intitulé « Droit à une bonne administration », qui formule explicitement l'obligation d'examen pesant sur l'administration européenne : « Toute personne a le droit de voir ses

¹ L. AZOULAI & L. CLÉMENT-WILZ, « La bonne administration », in J.-B. AUBY & J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant 2014, p. 671.

² Denys Simon note par ailleurs que « la notion reste caractérisée par une signification imprécise, des contours mouvants et une valeur juridique incertaine. Les flottements sémantiques qui affectent le principe de bonne administration (...) n'ont d'égal que les controverses qui s'attachent à la détermination de sa portée juridique » (D. SIMON, « Le principe de "bonne administration" ou la "bonne gouvernance" concrète », in. *Mélanges J. Raux, op. cit.*, p. 155, spéc. p. 156).

³ C'est ainsi que pour Loïc Azoulai et Laure Clément-Wilz, le « principe général de bonne administration » réside dans « une obligation particulière créée dans le chef de l'administration européenne "l'obligation d'examiner avec soin et impartialité tous les éléments du cas d'espèce" » (L. AZOULAI & L. CLÉMENT-WILZ, *art. préc.*, p. 673). Ils rejoignent ainsi l'opinion de Denys Simon, pour qui le « noyau dur » du principe est « l'obligation de "traitement impartial et équitable" » (D. SIMON, « Le principe de "bonne administration"... », *art. préc.*, p. 159).

⁴ TÜRK, *art. préc.*, p. 132 (« It has been developed by the Union courts as procedural guarantee in administrative proceedings to counterbalance the wide margin of appreciation, which the Commission enjoys (...). »).

⁵ P. DELVOLVÉ, « Rapport général », in Conseil de l'Europe, *À la recherche d'une bonne administration*, Conférence européenne, Strasbourg, 20 janv. 2008, DA/ba/Conf (2007) 15 f, p. 11.

⁶ Cette obligation s'impose de manière typique au traitement des plaintes en matière de pratiques anticoncurrentielles : même si le pouvoir de surveillance de la Commission européenne « comporte la mise en œuvre d'un large pouvoir d'appréciation », qui se traduit par ce qui est communément appelé « l'opportunité des poursuites », cette obligation procédurale s'impose à la Commission, qui doit déterminer sa volonté en toute connaissance de causes (v. TPICE, 30 janv. 2002, *Max Mobil c/ Commission, préc.* ; cassé par le Cour en ce que le refus d'engager des poursuites ne peut être attaqué directement devant le Tribunal : CJCE, 22 févr. 2005, *Commission c/ T-Mobile Austria GmbH*, C-141/02 P, *Rec.* p. I-1316).

affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union »¹. L'inscription dans la charte du droit à une bonne administration et, notamment, de l'obligation d'examen pesant sur les autorités administratives européennes, parachève ainsi l'objectivation de cette norme, issue d'une longue évolution jurisprudentielle².

L'ordre juridique britannique, marqué par une longue période de retenue dans le contrôle juridictionnel de l'Administration, a longtemps cantonné le déclenchement d'obligations procédurales dans un champ d'application matériel. Cependant, l'obligation d'examen des circonstances de l'affaire est depuis longtemps reliée à la notion de *fettering of discretion* (liaison du pouvoir discrétionnaire), selon laquelle « une autorité publique dotée d'un pouvoir discrétionnaire ne peut adopter une position de principe qui lui permettrait de décider de l'affaire sans apprécier les mérites propres à l'affaire »³. Ce droit à l'exercice du pouvoir discrétionnaire a été affirmé très tôt par les cours britanniques⁴. Son caractère procédural a été souligné, puisqu'il est considéré que le décideur « ne laisse pas son esprit entrouvert » lorsqu'il détermine sa volonté⁵.

Ces obligations pesant sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire visent, *in fine*, à ce qu'il n'y ait pas de pré-jugement de l'affaire, qui serait décidée à l'avance, pour diverses

¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 41, §1. Ce droit ainsi consacré est, selon Guy Braibant, « l'un des plus significatifs et des plus novateurs » (G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, « Points. Essais », vol. 469, 2001, p. 212). Cette « innovation » est relevée par d'autres auteurs (v. M. SMITH, « Developing Administrative Principles in the EU : A Foundational Model of Legitimacy ? », *European Law Journal*, 2012, vol. 18, p. 269 ; spéc. p. 283).

² Jean-Paul Jacqué note qu'elle « résulte d'un mouvement préparé de longue date », ajoutant qu'« on ne peut pas vraiment considérer que l'article 41 innove fondamentalement par rapport à la jurisprudence de la Cour » (J.-P. JACQUÉ, « Le droit à une bonne administration dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 79).

³ P. CRAIG, *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2016, 8^e éd., p. 536 (« A public body endowed with discretionary powers is not entitled to adopt a policy or rule which allows it to dispose of a case without any consideration of the merits of the individual applicant »).

⁴ Dès le milieu du XIX^e siècle, dans l'arrêt *Tinkler v. The Board of Works for the Wandsworth District* ([1858] 27 *Law Journal, Chancery* 342), dans lequel Lord Turner affirmait que « le comité était dans l'obligation d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans chaque cas particulier » (« The Board were bound to exercise their jurisdiction in each particular case » ; cité par W. ATKINSON, « La discrétion administrative », *Les Cahiers de droit*, 1978, vol. 19, p. 187, spéc. p. 219). V. également l'arrêt *R. v. LCC ex parte Corrie* ([1918] 1 KB 68), dans lequel le *King's Bench Division* juge qu'une autorité administrative, si elle peut orienter son pouvoir d'octroyer des autorisations, ne peut édicter une règle générale qui la ferait renoncer à son pouvoir d'appréciation.

⁵ DE SMITH, WOOLF & JOWELL, *Judicial Review of Administrative Action*, London, Sweet & Maxwell, 1995, 5^e éd., p. 505 (« By failing to keep its "mind ajar" »). La liaison du pouvoir discrétionnaire va ainsi « à l'encontre de la régularité procédurale » (*ibid.*, p. 505 : « It offends against procedural propriety »), et constitue une « variété de l'équité procédurale » (*ibid.*, p. 505 : « a species of the genus procedural fairness »). Sur le caractère procédural de cette obligation, v. encore D. J. GALLIGAN, « The Nature and Function of Policies within Discretionary Powers », *Public Law*, 1976, p. 332).

raisons. Elles font ainsi sentir l'importance de l'état d'esprit du décideur, dans le domaine de l'opportunité : quand bien même celui-ci peut prendre une pluralité de décisions, la manière dont il aura déterminé sa volonté est importante. Dans cette optique, un principe autonome d'impartialité peut s'épanouir, car la procéduralisation de l'acte administratif signifie que l'opération de manifestation de volonté devient, juridiquement, un enjeu en tant que telle.

CONCLUSION DU CHAPITRE

La construction doctrinale et positive de la théorie de l'acte administratif permet progressivement de rendre compte de ce que la fonction administrative est mise en œuvre par des agents manifestant leur propre volonté dans l'acte administratif, lorsqu'ils jouissent d'un pouvoir discrétionnaire. Si le recours contentieux permet de sanctionner la méconnaissance de certaines obligations, l'imposition de règles spécifiques permet de garantir l'opportunité de l'acte, dans une optique de bonne administration. À cette fin, la procéduralisation de l'acte est un moyen essentiel permettant de garantir au mieux cette opportunité, dont le champ est toujours plus large, dans l'administration postmoderne.

C'est alors, et alors seulement, que « le principe d'impartialité de la procédure administrative constitue une conquête essentielle du droit processuel moderne »¹. On peut conclure, avec Jürgen Schwarze, que « la garantie de l'impartialité dans les procédures administratives doit être regardée comme un principe directeur du droit administratif. Elle est d'une importance particulière là où l'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire et peut, de ce fait, prendre des décisions quasi-judictionnelles, car dans ces cas-là, les possibilités de contrôle juridictionnel sont limitées »². Dans cette optique, la question de l'impartialité de la personne dont l'acte administratif est la manifestation de volonté devient un enjeu juridique, étant donné qu'elle peut avoir des conséquences sur la part discrétionnaire que contient l'acte administratif.

Dans ce cadre, on peut s'interroger sur la nature du principe d'impartialité et, en premier lieu, sur la question de savoir si celui-ci constitue un principe autonome, en droit administratif.

¹ G. Langrod, « Procédure administrative... », *RISA*, *art. préc.*, p. 82.

² SCHWARZE, « The principle of proportionality... », *art. préc.*, p. 66 (« The guarantee of impartiality in administrative proceedings has to be regarded as a leading principle of administrative law. It is of particular importance where the administration enjoys discretion and therefore is entitled to quasi-judicial decision-making as in those cases the possibility of judicial control is limited »). L'emploi du terme « quasi-juridictionnel » est cependant peu opératoire, à la lumière des développements qui précèdent ; on peut en effet le considérer comme « obsolète » (DE SMITH, WOOLF & JOWELL, *op. cit.*, p. 509).

CHAPITRE II

L'AUTONOMISATION DU PRINCIPE D'IMPARTIALITÉ

Un principe juridique d'impartialité de l'Administration est, de manière logique, centré sur la personne dont la volonté, exprimée dans l'acte administratif, tient lieu de volonté de l'Administration. Il est en cela tributaire d'une conception dynamique de l'acte administratif, qui accorde une importance particulière au processus de manifestation de volonté de l'Administration.

Toutefois, en raison de la richesse de la réalité recouverte par la notion d'impartialité, il apparaît que celle-ci n'est pas uniquement procédurale. En effet, les manifestations de manquement à l'impartialité sont sanctionnées de bonne heure, par le juge administratif, sans considération de sa dimension procédurale. Cela illustre le lien qu'entretiennent les notions d'impartialité et d'égalité (section 1), dont le dépassement permet à l'impartialité d'accéder au rang de principe autonome, de par le régime qui est le sien, dans une vision dynamique de l'acte administratif (section 2).

Section 1 : Le dépassement du lien originel avec l'égalité

La conception statique de l'acte administratif rend vaine la recherche d'un principe juridique d'impartialité à l'âge « classique » du droit administratif. Si des moyens visant à contester l'impartialité de l'Administration peuvent être identifiés de longue date dans des requêtes contentieuses, ils n'appellent pas de réponse particulière de la part du juge de l'Administration¹.

Si l'impartialité est, dans un premier temps, difficilement garantie, il faut relever que la partialité est, pour sa part, sanctionnée. En effet, elle entretient des liens étroits avec la rupture d'égalité et, partant, avec l'irrégularité dans l'application du droit, ce qui permet au juge de censurer la partialité de l'Administration. C'est ainsi que l'impartialité de l'Administration a longtemps été garantie par la sanction de la partialité, dans le sens où un

¹ C'est par exemple le cas dans un arrêt rendu en 1831, dans lequel le requérant affirmait que l'avis du contrôleur des contributions « manquait d'impartialité, puisque ce même contrôleur avait déjà pris part aux opérations de cadastre, et que, l'Administration s'était déjà prononcée antérieurement sur sa réclamation ». Mais le Conseil d'État, rejetant la requête, n'examine pas ce moyen (CE, 14 avril 1831, *Sieur Larmagnac*, Rec. p. 148).

manquement à l'impartialité peut être saisi par le juge (I). Toutefois, la singularité de la réalité recouverte par la notion d'impartialité a progressivement conduit à un changement d'optique dans la garantie de l'impartialité de l'Administration (II).

I. La partialité comme rupture d'égalité

S'il peut être difficile d'identifier des règles découlant d'un principe d'impartialité singularisé, cela s'explique par le fait que la partialité, entendue comme un manquement à l'impartialité, est sanctionnée par le juge de l'Administration sans recours à un principe autonome. Constitutive d'une irrégularité dans l'application du droit, la partialité entretient des liens avec une certaine conception de l'égalité de traitement par l'Administration (A), dont il découle une interdiction de la partialité subjective (B).

A. L'impartialité et l'égalité de traitement par l'Administration

L'impartialité, dans sa définition même, se rattache à l'égalité : traiter une personne de manière impartiale est synonyme de traiter une personne avec égalité. La plupart des auteurs ayant étudié la notion d'impartialité relèvent le lien que la notion entretient avec l'égalité¹, ce qui, au terme d'une étude rapide de l'impartialité, conduit nombre d'auteurs à conclure que le principe d'impartialité est un « corollaire » du principe d'égalité². L'acceptation de personne, c'est-à-dire la partialité, est alors et avant tout, une rupture de l'égalité³. « Le juge est impartial, car il ne fait pas acceptation des personnes (...). Tous ceux auxquels s'appliquent la

¹ Guy Isaac considère à ce titre que « le principe d'impartialité (...) se rattache (...) au principe d'égalité entre les citoyens » (ISAAC, *op. cit.*, p. 420). Bernard Quiriny le relève également : « La frontière entre les idées d'impartialité et d'égalité est mince, de sorte qu'elles semblent parfois se confondre. Traiter une personne avec partialité, c'est la traiter autrement qu'une personne placée dans la même situation » (B. QUIRINY, « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *RDP*, 2006, p. 375). De même, pour Jean-Marc Sauvé, « l'impartialité procède (...) d'un principe fondamental – l'on pourrait presque dire "matriciel" – de l'État de droit : le principe d'égalité devant la loi » (J.-M. SAUVÉ, « Un juge indépendant et impartial », in *Mél. J.-P. Costa*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2011, p. 539, spéc. p. 543). Pour Nathalie Fricero, « l'impartialité (...) traduit l'aptitude d'un juge à traiter les parties de manière égalitaire » (N. FRICERO, « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, n° 40, 2013, p. 37). D'autres auteurs considèrent que le principe d'impartialité est « très lié » au principe d'égalité (J.-M. AUBY, J.-B. AUBY *et al.*, *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, « Précis », 2012, 7^e éd., p. 189).

² V., entre autres, M. DE VILLIERS & T. DE BERRANGER (dir.), *Droit public général*, Paris, LexisNexis, « Manuel », 2015, 6^e éd., p. 1107.

³ C'est ainsi que, pour Hobbes, la violation de la loi de nature d'équité (qui est « l'égalité distribution à chacun de ce qui, en raison, lui revient ») est l'« acceptation de personnes », c'est-à-dire la partialité (T. HOBBS, *Léviathan*, trad. G. MAIRET, Paris, Gallimard, « Folio essais », 2000, p. 263).

même règle doivent être traités de la même façon, quelles qu'en soient les conséquences »¹ : ainsi apparaît clairement le lien entre l'impartialité du juge et l'égalité de traitement. C'est alors pour respecter « cette égalité parfaite que la nature [a] mise entr'eux [les hommes], et qu'ils ont encore aux yeux de la justice »², que les magistrats doivent être impartiaux. On peut ainsi voir dans l'impartialité une « égalité négative de tous les intérêts spécifiques »³ dans le processus de décision de l'agent. Il apparaît alors que les notions d'impartialité et d'égalité se trouvent liées : « Le principe d'égalité devant la loi (...) s'adresse aux organes qui sont chargés d'appliquer les normes générales, c'est-à-dire essentiellement les tribunaux et l'administration. Il a pour objet de définir les conditions de fonctionnement de tout juge "impartial" (ou de toute administration "impartiale") »⁴.

La partialité, c'est-à-dire le parti pris dans le chef du décideur, peut alors être analysée comme une discrimination injustifiée : le destinataire de l'acte administratif sera traité de manière différente à raison du parti pris qui a animé le décideur. Cette différence de traitement des administrés, placés dans la même situation, ne sera ni « la conséquence nécessaire d'une loi », ni justifiée par une « nécessité d'intérêt général »⁵. La partialité s'apparente donc à une méconnaissance de l'égalité devant la loi. L'autonomie juridique du principe d'impartialité est alors nulle, puisque la violation du principe d'impartialité n'est censurée qu'au titre de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, qu'on peut relier, avec Kelsen, au « principe de la régularité dans l'application du droit en général », qui

¹ C. PERELMAN, « L'idée de justice dans ses rapports avec la morale, le droit et la philosophie », in Institut international de philosophie politique, *Le droit naturel*, Paris, PUF, « Annales de philosophie politique », vol. 3, 1959, p. 125, spéc. pp. 126-127. Pour cet auteur, « l'idée qu'il faut traiter de la même façon les semblables », est l'expression de la règle de justice, qui « ne soulève aucune objection » (*ibid.*, p. 136).

² D'AGUESSEAU, « XVII^e Mercuriale, "La prévention", composée pour la Saint-Martin 1714 », in *Discours de M. le Chancelier d'Aguesseau*, t. I, Paris, Brunot-Labbe, 1810, p. 380, spéc. p. 381). Pour Frain du Tremblay, le « parfait Magistrat » doit s'efforcer d'être impartial pour conserver la « liberté qu'il faut avoir pour garder l'égalité nécessaire à la justice » (J. FRAIN DU TREMBLAY, *Essai sur l'idée du parfait magistrat*, Paris, Emery, 1701, spéc. pp. 112-113).

³ LUHMANN, *op. cit.*, p. 129.

⁴ C. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, p. 295, spéc. p. 303.

⁵ Ces deux conditions permettant à l'Administration de traiter différemment des personnes placées dans la même situation, selon la jurisprudence classique du Conseil d'État (v. notamment CE Sect., 10 mai 1974, *Sieurs Denoyez et Chorques*, *Lebon* p. 274 : *D.*, 1975, p. 393, note TEDESCHI ; *AJDA*, 1974, p. 298, note FRANC & BOYON ; *RDP*, 1974, p. 467, note M. WALINE ; *Rev. adm.*, 1974, p. 440, note MODERNE).

est « immanent à tout ordre juridique »¹. L'égalité, dans cette optique, peut être considérée comme « la condition nécessaire [des] droits et libertés », en ce que sa méconnaissance conduirait l'Administration à créer une « loi d'exception en ce qui concerne l'individu auquel elle s'applique »². Un « défaut d'impartialité » peut alors être regardé comme une rupture de l'égalité³. L'administrateur qui favorise ses intérêts propres au travers de sa fonction, qui commet ce « crime énorme »⁴ consistant à préférer ses intérêts au bien de l'État, commet donc une irrégularité dans l'exécution de la loi, qui se rattache au principe d'égalité dans sa dimension « logique »⁵, qui a d'ailleurs pu être qualifiée de « vide de sens »⁶. Il s'agit d'une irrégularité au sens propre, puisque la première signification du principe d'égalité devant la loi est « l'application de la loi conformément à la loi »⁷. La sanction de la partialité administrative répond donc à une volonté du juge de réduire l'arbitraire administratif⁸, car elle censure une forme de « discrimination arbitraire entre individus »⁹ qu'est la partialité.

¹ « Poser l'égalité devant la loi, c'est poser simplement que les organes d'application du droit n'ont le droit de prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans les lois à appliquer elles-mêmes, ce qui revient à affirmer tout simplement le principe de la régularité de l'application du droit en général ; principe qui est immanent à tout ordre juridique, et le principe de la légalité de l'application des lois, qui est immanent à toutes les lois, – en d'autres termes le principes que les normes doivent être appliquées conformément aux normes » (KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, Dalloz, 1962, « Philosophie du droit », vol. 7, p. 190).

² P. DARESTE, *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, Paris, Challamel, 1914, p. 116.

³ Ce lien entre défaut d'impartialité et égalité se retrouve parfois dans la jurisprudence : « Il ne résulte pas de l'instruction qu'en l'espèce l'égalité entre les candidats aurait été rompue par un défaut d'impartialité imputable aux sociétés de conseil technique auxquelles l'État a eu recours » (CE, 24 juin 2011, *Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement*, n° 347720, *Lebon T.* p. 1008 : *BJCP*, 2011, n° 78, concl. BOULOUIS ; *Contrats-marchés publ.*, 2011, comm. 261, note ECKERT ; *RJEP*, 2011, comm. 54, note FRIBOULET).

⁴ Domat, lorsqu'il discute des avis dont doit s'entourer le gouvernement de l'État, indique que lorsque les intérêts privés et publics se confondent, les conseiller « doivent joindre à l'habileté une fidélité sincère et désintéressée pour ne pas tomber dans le crime énorme de tourner leurs conseils aux vues de leurs intérêts et les préférer au bien de l'État » (J. DOMAT, *Le droit public*, t. IV, Paris, P. Emery, 1701, p. 72).

⁵ C'est ainsi que Kelsen qualifie l'égalité de traitement : « À y regarder de plus près, le principe : traitement identique pour des égaux, différent pour des inégaux, n'est pas une exigence de la justice, mais de la logique. Car c'est uniquement la conséquence logique du caractère général de la norme qui prescrit que des individus déterminés doivent être traités de manière déterminée dans des circonstances déterminées (...) » (H. KELSEN, « Justice et droit naturel », in Institut international de philosophie politique, *Le droit naturel*, *op. cit.*, p. 1, spéc. p. 52).

⁶ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, préf. M. FROMONT, Paris, Economica, « Droit public positif », 1992, p. 12. Cette dimension logique, si elle est essentielle, n'empêche pas moins le principe juridique d'égalité de se développer considérablement en se concrétisant.

⁷ *Ibid.*, p. 57.

⁸ Sur les relations entre les notions d'arbitraire et d'égalité, v. O. JOUANJAN, *op. cit.*, spéc. p. 135 et s..

⁹ J. RIVERO, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 343, spéc. p. 346.

Toutefois, à ce stade de l'état du droit, on peut assurément parler de « spécificité incertaine du principe d'impartialité »¹.

B. *L'interdiction de la partialité subjective en découlant*

Le droit administratif sanctionne depuis longtemps les irrégularités contenues dans l'acte administratif, qui traduisent la partialité de leur auteur ou de leurs participants. Parmi les moyens invocables devant le juge de l'excès de pouvoir, le détournement de pouvoir occupe une place de choix, lorsqu'il est question de la partialité de l'auteur l'acte. Par ce moyen, le juge censure en effet les actes pris dans un but autre que celui pour lequel le pouvoir de l'administrateur a été institué. Ce cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir a progressivement pris le nom de détournement de pouvoir². Ainsi, si la partialité de l'administrateur se traduit dans les buts de l'acte, si l'acte a été pris pour satisfaire un but constitué par la partialité de son auteur, il pourra être annulé pour excès de pouvoir. Le parti pris favorable – faveur accordée à un administré ou aux intérêts propres de l'administrateur – ou défavorable – inimitié, animosité – sont alors censurés par le juge administratif au moyen de ce cas d'ouverture, qui permet d'accueillir en partie la garantie de l'impartialité de l'Administration, en ce sens qu'elle sanctionne la partialité avérée de l'administrateur, révélée par le contrôle du but qu'il a entendu poursuivre. Ainsi, le principe d'impartialité trouve une première traduction contentieuse dans la sanction du détournement de pouvoir, ce que notent un certain nombre d'auteurs³. Le détournement de pouvoir peut alors être considéré comme

¹ B. QUIRINY, *art. préc.*, p. 395.

² Ce cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir est consacré par un arrêt de 1864, dans lequel le Conseil d'État juge que le pouvoir du préfet de réglementer l'accès des véhicules aux stations de chemin de fer « ne doit s'exercer que dans un intérêt de police et de service public » (CE, 25 févr. 1864, *Lesbats, Lebon* p. 209, concl. L'HÔPITAL). Le Conseil d'État censurera par la suite les actes pris pour un « objet » ou un « but » étrangers à ceux pour lesquels les pouvoirs sont conférés à l'autorité administrative (v. notamment CE, 26 nov. 1875, *Pariset, Lebon* p. 934 : *GAJA*, n° 4). L'expression de détournement de pouvoir est d'origine doctrinale : elle est attribuée à Aucoc, qui, analysant cette jurisprudence dans laquelle une autorité administrative « use de son pouvoir discrétionnaire pour un cas et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué », parle de « détournement du pouvoir de police » (AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. 1, Paris, Dunod, 1869, p. 398 et 399). L'expression de détournement de pouvoirs fait son apparition dans les tables du recueil *Lebon* dans la livraison de 1875. L'expression, fréquemment utilisée dans les requêtes, est utilisée par le Conseil d'État à partir de 1911 (CE, 10 mars 1911, *Commune de Boujailles, Lebon* p. 289).

³ Guy Isaac note ainsi que le « problème de l'impartialité de la Procédure Administrative Non Contentieuse semble avoir trouvé très – nous dirions presque trop – facilement sa solution ; le contrôle désormais centenaire du détournement de pouvoir n'a-t-il pas pour but, précisément, de sanctionner les décisions administratives "prises en fonction de considérations étrangères à l'intérêt général" ? » (ISAAC, *op. cit.*, p. 420).

« l'un des moyens d'ouverture du recours pour excès de pouvoir [qui] a pour principal objectif la censure des attitudes partiales »¹.

Toutefois, on peut remarquer, avec Guy Isaac, que « détournement de pouvoir et partialité ne se recouvrent pas totalement »². Outre les raisons invoquées par cet auteur, la cause principale est que le détournement de pouvoir est progressivement venu régir exclusivement les « buts » de l'acte³. Or, la partialité de l'administrateur peut rendre l'acte irrégulier quand bien même elle ne rejaillit pas sur le but poursuivi par l'acte. De plus, l'acte par excellence à l'encontre duquel le détournement de pouvoir est invocable est l'acte « simple » – celui qu'Hauriou assimile à la décision exécutoire –, pris par une autorité unipersonnelle, sans procédure. L'arrêté de police en est l'exemple le plus courant. Le détournement de pouvoir est plus rarement décelé dans le chef d'une autorité collégiale dotée d'un pouvoir de décision. Pour ce qui est de la partialité, il impliquerait une véritable collusion des membres de cet organe⁴. De la même manière, lorsqu'un autre organe participe à la procédure d'édition de l'acte, sans être doté du pouvoir de décision finale, le détournement de pouvoir est inopérant, à moins que l'auteur de l'acte final n'ait lui aussi poursuivi le même but.

Ainsi, l'interdiction de la partialité subjective, source d'irrégularité de l'exécution du droit, ne se trouve pas uniquement sanctionnée par la censure des actes entachés de détournement de pouvoir. La sanction de la partialité a très tôt migré vers le contrôle de la

¹ M. DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, préf. L. RICHER, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 186, 1996, p. 223.

² ISAAC, *op. cit.*, p. 421. Les arguments développés par l'auteur sont les suivants : l'Administration peut détourner son pouvoir tout en poursuivant un but ne traduisant aucune partialité de l'administrateur – notamment un autre but d'intérêt général – et, d'autre part, la pluralité de buts poursuivis par un acte ne conduira pas à la censure de ce dernier, s'il ressort que le but régulier a été poursuivi, un autre but « partial » eût-il été poursuivi. Michel Degoffe note également que « le détournement de pouvoir n'épuise pas l'impartialité et ne censure pas que la partialité » (M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA*, 1998, p. 711, spéc. p. 723).

³ On notera toutefois que les premiers cas de censure sur ce fondement font état de « motifs », d'« intérêts » irréguliers (v. notamment CE, 15 déc. 1926, *Sieur Taran, Lebon* p. 1106 : irrégularité des « motifs » de l'acte ; CE, 8 nov. 1932, *Sieur Clapier, Lebon* p. 922 : irrégularité de l'« intérêt » dans lequel est pris l'acte).

⁴ Le détournement de pouvoir par des autorités collégiales a pu être censuré par le juge, dans le cas où le but est étranger au but légal, mais on y décèle rarement un but à proprement parler partial.

légalité externe de l'acte, afin de sanctionner la partialité des participants à l'acte, non dotés d'un pouvoir décisionnel et ne pouvant à ce titre commettre de détournement de pouvoir¹.

À ce stade de la recherche, il est capital de relever deux éléments décisifs. D'une part, cette censure de la partialité est implicite : elle se rattache à une irrégularité dans l'exécution de la loi, non pas à un principe autonome d'impartialité. Ce n'est que rétrospectivement que l'on peut y voir une remise en cause de l'impartialité de l'auteur ou des participants à l'acte administratif, qui est traitée comme une irrégularité non spécifique², parfois constitutive d'une rupture d'égalité³. D'autre part, il est ici question de partialité bien plus que d'impartialité. La partialité subjective est alors fondée sur un manquement à l'impartialité, ce qu'il faut garder à l'esprit, eu égard au flou conceptuel qui a pu entourer les notions d'impartialité objective et d'impartialité subjective, à partir du moment où la Cour européenne des droits de l'homme les a introduites dans sa jurisprudence. L'agent administratif qui a manqué à l'impartialité requise, en manifestant un parti pris, un préjugé, voire un pré-jugement, est susceptible de voir la décision à laquelle il a participé censurée par le juge administratif, sur la base d'une irrégularité des buts ou de la procédure. Il n'en va pas différemment du droit britannique :

¹ V. notamment, en matière de discipline des officiers militaires, qui est a été procéduralisée de bonne heure, la sanction du parti pris de certains participants à la procédure, qui aboutit à ce que le Conseil d'État considère « que, par suite de l'irrégularité ainsi commise, la procédure se trouve viciée » (CE, 20 juin 1913, *Channelière, Lebon* p. 702 ; v. aussi CE, 3 août 1900, *Sieur Bonfaute, Lebon* p. 523). Il en est de même dans le contentieux relatif aux délibérations de conseils municipaux adoptées en présence d'un membre ayant un intérêt à l'affaire : si le Conseil d'État annule les délibérations pour méconnaissance de l'article de la loi municipale posant l'interdiction, il n'en fait pas moins obéir l'irrégularité commise au régime du vice de procédure (v. par exemple CE, 28 avril 1887, *Commune de Châteauneuf-de-Gardagne, Lebon* p. 741).

² Éric Mitard note à ce titre qu' « historiquement, les situations de partialité subjective sont étroitement liées à celles retenues en matière de détournement de pouvoir » (É. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999, p. 478, spéc. p. 480). Cette lecture rétrospective du droit positif permet d'expliquer, même si l'auteur ne l'indique pas explicitement, cette « quasi-absence de référence à cette idée [d'impartialité] dans les textes et l'inconstance du renvoi exprès à une telle obligation dans la jurisprudence » (*ibid.* p. 481).

³ Cela est fréquent en droit des concours. Dans un arrêt du 6 novembre 2000, le Conseil d'État considère que la partialité subjective d'un examinateur – qui « a adopté un comportement révélant un manque d'impartialité » – est constitutive d'une méconnaissance de l'égalité entre les candidats (CE, 6 nov. 2000, *M. Grégory*, n° 289398, *Lebon T.* p. 814).

« La décision prise par un agent dont le parti pris est prouvé peut toujours être annulée »¹. La question ne fait pas de doute². On peut alors faire correspondre la notion britannique d' « *actual bias* » avec celle de partialité subjective : au-delà du fait que cette partialité de l'agent soit prouvée, il s'agit d'abord d'une partialité qui existe, ce que l'adjectif retenu en langue anglaise vient rappeler³. Il apparaît alors que « les cas de partialité subjective sont très rares »⁴.

La partialité subjective porte donc définitivement sur le sujet : le juge doit analyser son état d'esprit afin d'y déceler un manquement à l'impartialité. C'est bien cette difficulté qui a abouti à une garantie plus certaine de l'impartialité de l'Administration.

II. La particularité de la réalité englobée par la notion d'impartialité : le processus de décision interne de chaque agent

« À la base des idées juridiques nous trouvons comme substratum les faits sociaux objectifs et ceux qui se déroulent dans le for intérieur de l'homme ; le droit part toujours de faits concrets, car quelle que soit sa nature, il a toujours pour but de s'appliquer à des faits concrets (...). »⁵ Dans le cadre très général des irrégularités dans l'application du droit, l'observation de la réalité recouverte par la notion d'impartialité, originellement non juridique, conduit à singulariser ce type d'irrégularité (A). Cette précision du régime des règles se rattachant à l'impartialité permet alors l'émergence d'un principe autonome, dans la

¹ DE SMITH, WOOLF & JOWELL, *op. cit.*, p. 525 (« A decision may always be invalidated if actual bias on the part of a decision-maker was proved »). Signe de ce que la question de la partialité subjective de l'administrateur est peu spécifique, ces auteurs s'attardent à peine sur cette question, en renvoyant à quatre arrêts en note de bas de page. Les auteurs d'autres ouvrages de droit administratif britannique ne traitent pas la question, lorsqu'ils examinent le principe d'impartialité (v. par exemple, WADE, *Administrative Law, op. cit.*, p. 473 et s. : CRAIG, *Administrative Law, op. cit.*, p. 411 et s.). Leyland et Anthony, qui consacrent un court paragraphe à cette question l'affirment clairement : « On peut traiter la question de la partialité subjective en très peu de mots » (LEYLAND & ANTHONY, *op. cit.*, p. 416) (« We can deal with the question of actual bias in only a very few words »). De même, certains auteurs relèvent, en droit international, que « la jurisprudence internationale est plutôt clairsemée dans ce domaine [de l'impartialité subjective] » (D. SPIELMANN, « Note sous CEDH, 28 sept. 1995, *Procola c/ Luxembourg* », *RTDH*, 1996, p. 275, spéc. p. 282).

² « Il n'y a pas de doute sur le fait que, lorsque la partialité est démontrée, la procédure est irrégulière » (GALLIGAN, *op. cit.*, p. 442).

³ Hammond définit ainsi la notion d' « *actual bias* » : il « concerne la situation où quelque chose a engendré la partialité, dans le sens où le tribunal a pris en compte autre chose que les qualités de l'affaire » (G. HAMMOND, *Judicial Recusal : Principles, Process and Problems*, Oxford, Hart, 2009, spéc. p. 15).

⁴ *Ibid.*, p. 17. L'auteur ne traite d'ailleurs pas de la partialité subjective, dans son ouvrage consacré à la récusation.

⁵ JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, t. I, *op. cit.*, p. 268.

mesure où la situation initiale semble insatisfaisante, du fait d'un écart trop important entre la norme et la réalité qu'elle vient régir (B).

A. *La spécificité de cette garantie de la régularité de l'application du droit*

Si les manifestations de la partialité de l'Administration sont longtemps traitées comme des irrégularités dans l'application du droit, il n'en reste pas moins qu'elles sont liées à un « segment de la réalité sociale »¹, qui est l'état d'esprit de l'agent habilité pour vouloir au nom de l'Administration. Or, ce segment se singularise à plusieurs titres.

Tout d'abord, la réalité recouverte par la notion d'impartialité concerne en définitive ce qu'on peut appeler le for intérieur de l'individu² : elle se rapporte à la manière dont il orientera sa volonté, à la pureté de son état d'esprit lorsqu'il prend une décision. Cela constitue un processus singulier à de nombreux égards, dans la mesure où l'impartialité se rapporte toujours à un « phénomène "subjectif" »³, qui « relève profondément de la conscience individuelle »⁴, en ce sens qu'elle porte sur le for intérieur du sujet. Il est, par nature, rétif à l'imposition de règles juridiques, comme cela a pu être noté en matière juridictionnelle⁵. Il en résulte que, pour ce qui reste à la discrétion de l'Administration dans l'acte administratif, l'agent est « livré à sa propre conscience »⁶.

¹ L'expression est empruntée, dans un autre contexte, à Olivier Jouanjan (O. JOUANJAN, « Présentation », in F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, trad. O. JOUANJAN, Paris, PUF, « Léviathan », 1996, p. 14).

² Pour certains auteurs, « l'impartialité est une conception essentialiste intimement liée à une philosophie du for intérieur » (H. MOUANNÈS, « L'impartialité juridictionnelle dans le viseur de la QPC », *Constitutions*, 2012, p. 273).

³ N. FRICERO, « Le tribunal de commerce : une juridiction conforme aux exigences constitutionnelles ! », *D.*, 2012, p. 1626.

⁴ A. THEVAND, « La relation entre personne et patrimoine au regard de l'éthique d'impartialité en droit administratif », in F. VIOLET (dir.), *Personne et patrimoine*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 413, spéc. p. 415.

⁵ Ainsi, Alain Sériaux relève que « parce qu'elle est seulement l'expression d'une pensée, d'un savoir, l'activité de *iurisdictio* échappe en soi à toute contrainte externe ou même interne, aussi forte soit-elle. La raison ne peut être enchaînée et, sous cet angle, la liberté de pensée est véritablement irréductible. Le juge peut être brimé dans certains aspects de la liberté d'exprimer sa pensée en conformité avec ce qu'il estime être vrai, mais nul ne pourra jamais lui ôter ce minimum qui consiste à se dire à lui-même ce qui est vrai à ses yeux » (A. SÉRIAUX, « Les enjeux éthiques de l'activité de *iurisdictio* », *Rev. de recherche jur.* 1998, p. 445 ; spéc. p. 451).

⁶ *Ibid.*, p. 452.

Or, l'importance de la personnalité subjective de l'agent a déjà été mise en lumière, dès lors qu'il jouit d'un pouvoir discrétionnaire¹. Dans cette optique, il est important que le décideur soit impartial, c'est-à-dire qu'il conserve son « aptitude à douter »² tout au long du processus de détermination de sa volonté. Les règles découlant d'un principe d'impartialité visent alors à la conservation de cet état d'esprit, éminemment subjectif : « L'impartialité, objectivité dans la subjectivité, est en droit la transposition de l'impératif de "bonne foi philosophique" par laquelle la discussion est admise et l'adhésion à l'argument pertinent par avance concédée dans son principe »³. La partialité de l'administrateur est un obstacle à cet objectif : le parti-pris l'empêche de décider de manière régulière, car les considérations qui ont fondées sa décision sont impropres. De même, la prise de position sur une affaire, préalablement à la décision finale, montre que l'état d'esprit du décideur avait exclu toute possibilité de douter, de se laisser convaincre.

De plus, une autre particularité de la partialité réside dans le fait qu'elle peut être dissimulée à son auteur même. Le processus psychologique de décision interne est éminemment complexe. Le juriste peut se saisir de cette complexité pour déterminer quelles règles sont propres à en garantir la pureté. Or, la partialité peut être imperceptible, même pour l'agent chargé de prendre une décision. D'Aguesseau mettait déjà en garde les magistrats contre cette « prévention presque imperceptible qui se cache au fond de notre cœur, et qui aveugle notre esprit avant même qu'il ait eu le loisir de penser à s'en défendre »⁴, prévention dont la « trahison la plus ordinaire est de se cacher elles-mêmes »⁵.

Enfin, si la partialité peut se dissimuler au sujet même, elle peut également être volontairement dissimulée aux destinataires des décisions. Comme le note Marie-Anne Frison-Roche, « la difficulté juridique réside alors dans l'hypothèse de l'attitude sophistique

¹ V. notamment Michoud : « En fait, la personnalité subjective du juge ou de l'administrateur, sa tournure d'esprit, ses tendances politiques et sociales, la subtilité plus ou moins grande de son intelligence, l'étendue de sa culture influenceront consciemment ou inconsciemment sur sa décision : tel administrateur tranchera la question autrement que tel autre et, si elle est ensuite soumise à un juge, celui-ci la tranchera encore d'une manière différente, sans qu'à aucun d'eux on puisse reprocher une faute » (Michoud, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, p. 429 ; p. 436).

² C'est ainsi que Jean-François Cesaro qualifie la fonction de la notion d'impartialité : « C'est la notion d'impartialité qui, aujourd'hui, permet de fédérer les règles visant à préserver l'aptitude au doute » (J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, préf. B. TEYSSIÉ, Paris, Éd. Panthéon-Assas, « Droit privé », 2003, p. 43).

³ M.-A. FRISON-ROCHE, « 2 + 1 = la procédure », in W. BARANÈS & M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La justice : l'obligation impossible*, Paris, Éd. Autrement, « Série Morales », vol. 16, 1994, p. 193, spéc. p. 203).

⁴ D'AGUESSEAU, « III^e Mercuriale, "La grandeur d'âme", prononcée à la Saint-Martin 1699 », in *Discours de M. le Chancelier d'Aguesseau*, t. I, Paris, Brunot-Labbe, 1810, p. 205, spéc. p. 220.

⁵ D'AGUESSEAU, « XVII^e Mercuriale... », *art. préc.*, p. 388.

du juge, celui qui feint d'écouter et de considérer les arguments mais qui, dans son for intérieur, interdit à ceux-ci toute puissance d'influer sur l'issue du litige »¹. Déceler la partialité de l'administrateur est alors particulièrement difficile, sauf dans les cas où celui-ci serait très imprudent et se laisserait aller à expliciter des considérations empreintes de partialité². D'autres éléments s'opposent également à un contrôle de l'état d'esprit du décideur par le destinataire de la décision, dont il pourrait en tirer un argument contentieux afin de remettre en cause la décision. Il s'agit notamment du fait que la totalité du processus décisionnel, quand bien même il serait formalisé, ne peut être connu du destinataire, notamment à cause du secret du délibéré³.

B. *L'insatisfaisante interdiction de la partialité subjective*

Les particularités de la réalité recouverte par la notion d'impartialité conduit à rendre insatisfaisant le traitement initial de la partialité subjective, considérée comme une irrégularité classique dans l'application du droit.

Le principal problème posé par l'examen de l'impartialité des participants à un acte administratif est, logiquement, un problème de preuves. En effet, « les manquements à la règle d'impartialité sont naturellement difficile à établir »⁴. Sanctionner un acte administratif en raison de la partialité d'un agent ayant participé à son édicton suppose que la partialité de cet agent soit alléguée et prouvée. Or, en matière d'impartialité, cette preuve est particulièrement difficile à apporter pour le requérant. En effet, rechercher la partialité subjective revient à « enquêter sur l'état mental »⁵, de « procéder à cette analyse de la

¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.* 1999, p. 53.

² Certains auteurs relèvent ainsi cette particularité : « Sauf dans les hypothèses rares et particulièrement univoques où le requérant pourra apporter la preuve de la partialité du juge, une telle appréciation est pratiquement impossible. La Cour européenne a ainsi été amenée à développer une approche de la partialité qui se prête à une vérification rationnelle » (F. TULKENS & J. LOTARSKI, « Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mél. J. van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 731, spéc. p. 751)

³ Françoise Tulkens et Jaroslaw Lotarski notent ainsi que « le délibéré des juridictions est généralement secret et il n'existe donc pas de preuves portant sur son déroulement » (*ibid.*, p. 743).

⁴ B. LASSERRE & J.-M. DELARUE, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, 1983, p. 527, spéc. p. 534.

⁵ DE SMITH *et al.*, *op. cit.*, p. 526 (« to enquire into the mental state »). Certains auteurs français relèvent également cette particularité probatoire de la partialité subjective, en ce qui concerne le juge : « Il n'est pas facile d'apporter la preuve de la partialité subjective d'un juge, car c'est sonder les cœurs et les reins » (L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, « Thémis », 2013, 2^e éd., p. 603).

conscience et du subconscient »¹ du décideur, ce qui est en pratique difficile, si ce n'est impossible. On peut alors considérer que l'impartialité réelle d'un agent est « invérifiable »².

La difficulté de la preuve a maintes fois été soulignée dans l'établissement du détournement de pouvoir³, en droit français. La principale raison en est que ce moyen présente un caractère essentiellement subjectif, car il concerne le for intérieur de l'autorité administrative. Un auteur a ainsi pu relever que « le détournement de pouvoir est saisissable par la connaissance des intentions de l'autorité qui le commet », pour en déduire que « le point central de la théorie générale de ce cas d'ouverture est finalement la question de la preuve »⁴. Cette difficulté de la preuve vient *in fine* de ce que le détournement de pouvoir « se situe non pas dans le domaine concret des faits, mais dans celui très abstrait des mobiles, des intentions, des buts »⁵, ce qui implique « une recherche d'intentions, exercice psychologique délicat, auquel le juge administratif ne se livre pas volontiers »⁶. Si ces considérations semblent spécifiques à l'établissement du détournement de pouvoir, elles n'en concernent pas moins le même segment de la réalité que celui recouvert par la notion d'impartialité : le for intérieur de l'individu et la difficulté à connaître la manière dont ce dernier a déterminé sa volonté. Le fait que ces considérations soient exposées en matière de détournement de pouvoir provient de ce que la partialité subjective ne fait l'objet d'aucune appréhension

¹ G. BRAIBANT, « Concl. sur CE Sect., 9 nov. 1966, *Commune de Clohars-Carnoët* », *D.*, 1967, III, p. 92, spéc. p. 93.

² A. THEVAND, *art. préc.*, p. 415.

³ Michoud relevait déjà que l'examen de la légalité du but par le juge est « particulièrement délicat » (MICHOD, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire... », *art. préc.*, p. 31). Examinant les différents types de détournements de pouvoir, Michoud analyse ceux qui résultent de la partialité de l'auteur de l'acte (ceux qui résultent d'une « animosité personnelle, soit d'origine privée, soit même d'origine politique ») et note leur singularité en matière probatoire : ce cas est « celui que le Conseil d'État a le plus rarement l'occasion de réprimer, non pas malheureusement que les faits de ce genre soient rares, mais parce que leur preuve nécessiterait le plus souvent la recherche du mobile intime qui a dirigé l'agent » (*ibid.*, pp. 33-34).

⁴ R. VIDAL, « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », *RDP*, 1952, p. 275, spéc. p. 292.

⁵ J. LEMASURIER, « La preuve dans le détournement de pouvoir », *RDP*, 1959, p. 36, spéc. p. 39. Le même auteur note que le grief de détournement de pouvoir est « un recours essentiellement subjectif dans son principe », car « ce qu'il faudra prouver ce n'est pas un élément concret, mais un élément intellectuel, psychologique, une intention... un sentiment même » (*ibid.*, p. 42). Chapus considère de la même manière que « le but est une donnée subjective, d'ordre psychologique : apprécier le but en vue duquel l'autorité administrative a agi, c'est rechercher ce qu'ont été ses mobiles, son intention ou, si on peut dire, ce qu'elle avait en tête » (CHAPUS, *op. cit.*, p. 1048).

⁶ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, préf. J. BOULOIS, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 125, 1977, p. 92.

spécifique, en droit français¹. Ce problème est toutefois noté, au détour des arrêts prononçant l'annulation de certains actes pour méconnaissance du principe d'impartialité².

À l'inverse, dans les systèmes juridiques connaissant un principe autonome d'impartialité relativement ancien, la difficulté dans l'établissement de la partialité subjective est maintes fois soulignée. La Cour suprême des États-Unis formule ainsi ce problème : « Les difficultés à rechercher la partialité subjective et le fait que cette recherche est souvent personnelle, met simplement en évidence le besoin de règles objectives »³. Le juge suprême canadien le formule de manière encore plus explicite : « Vu l'impossibilité de déterminer exactement l'état d'esprit d'une personne qui a rendu une décision d'une commission administrative, l'apparence d'impartialité constitue un élément essentiel de l'équité procédurale »⁴. Les juges sont, en cela, souvent relayés par la doctrine : « Le préjugé lié à la préférence personnelle, qui constitue souvent la partialité, peut facilement être dissimulé et rester en dehors de tout contrôle. Pour cette raison, l'objectif des règles applicables en la matière est souvent de prêter l'attention et d'agir sur les indices de partialité plutôt que d'exiger des preuves de partialité réelle »⁵.

De plus, la censure d'un acte entaché de partialité subjective, notamment au moyen du détournement de pouvoir, est une condamnation forte de l'Administration ce qui peut expliquer la réticence du juge à retenir ce moyen, faute de preuve catégorique. C'est ainsi que le déclin relatif du détournement de pouvoir peut s'expliquer par la répugnance du juge à

¹ Il faut toutefois relever que le problème de la partialité subjective est abordé dès lors qu'il est question du juge. Ainsi, le problème probatoire de la partialité est relevé de bonne heure par Génissieu, pour justifier le caractère péremptoire que devrait revêtir la récusation des juges en matière civile : « Il existe souvent dans l'esprit ou dans le cœur d'un juge des interdits, des passions, des préventions, que les citoyens ne pourraient jamais prouver, et dont ils ne pourraient se garantir (...). Tant que cet état de choses subsistera ; tant qu'une loi ne permettra pas, même dans les affaires civiles, de récuser sans expression de motifs, et récuser péremptoirement au moins un des juges, nous aurons toujours à craindre, et trop souvent à éprouver, la partialité dans les jugements » (GÉNISSIEU, in *La Gazette nationale ou Le Moniteur universel*, an IV, 1^{er} semestre, 23 sept 1795-20 mars 1796, n° 27, septidi, 27 vendémiaire an IV, pp. 107-108).

² Marcel Waline note la difficulté à censurer, *a posteriori*, la partialité des agents et reconnaît que l'arrêt commenté ne peut permettre une censure des cas de partialité que « lorsqu'ils ont la maladresse de se manifester », ce qui dénote les insuffisances de l'approche purement subjective (M. WALINE, « Note sous CE Sect., 9 nov. 1966, *Commune de Clohars-Carnoët* », *RDP*, 1967, p. 334, spéc. p. 337).

³ SCOTUS, 8 juin 2009, *Hugh M. Caperton et al. v. A. T. Massey Coal Company Inc. et al.*, n° 08-22, [2009] 556 US 868).

⁴ *Newfoundland Telephone Co. c/ Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 RCS 623.

⁵ D. J. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures : A Study of Administrative Procedures*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 442) (« The prejudice of personal preference which often constitutes bias can easily be concealed from outside scrutiny. For that reason, the object in legal contexts is often to watch for and act on the signs of partiality rather than insist on proof of actual partiality »).

« utiliser une expression aussi brutale que celle de détournement de pouvoir »¹. Condamnation brutale dont il est normal que le requérant apporte la preuve suffisante, de nature à qualifier un détournement, au sens propre. Ce déclin s'explique aussi largement par l'approfondissement des autres cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, permettant au juge de censurer l'action administrative sur un terrain plus objectif de la légalité interne².

Enfin, l'interdiction de la partialité subjective telle qu'exposée ici n'intervient qu'*a posteriori*, une fois qu'elle est manifestée et prouvée, ce qui ne laisse aucune place pour une garantie *a priori* de l'impartialité de l'Administration. Isaac relevait déjà cette inadaptation de cette interdiction, dès lors que l'acte administratif est procéduralisé : « En d'autres termes, la partialité est condamnée *a posteriori* quand il est évident qu'elle est établie dans la décision (...), elle n'est pas exclue, par cela du déroulement même de la procédure »³.

Il en résulte qu'à partir du moment où, dans une vision dynamique de l'acte administratif, l'impartialité de l'Administration devient un enjeu en tant que telle, sa garantie ne peut que difficilement reposer sur une interdiction de la partialité subjective. En effet, la sanction de la partialité subjective suppose qu'elle soit prouvée, ce qui est extrêmement difficile. Sans preuves de nature à emporter la conviction du juge, un acte administratif ne pourra pas être annulé en raison du manque d'impartialité de son auteur. Cet état du droit est de nature à faire naître des craintes chez les administrés quant à l'impartialité réelle ou supposée de l'Administration, qui peut difficilement être sanctionnée. Ces craintes appellent ainsi un traitement juridique particulier, qui conduit à l'autonomisation du principe d'impartialité. Cette autonomie émerge des spécificités de la réalité recouverte par la notion d'impartialité, ce qui rappelle que « [I]es concepts juridiques ne sont pas des fictions mais reposent sur le terrain solide du monde réel, du monde des normes juridiques »⁴.

¹ L.-V. FERNANDEZ-MAUBLANC, « Le prétendu déclin du détournement de pouvoir », in *Mél. J.-M. Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 239, spéc. p. 240. D'autres auteurs notent également, en ce qui concerne le juge, que « le reproche de partialité subjective adressé à un magistrat n'est pas sans gravité » (J. VELU & R. ERGEC, « Convention européenne des droits de l'homme », in *Répertoire pratique de droit belge*, t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, complément, n° 543). Pour Chapus, alors que l'irrégularité quant au but pourrait être considérée comme une erreur de droit, l'utilisation du détournement de pouvoir comme fondement de l'annulation de l'acte permet à cette dernière de revêtir « le caractère d'une condamnation morale de l'administration » (CHAPUS, *op. cit.*, p. 1049). Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit relèvent pour leur part la « portée symbolique » de la reconnaissance du détournement de pouvoir (P.-L. FRIER & J. PETIT, *Droit administratif*, Paris, *op. cit.*, p. 556).

² V. à ce propos l'analyse de Georges Vedel, qui explique ainsi le relatif déclin de ce moyen, qui conserve toutefois un caractère « irremplaçable » (VEDEL, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 551-552).

³ ISAAC, *op. cit.*, p. 422. On émettra une légère réserve quant à cette assertion, dans la mesure où la partialité avérée au cours d'une procédure administrative peut donner lieu à l'annulation de l'acte, à raison de son irrégularité procédurale. L'argument conserve sa portée en ce que la partialité de l'agent doit être établie.

⁴ JELLINEK, *op. cit.*, t. I, p. 269.

Section 2 : L'autonomisation du principe par son régime

La seule interdiction de la partialité subjective, difficilement censurée par le juge de l'Administration, fait naître une tension entre la factualité et l'efficacité de l'impératif juridique. L'approfondissement de la garantie de l'impartialité de l'Administration, rendu ainsi nécessaire, conduit à l'autonomisation complète du principe, en ce qu'il obéit à un régime juridique particulier. Ce changement s'opère concrètement par l'appréciation objective de l'impartialité de l'Administration, qui en permet véritablement la garantie (I). Ce changement d'optique aboutit à des conséquences importantes en matière de contestation contentieuse de l'impartialité de l'Administration (II).

I. L'appréciation et la garantie objective de l'impartialité

Parce que le système juridique se satisfait difficilement de la simple interdiction de la partialité subjective, pour les raisons évoquées, le droit administratif évolue dans une certaine mesure vers la garantie objective de l'impartialité de l'Administration. Celle-ci se base sur un fondement particulier (A) et fait l'objet d'un traitement juridique spécifique (B).

A. Le fondement du principe autonome d'impartialité : la confiance envers l'Administration

L'interdiction de la partialité subjective découlant du principe de régularité dans l'application du droit permet la censure de la partialité manifestée par l'agent ayant participé à l'acte administratif. Toutefois, eu égard à la spécificité de la notion d'impartialité, cette interdiction est insatisfaisante, pour plusieurs raisons, déjà exposées. Or, cette insuffisance des règles découlant de la notion d'impartialité ont pour effet de remettre en cause la confiance nécessaire entre l'Administration et les administrés. Pourtant, « il ne faut pas que cette confiance de l'administré soit déçue »¹. En effet, la difficulté pour l'administré de connaître l'impartialité subjective, réelle, de l'Administration, conduit les destinataires de l'acte à nourrir des craintes quant à celle-ci.

¹ HAURIOU, *La gestion administrative : Étude théorique de droit administratif*, Paris, Larose, 1899, p. 12.

La nécessité de sauvegarder ce lien de confiance entre les citoyens et les institutions, si elle a une forte teneur sociologique, est le fondement principal d'un changement d'optique dans l'appréhension des règles découlant de la notion d'impartialité¹. Cette confiance est, en dernière analyse, la croyance que les institutions pourront « honorer concrètement les valeurs et les idées normatives censées les fonder et guider leurs pratiques »² ; sa nécessité se fait plus grande, à mesure que les rapports sociaux se complexifient³. On peut voir dans cette nécessité le fondement d'autres règles juridiques⁴. Cela apparaît clairement dans l'ordre juridique britannique. Plaidant pour une approche allant au-delà de l'examen de l'attitude subjective de l'agent, le juge Lush affirmait, dès 1877, que « l'important, en tout état de cause, c'est d'effacer tout ce qui pourrait engendrer la suspicion et la méfiance envers le tribunal, et ainsi de promouvoir le sentiment de confiance dans l'administration de la justice, qui est si essentiel à l'ordre social et à la sécurité »⁵. C'est, *in fine*, l'autorité de l'Administration qui est remise en question si son impartialité est sujette à caution⁶. L'impartialité réelle d'un individu

¹ Galligan fait de cette confiance dans le système administratif une composante autonome de l'intérêt public, qui fonde les règles découlant de l'approche objective de l'impartialité : « La confiance du public dans la rectitude des procédures législatives et administratives doit être maintenue. La confiance dans le système devrait donc à raison être considérée comme un élément à part de l'intérêt public, c'est-à-dire séparé de la question du lien entre partialité et iniquité » (D. J. GALLIGAN, *op. cit.*, p. 446) (« The confidence of the public in the propriety of legal and administrative processes should be maintained. Confidence in the system might to some degree rightly be considered as a separate element of public interest, separate, that is, from questions about the link between bias and unfairness »). Pour d'autres auteurs, la confiance du public est une « exigence » permettant d'expliquer l'approche objective de l'impartialité des agents (DE SMITH *et al.*, *op. cit.*, p. 521). V. encore l'étude de G. Smith, pour qui l'appréhension objective de l'impartialité est justifiée par la nécessité de ne pas discréditer la confiance envers l'institution judiciaire (G. SMITH, « Judicial Disqualification in America », *International Journal of Procedural Law*, 2012, p. 297, spéc. p. 300).

² C'est ainsi que Louis Queré la définit, *a contrario*, en s'intéressant plutôt à la défiance envers les institutions, qui, selon lui, conduit à ce que les institutions « perdent alors leur pouvoir de susciter la conformité à l'ordre qu'elles prescrivent et d'informer les conduites », ce qui aboutit à un potentiel délitement de la communauté politique (L. QUÉRÉ, « Les "dispositifs de confiance" dans l'espace public », *Réseaux*, 2005, n° 132, p. 240). Pour une approche économique de la confiance, v. Kenneth Arrow, qui la qualifie de « "lubrifiant" important du système social », la range dans la catégorie des « institutions invisibles » (K. ARROW, *Les limites de l'organisation*, Paris, PUF, « Sup », 1976, p. 23 et p. 28).

³ v. à ce sujet N. LUHMANN, *La confiance : Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, trad. S. BOUCHARD, Paris, Economica, « Études sociologiques », 2006. Luhmann définit la confiance comme « le fait de se fier à ses propres attentes » (*ibid.*, p. 1).

⁴ Notamment, selon Kant, la notion de publicité et les règles qui en découlent (v. KANT, *Vers la paix perpétuelle*, trad. J.-F. POIRIER & F. PROUST, Paris, Flammarion, « GF », 1991, p. 124 et s.). Pour Benjamin Constant, « on ne conjure point les dangers, en les déroband aux regards » : le secret, le manque de publicité fait peser sur les organes de la nation « l'apparence de la connivence, de la faiblesse ou de la complicité » (CONSTANT, *De la responsabilité des Ministres*, Paris, Nicolle, 1815, p. 53).

⁵ *Serjeant v. Dale* [1877] 2 QB 558, 567 (« One important object, at all events, is to clear away everything which might engender suspicion and distrust of the tribunal, and so to promote the feeling of confidence in the administration of justice which is so essential to social order and security »).

⁶ Pour Béquét, cela tient de l'évidence, dans certains cas : « il est évident qu'on ne saurait demander à un préfet de se prononcer sur la légalité d'un acte émané de lui. Son appréciation manquerait à la fois d'impartialité et d'autorité » (L. BÉQUET, *Répertoire du droit administratif*, Paris, Dupont, t. X, 1892, p. 82).

étant difficilement connaissable, elle peut faire naître des craintes dans le chef des destinataires de l'acte, craintes qui remettent en cause la confiance nécessaire entre les citoyens et leurs institutions¹. « Il est des circonstances où la confiance des citoyens vacillerait inévitablement, si la décision était autorisée à rester en vigueur. »² Il est dès lors nécessaire de dépasser le stade de l'appréciation de l'impartialité subjective, pour adopter une démarche objective : les règles découlant du principe d'impartialité vont provoquer une réaction juridique détachée de l'impartialité réelle de l'agent. En effet, « qu'il y ait partialité subjective ou non », l'absence de sanction de certains « signes de partialité » « jette le discrédit sur le système »³. Quand bien même l'agent serait, en réalité, parfaitement impartial, sa décision pourra être contraire au principe d'impartialité, en vertu de cette approche objective fondée sur la confiance du public envers les institutions.

Même s'il [le juge] était aussi impartial qu'il est possible de l'être, si néanmoins des personnes sensées peuvent penser que, dans ces circonstances, il y avait une réelle probabilité de partialité de sa part, alors il ne devrait pas siéger. Et s'il siège, sa décision ne peut être maintenue (...). La raison assez évidente : la justice doit s'enraciner dans la confiance, et la confiance est minée si une personne sensée s'en va en pensant : « le juge était partial ».⁴

Le fondement de l'appréciation objective de l'impartialité des individus réside dès lors dans la confiance nécessaire entre les citoyens et les institutions publiques. Cette conception est partagée par la Cour européenne des droits de l'homme qui, à partir de 1982, justifie de cette manière sa démarche consistant à apprécier objectivement l'impartialité du juge : « On ne saurait (...) se borner à une appréciation purement subjective (...). Il y va de la confiance que les tribunaux se doivent d'inspirer aux justiciables dans une société démocratique »⁵.

¹ Pour Bertil Wennergren, c'est bien le problème de la connaissance de l'impartialité réelle d'un individu qui, parce qu'il peut nuire à la confiance nécessaire, justifie une appréhension objective de l'impartialité : « Nul ne sait avec certitude s'il [le fonctionnaire] ne sera pas pleinement objectif, voire s'il n'ira pas jusqu'à "se couper en quatre" pour rester loyal, malgré ses propres intérêts. Aussi la loi préfère-t-elle tout simplement ne courir aucun risque et prévoit-elle qu'un décideur *susceptible* de suspicion ne sera pas mêlé à une affaire aux fins de réduire les risques d'injustice et d'accroître la confiance du public dans les processus de décision » (B. WENNERGREN, *op. cit.*, p. 22).

² DE SMITH, *et al.*, *op. cit.*, p. 525 (« There are some circumstances where public confidence would inevitably be shaken if the decision were allowed to stand »).

³ GALLIGAN, *op. cit.*, p. 442 (« allowing the signs of partiality to pass without sanction (...) whether or not there is actual bias, might bring the system into disrepute »).

⁴ Tels sont les propos tenus par Lord Denning, dans un arrêt de 1969 : *Metropolitan Properties (F.G.C.) Ltd. v. Lannon* [1969] 1 QB 577 (« Even if he was impartial as could be, nevertheless if right-minded persons would think that, in the circumstances, there was a real likelihood of bias on his part, then he should not sit. And if he does sit, his decision cannot stand (...). The reason is plain enough, justice must be rooted in confidence, and confidence is destroyed when right-minded people go away thinking: "The judge was biased" »).

⁵ CEDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack c/ Belgique*, n° 8692/79, *Rec.*, série A, n° 53, § 30 : *JDI*, 1985, p. 210, obs. TAVERNIER.

C'est alors de la confiance nécessaire entre les citoyens et les institutions que découlent les règles venant garantir l'impartialité des agents¹.

Si la plupart des développements juridiques et doctrinaux fondant une approche objective de l'impartialité des agents publics concernent historiquement les agents exerçant une fonction juridictionnelle, il n'en va pas différemment des agents administratifs. La confiance qui doit environner la poursuite de la fonction administrative est de même nature que celle que doivent inspirer les juges. Ainsi Berlier fondait-il, en 1810, le délit d'ingérence – devenu le délit de prise illégale d'intérêts – dans la confiance que l'Administration doit inspirer aux citoyens : « La considération qui environne les fonctionnaires naît principalement de la confiance qu'ils inspirent et tout ce qui peut altérer cette confiance ou dégrader leur caractère doit leur être interdit »². Gérando insistait également sur cette confiance nécessaire entre l'Administration et les administrés³ ; des études récentes sont venues rappeler que « l'administration ne vit que par la confiance »⁴.

Or, si l'impartialité trouve son fondement dans la confiance entre l'Administration et les administrés, il apparaît que l'approche purement subjective fait preuve d'insuffisances : entre la sanction de la partialité avérée et l'accomplissement serein de la fonction administrative, dans un climat permettant de sauvegarder la confiance des administrés, la distance est trop importante. Dans cet espace peut se développer une défiance des citoyens à l'égard de l'Administration, qui peut difficilement rester sans réponse. En effet, la simple sanction de la partialité subjective laisse une place importante au « poison du soupçon »⁵,

¹ « Une justice démocratique peut-elle s'accommoder du soupçon de partialité ? Que celui-ci rôde dans le Palais, et c'est un pan entier de l'édifice patiemment construit qui risque de s'effondrer. Que le citoyen perde confiance en son juge, et c'est la légitimité même de ce dernier qui est alors remise en cause » (J. FRANCILLON, « Préface », in S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, LGDJ, « Bibl. de sciences criminelles », 1998).

² BERLIER, « Exposé des motifs du Code pénal, séance du 6 février 1810 », in L. RONDONNEAU, *Corps de Droit français, civil, commercial et criminel*, Paris, Garnery, 1811, p. 512, spéc. p. 516.

³ « D'ailleurs, le succès d'une mesure administrative n'est jamais véritablement complet que par la conviction et la confiance » (GÉRANDO, « Leçon... », *art. préc.*, p. 70).

⁴ C. VIGOUROUX, *Déontologie des fonctions publiques*, Paris, Dalloz, « Référence », 2012, 2^e éd., p. 33. Cette notion de confiance est également retenue comme le fondement de la lutte contre les conflits d'intérêts, selon la Commission dite Sauvé : « La confiance du citoyen dans l'État est au fondement du contrat social et de la démocratie, en ce qu'elle est au cœur de la relation entre souveraineté populaire et représentation » (Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, Paris, La Documentation française, « Rapports officiels », 2011, p. 10).

⁵ S. RABILLER, « Regards sur la nouvelle stratégie de prévention des conflits d'intérêts au sein des autorités administratives indépendantes », in *Mél. P. Bon*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2014, p. 1085.

néfaste à l'intérêt public. Car ce soupçon envers l'Administration est « déjà de trop »¹. L'ensemble des rapports visant à remédier à la dégradation de la confiance entre les citoyens et les gouvernants, qui ont fleuri dans la période contemporaine, soulignent la place fondamentale que cette dernière occupe dans un régime démocratique. C'est pour la sauvegarder et la restaurer que le principe d'impartialité connaît une « montée en puissance »².

On comprend dès lors l'importance donnée aux apparences, en matière d'impartialité : ne pouvant être connue avec certitude, l'impartialité d'un individu doit faire l'objet d'une appréhension objective, afin de sauvegarder la confiance nécessaire entre les citoyens et les institutions, dans une société démocratique.

B. *Le traitement juridique particulier au moyen de la notion de doute :
l'impartialité apparente*

L'appréhension objective de l'impartialité des agents participant à l'acte administratif permet l'émergence d'un principe juridique autonome d'impartialité. Dans sa dimension purement subjective, la partialité des agents peut être traitée comme une irrégularité dans l'application du droit, découlant de l'égalité devant la loi, dont le rattachement au principe d'impartialité est rendu possible par une lecture rétrospective de la jurisprudence. Tel n'est plus le cas à partir du moment où l'approche objective est consacrée, dans la mesure où le fonctionnement du principe d'impartialité se détache de l'irrégularité classique.

En effet, l'appréhension objective de l'impartialité d'un individu – rendue nécessaire en ce qu'elle ne peut être connue avec certitude et que son établissement par la preuve d'un manquement à l'impartialité fait naître des craintes dans le chef des administrés – se trouve disjointe de l'impartialité réelle de celui-ci : un acte administratif peut être annulé pour méconnaissance du principe d'impartialité quand bien même les agents ayant participé à son édicton auraient conservé une parfaite impartialité tout au long de la procédure aboutissant à

¹ C'est pour atténuer ce soupçon que la Chambre des députés a adopté, en 1919, une disposition complémentaire au délit d'ingérence, venant réglementer ce qui est couramment appelé le pantouflage : « C'est déjà trop que d'honorables fonctionnaires, que des hommes d'élite courent le risque d'être soupçonnés d'une complaisance intéressée (...) C'est déjà trop de les exposer à ce soupçon, et de permettre le conflit entre leur devoir et leur intérêt » (Chambre des députés, *Projets de lois, propositions, rapports*, etc., n° 5718, 1919, p. 3 et 5).

² V. *infra*, cette partie, titre second, chapitre II.

l'acte¹. Ce qu'il importe de sauvegarder, dès lors, ce n'est non pas la rationalité de la décision administrative², qui serait atteinte par un manquement à l'impartialité de la part d'un agent ayant participé à l'acte, mais l'apparence de l'impartialité de l'Administration, afin de ne pas remettre en question la confiance envers l'Administration³. Ainsi peut se comprendre l'affirmation de Lord Hewart, dont la postérité fut si riche, selon laquelle « il n'est pas seulement important, mais il est d'une importance primordiale, que la justice soit non seulement rendue, mais qu'il apparaisse qu'elle est manifestement et indubitablement rendue »⁴.

Ainsi, on peut soutenir que toute appréhension objective de l'impartialité se rattache aux apparences, de nature à protéger la confiance du public envers les institutions. Écarter une personne d'un processus décisionnel, « fût-elle bien intentionnée »⁵, en raison des craintes nourries quant à son impartialité tend à protéger l'apparence d'impartialité nécessaire de ce processus. C'est ainsi que la notion d'impartialité objective trouve son équivalent en langue anglaise dans la notion d' « *apparent bias* »⁶. Si la question de la place donnée aux apparences a fait l'objet de nombreuses critiques, notamment à l'occasion de condamnations

¹ Cette idée est parfaitement illustrée par les propos de Lord Campbell, dans un arrêt de 1852 : s'interrogeant sur l'impartialité d'un juge ayant un intérêt financier à l'affaire en cause devant lui, il affirme que « personne ne peut supposer que Lord Cottenham pouvait être influencé, même légèrement, par l'intérêt qu'il avait dans le litige ; mais il est de la première importance que la maxime selon laquelle aucun homme ne doit être juge de sa propre cause soit considérée comme sacrée » (*Dimes v. Grand Junction Canal* [1852] 3 HLC 759 ; trad. G. TIXIER, *Le contrôle judiciaire de l'Administration anglaise*, préf. M. WALINE, Paris, Dalloz, 1954, p. 128). Il est alors important pour les juges « d'éviter de paraître comme étant influencés » par cet intérêt (« to avoid the appearance of labouring under such an influence »).

² Les auteurs du *Judicial Review of Administrative Action* parlent à ce titre de « l'influence déformante d'un parti pris avéré » (DE SMITH, *et al.*, *op. cit.*, p. 521) (« the distorting influence of actual bias »).

³ Cela est clairement exprimé par Lord Hewart : lorsque le tribunal examine si un agent ayant participé à une décision était objectivement impartial, « la réponse à cette question ne dépend pas de ce qui a réellement été fait, mais de ce qui paraît avoir été fait. Rien ne doit être fait qui crée ne serait-ce qu'un soupçon d'interférence dans l'administration de la justice » (*R. v. Sussex Justices ex. p. McCarthy* [1924] 1 KB 256) (« The answer to that question depends not upon what actually was done but upon what might appear to be done. Nothing is to be done which creates even a suspicion that there has been an improper interference with the course of justice »).

⁴ *Ibid.*, p. 259 (« It is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done »). On retrouve la même assertion dans les propos de Batbie, à propos du fonctionnement du Tribunal des conflits : « Il faut que la justice soit aussi apparente que réelle » (propos rapportés dans J. DELARBRE, *Organisation du Conseil d'État*, Paris, Marescq & Challamel, 1872, p. 86).

⁵ *Cooper v. Wilson* [1937] 2 KB 309, 348 (« However well intentioned »).

⁶ La dichotomie entre « *actual bias* » et « *apparent bias* » est en effet la *summa divisio* retenue par l'immense majorité des études en langue anglaise. Hammond définit ainsi l' « *apparent bias* » : il « concerne la situation sans laquelle il semble qu'il y a pu avoir partialité (...), même s'il n'y en avait pas » (HAMMOND, *op. cit.*, spéc. p. 15). Cet auteur lie lui-même cette dichotomie à celle, mieux connue, d'appréciation subjective d'une part, objective d'autre part (*ibid.*, p. 17).

sur ce fondement par la Cour de Strasbourg¹, il n'en demeure pas moins que, même si la place des apparences reste réduite, ces dernières sont à la base de toute appréhension objective de l'impartialité des individus participant à l'acte. En effet, en matière d'impartialité objective, et conformément à la théorie traditionnelle des apparences, « la seule apparence suffit à produire les effets »². Cet approfondissement de l'exigence d'impartialité entraîne un changement profond, en *common law* comme dans tout autre ordre juridique : « La jurisprudence ne s'est toutefois pas contentée d'exiger qu'un tribunal n'ait pas de préjugé, elle a surtout exigé qu'il ne soit pas placé dans certaines situations qui donneraient lieu de croire ou de craindre qu'il en ait. Cette exigence vise à projeter une image de la justice qui soit le plus inattaquable possible ; la *common law* combat les apparences même de l'injustice »³.

Pour provoquer une telle réaction du principe d'impartialité, la notion de doute devient centrale : c'est autour d'elle que le principe d'impartialité – dans sa dimension objective – va se cristalliser. Parce qu'il est difficile de connaître l'état d'esprit du décideur, le doute quant à son impartialité va progressivement suffire à déclencher la réaction juridique des règles attachée au principe d'impartialité. Le doute devient alors la notion juridique permettant d'apporter une réponse aux craintes que pourraient nourrir les administrés quant à l'impartialité des administrateurs. Si cette notion n'a pas été introduite dès l'origine de l'appréhension objective de l'impartialité de l'Administration, elle est désormais stabilisée en jurisprudence comme en législation. À ce titre, la jurisprudence de la Cour européenne des

¹ C'est bien la question du degré de l'importance donnée aux apparences – et non de principe – qui est à la base de la critique virulente de Paul Martens quant à l'orientation de la Cour en matière d'impartialité objective : l'auteur s'élève contre l'idée que « pour apprécier l'impartialité objective d'un tribunal, il faut épouser jusqu'au bout la subjectivité de celui qui en doute » (P. MARTENS, « La tyrannie des apparences », *RTDH*, 1996, p. 640). De la même manière, c'est bien la « conception extrême de la théorie de l'apparence retenue par la Cour européenne » que critique Daniel Chabanol, dans un commentaire non moins virulent de l'arrêt *Kress c/ France* (D. CHABANOL, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? », *AJDA*, 2002, p. 9).

² CORNU, « Apparence », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, « Quadrige », 2011, 9^e éd., p. 70. Le lien entre impartialité objective et apparences est également établi par un auteur ayant étudié l'apparence en droit administratif (J.-P. WEISS, *L'apparence en droit administratif français*, thèse dactyl., Paris II, 2009, p. 367 et s.).

³ P. GARANT, « Les exigences d'impartialité quasi-judiciaire », *Les Cahiers de droit*, 1977, p. 585, spéc. p. 586.

droits de l'homme a largement contribué à cette stabilisation¹. Toutefois, cette notion est présente de manière implicite, préalablement à l'opposabilité de l'article 6, §1 de la Convention à certains actes administratifs². La jurisprudence du Conseil d'État déploie une appréhension objective de l'impartialité des administrateurs depuis une période ancienne, mais cette appréhension se fondait en général sur les notions de « caractère d'impartialité » ou de « garanties d'impartialité »³.

L'introduction de la notion de doute comme « élément déclencheur » permet au principe d'impartialité d'acquérir une pleine autonomie : sa méconnaissance n'est plus fondée sur une rupture, un manquement, ce en quoi il pouvait se rattacher à des notions proches, telles que l'égalité ou la neutralité⁴. La réalité – de l'état d'esprit de l'agent – en vient à ne

¹ La jurisprudence administrative s'est longtemps passée de cette notion de doute sur l'impartialité de l'administrateur. Il semble que l'extension du champ d'application de l'article 6, §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction ait largement contribué à l'introduction de la notion de doute sur l'impartialité, notamment par le juge judiciaire : v. notamment un arrêt de la Cour d'appel de Paris, qui reçoit pleinement l'approche de la CEDH : « Considérant que l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective qui tente d'établir ce que le juge pensait en son for intérieur en la circonstance et aussi selon une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime » (CA Paris, 27 juin 2000, *France Télécom c/ Télécom Développement*, n° 2000/02659). Dans la jurisprudence du Conseil d'État, le doute sur l'impartialité de l'administrateur est également consacré postérieurement à l'admission de l'applicabilité de l'article 6, §1, à certaines décisions administratives (v. notamment CE, 27 juill. 2001, *Société Degrémont*, n° 232820, *Lebon* p. 413 : *BJCP*, 2001, p. 512, concl. PIVETEAU).

² Ainsi, Daniel Labetoulle se fonde sur la notion de doute raisonnable sur l'impartialité du jury, dans ses conclusions sur l'affaire *Spina* – postérieure à l'arrêt *Piersack*, rendu par la CEDH (LABETOULLE, « Concl. sur CE, 18 mars 1983, *Spina* », *RDSS*, 1984, p. 86). Guy Braibant affirme que, dès lors qu'il est question de la contestation de l'impartialité d'un agent, « vous [les juges] vous placez au niveau de la composition même de l'organisme et décidez que la simple présence d'une personne dont l'impartialité est douteuse suffit à la vicier » (G. BRAIBANT, « Concl. sur CE Sect., 9 nov. 1966, *Commune de Clohars-Carnoët* », *art. préc.*, p. 93).

³ V., pour ne citer que les arrêts les plus anciens : CE, 26 déc. 1925, *Sieur Rodière* (*Lebon* p. 1067 : *RDP* 1926, p. 35, concl. CAHEN-SALVADOR ; *S.* 1925, III, p. 49, note HAURIU ; *GAJA*, n° 39) ; CE, 17 juin 1927, *Vaulot*, *Lebon* p. 683.

⁴ On peut ainsi comprendre que « la référence directe », dont fait état Anne-Marie Le Pourhiet, marque l'autonomisation du principe : « L'impartialité de l'action administrative est depuis longtemps contrôlée par le juge administratif au niveau de la division [l'auteur veut sans doute dire « décision »] administrative elle-même. Il exerce cette censure, soit par le biais du détournement de pouvoir (décisions prises en fonction de considérations étrangères à l'intérêt général, ces mobiles pouvant être l'inimitié ou le favoritisme envers une personne, ou tout simplement, l'intérêt personnel du décideur), soit par l'application des principes généraux relatifs à l'inégalité et à la neutralité du service public, soit enfin, depuis un certain nombre d'années, par référence directe au principe d'impartialité, notamment en ce qui concerne les décisions de jurys de concours » (A.-M. LE POURHIET, « Le contrôle de l'impartialité des avis », in G. DUPUIS (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Paris, Economica, 1978, p. 56).

plus importer¹, dès lors qu'il est question d'impartialité appréhendée objectivement, puisque cette réalité particulière est difficile à établir. On peut certes rattacher le principe d'impartialité dans sa dimension objective aux notions d'égalité ou de neutralité, mais ce rapprochement a quelque chose de forcé, eu égard aux régimes juridiques singuliers des règles découlant des différents principes². S'il peut exister un doute quant à l'impartialité d'un individu, qui, s'il était avéré, conduirait à une inégalité de traitement, il semble impossible de rattacher directement cette réaction juridique au principe d'égalité, dans la mesure où cette inégalité de traitement n'a pas à être établie³. Ainsi, en matière d'impartialité et contrairement à d'autres notions, « si l'institution peut donner prise au soupçon de partialité, si elle n'est pas ouvertement impartiale, si un doute, même infondé, peut être émis à ce propos, le principe est compromis »⁴.

L'approche retenue ici de l'impartialité objective est sensiblement plus étendue que celle qui est couramment retenue en doctrine. Elle se fonde pourtant sur la conception initiale de la distinction entre impartialité objective et impartialité subjective arrêtée par la Cour de

¹ Pour Stéphanie Gandreau, la démarche objective consiste à aller « "au-delà de la réalité" » pour s'assurer que les apparences « donnent cette réalité à voir » (S. GANDREAU, « La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law », *RDP*, 2005, p. 319). Didier Truchet oppose, avec d'autres auteurs, l'apparence à la réalité, dès lors qu'il est question d'impartialité, lorsqu'il affirme qu'« en un temps où l'impartialité est autant affaire d'apparence que de réalité, il faut convenir que l'existence d'un juge réputé proche de l'administration (...) paraîtra de plus en plus étrange » (D. TRUCHET, « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », *AJDA*, 2005, p. 1767, spéc. p. 1768).

² On peut relever une telle tentative dans les conclusions de Labetoulle, sur une affaire concernant l'impartialité du jury de concours : « Tout candidat à un concours a le droit de pouvoir raisonnablement croire en l'impartialité du jury, faute de quoi d'ailleurs il se présentera probablement avec un handicap psychologique, un complexe d'infériorité entraînant à son détriment une rupture d'égalité ». Cependant, il semble difficile de voir une véritable rupture d'égalité dès lors que l'impartialité est appréciée objectivement (D. LABETOULLE, « Concl. sur CE, 18 mars 1983, *Spina* », *préc.*, p. 86) ; la même approche est retenue, toujours en matière de concours, par Olivier Schrameck (O. SCHRAMECK, « Contrôle, à travers la composition d'un jury, du principe d'égalité entre les candidats d'un concours », *AJDA*, 1992, p. 163). De la même manière, le commissaire du gouvernement Mosset rattache la règle « de l'indépendance dont l'organisme administratif doit bénéficier à l'égard des influences extérieures » – c'est-à-dire le principe d'impartialité – au « principe général de l'égalité de traitement de tous les intéressés face à l'administration » (MOSSET, « Concl. sur CE Sect., 2 nov. 1956, *Syndicat des importateurs des centres de consommation et sieur Tranchant* », *AJDA*, 1956, II, p. 442, spéc. p. 443).

³ C'est ainsi que Michel Degoffe, concluant son étude consacrée à l'impartialité de l'Administration, considère que « l'on espère aussi avoir démontré que l'impartialité ne peut découler seulement du principe général d'égalité. Le juge administratif invoque l'obligation d'impartialité justement parce que le principe d'égalité révèle ses faiblesses » (M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *art. préc.*, p. 731).

⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *art. préc.*, p. 53.

Strasbourg¹. Elle fait également correspondre la notion de partialité subjective, entendue comme un manquement à l'impartialité², à la notion britannique d'« *actual bias* ». Cette distinction a un caractère strictement contentieux, notamment probatoire : la notion d'impartialité n'en reste pas moins une. Toutefois, cette distinction a souvent été confondue avec la distinction entre impartialité dite « personnelle » et impartialité dite « fonctionnelle », voire « structurelle », créée justement pour éclaircir la distinction posée par la Cour³. L'impartialité personnelle correspondrait à l'impartialité subjective, alors que l'impartialité fonctionnelle correspondrait à l'impartialité objective, assimilation que l'on retrouve dans les conclusions de rapporteurs publics⁴ autant qu'en doctrine⁵. Cette distinction sert, entre autres, dans de nombreuses conclusions de rapporteurs publics, mais aussi en doctrine, à justifier l'exclusion de toute démarche objective en ce qui concerne l'Administration, ce qui nie la

¹ Partant de la définition littérale de la notion, la Cour distingue les deux appréciations possibles de l'impartialité, dans l'arrêt *Piersack* : « Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6 § 1 (art. 6-1) de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime » (CEDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack c/ Belgique, préc.*, § 30). La Cour précise explicitement que la démarche objective vise à apprécier l'impartialité d'un individu « indépendamment de [son] attitude personnelle » (CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France*, n° 34130/96, § 42 : *D.*, 2001, p. 339).

² Pour de nombreux auteurs, l'impartialité subjective est celle qui tient à « l'attitude » ou au « comportement » de l'individu (v., entre autres, F. MODERNE, « Le juge administratif français et les règles du procès équitable », *RUDH*, 1991, p. 352, spéc. p. 358).

³ Cette distinction semble avoir été introduite par Renée Koering-Joulin (R. KOERING-JOULIN, « Le juge impartial », *Justices*, 1998, p. 1) ; elle est reprise par Serge Guinchard, pour qui « la terminologie utilisée n'est pas satisfaisante » (S. GUINCHARD, « Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental », in J. VAN COMPERNOLLE & G. TARZIA (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre : Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 4, spéc. p. 25).

⁴ On retrouve ce qui s'apparente à une confusion dans de nombreuses conclusions de rapporteurs publics, soucieux d'écarter toute démarche objective de l'examen de l'impartialité de l'Administration, alors même que cette dernière existe depuis très longtemps : « Le développement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme conduit à distinguer maintenant l'impartialité subjective, celle qui tient au juge en tant qu'homme, de l'impartialité objective, qui est liée à l'organe ou à la fonction. Dans le premier cas, on se demande si le juge, lorsqu'il s'est prononcé, a été subjectivement animé par des sentiments en faveur ou en défaveur d'une partie. Dans le second cas, on recherche si, indépendamment des sentiments personnels du juge, le seul fait qu'il ait exercé auparavant telle ou telle fonction est de nature à peser sur ses convictions » (E. GLASER, « Concl. sur CE Sect. (avis), 12 mai 2004, *Commune de Rogerville* », *RFDA*, 2004, p. 723).

⁵ Pour Benoît Delaunay, « l'impartialité subjective tient (...) au juge en tant qu'homme alors que l'impartialité objective relève de la juridiction en tant qu'institution » (B. DELAUNAY, « L'impartialité du juge financier », *RFDA*, 1998, p. 381).

réalité¹ ; elle aboutit inmanquablement à des incohérences², parfois relevées³. En effet, on ne peut souscrire à l'affirmation selon laquelle « des autorités administratives, le juge n'exige qu'une impartialité subjective »⁴. Or, pour comprendre l'interprétation donnée de l'impartialité par les juges, il est important de ne pas confondre ces distinctions, comme le rappellent certains auteurs⁵. Que ce soit à cause de facteurs personnels ou fonctionnels, l'impartialité d'un individu peut faire l'objet d'une appréciation tant subjective qu'objective : on ne peut confondre le facteur de partialité et la preuve nécessaire à établir la méconnaissance du principe d'impartialité. La distinction entre l'impartialité subjective et objective n'a d'intérêt que pour sa réalisation probatoire⁶. Pourtant, un certain nombre d'interprétations de cette distinction laissent planer le doute quant à la compréhension de cet

¹ « Mais ces règles [d'impartialité objective] ne s'appliquent pas à l'action administrative classique. (...) les membres de l'Administration sont, comme nous l'avons dit, soumis à une exigence d'impartialité subjective » (P. COLLIN, « Concl. sur CE, 5 mai 2010, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ SCI Agora Location* », *Dr. fisc.* 2010, comm. 421). On rencontre également cette exclusion de toute démarche objective en ce qui concerne l'impartialité de l'Administration dans la doctrine : « Des autorités administratives, le juge n'exige qu'une impartialité subjective » (M. DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée, op. cit.*, p. 222).

² « Nous croyons nécessaire de préciser qu'il ne résulte pas de l'instruction que M. Lasserre ait fait preuve en l'espèce d'une quelconque partialité. Mais en matière d'impartialité subjective, il en va de même qu'en matière d'impartialité objective : au-delà des circonstances particulières de l'espèce, les personnes qui délibèrent doivent offrir des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime. C'est, une fois encore, la théorie des apparences qui est en jeu » (GUYOMAR, « Concl. sur CE, 26 juill. 2007, *Société Global Gestion* », *Bull. Joly Bourse*, 2007, p. 645). On notera que le même rapporteur public résout cette incohérence en recourant, dans des conclusions ultérieures, à la notion plus satisfaisante « d'impartialité individuelle objective » (GUYOMAR, « Concl. sur CE, 28 déc. 2009, *Société Refco Securities* », *Bull. Joly Bourse*, 2010, p. 138).

³ Pascale Idoux relève en partie ce flottement conceptuel, dans sa thèse, pour en conclure à « l'absence de consensus doctrinal » quant aux contours respectifs des notions : « Il pourrait (...) sembler acquis que seule l'impartialité subjective est requise devant l'administration (...). Pourtant, une première nuance doit être apportée à cette affirmation compte tenu du fait que les organismes collégiaux sont assujettis à l'obligation de délibérer hors la présence des membres personnellement intéressés, ce qui relève plutôt de considérations objectives, au sens généralement admis » (P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français, op. cit.*, p. 744).

⁴ M. DEGOFFE, *op. cit.*, p. 222. L'auteur étudie toutefois, dans la suite de ses développements, l'impartialité objective de l'Administration.

⁵ Marie-Anne Frison-Roche relève qu'à côté de la distinction traditionnelle entre impartialité objective et impartialité subjective, il existe « une autre distinction, qu'il convient de ne pas confondre avec la première, [qui] oppose l'impartialité personnelle, propre à celui qui juge (impartialité à la fois subjective et objective), et l'impartialité structurelle » (M.-A. FRISON-ROCHE, « QPC, Autorités de concurrence, Autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », *LPA*, 29 sept. 2011, p. 25).

⁶ C'est bien ce qu'affirme la Cour européenne de droits de l'homme, dans l'arrêt *Piersack*, en considérant que l'impartialité « peut (...) s'apprécier de diverses manières ».

intérêt¹. Cela aboutit à une réduction de l'impartialité objective, qui ne correspondrait qu'à l'impartialité dite fonctionnelle, qui, pour commode qu'elle soit², n'en est pas moins erronée³. La distinction entre impartialité subjective et objective est alors souvent présentée de la manière suivante : « l'impartialité prise (...) sous l'angle subjectif – c'est-à-dire l'absence d'intérêt personnel – et objectif – c'est-à-dire la préservation des apparences de l'impartialité »⁴. Il nous paraît toutefois malaisé de présenter comme tenant de l'impartialité subjective, la possibilité de mettre en doute l'impartialité d'un individu, fût-ce pour des facteurs personnels⁵. La réduction de l'impartialité objective à sa dimension fonctionnelle,

¹ Par exemple, Jacques van Compernelle semble appréhender correctement l'impartialité subjective lorsqu'il affirme que « cette impartialité subjective est présumée jusqu'à preuve du contraire », mais laisse planer le doute lorsqu'il affirme que l'examen de l'impartialité subjective d'un individu tend à déterminer « s'il abritait en lui quelques raisons de favoriser un plaideur », ce qui procède d'une démarche objective. Sa définition de l'impartialité objective ne se concentre dès lors que sur son aspect fonctionnel : « La démarche objective est différente. Elle conduit à rechercher si, indépendamment du comportement personnel du juge, les fonctions précédemment exercées par celui-ci dans la même affaire (...) autorisent, dans le chef du justiciable, la crainte légitime que ce magistrat n'offre pas (...) des garanties suffisantes d'impartialité » (J. VAN COMPERNELLE, « Impartialité du juge et cumul des fonctions au fond et au provisoire : réflexions sur des arrêts récents », in *Mél. P. Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 935, spéc. pp. 935-936).

² Elle permet de faire le départ entre le préjugé – qui correspond à l'appréhension subjective – et le préjugement – qui procède de la démarche objective (on retrouve cette présentation dans les *Grands arrêts du contentieux administratif* : J.-C. BONICHOT, P. CASSIA & B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, « Grands arrêts », 2016, 5^e éd., p. 75 ; v. également V. HAÏM, « Impartialité », *Rép. de contentieux adm.*, 2011, § 9).

³ Ainsi Jean-Pierre Gridel, bien que qu'il plaide pour une « terminologie rigoureuse mise au service de concepts définis », n'en réduit-il pas moins l'impartialité objective à des considérations strictement fonctionnelles : « L'idée d'une partialité dite objective ou fonctionnelle, soupçonnée par le justiciable à raison de l'intervention antérieure de la même personne dans le dossier (...) » (J.-P. GRIDEL, « L'impartialité du juge dans la jurisprudence civile de la Cour de cassation », in *Mél. J. Buffet*, Paris, Petites affiches, 2004, p. 241 et 244). Cette réduction se retrouve, à des degrés variables, sous la plume d'un certains nombre d'auteurs, qui occultent le problème primordial de la preuve : v., entre autres, J. VAN COMPERNELLE, « Évolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective », *RTDH*, 1994, p. 437 ; V. MAGNIER, « La notion de justice impartiale – À la suite de l'arrêt *Oury* », *JCP G.*, 2000, 252 ; R. DE GOUTTES, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité », *RSC*, 2003, p. 63 ; M.-L. GÉLY, « La réception de la conception objective de l'impartialité par le Conseil d'État », in *Mél. J.-P. Colson*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 529, spéc. p. 534 ; I. MULLER-QUOY, « Théorie de l'apparence et mise en scène de l'impartialité : à propos de l'application de l'article 6 de la CESDH par la Cour européenne de droits de l'homme », in E. RUDE-ANTOINE (dir.), *Le procès : enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, PUF, « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 2007, p. 111 ; A. CLAEYS, « L'évaluation de l'influence de l'argument de droit comparé sur l'appréhension du principe d'impartialité "objective" par le Conseil d'État français », in F. MELLERAY (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, « Droit administratif », 2007, p. 283, spéc. p. 284.

⁴ A. SEBAN, « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », *LPA*, 3 juin 2002, p. 63.

⁵ V. en ce sens : J.-L. NADAL, « L'impartialité du magistrat », *Gaz. pal.*, 24 mai 2012, p. 14.

tient à l'idée, ancienne, que la récusation permet de pallier l'impartialité subjective – parce que traditionnellement personnelle –, ce qui est abusif¹.

Il faut dire que, si la distinction posée par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Piersack* semble parfaitement claire, des arrêts ultérieurs sont venus l'obscurcir considérablement². La jurisprudence de la Cour est dès lors marquée des mêmes incohérences, ce qu'on peut relever dans certains arrêts : « La frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est cependant pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective) mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective) »³. Cette contradiction peut pourtant se résoudre si l'on se souvient que la distinction entre impartialité subjective et impartialité objective est fondée, d'un côté, sur le manquement à l'impartialité ; de l'autre sur le doute quant à l'impartialité de l'agent. Cette confusion est aisément explicable, dès lors qu'elle découle de l'interprétation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : le champ d'application de l'article 6 concerne, de manière générale, les juridictions. Or, le doute sur l'impartialité d'un juge provient souvent de ce qu'il a, par l'exercice d'autres fonctions, été amené à prendre parti sur l'affaire ; d'où l'assimilation entre impartialité objective et impartialité fonctionnelle. La problématique des conflits d'intérêts, qui procède également d'une approche objective, est peu présente en matière juridictionnelle : l'assimilation est alors aisée. Elle est toutefois impossible dans une étude de l'impartialité de l'Administration. Certains auteurs choisissent pour leur part de ne pas inscrire leur réflexion dans ces catégories devenues floues, car reposant sur une distinction « artificielle »⁴. Ils préfèrent alors étudier l'impartialité apparente de

¹ La récusation *a priori* d'une personne à raison de ses liens avec une partie n'est pas fondée sur un manquement à l'impartialité ; il n'est dès lors pas question de partialité subjective, mais d'appréhension objective de l'impartialité. Pourtant, sa dimension subjective est fréquemment soulignée, par opposition à la procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime qui, pour sa part, serait de nature objective (v. par ex. S. GANDREAU, *art. préc.*, p. 319 ; M. GUYOMAR & P. COLLIN, « Nature et portée du contrôle du Conseil d'État sur la procédure suivie par un ordre professionnel », *AJDA*, 2006, p. 613 ; J.-L. NADAL, « L'impartialité du magistrat », *art. préc.*, p. 14).

² Notamment par l'arrêt *De Cubber*, dans lequel la Cour fait correspondre la « démarche objective » à la prise en compte « des considérations de caractère fonctionnel et organique » (CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique*, n° 9186/80, *Rec.*, série A, n° 86, § 26). Elle procède par là à un rapprochement quelque peu abusif, assez largement repris par la doctrine. Toutefois, ce rapprochement est abandonné dans des arrêts ultérieurs, ce qui crée une certaine incertitude (v. notamment CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France*, n° 34130/96, § 41 et 42 : *D.*, 2001, p. 339).

³ CEDH, 15 oct. 2009, *Micallef c/ Malte*, n° 17056/06, § 95 : *RTD civ.*, 2010, p. 285, obs. MARGUÉNAUD.

⁴ J.-F. CESARO, *op. cit.*, p. 50.

l'Administration, ce qui permet d'éviter l'aporie évoquée : la théorie de l'apparence permet alors d'englober de manière cohérente la garantie objective de l'impartialité de l'Administration¹. Il faut par ailleurs relever que la Cour européenne des droits de l'homme récuse, dans sa jurisprudence récente, l'ancienne assimilation de la démarche objective à la recherche de facteurs fonctionnels, pour se recentrer sur une distinction fondée sur les apparences².

Malgré ces nouvelles distinctions, introduites par une partie de la doctrine et, parfois, par les juges, il faut maintenir une conception de la partialité subjective fondée sur un manquement de l'individu à l'impartialité, ainsi qu'une conception de l'impartialité objective, fondée sur le doute³. Cela rappelle que la division en question n'a d'intérêt qu'au niveau de la preuve. Quand bien même la preuve de la partialité subjective doit présenter un caractère extérieur et, partant, objectif, elle sert toutefois à caractériser un manquement, ce qui n'est plus le cas dès lors que l'élément de preuve sert à établir un doute suffisant⁴. C'est là que réside le critère de distinction entre les deux approches. Il faut par ailleurs relever que cette distinction existe, dans le contentieux administratif, dès avant son introduction par la Cour

¹ C'est le cas de Geweltaz Eveillard, qui résume ainsi la théorie des apparences : « Il n'est pas nécessaire que la partialité soit démontrée, il suffit que les apparences montrent que l'impartialité pourrait être prise en défaut ». Il appréhende ainsi la garantie objective de l'impartialité de l'Administration sans la réduire à une quelconque dimension subjective qui proviendrait de son aspect personnel (G. EVEILLARD, « Le principe d'impartialité dans les autorités administratives collégiales », *Dr. adm.*, 2015, comm. 79). V. également S. GANDREAU, *art. préc.*, p. 319 : l'auteur définit la théorie de l'apparence comme le fait d'offrir « des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime » sur l'impartialité de l'agent.

² V. notamment CEDH (Grande Chambre), 23 avril 2015, *Morice c/ France*, n° 29369/10, § 73 et s. : *Dr. pénal*, 2015, étude 14, note MARÉCHAL ; CEDH, 1^{er} sept. 2016, *X et Y c/ France*, n° 48158/11, § 37 et s. ; CEDH, 6 oct. 2016, *Beausoleil c/ France*, n° 63979/11, § 38 : *AJDA*, 2016, p. 1900.

³ La jurisprudence du Conseil d'État est parfaitement claire à cet égard : lorsque le juge rejette la prétention d'une partie fondée sur le doute quant à l'impartialité de l'administrateur, il ajoute systématiquement que cet administrateur n'a pas « manqué à l'impartialité » – ce qui, en vertu de la démarche subjective fondée sur l'irrégularité dans l'application du droit, pourrait conduire à l'annulation de l'acte attaqué (v. pour l'exemple le plus typique : CE, 11 mai 1960, *Ministre de l'Agriculture c/ Sieur Laniez, Lebon* p. 316). Ce constat est confirmé par le fait que la partialité subjective est constitutive, comme on le verra, d'une faute personnelle, en droit de la responsabilité administrative.

⁴ On peut dès lors exprimer un désaccord avec Sylvie Josserand, qui conclut sa thèse en affirmant que « la distinction de la CEDH entre l'impartialité objective et l'impartialité subjective est sans pertinence ». L'auteur en veut pour preuve que « si le magistrat adopte un comportement partial (...), la Cour européenne conclut à la partialité subjective, puisque ce facteur de partialité est étranger au statut et aux fonctions exercées dans l'affaire. Pourtant, c'est parce que le comportement du magistrat est visible que la partialité de la décision est décelée. Donc la partialité subjective est aussi objective ». Outre que l'auteur adopte l'approche réductrice de l'impartialité objective à l'impartialité fonctionnelle, il ne tient pas compte du caractère de manquement que revêt le grief de partialité subjective. Si la preuve de ce manquement est nécessairement objective, dans le sens où l'auteur l'entend – comment pourrait-il en être autrement ? –, la partialité subjective est en premier lieu caractérisée par un manquement, qualifié par cet élément de preuve. On ne peut dès lors accepter la distinction que l'auteur vise à introduire en remplacement de la distinction « sans pertinence », à savoir « l'impartialité effective – invérifiable – et l'impartialité apparente – sauvegardée ». En effet, l'impartialité effective peut être vérifiée, si le manquement est caractérisé (S. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 592).

européenne des droits de l'homme. Si le vocable choisi est différent, nombre de commissaires du gouvernement affirment en effet qu'il y a deux manières d'examiner un grief de partialité allégué par le requérant : tantôt en se plaçant au niveau de la composition de l'organisme – ce qui relève de la démarche objective –, soit en examinant la décision, de manière à rechercher si son contenu a été influencé par un manquement à l'impartialité – ce qui procède de l'approche subjective¹.

De cette évolution du droit administratif, il résulte que le principe d'impartialité acquiert une pleine autonomie, eu égard à son régime, ce qui, au-delà de sa discussion contentieuse, aboutit à la procéduralisation de l'exigence d'impartialité.

II. **La conséquence du caractère objectif de l'impartialité pour sa discussion contentieuse : la procéduralisation de l'exigence d'impartialité**

Le passage d'une appréciation subjective de l'impartialité de l'Administration à une appréciation objective – par ailleurs très progressif – révèle la nature essentiellement procédurale de l'impartialité objective (A). Toutefois, le maintien de la dimension subjective conduit à certaines ambiguïtés qui marquent profondément l'évolution du droit administratif en la matière (B).

A. *La nature procédurale du principe d'impartialité objective*

C'est dans la vision dynamique, procédurale, de l'acte administratif que peut s'épanouir le principe d'impartialité de l'Administration. En effet, la réalité recouverte par la notion d'impartialité conduit à se focaliser sur l'état d'esprit de la personne, organe de l'Administration. Dès lors qu'il est question de l'impartialité objective de l'agent, le fond de la décision importe peu : la pure appréciation de l'impartialité objective de l'individu ne conduit pas le juge à examiner le fond de la décision. Ce qu'il importe d'examiner, c'est la manière dont l'Administration est parvenue à sa décision.

Le fonctionnement du principe d'impartialité obéit ainsi à la logique du vice de procédure, établie depuis longtemps en jurisprudence. Le principe concerne tout entier le *fieri* de l'acte, la manière dont l'autorité administrative détermine sa volonté, en tendant à garantir

¹ V., entre autres, M. LONG, « Concl. sur CE, 9 juill. 1956, *Gouverneur général de l'Algérie* », *AJDA*, 1956, p. 383 ; G. BRAIBANT, « Concl. sur CE Sect., 9 nov. 1966, *Commune de Clohars-Carnoët* », *art. préc.*, p. 93.

que les personnes dont l'acte est la manifestation de volonté sont dans une situation excluant le doute quant à leur impartialité. S'il existe un doute suffisant quant à l'impartialité de la procédure, on peut conclure, de la même manière que pour les autres vices de procédure, que « la décision n'est pas présumée bien rendue »¹.

La relation entre la méconnaissance d'une obligation procédurale et le fond de la décision est cependant complexe, dans la mesure où il est nécessaire de faire le départ entre les irrégularités « insignifiantes » et les irrégularités « substantielles », en ce qu'elles sont susceptibles d'avoir influencé le fond de la décision². Cela est simplement un rappel de ce qu'« aucune formalité ne peut constituer le but de sa propre existence »³ et contribue à la soumission de l'Administration à un « formalisme modéré et surtout, intelligent »⁴. Partant, toute obligation procédurale entretient un lien avec le contenu de la décision⁵, dans la mesure où « la forme suppose toujours le contenu, il n'y a pas de contenu sans forme, ni forme sans contenu »⁶. La juridiction administrative, fidèle à ce qu'écrivait Laferrière, considère que le but des formalités est double : il s'agit d'une part d'éclairer l'Administration sur l'opportunité de la mesure prendre, de manière à éviter « les décisions hâtives ou insuffisamment étudiées » ; d'autre part, les formalités « sont des garanties offertes aux intéressés »⁷. Ainsi et de longue date, l'autorité administrative qui omet de faire comparaître l'intéressé, malgré l'obligation pesant sur elle, en considérant qu'elle est « suffisamment éclairée » peut voir sa décision annulée dans la mesure où l'intéressé « a été privé des garanties » prévues par le texte instituant l'obligation d'entendre l'intéressé⁸. Cette conception a fortement influencé la

¹ Selon l'expression de Laferrière, examinant le vice de forme (LAFERRIÈRE, *Traité...*, t. II, 2^e éd., *op. cit.*, p. 521).

² C'est ainsi que le commissaire du gouvernement Romieu explicitait « l'esprit de la jurisprudence » relative au vice de forme, dans une affaire mettant en cause les formalités prescrites par l'ordonnance du 23 août 1835 portant sur les enquêtes qui doivent précéder les entreprises de travaux publics : « En somme, l'esprit de la jurisprudence paraît être le suivant : Les formalités de l'article 3 de l'ordonnance de 1835 doivent, à peine de nullité, être remplies ; l'omission de ces formalités entraîne l'annulation de la décision qui a été prise après l'enquête ; si des irrégularités ou des erreurs ont été commises, il convient d'examiner quelle influence elles ont pu exercer ; sauf le cas où ces irrégularités sont substantielles, elles ne sont pas de nature à entraîner l'annulation de la décision » (CE, 24 juin 1892, *Sieur et dame de Quatrebarbes*, *Lebon* p. 564, spéc. p. 565).

³ A. CALOGEROPOULOS, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, préf. G. VEDEL, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 145, 1983, p. 212.

⁴ M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1950, 5^e éd., p. 129.

⁵ Pour Berlia, « on distingue formalités substantielles et accessoires parce que la légalité formelle n'est plus ou n'est pas appréciée intrinsèquement », ce qui illustre la relation qu'entretiennent la forme et le fond de l'acte (BERLIA, *art. préc.*, p. 386).

⁶ JHERING, *L'esprit du droit romain...*, t. III, *op. cit.*, p. 159.

⁷ LAFERRIÈRE, *Traité...*, t. II, 2^e éd., *op. cit.*, p. 520.

⁸ CE, 29 mars 1901, *Sieur Mazel*, *Lebon* p. 360.

jurisprudence européenne développée par la Cour de Justice, à propos des vices de procédures des décisions des institutions européennes¹.

Dans cette optique, la doctrine est assez unanime à accepter « l'affirmation suivant laquelle une irrégularité dans l'accomplissement d'une formalité entraîne ou non l'annulation suivant que cette illégalité a modifié ou non la décision de fond intervenue »². Toutefois, lorsqu'on touche à la relation entre l'irrégularité procédurale et le fond de la décision, l'analyse devient plus complexe. C'est autour de l'influence de l'irrégularité procédurale sur le fond de la décision que la théorie des formalités substantielles va se construire. Cependant, l'appréciation de cette influence peut varier : le juge peut s'intéresser à l'influence réelle³, concrète, de l'irrégularité procédurale ou à son influence potentielle⁴, plus abstraite. Cette fluctuation de la jurisprudence a été la source de toutes les ambiguïtés de la jurisprudence relative au vice de procédure, ambiguïtés que la formulation des arrêts du Conseil d'État ne vient pas dissiper pendant longtemps⁵, et qu'une partie de la doctrine vient alimenter⁶. Pourtant, la réduction de l'appréciation de l'influence sur le fond de la décision à sa

¹ Ainsi, en consacrant expressément la notion de « formes substantielles », la Cour considère que le requérant n'est pas recevable à contester des règles de procédure « qui ne sont pas destinées à assurer la protection des particuliers » (CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd c/ Conseil des Communautés européennes*, aff. C-69/89, *Rec. p.* I-2169, point 50) et s'attache à évaluer le lien entre l'irrégularité procédurale et la fond de la décision en se demandant s'il aurait pu être différent (CJCE, 29 oct. 1980, *Heintz van Landewyck et autres c/ Commission*, aff. 209 à 215 et 218/78, *Rec. p.* 3127, point 47).

² BERLIA, *art. préc.*, p. 384. Cette distinction permet de considérer que la formalité est « substantielle » ou « accessoire », selon le même auteur.

³ V. notamment CE Sect., 19 mars 1976, *Ministre de l'Économie et des finances c/ Bonnebaigt*, n° 98266, *Lebon p.* 167 : le Conseil d'État considère, dans une espèce mettant en cause une procédure suivie à titre facultatif, que « les irrégularités éventuellement commises dans le déroulement de la procédure (...) sont de nature à vicier la validité de la sanction intervenue, dans la mesure où ces irrégularités ont exercé, en fait, une influence sur la décision ».

⁴ Ce qu'on nomme ici influence potentielle est ainsi décrit par Vedel : « On doit (...) regarder comme substantielle toute forme dont l'accomplissement aurait pu changer le sens de la décision attaquée » (G. VEDEL, *Droit administratif, op.cit.*, p. 756). Pour Berlia, la formalité est substantielle « lorsque l'illégalité a certainement ou probablement entraîné la solution de fond et l'a modifiée par rapport à ce qu'elle aurait été dans le cas d'une procédure absolument régulière » : si la première partie de l'assertion semble ouverte à la notion d'influence potentielle, la seconde partie semble l'exclure (BERLIA, *art. préc.*, p. 385).

⁵ À ce propos, v. R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, préf. G. DUPUIS, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 119, 1975, spéc. p. 255 et s. Pour Vedel, le critère de l'influence de l'irrégularité procédurale sur le fond de la décision est tel qu'« ici, on est en plein empirisme » (VEDEL, *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 538).

⁶ Un certain nombre d'auteurs établissent un lien entre l'irrégularité et la légalité du fond de la décision ce qui est pousser trop loin l'intérêt du critère, dans la mesure où l'on sait que les obligations procédurales servent avant tout à rendre l'Administration à même d'apprécier sainement l'opportunité d'une mesure. V. pourtant A. CALOGEROPOULOS, *op. cit.*, p. 200 ; ou encore l'étude de M.-J. Guédon, pour qui « telle formalité sera dite substantielle parce que l'illégalité formelle en cause a entraîné ou risque fort d'avoir provoqué une illégalité matérielle » (M.-J. GUÉDON, « Classification des moyens d'annulation des actes administratifs : Réflexions sur un état des travaux », *AJDA*, 1978, p. 82, spéc. pp. 85-86).

dimension réelle a été l'objet de vives critiques doctrinales, en ce qu'elle est en pratique impossible, ce qui conduirait à une jurisprudence erratique¹.

L'Assemblée du Conseil d'État s'est toutefois explicitement prononcée en faveur de l'appréciation de l'influence potentielle de l'irrégularité procédurale sur le fond de la décision, dans un arrêt récent². Il s'agit, en fin de compte, de faire peser une présomption d'influence de l'irrégularité sur le fond³. En cela, l'esprit de cette jurisprudence se rapproche de législations étrangères qui, ayant codifié le régime des nullités procédurales, les écartent souvent lorsqu'il est « évident » que l'irrégularité est sans influence sur le fond de la décision ; à défaut de cette évidence, qui seule permet de renverser la présomption, l'acte est annulé⁴. La question de la charge de la preuve de l'influence du vice de procédure est alors centrale, comme le montre le droit de l'Union européenne, pour les procédures de droit national découlant du droit dérivé : la Cour de Luxembourg a jugé, en 2013 que la « dévolution de la charge de la preuve à cet égard sur le demandeur, pour la mise en œuvre du critère de causalité, est de nature à rendre excessivement difficile l'exercice des droits qui lui sont conférés par la directive (...) »,

¹ C'est le sens de la critique d'André Calogeropoulos (*op. cit.*, p. 198 et s.) : ce critère, s'il est centré sur l'influence réelle, ne peut être utilisé que négativement – pour conclure à l'absence d'influence – mais non pas positivement, « par la mesure de l'influence réelle et concrète du vice de forme contrôlé » (*op. cit.*, p. 200). V. également G. ISAAC, *op. cit.*, p. 288 et s. Les deux auteurs préconisent une distinction entre formalités substantielles et accessoires fondée sur la finalité objective des formalités en question, qui maintient nécessairement une relation avec l'influence sur le fond de l'acte. La finalité doit alors découler de l'interprétation de la volonté du législateur (v. encore M. VIRALLY, « Note sous CE, 10 juill. 1954, *Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques* », *D. S.*, 1955, p. 332).

² CE Ass., 23 déc. 2011, *Danthonny*, n° 335033, *Lebon* p. 649 : *RFDA*, 2012, p. 284, concl. DUMORTIER ; p. 296, note CASSIA ; *AJDA*, 2012, p. 195, chron. DOMINO & BRETONNEAU ; *Dr. adm.*, 2012, comm. 22, note MELLERAY ; *JCP Adm.*, 2012, 2089, note BROUELLE ; même revue, 2012, 558, note CONNIL. Dans cet arrêt, le Conseil d'État considère que le vice de procédure « n'est de nature à entacher d'irrégularité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ».

³ Un magistrat du fond, se prononçant pour une analyse de l'influence potentielle, affirmait déjà que « vous devez présumer que l'irrégularité en cause a eu une influence sur la conduite du requérant, et sur l'issue de l'affaire » (QUANDALLE, « Concl. sur TA Lille, 16 août 1961, *Sieur Béague c/ Ministre de la Construction* », *AJDA*, 1962, p. 118).

⁴ Selon l'article 46 de la loi allemande de procédure administrative (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) du 25 mai 1976, « L'annulation d'un acte administratif (...) ne peut être exigée au seul motif qu'il a été élaboré en violation des règles de procédure, de forme ou de compétence *ratione loci*, lorsqu'il est manifeste que la violation n'a pas eu d'incidence sur la décision au fond » (trad. C. AUTEXIER, A. CATHALY-STELKENS & H. LANGLOIS, consultable en ligne : <http://www.bijus.eu/?p=8064>) ; de même, d'après l'article 21 *octies* de la loi de procédure administrative italienne du 7 août 1990, « n'est pas annulable la décision adoptée en violation des règles de procédure ou sur la forme des actes, quand, en raison de la nature de la décision, il est évident que le dispositif n'aurait pas pu être différent de celui adopté concrètement » (cité et traduit par J.-B. AUBY, « Irrégularités procédurales », *Dr. adm.*, 2012, repère 3).

décidant par là que c'est à la juridiction saisie de se prononcer sur la question¹. Il faut noter à ce sujet qu'une disposition réglementaire, particulière et antérieure, découlant du principe d'impartialité allait plus loin en la matière : elle disposait clairement que l'Administration supporte la charge de la preuve pour établir l'absence d'influence de la partialité objective d'un membre d'une commission consultative entrant dans le champ d'application du décret du 28 novembre 1983.

Les membres d'un organisme consultatif ne peuvent prendre part aux délibérations lorsqu'ils ont un intérêt personnel à l'affaire qui en fait l'objet. La violation de cette règle entraîne la nullité de la décision subséquente lorsqu'il n'est pas établi que la participation du ou des membres intéressés est restée sans influence sur la délibération.²

Si le vice de forme, puis de procédure³, est un cas d'ouverture ancien du recours pour excès de pouvoir⁴, qui remonte aux premiers temps du développement du droit administratif moderne⁵, on sait qu'il a longtemps fait l'objet de peu d'attention doctrinale, par rapport aux développements considérables de la légalité interne. Il concernait davantage, dans les

¹ CJUE, 7 novembre 2013, *Gemeinde Altrip et autres c/ Land Rheinland-Pfalz*, aff. C-72/12, à paraître au *Rec.*, point 52 : *Europe*, 2014, comm. 41, note MICHEL ; *AJDA*, 2014, p. 336, chron. AUBERT, BROUSSY & CASSAGNABÈRE. Sur cette affaire, v. également F. DONNAT, « Statut contentieux des vices de procédure : *Fine tuning* franco-allemand à Luxembourg », in *Mél. V. Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 137.

² Art. 13 du D. n° 83-1025 du 28 nov. 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, *JORF* du 3 déc. 1983, p. 3492. Ce décret, aujourd'hui abrogé, a été remplacé par le décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère paritaire (*JORF* du 9 juin 2006, p. 8706), qui reprend, en substance, la disposition. Intégrée au Code des relations entre le public et l'administration, en son article R133-12, la question de la charge de la preuve n'est plus mentionnée.

³ Les deux expressions ont longtemps semblé interchangeable, en jurisprudence : en 1975, l'Assemblée du Conseil d'État, examinant la « régularité de la procédure », conclut à l'absence de « vice de forme substantiel », ce que l'annotateur de la décision déplore (CE Ass., 7 mars 1975, *Association des amis de l'abbaye de Fontevraud et groupement de défense interdépartemental de la forêt de Fontevraud*, n° 89011, *Lebon* p. 179 : *AJDA*, 1976, p. 209, note HOSTIOU).

⁴ Le Conseil d'État considère, dès 1849, qu'un acte administratif – en l'espèce, la décision d'un jury – peut être attaquée pour « violation des formes » (CE, 28 juill. 1849, *Alard, Bovy et consorts, Lebon* p. 437) ; en 1851, le juge qu'un acte administratif – en l'espèce, un règlement d'administration publique – « ne peut être attaqué par la voie contentieuse que pour incompétence ou excès de pouvoirs, ou pour violation des formes prescrites par les lois et règlements » (CE, 10 mai 1851, *D'Inguibert et consorts c/ le syndicat de la Grande-Camargue, Lebon* p. 348). Les auteurs, citant divers arrêts, considèrent en général que « le vice de forme est (...) un des moyens de recours pour excès de pouvoir les plus anciennement reconnus » (P. DARESTE, *op. cit.*, p. 375).

⁵ On peut en effet exhumer des arrêts de ces premiers temps, qui montrent les liens étroits qu'entretiennent l'observation des formalités et la compétence, à l'époque : dans un arrêt du 29 nivôse an X, le Conseil d'État annule un acte fait par un maire, pris sans l'autorisation du conseil municipal, en considérant « que le préfet n'aurait pas dû approuver l'acte fait par le maire sans l'accomplissement de ces formalités » (CE, 29 nivôse an X, *Rochet c/ commune de Dampierre, Rec. gén. des arrêts du Conseil d'État*, t. I, 1839, p. 9) ; dans un arrêt de 1811, le Conseil d'État, au soutien de l'annulation d'un arrêté préfectoral, considère que le préfet ne peut ordonner l'exécution du déplacement de digues « sans avoir pris toutes les formalités prescrites par les lois, et notamment par la loi du 14 floréal an XI, comme aussi sans avoir préalablement soumis son arrêté à l'approbation de l'autorité supérieure » (CE, 14 juill. 1811, *Habitans de Montgard c/ commune des Houches, ibid.*, p. 286).

premiers temps de son développement, les formalités au sens propre, qu'une vision dynamique de l'acte administratif. Toutefois, on peut remarquer que le juge administratif a véritablement construit une légalité procédurale, au cours du début XX^e siècle, qui a abouti à cette « étonnante floraison des formes », décrite par Pierre Landon.

L'effort le plus significatif de la haute assemblée, cette fois proprement générateur de règles de droit, est ailleurs : il est dans cette étonnante floraison de formes, qui s'épanouit surtout à partir de 1935, qui a concentré l'attention sur l'irrégularité de procédure (parce que c'est son domaine d'élection), et qui a consisté, par une interprétation divinatrice des textes en vigueur à l'occasion des hypothèses de fait auxquelles ils s'appliquaient ou par une référence au moins implicite aux « principes généraux du droit », à astreindre l'Administration à l'accomplissement de démarches que justifiait surtout le souci de la « bonne administration », tel que l'entend le Conseil d'État. Tel est le cas, par exemple, pour le fonctionnement des conseils délibérants, dotés ou non d'un pouvoir de décision : c'est le Conseil qui leur a interdit de délibérer en nombre pair quand ils pouvaient être présidés par un fonctionnaire ayant voix prépondérante, qui a prohibé la présence dans les commissions paritaires d'agents de grade égal ou inférieur à l'agent qui comparait devant elles, qui a envisagé des cas de récusation, qui a imposé de délibérer hors la présence du bénéficiaire de la mesure mise à l'étude, *etc.*¹

Ainsi, la garantie objective de l'impartialité de l'Administration apparaît sous sa dimension procédurale : indépendamment du fond de la décision, le juge peut vérifier que la personne qui a manifesté sa volonté dans la décision administrative se trouvait dans une situation dans laquelle son impartialité ne pouvait être mise en doute. Cet examen concerne donc la légalité externe de l'acte soumis à l'appréciation du juge. Dès lors que la procédure administrative vise à permettre la meilleure appréciation par l'Administration de l'opportunité de la mesure à prendre, il est important, en dehors de tout manquement subjectif des agents à l'impartialité, de s'assurer que l'opportunité a été appréciée par des personnes présentant des garanties suffisantes d'impartialité. Un défaut d'impartialité ne rend pas la mesure illégale dans son fond, mais laisse peser un soupçon quant à la saine appréhension de l'opportunité par l'Administration, soupçon qu'il est important de ne pas laisser sans réponse. La décision aurait alors pu être différente – indépendamment de sa légalité interne – si la personne

¹ P. LANDON, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, préf. M. WALINE, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 49, 1962, p. 81. Pour cet auteur, « si les assises du vice de forme sont demeurées les mêmes qu'avant 1920, ce moyen d'annulation a poussé, du côté de l' "irrégularité de procédure", un développement qui équivalait à une mutation substantielle » (*ibid.*, p. 81).

suspectée de partialité n'avait pas participé à son édicton¹. En effet, le contrôle de la légalité externe « n'entame en rien le pouvoir discrétionnaire de l'Administration car le contrôle du juge consiste seulement si telle forme a été respectée, si tel avis a été demandé. Si les formes ont été respectées, le juge arrête là son contrôle. L'agent choisit librement la décision »². Toutefois, l'impartialité objective de l'Administration devant être garantie, le vice de procédure consistant en un défaut d'impartialité d'un agent peut entrer dans le champ des garanties dont sont privés les administrés, au sens de l'arrêt *Danthony*, ce qui tire peu à conséquence³. Le juge européen consacre également le traitement impartial par l'Administration comme une garantie procédurale⁴. Ainsi, l'énoncé normatif le plus clair de la dimension procédurale du principe d'impartialité est parfois explicité par le juge, dans des arrêts peu remarquables.

Considérant que le principe d'impartialité, qui garantit aux administrés que toute autorité administrative, individuelle ou collégiale, est tenue de traiter leurs affaires

¹ C'est ainsi que dans des arrêts postérieurs à l'arrêt *Danthony*, le juge de l'Administration s'attache à examiner l'influence potentielle des personnes dont l'impartialité est douteuse, au terme, parfois, de recherches minutieuses. À ce titre, dans l'arrêt *Région Nord-Pas-de-Calais* du 14 octobre 2015, le juge considère que, de par son rôle joué dans la procédure, l'agent dont l'impartialité est douteuse a « été susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse », pour conclure à l'annulation de cette dernière (CE, 14 oct. 2015, *Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 390968, *Lebon T.* p. 540 : *Contrats-marchés publ.*, 2015, comm. 279, note ECKERT ; *AJCT*, 2016, p. 40, obs. DIDRICHE) ; dans un autre arrêt, le Conseil d'État prend en compte « l'autorité hiérarchique, scientifique ou morale » de la personne dont l'impartialité est douteuse qui, tout en se déportant, n'a pas quitté la salle lors des délibérations, pour évaluer l'influence de cette irrégularité sur le sens de la décision (CE Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France*, n° 361962, *Lebon* p. 240, concl. DECOUT-PAOLINI : *AJDA*, 2015, p. 1626, note LESSI & DUTHEILLET DE LAMOTHE ; *Dr. adm.*, 2015, comm. 79, note EVEILLARD).

² L. DI QUAL, *op. cit.*, p. 71. Cette affirmation, si elle illustre bien la relation entre la forme et le fond, ne rend toutefois pas compte de la complexité du contrôle de la régularité procédurale, qui ne consiste pas seulement, comme on l'a vu, à se demander « si telle forme a été respectée ».

³ C'est l'orientation que semblent avoir prise certaines juridictions du fond : dans un arrêt de 2014, la Cour administrative d'appel de Marseille, après avoir rappelé que le principe d'impartialité « garantit aux administrés que toute autorité administrative, individuelle ou collégiale est tenue de traiter leurs affaires sans préjugés ni partis pris, doit être respecté durant l'intégralité de la procédure d'édiction des décisions » considère que la consultation d'un organisme dont la composition suscite un doute quant à son impartialité « a privé [le requérant] d'une garantie d'impartialité à laquelle elle était en droit de prétendre dans l'examen de sa demande » (CAA Marseille, 16 déc. 2014, *SELARL Centre médical subaquatique*, n° 13MA00525, inédit : *Gaz. Pal.*, 14 mars 2015, p. 14, note DELIANCOURT). Toutefois, on peut considérer avec Camille Broyelle la notion de « privation de garantie » permet de « sanctuariser » certaines formalités, évitant au juge de procéder à l'examen potentiel de l'influence du vice de procédure sur le fond de la décision. En cela, « toutes les règles de procédures [sont] susceptibles d'être considérées comme des garanties » (C. BROUELLE, « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », *JCP Adm.*, 2012, comm. 2089).

⁴ « Dans les cas où les institutions de la Communauté disposent d'un tel pouvoir d'appréciation, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale. Parmi ces garanties figurent, notamment, l'obligation pour l'institution compétente d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce, le droit de l'intéressé de faire connaître son point de vue ainsi que celui de voir motiver la décision de façon suffisante » (CJCE, 21 nov. 1991, *Technische Universität München, préc.*, point 14 ; v. aussi TPICE, 24 janv. 1992, *La Cinq c/ Commission*, aff. T-44/90, *Rec. CJCE* p. II-1, point 86 ; TPICE, 20 mars 2002, *ABB Asea Brown Boveri/Commission*, aff. T-31/99, *Rec.* p. II-1881, point 99 ; Trib., 21 janv. 2015, *EasyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-355/13, point 19 : *Europe*, 2015, comm. 113, note IDOT).

sans préjugés ni parti pris, doit être respectée durant l'intégralité de la procédure d'instruction et de [décision, en l'espèce, de « délivrance d'un permis de construire »], y compris, dès lors, dans la phase de consultation précédant la prise de décision.¹

Cependant, l'impartialité pouvant être appréhendée tantôt d'un point de vue subjectif, tantôt d'un point de vue objectif, l'état du droit se signale par une certaine complexité, due à cette particularité.

B. *Le maintien d'une double face du principe d'impartialité, source d'ambiguïtés*

L'ouverture du droit administratif à une appréciation objective de l'impartialité de l'Administration n'abolit pas, à l'évidence, l'appréciation subjective, qui demeure importante. Ainsi, la contestation de l'impartialité de l'Administration peut entrer dans plusieurs des cas d'ouverture traditionnels du recours pour excès de pouvoir, ce qui peut créer une certaine ambiguïté.

On sait que la partialité subjective d'un décideur est constitutive d'un détournement de pouvoir. Cependant, on a vu que le détournement de pouvoir n'est efficace, sur le plan de la technique contentieuse, qu'à l'égard de certains actes, généralement non procéduralisés. Le manquement à l'impartialité d'un agent ayant seulement participé à la décision, sans être doté d'un pouvoir décisionnel, s'inscrit alors logiquement dans la catégorie du vice de procédure. Mais il n'en va pas autrement de la contestation objective de l'impartialité de l'Administration : le doute quant à l'impartialité de l'Administration est également un vice affectant la procédure d'édition de l'acte. Ainsi, au sein du vice de procédure, se maintient la double dimension de l'impartialité, ce qui peut susciter une hésitation quant à la nature de son appréhension par le juge – subjective ou objective. Cette hésitation est accrue lorsqu'on la rapproche du fonctionnement du vice de procédure, avec la notion d'influence sur le fond. La lecture de certains arrêts du Conseil d'État conduit en effet à se demander si l'influence sur le fond de la décision n'est pas caractérisée par le juge pour les seuls cas de manquement subjectif à l'impartialité, comme on le verra par la suite.

¹ CE, 22 févr. 2008, *Association Air pur environnement d'Hermeville et ses environs*, n° 291372, inédit : *BJDU*, 2008, p. 105, concl. AGUILA. Le fait que cet arrêt soit inédit s'explique aisément : le cas d'espèce met en cause une situation de fait non prévue par le droit écrit, pour des raisons contextuelles. Le Conseil d'État, en reformulant la norme, la rend opposable à l'ensemble de la procédure, alors que la disposition écrite semblait ne pas l'impliquer. Partant, il ne fait qu'appliquer classiquement la norme en question, d'où l'absence de mention particulière de cet arrêt au Recueil. Toutefois, cette reformulation est particulièrement éloquente, dans la mesure où la norme est énoncée de la manière la plus générale, indépendamment du droit écrit qui la circonscrit inévitablement.

À ce stade, il faut simplement noter que la signification du principe peut ne pas apparaître clairement, eu égard à des considérations contextuelles tenant à l'office du juge administratif : réprime-t-il les manquements à l'impartialité de la part des administrateurs, en tant qu'irrégularités dans l'application du droit, ou garantit-il l'impartialité de l'Administration de manière à maintenir la confiance nécessaire entre cette dernière et les administrés ? L'utilisation des mêmes voies pour parvenir à l'une ou l'autre de ces fins permet une certaine hésitation, car si la partialité subjective n'a pas seulement une dimension procédurale, elle entre toutefois, dans une certaine mesure, dans le vice de procédure. Ainsi Marcel Waline fait-il état de cette hésitation quand, ayant discuté du vice de forme de manière générale, il y inclut le défaut d'impartialité, sans pour autant l'examiner à l'aune du vice de forme classique : « À l'ouverture du vice de forme peut se rattacher la jurisprudence déclarant nulle la délibération prise en présence d'un tiers intéressé »¹.

Pour autant, l'enrichissement de la notion juridique d'impartialité, né de ce passage à une appréciation objective, donne à l'impartialité sa véritable dimension de principe juridique. On peut en effet considérer, au terme d'un courant doctrinal assez solidement ancré, que la distinction entre les règles et les principes juridiques réside dans ce que « les règles sont des normes concrètes, déjà déterminées selon une application spécifique (...), alors que les principes représentent des axiomes juridiques généraux (...) requérant constamment une interprétation »². On peut véritablement parler d'un principe d'impartialité, au sens où celui-ci fédère un ensemble de règles différentes et dont la clé de compréhension réside dans le

¹ M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1950, 5^e éd., p. 129. Waline fonde son affirmation sur un arrêt, récent à l'époque, consacrant cette solution, avant que le principe atteigne une certaine généralité (CE, 28 janv. 1948, *Sieur Lacambre, Lebon* p. 36).

² HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 229. Habermas se fonde sur la distinction de Dworkin (v. notamment R. DWORKIN, *Prendre le droit au sérieux*, trad. M.-J. ROSSIGNOL & F. LIMARE, Paris, PUF, « Léviathan », 1995, p. 79 et s.), qui semble par ailleurs empruntée à Roscoe Pound, qui a élaboré cette distinction au cours des années 1920 (R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1955, 2^e éd., pp. 56-57), largement et rapidement reprise depuis (v., entre autres, A. AL-SANHOURY, *Les restrictions à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, préf. E. LAMBERT, Paris, Giard, 1925, spéc. p. 30). Cette définition peut sembler obscure, en ce que la règle juridique peut également nécessiter un travail d'interprétation. Il apparaît toutefois que le principe, s'il peut directement régir une situation juridique, peut se décliner, par interprétation, en un ensemble de règles plus précises, liées entre elles par ce rapport au principe initial. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, on peut considérer que le principe du contradictoire se décline en un ensemble de règles telles que le droit d'être entendu, le droit d'accès au dossier, le droit à une assistance juridique, etc.

rapport à ce principe¹. Ainsi, les règles basiques résident, d'une part, dans l'obligation déontologique faite aux agents d'être subjectivement impartiaux ; d'autre part, dans l'obligation de ne pas faire douter de l'impartialité d'une décision de par leur situation objective, en se retirant *a priori* du processus de décision. La possibilité de règles complémentaires visant à l'effectivité de ces différentes règles reste également ouverte. Toujours est-il que l'ensemble de ces règles se trouvent « reliées entre elles »² par ce qui doit alors être considéré comme un principe juridique : l'impartialité.

Par ailleurs, on peut d'autant mieux comprendre l'hésitation du juge à passer, à droit constant³, d'une appréhension subjective de l'impartialité de l'administrateur à une appréhension objective, en affirmant que ce passage conduit à renverser la présomption d'impartialité dont bénéficiait l'Administration. Le droit britannique illustre parfaitement cette idée⁴ : dès le XIII^e siècle, Bracton, auteur du *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, écrivait déjà qu' « il est préférable, à l'évidence, (...) que la personne suspecte [de partialité] soit écartée et remplacée par une personne non suspecte (...), car c'est une chose terrible que d'être poursuivi par un juge suspect ». Sa conception de l'impartialité est clairement

¹ Si la distinction entre principes et règles juridiques, ainsi que la définition des premiers, sont l'objet d'après discussions (v. notamment A. JEAMMAUD, « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 49), on peut considérer, malgré une « polysémie (...) avérée et sans doute aggravée par un usage incontrôlé » (*ibid.*, p. 50), que le principe se distingue par son degré d'abstraction et par son rôle fédérateur de règles autrement éparpillées – ce qui, par ailleurs, le fait correspondre à son sens étymologique. Les principes apparaissent ainsi comme « la synthèse de ces règles » (BONNARD, « La conception juridique de l'État », *art. préc.*, p. 7 et 8). Cette distinction présente l'avantage de sortir de l'aporie liée au caractère prétendument général du principe juridique – qui serait dès lors dénié à la règle juridique, à rebours de toute logique. Le principe résulte alors d'un double mouvement : l'induction de règles existantes, qui se trouvent rapportées au principe ; la déduction de règles nouvelles, du principe ainsi établi (v. BONNARD, « La conception juridique de l'État », *art. préc.*, p. 7 : « La science du droit doit d'abord scruter les besoins et les intérêts, pour ensuite, (...) en induire les règles de droit nécessaires et les principes concrets, qui sont la synthèse de ces règles. Sur ces principes, s'opère ensuite un travail déductif. On peut en déduire, sous la forme de nouvelles règles de droit, toutes les conséquences pratiques qu'ils renferment. On leur donne ainsi tout leur sens et toute leur portée »). Bruno Genevois ne dit pas autre chose, lorsqu'il affirme que le principe est « riche en virtualités et est susceptible d'avoir des corollaires ou des prolongements » (B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et les principes », in S. CAUDAL (dir.), *op. cit.*, p. 325, spéc. p. 327). Dans la doctrine contemporaine, v. aussi R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. V. CHAMPEIL-DESPLATS, Paris, Dalloz, « Rivages du droit », 2010, p. 231 et s.

² Telle est la fonction des principes généraux, d'après Hauriou, dans son commentaire de l'ouvrage d'Al-Sanhoury, qui repose sur les prémisses de Pound (HAURIOU, « Police juridique et fond du droit. À propos du livre d'Al Sanhoury », in *idem*, *Aux sources du droit*, *op. cit.*, p. 147, spéc. p. 150).

³ La même norme prévoyant une disposition tendant à garantir l'impartialité de l'Administration peut en effet être maniée par le juge de manière à retenir soit une appréciation objective, soit une appréciation subjective, lorsqu'elle est appliquée au cas d'espèce. L'exemple le plus typique en droit français est la disposition législative garantissant l'impartialité des conseils municipaux, depuis 1855, qui a longtemps fait l'objet d'une interprétation conduisant à ne sanctionner que les manquements à l'impartialité de la part des conseillers municipaux (v. *infra*, seconde partie, titre premier, chapitre I, section 2, § 1).

⁴ V. DE SMITH, *et al.*, *op. cit.*, p. 521 et s.

objective : « La cause de la récusation est unique, la suspicion ; elle peut dépendre de plusieurs facteurs, par exemple si le juge est le parent du demandeur ou du défendeur (...), un ami ou un ennemi (...) ou s'il est le conseiller d'une partie dans l'affaire »¹. Pourtant, l'impartialité du juge anglais a longtemps fait l'objet d'une appréhension subjective, en ce que « la partialité ne doit pas être présumée chez un juge »². Ainsi, Coke affirmait en son temps que l'impartialité des juges, contrairement à celle des jurys, ne pouvait être remise en question³. Plus d'un siècle plus tard, Blackstone réaffirmait la réticence de la *common law* à présumer la partialité du juge, bien que Bracton l'affirmât : « Maintenant, la loi est différente et l'on considère que les juges ne peuvent être récusés. Car la loi ne présumera pas la partialité ou la possible faveur chez un juge, qui est déjà lié par le serment de rendre la justice en toute impartialité, et dont l'autorité dépend grandement de ce présupposé et de cette idée »⁴. Ce n'est que dans la deuxième moitié du XIX^e siècle que l'impartialité du juge est appréhendée objectivement, de manière univoque⁵, au terme d'une lente évolution : l'intérêt pécuniaire⁶ a d'abord conduit à présumer la partialité, puis le fait d'être partie à l'affaire⁷, puis les liens personnels.

Partant, on comprend que le passage d'une appréciation subjective à une appréhension objective de l'impartialité des administrateurs n'est pas sans conséquences. Le déclenchement des règles découlant du principe a en effet un impact non négligeable sur le fonctionnement de l'Administration ; le passage en question conduit à une facilitation considérable de la preuve, par l'inversion de la présomption d'impartialité. D'où une certaine prudence des juges, qui peuvent interpréter les règles d'une manière ou d'une autre, parfois de manière

¹ BRACTON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, f. 412 (version bilingue de l'ouvrage consultable en ligne : bracton.law.harvard.edu). Bien que l'auteur ne l'indique pas, cet exposé sur l'impartialité des juges provient des règles de droit canon en vigueur à l'époque. D'où une incorporation indirecte et lente en *Common law* (sur ce point, v. DE SMITH *et al.*, *op. cit.*, p. 522 ; HAMMOND, *op. cit.*, pp. 11-12).

² *Brookes v. Earl of Rivers* [1668] Hardr. 503 (la décision n'est pas annulée, bien que le juge fût le beau-frère d'une des parties).

³ « Les juges ne peuvent être récusés » (COKE, *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, t. II, Londres, Clarke, 1832, 294a) (« Judges or justices cannot be challenged »).

⁴ BLACKSTONE, *Commentaries of the laws of England*, t. III, Oxford, Clarendon Press, 1768, p. 361 (« But now the law is otherwise, and it is held that judges or justices cannot be challenged. For the law will not suppose a possibility of bias or favour in a judge, who is already sworn to administer impartial justice, and whose authority greatly depends upon that presumption and idea »).

⁵ *R. v. Rand* [1866] 1 QB 230 : le juge Blackburn se fonde sur la notion de « réelle probabilité » (*real likelihood*) de partialité, pour apprécier l'impartialité du juge, en dehors de tout manquement.

⁶ Cela semble clairement établi dès la fin du XVI^e siècle : v. *Sir Nicholas Bacon's Case* [1563] 73 ER KB 487.

⁷ Notamment dans la fameuse affaire du Docteur Bonham, plus connue pour les *obiter dicta* de Coke (*Dr Bonham's Case* [1610] 77 ER CP 638).

différenciée, selon l'espèce en question. Il n'en demeure pas moins que c'est par ce moyen que le principe d'impartialité atteint une autonomie complète, en droit administratif, dans la mesure où le régime des règles qui en découlent se différencie complètement de celui d'autres principes, proches sur le plan conceptuel, mais juridiquement distincts.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Au terme de l'étude de l'autonomisation du principe d'impartialité de l'Administration, il apparaît que celle-ci est rendue possible par le changement d'optique considérable impliqué par le passage d'une appréciation subjective de l'impartialité d'un individu, à une appréciation objective. C'est en effet l'application d'un régime juridique propre à la notion d'impartialité qui permet de distinguer celle-ci de principes proches – dont la violation n'est pas caractérisée par un doute suffisant. Ce régime, centré sur le doute, est une réaction au caractère subjectif d'une notion qui se rapporte, en définitive, au for intérieur de l'individu.

Bien que cette évolution soit, sur le plan de la technique juridique, une simple évolution du système probatoire, elle n'en présente pas moins les caractéristiques d'un changement considérable. Fondée sur l'apparence, l'appréciation objective de l'impartialité de l'Administration vise en effet à maintenir la confiance entre celle-ci et l'administré, là où l'appréciation strictement subjective ne permettait que de sanctionner les irrégularités dans l'application du droit. La nature procédurale de la garantie de l'impartialité objective apparaît alors clairement, dans la mesure où la réaction juridique des règles découlant du principe est indépendante de toutes considérations internes à la décision. L'admission d'une dimension objective de la garantie de l'impartialité de l'Administration n'abolit certainement pas la démarche subjective, qui se maintient, au risque d'une certaine ambiguïté des solutions positives. La censure de la partialité subjective apparaît dès lors comme la garantie minimale de l'impartialité de l'Administration, alors que l'approche objective permet une garantie plus approfondie.

Conclusion du titre premier

En établissant la place qu'occupe, dans le système de droit administratif, la volonté personnelle des agents de l'Administration, qui peut se manifester lorsqu'ils sont dotés d'un pouvoir discrétionnaire, la réglementation de l'opération de manifestation de volonté de l'Administration apparaît dans toute sa nécessité. Elle découle de ce que l'acte administratif n'est que la résultante de la manifestation de volonté des organes du droit. Le caractère purement humain du phénomène juridique laisse toute sa place à la notion d'impartialité de l'agent doté du pouvoir de prendre un acte pour le compte de l'Administration.

La juridicisation de l'opération de manifestation de volonté de l'Administration, c'est-à-dire la procéduralisation de l'acte administratif, est donc la condition d'existence d'un principe d'impartialité. C'est dans ce cadre – couramment qualifié de dynamique –, que la notion d'impartialité occupe une place importante, ce qui conduit à son autonomisation progressive. Car c'est de la particularité de la réalité englobée par la notion d'impartialité que naît la nécessité de faire obéir le principe à un régime juridique particulier, résidant *in fine* dans la garantie objective et apparente de l'impartialité de l'Administration.

Le principe d'impartialité pouvant être saisi de manière autonome, en droit positif, il faut maintenant s'attacher à déterminer son contenu. Cette question reste effectivement ouverte, dans la mesure où un certain nombre de facteurs peuvent amener l'administré à douter de l'impartialité de l'Administration. Pour autant, il résulte de la nécessité de ne pas donner trop d'emprise au doute, et à la suspicion qui l'accompagne, que les solutions consacrées en droit positif se présentent tout en nuances. D'autre part, la question de la valeur d'un tel principe est également centrale, dans la mesure où elle détermine les destinataires des contraintes qui s'attachent à la garantie de l'impartialité de l'Administration.

Titre second

La révélation du contenu du principe d'impartialité

Le principe autonome d'impartialité de l'Administration consiste essentiellement en la garantie objective de celle-ci. Son inscription, si ce n'est sa greffe, dans le droit administratif, n'est pas sans soulever un certain nombre de questions, qui permettent de comprendre comment, d'un stade uniquement subjectif, le système juridique peut parvenir à la garantie objective de l'impartialité de l'Administration, et dans quelle mesure. La question du contenu du principe d'impartialité est, à ce titre, centrale pour comprendre la nature du principe, bien qu'elle fasse souvent l'objet de confusions. L'étude de l'émergence du principe permet d'abord d'identifier un principe général du droit, qui apparaît progressivement dans la jurisprudence administrative, d'une manière assez discrète. Toutefois, l'étude serait incomplète si le phénomène de montée en puissance dont est l'objet le principe d'impartialité, dans la période contemporaine, n'était pas examiné. Ce phénomène caractérise en effet la période contemporaine, tout en soulevant de nouvelles questions quant à la signification du principe. Ces deux aspects entretiennent des liens étroits, dans la mesure où les insuffisances du principe jurisprudentiel, liées à la position institutionnelle de son interprète, appellent de nouvelles solutions, consacrées par le législateur, parfois lui-même obligé à procéder de la sorte. Leur présentation successive, répondant à une nécessité de simplifier l'exposé, ne doit pas faire perdre de vue ces liens profonds, dans la mesure où le principe jurisprudentiel d'impartialité s'enrichit à mesure que l'impartialité de l'Administration conquiert l'agenda législatif, quand bien même le lien de causalité juridique ne serait pas direct.

C'est ainsi que sera dans un premier temps abordée l'émergence d'un principe général d'impartialité de l'Administration (chapitre I), dont l'étude sera suivie de celle du phénomène de montée en puissance dont fait progressivement l'objet le principe (chapitre II).

CHAPITRE I

DU « GERME INFINIMENT DISCRET » DE LA RÈGLE AU PRINCIPE GÉNÉRAL DU DROIT

Dans son « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », Roger Latournerie décrit la manière dont le Conseil d'État forge des principes « par ses propres moyens », en affirmant que le juge utilise des procédés qui « ne s'appuient sur les textes que pour les dominer ». Il laisse alors entendre que si le Conseil d'État se saisit ainsi d'un principe, on trouve dans les textes « un germe infiniment discret » qui pouvait servir à cultiver ce principe¹. La recherche des origines du principe d'impartialité de l'Administration met en lumière l'émergence progressive d'un principe, qui accède peu à peu au rang de principe général du droit, en se fondant sur des bases textuelles ancrées dans le droit administratif. Il apparaît ainsi que la garantie de l'impartialité de l'Administration s'appuie sur des textes anciens, bien que parcellaires (section 1), qui forment l'armature d'un principe jurisprudentiel bien plus général, consacré par la suite (section 2).

Section 1 : Une prise en compte ancienne mais parcellaire de la garantie de l'impartialité de l'Administration

Le principe d'impartialité peut se targuer d'une origine ancienne et solidement ancrée, puisqu'il apparaît dans des textes législatifs précédant la construction doctrinale du droit administratif. Il est alors nécessaire d'étudier l'émergence des règles se rattachant progressivement à un principe d'impartialité cohérent. Si la systématisation est bien peu aisée en la matière, dans la mesure où ces règles émergent du fait de nécessités fort diverses, on peut néanmoins retracer les grandes lignes de leur création, qui aboutissent à la consécration d'un principe général du droit. La recherche est rendue plus complexe encore par le fait que deux logiques très distinctes se font jour : certaines règles viennent en effet protéger le vouloir de l'Administration de l'interférence des intérêts des agents-organes, ce qui historiquement apparaît d'abord dans les lois municipales, mais également dans les premières procédures administratives régissant le droit de la fonction publique (I) ; alors que d'autres règles naissent

¹ R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », in CONSEIL D'ÉTAT, *Livre jubilaire pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, p. 177, spéc. pp. 203-204.

du fait que l'Administration exerce, dans certains cas, une fonction qui se singularise à de nombreux titres, celle qui consiste à infliger des sanctions (II).

I. Les lois municipales et le droit de la fonction publique

L'étude des premiers développements de la garantie de l'impartialité de l'Administration montre que c'est par l'intermédiaire de la notion d'intérêt des agents que celle-ci émerge dans le droit administratif. Elle apparaît dans des instruments divers, au premier rang desquels la loi, mais également dans la jurisprudence, de manière relativement autonome, quoique très sectorielle. Il semble dès lors nécessaire d'explicitier les fondements de la notion d'intérêt (A), pour étudier ensuite comment elle a prospéré dans le droit écrit et la jurisprudence, dans la période précédant la Seconde Guerre mondiale (B). Cela mettra en lumière les assises solides du principe, qui peut ensuite être consacré comme principe général du droit.

A. *La prise en compte de la personnalité des agents au travers de la notion d'intérêt*

En 1855, en exécution de l'article 57 de la Constitution du 14 janvier 1852¹, le Corps législatif adopte une loi sur l'organisation municipale², dont l'article 21 constitue, à ce qu'il semble, la première prise en compte objective de l'impartialité des organes administratifs.

Les membres du conseil municipal ne peuvent prendre part aux délibérations relatives aux affaires dans lesquelles ils ont un intérêt, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires.

Les travaux préparatoires de cette loi sont peu prolixes quant à la justification d'une telle règle : cette disposition semble faire partie de celles qui « se justifieront d'elles-mêmes [parce] qu'elles introduisent des modifications de détail réclamées par l'expérience »³. Il est toutefois relevé que cette mesure vise à protéger l'intérêt communal : « tout ce qu'il faut écarter, c'est la présence de l'intérêt personnel, auquel pourrait être sacrifié l'intérêt

¹ L'article 57 de la Constitution du 14 janvier 1852 dispose en effet qu' « une loi déterminera l'organisation municipale » (consultable sur le site du Conseil constitutionnel).

² Loi du 5 mai 1855 sur l'organisation municipale, *Bull. des lois*, n° 291.

³ BONJEAN, « Rapport devant le Corps législatif », *Moniteur*, 12 févr. 1855.

communal »¹. Les commentateurs de cette loi reprennent cette brève explication², bien que certains relèvent qu'elles visent à mettre la considération qui entoure les conseiller municipaux « à l'abri de tout soupçon »³.

La disposition est reprise par la « grande loi municipale » du 5 avril 1884, en des termes légèrement différents, puisque l'article 64 de cette loi dispose que « sont annulables les délibérations auxquelles auraient pris part des membres du conseil intéressés, soit en leur nom personnel, soit comme mandataire, à l'affaire qui en est l'objet »⁴. Les travaux préparatoires, tout comme la doctrine, se focalisent alors sur la distinction entre la nullité de plein droit des délibérations d'un conseil municipal – régie par l'article 63 de la loi – et l'annulabilité issue de cet article, sans pour autant s'interroger sur le fondement de cette annulabilité. Toutefois, les éclaircissements issus de ces travaux fournissent parfois une illustration du caractère procédural de l'impartialité objective. En effet, les nullités de plein droit sont prononcées en cas de violation des règles de compétence ou de violation de la loi, alors que l'annulabilité permet de faire obéir l'irrégularité commise à la logique du vice de procédure, dans la mesure où l'autorité chargée de sanctionner cette disposition – à l'époque, le préfet – doit apprécier si la volonté du conseil municipal a pu être faussée par l'intervention du membre intéressé :

On comprend très bien qu'on réserve la faculté d'annulation, qu'on déclare qu'est annulable une délibération dans la situation de celle dont je viens de parler, si l'intervention du membre intéressé à l'affaire s'est produite dans des conditions telles que la volonté du conseil municipal ait pu en être faussée ; on comprend que l'autorité supérieure chargée d'examiner la situation prononce l'annulation. On comprend aussi la faculté d'annulation si cette intervention ne s'est manifestée que dans des conditions où la volonté du conseil municipal a été absolument libre, ou que l'objet de la délibération est d'une clarté si évidente, l'intérêt de la commune si bien démontré qu'on ne peut pas douter que, même avec l'absence de celui qui

¹ LANGLAIS, « Rapport au nom de la Commission du Corps législatif chargé d'examiner le projet de loi relatif à l'organisation municipale », in *Bulletin officiel du Ministère de l'Intérieur*, Paris, Dupont, 1855, p. 87, spéc. p. 106. L'auteur du rapport ajoute lui aussi que « cette interdiction s'explique et se justifie d'elle-même » (*ibid.*, même page).

² C'est le cas de Taillefer, auteur d'un commentaire de cette loi : « Cette disposition est claire et se justifie d'elle-même » (TAILLEFER, *Commentaire de la loi du 5 mai 1855*, Paris, Pedone, 1868, p. 241).

³ M^{IS} DE SAINTE-HERMINE, *Traité de l'organisation et des élections municipales*, Paris, Dupont, 1855, 2^e éd., p. 347. Pour cet auteur, cette disposition s'inspire de la loi municipale belge. Il apparaît effectivement que la loi communale de la Belgique du 20 mars 1836 contient, en son article 68, une disposition similaire, quoique plus précise (v. J.-B. BIVORT, *Loi communale de la Belgique expliquée et interprétée*, Bruxelles, Deprez-Parent, 1844, 2^e éd., p. 60 et s.).

⁴ On notera qu'une disposition similaire a fait son apparition une année plus tôt en droit allemand : l'article 115 de la loi municipale du 30 juillet 1883 interdit en effet aux membres d'un conseil communal « intéressés à l'objet de la délibération » (« *Betrifft an der Gegenstand der Verhandlung* ») de « prendre part à la délibération et au vote » (« *Berathung und Abstimmung nicht theilnehmen* ») (v. *Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30 Juli 1883*, Berlin, Decker, 1883, p. 28).

n'aurait pas dû entrer dans la salle du conseil municipal, la délibération aurait nécessairement prise dans les mêmes termes.¹

Le reste des commentaires doctrinaux s'attache à la différence de régime des nullités issues des articles 63 et 64², sans pour autant rattacher la disposition de l'article 64 à la notion d'impartialité, rattachement qui sera opéré postérieurement, au stade de l'interprétation jurisprudentielle de la norme ainsi posée³.

C'est alors l'intérêt personnel des agents, organes de l'Administration, qui est identifié comme un obstacle à l'impartialité de l'Administration. « Notion-clé, notion passe-partout de la législation moderne »⁴, la notion d'intérêt est protéiforme, « l'une des notions les plus protéiforme que compte la science juridique »⁵. Elle l'est particulièrement dans le langage juridique⁶, bien qu'elle fasse « rarement l'objet d'études spécifiques »⁷ et qu'elle n'ait « que

¹ DEMÔLE, in « Compte rendu in extenso », *JORF – Débats parlementaires – Sénat*, 4 mars 1884, p. 345, spéc. p. 547.

² V. par exemple : F. MOREAU, « Les caractères de la nullité de plein droit édictée par les art. 63 et 65 de la loi du 5 avril 1884 », *RDP*, 1912, p. 231 ; Hauriou, qui ne s'intéresse qu'aux caractères de l'annulation (HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 10^e éd., *op. cit.*, p. 207) ; Laferrière, qui analyse les conditions d'introduction des recours issus des dispositions de la loi municipale (LAFERRIÈRE, *Traité...*, t. II, *op. cit.*, p. 442) ; ou encore Berthélemy dans son *Traité* : « Il y a "annulation possible" si un conseiller a pris part à une délibération bien qu'il fût intéressé dans la question à résoudre. *Annulation possible*, cela veut dire que l'annulation ne sera pas nécessairement prononcée » (BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 1913, 7^e éd., p. 196).

³ Il faut toutefois indiquer qu'Hauriou mentionne cet article de la loi municipale, lorsqu'il discute de la théorie de l'organe, en tant que « conséquence pratique intéressante de ce postulat que les relations de l'organe avec la personne morale qu'il représente ne sauraient être établies sur le pied des relations avec autrui », dans la mesure où « le conseiller municipal, pour cette affaire [dans laquelle il a un intérêt], doit cesser de se considérer comme organe de la commune » (HAURIOU, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 105).

⁴ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in C. PERELMAN & R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, « Travaux du Centre national de recherches de logique », 1984, p. 99, spéc. p. 103).

⁵ G. CANIVET, « Les conflits d'intérêts – Propos introductifs au colloque de l'association droit et commerce », 2 avril 2006 (disponible sur le site de la Cour de cassation). Carbonnier relève cette caractéristique de la notion d'intérêt, en droit de la famille : « S'il est une notion à contenu variable qui postule une évaluation utilitaire, c'est la notion d'intérêt » (J. CARBONNIER, *art. préc.*, p. 103). Nicole Decoopman relève également les « incertitudes qui entourent la notion d' "intérêt" », qu'elle qualifie de « notion polysémique s'il en est » (N. DECOOPMAN, « La composition des autorités de régulation et l'indépendance par rapport à la vie des affaires », in B. BOULOC (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 15, spéc. p. 24).

⁶ V. à ce propos CORNU, *Dictionnaire...*, *op. cit.*, p. 560 : l'auteur identifie un certain nombre de significations juridiques de la notion d'intérêt, qui transcende les catégories établies. Que l'on songe simplement à la fameuse définition de Jhering des droits subjectifs comme « intérêts juridiquement protégés » (JHERING, *L'esprit du droit romain...*, t. IV, *op. cit.*, p. 326) et à l'allocation par le juge de dommages-intérêts, pour prendre la mesure du champ sémantique recouvert par cette notion.

⁷ F. OST, *Droit et intérêt, vol. 2 : Entre droit et non-droit*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, « Publications des facultés universitaires Saint-Louis », 1990, p. 21.

médiocrement intéressé la doctrine »¹. L'explication réside probablement dans ce que cette notion est marquée par une certaine évidence². L'intérêt signifie étymologiquement « ce qui importe ». Si les auteurs de l'Encyclopédie notaient que « ce mot a bien des acceptions dans notre langue », ils ne lui en attribuaient pas moins une acception essentiellement péjorative : « Il signifie ce vice qui nous fait chercher nos avantages au mépris de la justice et de la vertu, et c'est une vile ambition ; c'est l'avarice, la passion de l'argent (...) »³. Or, la notion d'intérêt a été l'objet d'un véritable « déplacement de sens »⁴ au cours du XVII^e siècle, en venant à signifier autre chose que le lucre, au sens de l'Encyclopédie. Cette évolution aboutit au « nouveau paradigme » de l'intérêt, « clef du comportement humain »⁵, qui vient remplacer les passions⁶. Ainsi, à l'époque du Cardinal de Retz, « la maxime la plus véritable pour juger sainement des intentions des hommes est d'examiner leurs intérêts qui est la règle la plus ordinaire de leurs actions »⁷.

¹ T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, p. 581, spéc. p. 582. Ce constat s'étend à d'autres disciplines : ainsi, Pierre Lascoumes relève que « la notion d'intérêt tient en sociologie une place particulière et un peu paradoxale. Il s'agit d'un concept fréquemment utilisé mais peu explicité » (P. LASCUMES, « Intérêt et rationalisation de l'action humaine : la notion d'intérêt en sociologie », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. 1 : Approche interdisciplinaire*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis », 1990, p. 103).

² Évidence qu'on peut retrouver dans le passé : Hauriou – pour ne prendre qu'un exemple –, s'il distingue et définit les notions d'intérêt « individuel » et d'intérêt « social », se concentre sur l'adjectif sans prendre la peine de définir l'intérêt (HAURIOU, « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *art. préc.*, p. 5) ; tout autant que dans la période la plus contemporaine : la plupart des législations définissant et réglementant les conflits d'intérêts ne définissent pas cette notion.

³ *L'Encyclopédie*, t. VIII, *op. cit.*, p. 818.

⁴ A. O. HIRSCHMAN, *Les passions et les intérêts : Justifications politiques du capitalisme avant son apogée*, trad. P. ANDLER, Paris, PUF, « Quadrige », 2005, p. 40. L'auteur explique ce déplacement de sens par l'opposition progressive des intérêts aux passions, les intérêts étant rationnellement définis, afin de guider l'action des hommes.

⁵ *Ibid.*, pp. 42-43.

⁶ Montesquieu les oppose clairement dans *l'Esprit des lois*, en ce que les intérêts viennent tempérer les passions : « Il est heureux pour les hommes d'être dans une situation, où pendant que leurs passions leur inspirent la pensée d'être méchants, ils ont pourtant intérêt à ne pas l'être » (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L. XXI, ch. 20, *op. cit.*, t. II, p. 345).

⁷ CARDINAL DE RETZ, *Mémoires*, cité par HIRSCHMAN, *op. cit.*, p. 45. Dans une perspective utilitariste, Bentham affirmait qu'« il est dans la nature de l'homme de penser avant tout à ses intérêts », en opposition à ses devoirs : « à l'intérêt le devoir cédera toujours le pas » (BENTHAM, *Déontologie ou science de la morale*, t. I, trad. B. LAROCHE, Paris, Charpentier, 1834, p. 17).

Or, dans un système administratif rationalisé et soumis au droit, c'est l'intérêt général qui « se présente comme un principe fondamental de légitimation du pouvoir »¹. Il y a une nette séparation entre l'intérêt général, d'une part, et les intérêts particuliers, d'autre part, tenant à « la différence de nature que le libéralisme discerne entre les activités publiques et les activités privées »². Cette séparation est impliquée par ce qu'Hauriou nomme le « régime d'État »³. L'intérêt général est alors la « pierre angulaire de l'action publique dont il détermine la finalité et fonde la légitimité »⁴. On ne saurait dénombrer les affirmations doctrinales de l'idée selon laquelle « l'activité de l'administration vise toujours à la satisfaction des intérêts généraux »⁵. D'où une puissante dichotomie entre intérêt général et intérêts personnels, visant essentiellement à protéger le premier⁶, particulièrement en France⁷.

La notion juridique d'intérêt, particulièrement celle d'« intérêt à l'affaire » au sens de la loi municipale, fait l'objet de peu d'appréhension conceptuelle. Elle est souvent étudiée par opposition à une autre notion : intérêt général et intérêt personnel ; droit subjectif ou « simple

¹ J. CHEVALLIER, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in *Mél. D. Truchet*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2015, p. 83. Locke développait déjà, entre autres, cette idée : « Tout le pouvoir d'un gouvernement n'étant établi que pour le bien de la société, comme il ne saurait, par cette raison, être arbitraire et être exercé suivant le bon plaisir, aussi doit-il être exercé suivant les lois établies et connues (...) en sorte que (...) les gouverneurs se tiennent dans de justes bornes, et ne soient point tentés d'employer le pouvoir qu'ils ont entre les mains, pour suivre leurs passions et leurs intérêts » (LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, ch. XI, trad. D. MAZEL, Paris, Garnier-Flammarion, 1992, p. 246).

² J. RIVERO, « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », *D.*, 1947, chron. p. 149.

³ HAURIOU, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 366. Hauriou consacre un chapitre spécial aux « séparations », qui caractérisent ce régime, la première d'entre elles étant la séparation de la souveraineté et de la propriété, qui représente une « conquête de la raison sur des instincts rebelles » (*ibid.*, p. 367).

⁴ CONSEIL D'ÉTAT, « L'intérêt général », *Rapport public 1999*, Paris, La Documentation française, « EDCE », n° 50, 1999, p. 245.

⁵ L'idée est ici exprimée par Bonnard, parmi une multitude (BONNARD, « Les droits subjectifs des administrés », *RDP*, 1932, p. 695, spéc. p. 718).

⁶ Jacques Chevallier fait état de cette « opposition dichotomique », l'intérêt général étant « conçu comme la finalité exclusive de l'administration » (J. CHEVALLIER, « Le concept d'intérêt en science administrative », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. 1, op. cit.*, p. 135, spéc. p. 138). Le même auteur qualifie cette opposition de « radicale » (*ibid.*, p. 140). V. encore *idem*, « L'administration face au public », in J. CHEVALLIER, R. DRAI & F. RANGEON, *Communication Administration-administrés*, Paris, PUF, « Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1983, p. 13, spéc. p. 26 et s.

⁷ Élisabeth Zoller relève, de manière intéressante, que le décret n° 2017-1098 du 14 juin 2017 dont l'objet est d'interdire les emplois familiaux au sein des cabinets ministériels, est pris au visa de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; en cela, ce décret est « la parfaite illustration de la séparation du pouvoir public et du pouvoir privé qui nous est particulière et qui fait que nous avons un droit public, un droit de la chose publique » (E. ZOLLER, « La constitutionnalité de l'interdiction des "emplois familiaux" dans les cabinets », *AJDA*, 2017, p. 1305).

intérêt »¹. Pourtant, une fois que la personnalité morale est juridiquement construite, on comprend le lien entre la volonté de la personne morale et son intérêt, dans cette construction rationnelle : une personne morale est instituée pour exprimer sa volonté dans l'intérêt qu'elle poursuit, représente et défend – l'intérêt général, pour ce qui est des personnes publiques². La volonté de celles-ci étant exprimée par des organes³, ces derniers ont également des intérêts personnels qui pourraient interférer avec la poursuite de cet intérêt collectif. L'intérêt est alors une sorte d'identification juridique de la personne morale et peut à ce titre être considéré comme « l'expression d'un processus de rationalisation du réel »⁴. « L'intérêt d'une personne est ce qui peut être raisonnablement considéré comme un avantage pour cette personne.⁵ » Partant, la volonté exprimée par une personne, physique ou morale, coïncide logiquement avec cet intérêt. On peut alors considérer que la notion d'« intérêt à l'affaire » fait référence à l'avantage personnel quelconque qu'un agent pourrait retirer de la décision administrative à laquelle il est appelé à participer⁶. Ainsi, il aisé de suspecter, voire de présumer, que cet agent

¹ Joseph Barthélemy définit ainsi les intérêts, par opposition aux droits subjectifs : « Les simples intérêts sont des avantages de fait dont jouit le particulier et que sa volonté personnelle est juridiquement incapable de lui conserver » (J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Paris, Larose, 1899, p. 8).

² Michoud illustre ce lien dans son ouvrage sur la personnalité morale : afin de défendre l'intérêt collectif, le droit « doit permettre à ces groupements d'être représentés par des volontés agissant en leur nom ou, en d'autres termes, les traiter comme des personnes morales ». (MICHOD, *op. cit.*, p. 111). Dans la théorie des droits subjectifs, l'intérêt est alors la composante matérielle du droit subjectif, alors que la volonté est sa composante formelle. Bonnard résume ainsi la question, après la synthèse de Jellinek, opérée dans son *Système des droits publics subjectifs* (*op. cit.*) : « Le vouloir ne peut être conçu que sous la forme du vouloir quelque chose. Par conséquent, si on applique l'idée de volonté au droit subjectif, à cet élément formel il faut ajouter un élément matériel qui devra être l'objet du vouloir. Cet élément (...) est précisément l'intérêt juridiquement protégé du titulaire de la volonté » (BONNARD, « Les droits subjectifs des administrés », *art. préc.*, p. 700). Si les considérations exposées ici sont totalement indépendantes du concept de droit subjectif, elles sont utilement éclairées par la notion d'intérêt développées dans cette théorie, qui illustre particulièrement le lien entre intérêt, volonté et personnalité juridique.

³ Ces organes étant des personnes physiques, ils sont soumis à cette loi qui veut que « le moteur normal de l'action des particuliers est la poursuite d'un avantage personnel » (J. RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, « Précis », 1960 ; réimpr. Dalloz, 2011, préf. J. WALINE, p. 8).

⁴ J. CHEVALLIER, « Le concept d'intérêt... », *art. préc.*, p. 162. Dans cette optique, v. aussi H. C. MANSFIELD, « Passions et intérêts », in P. RAYNAUD & S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, « Quadrige », 2003, 3^e éd., p. 536 : l'auteur dénombre quatorze caractéristiques de l'intérêt, qu'il qualifie de « concept simplificateur ».

⁵ E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2005, p. 159. On peut également se référer à la définition de l'intérêt formulée par André Gervais : « Un intérêt apparaît comme une "utilité", matérielle ou morale, actuelle ou future, en général égoïste mais parfois altruiste, d'une personne, physique ou morale, "porteuse" (*träger*) d'intérêt. Cette utilité que représente l'intérêt consiste pour son "porteur" à avoir la possibilité matérielle soit de satisfaire des besoins, soit d'obtenir des avantages, soit d'éviter des inconvénients » (A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mél. P. Roubier*, t. I, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, p.241).

⁶ De la même manière, Guy Canivet considère qu'il « semble possible de s'accorder sur la définition la plus proche du sens commun, qui renvoie à une utilité matérielle ou morale, actuelle ou future, qu'une personne entend retirer d'une situation » (CANIVET, « Les conflits d'intérêts... », *art. préc.*).

désire que la décision soit prise dans un sens, plutôt que dans un autre¹. Cette approche est également celle retenue par d'autres ordres juridiques : ainsi, la loi allemande sur la procédure administrative interdit la participation à la procédure de toute personne qui peut être assimilée à une « partie » (*Beteiligter*). Or, la notion de partie est définie par l'intérêt : « Est assimilé à une partie quiconque peut obtenir un avantage direct ou subir un préjudice direct du fait de l'activité ou de la décision »². La *common law* est essentiellement centrée sur l'intérêt pécuniaire, dont la présence déclenche les effets les plus rigoureux du principe d'impartialité en ce que ce cas de figure « viole clairement la maxime selon laquelle personne ne peut être juge en sa propre cause »³.

Il est peu surprenant que la première disposition visant à protéger un intérêt public – communal, en l'occurrence – de l'interférence des intérêts personnels des organes chargés de vouloir pour le compte de la personne morale, ait été introduite dans le cadre de la commune. En effet, les conseils municipaux sont composés d'agents « non professionnalisés », exerçant de ce fait d'autres activités, à proximité du lieu de décision, décentralisés. Leurs intérêts personnels ont alors de nombreuses occasions d'interférer avec l'intérêt communal. Il apparaît alors nécessaire au législateur de protéger le vouloir juridique de l'Administration, devant s'exprimer dans son intérêt, de l'intérêt personnel des individus exprimant cette volonté. Le risque accru de partialité de l'administration locale a pu être relevé, au moment où certaines compétences ont été décentralisées : il en va ainsi de la délivrance des permis de construire, en 1983. Commentant une disposition spécifique introduite par la nouvelle loi dans le Code de l'urbanisme visant à garantir l'impartialité de l'autorité nouvellement compétente pour délivrer une autorisation d'urbanisme, Christian Attias notait que la disposition « tente de remédier au risque accru de détournements de pouvoirs liés à l'intérêt personnel que peut avoir le maire à la délivrance ou au refus du permis. Rapprocher le centre de décision de l'objet de celle-ci et des administrés, c'est aussi multiplier les possibilités de conflits d'intérêts, alors et surtout que le maire est lui aussi, le plus souvent, propriétaire foncier dans

¹ Ce qui rappelle que la présomption posée par Hobbes selon laquelle « chacun est présumé faire toutes choses pour son bénéfice propre » peut avoir des conséquences juridiques (HOBBS, *op. cit.*, p. 265).

² Art. 20 de la loi sur la procédure administrative non contentieuse (trad. préc.).

³ DE SMITH *et al.*, *op. cit.*, p. 525. Cela a été fixé par la plus haute autorité juridictionnelle dès 1852, dans l'affaire *Grand Junction Canal* (préc.), et constamment réitéré depuis.

la commune (...). Son manque d'impartialité est alors à craindre »¹. Dans le même ordre d'idée et plus généralement, Hauriou affirmait déjà que « le pouvoir n'est impartial que s'il vient de loin et s'il est étranger aux querelles de clocher ; là est le grand avantage de la centralisation, on a pu dire qu'elle est impartiale comme la loi »².

Ainsi, cette première dimension de la garantie de l'impartialité de l'Administration est fondamentale : le cœur du principe d'impartialité de l'Administration vise à mettre cette dernière à l'abri des intérêts personnels des organes qui la représentent. Cette préoccupation, déjà prégnante au XIX^e siècle, demeure vive jusque dans la période contemporaine, à mesure que le principe d'impartialité s'affirme. Elle prendra une importance croissante, à mesure que les catégories de personnes participant à l'édiction de l'acte administratif s'élargissent, faisant émerger de nouveaux risques de confusion des intérêts. Elle constitue dès lors ce qu'on peut appeler le « noyau dur » du principe, autour duquel d'autres préoccupations pourront graviter sans pour autant être aussi centrales. C'est alors ce noyau dur qui va se développer le premier, au fil de la procéduralisation de l'acte administratif.

B. *Les premières procédures administratives intégrant la garantie de l'impartialité, à l'aide du juge administratif*

La réglementation de l'opération de manifestation de la volonté de la commune, par l'organisation du régime juridique de la délibération, fait une place à la préoccupation de l'impartialité des organes. Cette réglementation est assez inédite, au tournant du XX^e siècle, comme le montre l'étonnement d'Hauriou, pour qui la délibération n'est pas « toute faite, telle Minerve jaillissant toute armée du cerveau de Jupiter »³, contrairement à l'acte administratif qu'il qualifie d'exécutoire – dont on sait qu'il l'assimile à un acte non procéduralisé. Si l'appréhension doctrinale de tels actes est originairement sujette à certaines difficultés, cela

¹ C. ATTIAS, « Décentralisation et permis de construire », *AJDA*, 1984, p. 303, spéc. p. 305. On notera qu'une disposition de ce type n'a jamais été introduite en ce qui concerne le fonctionnement des conseils généraux et régionaux. La disposition en question est introduite par l'article 64 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, *JORF* du 9 janv. 1983, p. 215.

² HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 19. L'expression est légèrement modifiée dans la douzième édition et l'on apprend qu'elle est empruntée à Dupont-White, auteur d'un ouvrage portant sur la centralisation (C. DUPONT-WHITE, *La centralisation : suite à l'individu et l'État*, Paris, Guillaumin, 1875, 3^e éd., 372 p.).

³ HAURIOU, « Note sous CE, 1^{er} févr. 1901, *Descroix et autres boulangers de Poitiers* », *art. préc.*, p. 144).

n'empêche pas le droit positif d'intégrer progressivement la garantie de l'impartialité des agents participant à l'édition d'un acte administratif, au terme d'une procédure réglementée.

Le droit de la fonction publique va devenir un terrain propice à la procéduralisation de l'acte administratif, à cette époque : le rapport entre l'Administration et ses agents est « heureusement conquis » par la procédure, ce qui le différencie du rapport entre l'Administration et les administrés¹. En effet, « dans le premier quart du XX^e siècle, le conflit entre principe hiérarchique et démocratique (...) a pu se régler par un compromis ; les fonctionnaires bornaient leurs revendications à la fin de l'arbitraire ministériel : que le supérieur décide, soit, mais que ses décisions cessent d'être l'expression d'un bon plaisir incontrôlable pour puiser leur justification dans des règles préexistantes. À ce stade, l'exigence démocratique ne visait qu'à substituer le règne de la loi au caprice du chef »².

La juridicisation du rapport entre l'Administration et ses agents prend alors la forme d'une réduction de la discrétion de l'Administration, à l'aide du Conseil d'État, qui fait « reculer l'antique préjugé d'après lequel les fonctionnaires seraient sous la main de la Puissance publique au point de ne pouvoir ni discuter la légalité de ses actes, ni faire valoir contre elle des droits »³. Elle conquiert progressivement tous les aspects de la gestion statutaire des agents⁴. Gaston Jèze l'a notamment mise en évidence, dans sa « théorie générale de la fonction publique »⁵. Dans cet ouvrage, Jèze rend compte des arrêts marquant l'avancée du principe d'impartialité, qu'il rattache aux règles « sous-entendues » par le Conseil d'État, dictées par la « moralité » et qui réduisent le pouvoir discrétionnaire de l'Administration⁶. Ces arrêts font l'objet d'une attention spéciale dans la mesure où ils posent des obligations « sous-

¹ C'est l'opinion de Rivero : « le schéma juridictionnel, qui a progressivement évacué le domaine des relations entre l'administration avec l'administré, a heureusement conquis, en revanche, celui des rapports de l'administration avec ses agents : le dialogue est devenu la forme normale de la préparation, non seulement de la mesure individuelle de carrière, par le jeu des commissions paritaires, mais encore de la réglementation de la fonction » (RIVERO, « Le système de protection des citoyens... », *art. préc.*, p. 820).

² RIVERO, « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », *art. préc.*, p. 150.

³ HAURIU, « Note sous CE 29 mai 1903, *Le Berre* ; 11 déc. 1903, *Villenave* et 1^{er} juill. 1904, *Nivaggioni* », *Juris. adm.*, t. III, p. 16, spéc. p. 18).

⁴ Elle se traduit par l'institution de procédures juridiques régissant l'entrée dans la fonction publique – par la procédure de concours – ou encore l'évolution dans la fonction publique – par l'institution progressive du tableau d'avancement (à ce sujet, v. E. AYOUB, « Le tableau d'avancement des fonctionnaires soumis au statut général de la fonction publique », *AJDA*, 1969, p. 675).

⁵ Parue en partie dans la *Revue du droit public*, elle est exposée de manière complète dans le deuxième tome des *Principes généraux du droit administratif* (G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, Paris, Giard, 1930 ; réimpr. Dalloz, 2003, préf. S. SALON & J.-C. SAVIGNAC, p. 206 et s.). Pour une même approche, quelques années plus tôt, de l'évolution du droit de la fonction publique, v. C. GEORGIN, *Le statut des fonctionnaires : L'avancement, son organisation, ses garanties*, Paris, LGDJ, 1912, spéc. p. 52 et s.).

⁶ JÈZE, *ibid.*, p. 472 pour les concours, p. 501 pour l'avancement.

entendues », résultant d'une interprétation du juge. Toutefois, le droit écrit fait état d'avancées antérieures, en ce qui concerne la garantie de l'impartialité de l'Administration. Il en est ainsi de l'accès à la fonction publique, progressivement réglementée par une procédure particulière de concours. Dès 1857, le statut régissant l'agrégation des facultés prévoit que deux membres apparentés ne peuvent siéger dans le même jury, de même que le parent d'un candidat¹. Cette interdiction est progressivement réitérée par les textes organisant d'autres concours².

Toutefois, les dispositions visant à garantir l'impartialité des agents prenant part aux procédures d'édition de l'acte sont à la fois rares et lacunaires. Elles se prêtent en effet difficilement à la généralisation, étant donné le fort lien qu'elles entretiennent avec les circonstances. Partant, il est difficile de prévoir tous les cas où l'impartialité doit faire l'objet d'une garantie spécifique. C'est pourquoi le stade de l'interprétation juridictionnelle est particulièrement important en la matière. Ainsi, si le Conseil d'État rejette dans un premier temps les prétentions des parties fondées sur une méconnaissance objective de l'impartialité, la laissant, de ce fait, à la discrétion de l'Administration, il se saisit progressivement de ce moyen pour en faire une irrégularité procédurale. Cela est particulièrement clair, dans une affaire de 1887 mettant en cause une procédure d'enquête publique : saisi de ce que l'enquête a été menée par un conseiller municipal de la commune bénéficiaire de l'opération, le Conseil d'État rejette le moyen. Le ministre de l'Intérieur, dans un avis reproduit en sus de l'arrêt, explicite le caractère strictement subjectif de l'impartialité nécessaire à cette procédure : « Sans doute il aurait été préférable que le commissaire enquêteur eût été choisi, comme l'administration supérieure le recommande toujours, en dehors des membres de la municipalité, mais ce n'est là qu'une règle de convenance dont l'inobservation ne saurait être de nature à vicier une enquête à moins qu'en fait elle n'en eût compromis l'impartialité »³. De la même manière, le Conseil d'État considère généralement que ces prétentions constituent

¹ L'article 8 du statut du 19 août 1857 est ainsi formulé : « Ne peuvent siéger dans un même concours deux parents ou alliés jusqu'au degré de cousin germain inclusivement. Doit se récuser tout parent ou allié, au même degré, d'un des candidats » (v. A. DE FONTAINE DE RESBECQ, *Guide administratif et scolaire dans les facultés de médecine, les écoles supérieures de pharmacie et les écoles préparatoires de médecine et de pharmacie*, Paris, Masson, 1860, p. 13).

² V. notamment l'art. 1^{er} du décret du 25 juill. 1885 déterminant les conditions de concours pour les fonctions de suppléant et de chef des travaux dans les Écoles de plein exercice et préparatoires de médecine et de pharmacie (v. BEAUCHAMP, *Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur*, t. IV, Paris, Delalain, 1889, p. 103).

³ CE, 14 janv. 1887, *Sieur de Langlard, Lebon* p. 22. Cela n'est pas sans rappeler l'affirmation de Gérando selon laquelle « le commissaire (...) doit être surtout impartial, doit être, par-là même, étranger à la localité où les intérêts privés sont en jeu (...). C'est donc à tort qu'on choisit quelquefois le maire du lieu » (GÉRANDO, « Leçons... », *art. préc.*, p. 64).

des « arguments d'opportunité »¹. La garantie objective de l'impartialité de l'Administration est alors à la discrétion de celle-ci, dans la mesure où elle n'est pas réglementée par le droit écrit².

À mesure cependant que la procédure menant à l'acte se développe, appelant ainsi un nombre toujours plus grand de personnes à participer à son édicton, la garantie objective de l'impartialité de ces procédures s'impose progressivement, dans la jurisprudence du Conseil d'État. Soit par cette interprétation « divinatrice » des textes, déjà évoquée, soit sans référence à aucun texte. Ainsi, en 1922, le Conseil d'État se fonde sur le fait qu'un règlement organique prévoit que « tous les emplois municipaux sont nommés au concours » pour considérer que « la présence du père de l'un des concurrents dans le jury rendait la réalisation de cette condition [l'appréciation des mérites des candidats] impossible et empêchait, par suite, le règlement de recevoir son application »³. Mais c'est par un arrêt resté célèbre pour une toute autre raison que le juge administratif franchit un pas supplémentaire : l'arrêt *Sieur Rodière*, du 26 décembre 1925⁴. Saisi d'un arrêté pris par le ministre des Régions libérées à la suite de l'annulation contentieuse d'un tableau d'avancement, le requérant considère que l'arrêté a été pris au terme d'une procédure irrégulière, notamment en ce que deux des trois personnes dont l'avancement avait fait l'objet d'une annulation avaient siégé au conseil des directeurs, dont le ministre devait prendre l'avis avant d'arrêter le tableau d'avancement – l'un comme membre du conseil, l'autre comme secrétaire. Examinant ce moyen, le commissaire du gouvernement

¹ En ce qui concerne le fait que deux personnes appelées à donner leur avis sur la cessation des fonctions du requérant ont « par avance connu de l'affaire et donné leur avis » (CE, 8 juin 1923, *Sieur Gagey*, *Lebon* p. 451).

² Lorsqu'un texte régit la procédure, le Conseil d'État s'en tient au respect des « formes réglementaires » pour conclure que les garanties d'impartialité ont été respectées (CE, 22 juin 1921, *Société le Grand dépôt de meubles c/ Ministre de la Guerre*, *Lebon* p. 608). Dans un arrêt de 1911 – à notre connaissance le premier à mentionner l'impartialité de l'Administration dans ses motifs –, le juge considère, pour rejeter les prétentions du requérant concernant la procédure d'évaluation d'un projet architectural, que « l'examen des projets et leur classement ont été effectués avec toutes les garanties d'impartialité désirables » (CE, 6 déc. 1911, *Piquart et autres c/ Hospices de Grenoble*, *Lebon* p. 1139).

³ CE, 10 févr. 1922, *Aldeguer et Branlière*, *Lebon* p. 127. Bien que nombre d'auteurs rattachent cet arrêt à l'impartialité subjective – parce que personnelle –, elle est toutefois strictement objective dans la mesure où le juge ne recherche pas si le père du candidat a manqué à l'impartialité (v. D. JEAN-PIERRE, « Une épreuve de sélection est-elle viciée du seul fait qu'un membre du jury connaît un candidat ? », *JCP Adm.*, 2008, comm. 2200).

⁴ CE, 26 déc. 1925, *Sieur Rodière*, *Lebon* p. 1065 : *RDJ*, 1926, p. 32, concl. CAHEN-SALVADOR ; HAURIUO, *Juris. adm.*, t. III, p. 72 ; *GAJA*, n° 39. Cet arrêt est resté célèbre en ce qu'il vient régir les effets de l'annulation contentieuse d'un tableau d'avancement, ce qui justifie son inscription aux *Grands arrêts* ; Hauriou commente particulièrement le problème de la recevabilité contentieuse. Aucun de ces commentaires ne reproduit le passage qui va nous intéresser ici, qu'Hauriou écartait rapidement par la formule : « le reste sans intérêt ».

Cahen-Salvador invite le Conseil d'État à se détacher du droit écrit pour considérer que la délibération a été prise en méconnaissance du principe d'impartialité.

Pouvez-vous tenir pour intégralement valable la délibération prise dans ces conditions ?

Sans doute, n'y a-t-il pas de texte précis et formel qui oblige expressément les intéressés à s'abstenir de participer aux séances dans lesquelles on statue sur leur cas.

Sans doute aussi, ne sommes-nous pas ici en matière judiciaire, devant un tribunal ou une juridiction disciplinaire.

Mais il est des principes de moralité qui s'imposent en dehors de tout texte écrit. C'est par application de ces principes que le législateur de 1884, par exemple (art. 64), déclare annulables les délibérations auxquelles auraient pris part des membres du Conseil, intéressés à l'affaire qui en a fait l'objet.

Ce sont les mêmes principes dont votre Haute juridiction, en l'absence de texte impératif, impose le respect à ceux qui les violent, dans un intérêt supérieur de sincérité et de loyauté.

L'obligation pour les intéressés de s'abstenir de figurer dans un Conseil d'avancement qui statue sur leurs mérites est de ceux-là. Il nous paraît impossible, sous peine de couvrir de graves abus, que vous sanctionniez, à l'égard des intéressés, la validité d'une délibération qu'a nécessairement viciée la participation de ceux-là même qui en sont l'objet (...).

C'est un principe de bon sens et de justice, que l'on ne peut être à la fois juge et partie.¹

Le Conseil d'État suit son commissaire du gouvernement en considérant que la délibération prise dans ces circonstances « ne peut présenter les caractères de liberté et d'impartialité que comportent lesdites garanties » et que « par suite, les arrêtés (...) doivent être annulés dans celles de leurs dispositions fixant le reclassement des sieurs Pic et Pinal, comme ayant été pris sur une procédure irrégulière »². En jugeant de la sorte, le Conseil d'État garantit l'impartialité de l'Administration contre les atteintes objectives les plus choquantes – celles où une personne est normalement appelée, d'après le droit écrit, à statuer sur son propre cas. À aucun moment, il n'adopte une approche subjective de l'impartialité, consistant à rechercher si le comportement des agents révèle un manquement quelconque à l'impartialité. La Section du contentieux du Conseil d'État procède de la même manière en 1930, lorsqu'elle annule une autorisation d'installation d'un établissement dangereux prise

¹ CAHEN-SALVADOR, « Concl. sur CE, 26 déc. 1925, *Sieur Rodière* », *RDP*, 1926, p. 32, spéc. p. 43.

² Les « garanties » en question sont celles introduites par le décret rendant obligatoire la consultation du conseil des directeurs. Le Conseil d'État suit le commissaire en annulant la délibération mais ne distingue pas, comme Cahen-Salvador le suggérait, entre le rôle de membre du conseil et celui de secrétaire – dont la participation à la séance en tant que secrétaire est constitutive « d'une incorrection plutôt qu'une irrégularité ». La solution est réaffirmée par la section du Conseil d'État en 1935 (CE Sect., 11 janv. 1935, *Sieur Varenne*, *Lebon* p. 43).

après enquête publique, conformément à la loi du 19 décembre 1917¹. La loi est muette quant aux qualités du commissaire enquêteur ; pourtant, l'autorisation est annulée au seul motif que le commissaire enquêteur désigné était le propriétaire du terrain sur lequel devait être construit l'établissement. Une fois encore, le Conseil d'État sanctionne l'atteinte la plus choquante à l'impartialité, par une approche strictement objective².

C'est donc bien dans le premier tiers du XX^e siècle que la garantie objective de l'impartialité de l'Administration fait son apparition, dans la jurisprudence, bien qu'elle reste empreinte de particularités liées aux cas d'espèce soumis aux juges. On constate toutefois que le juge tend à se détacher du droit écrit, lacunaire en la matière, dans la mesure où la préoccupation visant à garantir l'impartialité de l'Administration n'est pas prise en compte en tant que telle. Il en arrive peu à peu à régir la plupart des procédures administratives existant à l'époque, par une interprétation volontariste des textes existants. Il procède de la sorte en consacrant des « règles sous-entendues », toutefois peu remarquées par la doctrine³. Par ailleurs, le principe ainsi progressivement consacré tend à se généraliser dès cette période : ainsi, dans un arrêt *Vaulot* du 17 juin 1927, le Conseil d'État considère que « la nécessité d'assurer aux opérations du concours toutes les garanties de sincérité et d'impartialité désirables » constitue un « principe d'ordre général »⁴. La généralité apparente de la formulation ne doit pas toutefois tromper : elle permet seulement au juge d'étendre le champ d'application d'une disposition réglementaire, selon laquelle « les examinateurs d'admission ne doivent participer à aucun des exercices qui ont pour but de préparer des jeunes gens au concours d'admission, ni publier aucun ouvrage sur les matières de l'examen ».

¹ Loi du 19 déc. 1917, relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes, *JORF* du 21 déc. 1917, p. 10443.

² CE Sect., 25 juill. 1930, *Sieur Legros, Lebon* p. 804. Il faut relativiser la portée de cette évolution, dans la mesure où, quelques années plus tard, en matière d'octroi de concession par le conseil d'administration d'un port autonome, le Conseil d'État juge que la délibération est régulière nonobstant la participation du dirigeant de l'entreprise bénéficiaire, qu'il se contente de qualifier de « regrettable » (CE Sect., 23 juin 1939, *Chambre syndicale des entrepreneurs arrimeurs de chargement et de déchargement de navires, Lebon* p. 429).

³ Jèze semble être le seul à s'attarder sur la question, dans le cas particulier de l'avancement ; pas plus que dans sa note, Hauriou n'accorde pas d'importance à la question dans la dernière édition de son *Précis de droit administratif*. Tous les autres arrêts consacrant une appréhension objective de l'impartialité, dans des cas particuliers, par le juge administratif sont passés inaperçus de la doctrine.

⁴ CE, 17 juin 1927, *Sieur Vaulot, Lebon* p. 683. La formulation de l'extension de la disposition écrite n'est pas claire dans cet arrêt – notamment en raison d'une erreur typographique qui modifie considérablement son sens –, mais elle est apparaît plus clairement dans un arrêt ultérieur portant sur la même affaire (CE, 30 janv. 1931, *Sieur Vaulot, Lebon* p. 113).

Il est une autre partie de l'activité administrative qui, à la même période, s'ouvre à la garantie objective de l'impartialité de l'Administration : il s'agit de l'activité consistant pour l'Administration à infliger des sanctions.

II. Le développement naturel du principe dans le champ des sanctions

Parallèlement à l'évolution de la garantie de l'impartialité de l'Administration face aux intérêts des agents, se développe une autre logique tenant à la particularité d'une activité de l'Administration : l'infliction de sanctions. Elle se distingue en ce que la garantie de l'impartialité n'est pas liée à l'intérêt des agents, mais plutôt aux spécificités de cette activité, exercée par l'Administration à des titres fort divers (A). D'où le qualificatif de « naturel », fréquemment utilisé en doctrine pour décrire l'importation d'un principe fondamental du droit pénal (B).

A. La diversité des sanctions prononcées par l'Administration

Si la fonction répressive est normalement exercée par le juge pénal, comme le laisse penser la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il n'en demeure pas moins que l'Administration prononce également des sanctions à l'encontre de personnes placées dans diverses situations. L'originalité de cette fonction, parmi les fonctions de l'Administration, réside dans son but : l'imposition d'une sanction vise à réprimer le comportement fautif d'un individu. Elle est toutefois *a priori* peu originale, dans la mesure où elle n'est pas réservée à l'Administration, car d'autres personnes peuvent exercer ce type de fonction : « Il n'est pas d'organisme social de si peu de complexité qu'il ne s'instaure en son sein un régime comportant tout un ordre d'autorités, de pouvoirs, de normes, de sanctions »¹. Toutefois, l'originalité de l'exercice de cette fonction peut résider dans la nature des destinataires de cette forme particulière de répression.

¹ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. L. FRANÇOIS & P. GOTHOT, Paris, Dalloz, « Philosophie du droit », 1975, p. 92. Kelsen notait en ce sens qu'« il est dans la logique de l'évolution ici indiquée [la division du travail social qui aboutit à une spécialisation de la fonction de contrainte, aux mains des agents publics] que la fonction de l'organe spécialisé constitue pour lui une obligation, en ce que, s'il ne la remplit pas, il s'expose à une sanction propre aux organes de l'État (*stricto sensu*), la peine disciplinaire » (Kelsen, « Les rapports de système... », *art. préc.*, p. 245). Jellinek, pour rejeter l'idée que le fondement du pouvoir disciplinaire résiderait dans la *Herrschaft*, constatait que des personnes autres que l'État disposaient de ce pouvoir (JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, *op. cit.*, p. 203 et s.).

« Il n'est peut-être pas de domaine dans le droit public moderne, qui ait été moins exploré que la nature juridique de la discipline. »¹ Ce constat dressé en 1903 par Duguit concerne une forme particulière de répression exercée par l'Administration : la répression disciplinaire – que l'auteur définit comme « les décisions d'un fonctionnaire frappant un autre fonctionnaire pour faute commise dans l'exercice de ses fonctions et pouvant réagir sur l'exercice de ses fonctions »². Dans son sillon, un certain nombre de travaux viennent conforter ce constat, confirmant la singularité de cette fonction particulière de l'Administration³. À ce stade, tous les auteurs sont d'accord pour affirmer que, contrairement à d'autres formes de répression, « la répression disciplinaire (...) n'atteint le fonctionnaire qu'en tant que fonctionnaire. Elle ne sanctionne jamais les obligations du simple particulier »⁴. Le consensus règne aussi sur le caractère répressif de cette fonction⁵. Les différences résident dans l'établissement du fondement d'une telle répression, dans la mesure où une telle activité s'inscrit particulièrement bien dans la théorie de l'institution d'Hauriou, dans une acception extrêmement large du droit disciplinaire⁶ : « On n'a pu définir jusqu'à présent la nature du droit disciplinaire parce qu'on n'a pas cherché du côté de l'institution. Il est de nature institutionnelle »⁷. Malgré ces divergences théoriques, il n'en demeure pas moins que la répression disciplinaire, d'origine hiérarchique tend, en droit positif, à se singulariser

¹ DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, *op. cit.*, p. 462.

² *Ibid.*, p. 462.

³ On peut citer notamment la thèse de Roger Bonnard, publiée la même année, intitulée *La répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics* (Bordeaux, Cadoret, 1903, 164 p.) ; ou encore les développements que consacrent à la discipline la plupart des auteurs de droit administratif (v. notamment HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 135 et s. ; JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III, Paris, Giard, 1926 ; réimpr. Dalloz, préf. P. GONOD & F. MELLERAY, 2011, p. 87 et s.).

⁴ BONNARD, *La répression...*, *op. cit.*, p. 5.

⁵ « Le pouvoir disciplinaire consiste essentiellement dans le pouvoir reconnu aux agents publics supérieurs d'infliger un châtement aux agents publics subordonnés, lorsqu'ils ont commis une faute de service. C'est une mesure répressive et non pas préventive » (JÈZE, *Les principes...*, t. III, p. 87).

⁶ « Le droit disciplinaire n'est pas seulement répressif, il est encore organique. La force d'une institution et son poids n'exercent pas une contrainte seulement sur ceux de ses membres qui, à raison de leur conduite, mériteraient d'être expulsés, ils en exercent une sur tous les membres, pour les forcer d'accepter les organisations créées à l'intérieur de l'institution » (HAURIOU, *Principes...*, *op. cit.*, p. 137). Cette vision est tellement large qu'elle conduit Hauriou à affirmer qu'« on doit admettre que les administrés sont soumis au pouvoir disciplinaire de l'institution administrative » en raison de l'effet exécutoire de l'acte administratif (*ibid.*, p. 138).

⁷ *Ibid.*, p. 140.

autour de la notion de faute disciplinaire¹. La sanction disciplinaire fait ainsi partie des mesures que peut prendre le supérieur hiérarchique à l'encontre de son subordonné et participe à la nécessité d'une surveillance, au sein de l'Administration². À ce stade, on comprend que cette fonction soit peu originale, tant elle se retrouve au sein d'autres organisations³.

Toutefois, le champ de la répression incombant à l'Administration n'a cessé de s'élargir, pour diverses raisons, s'éloignant ainsi du strict rapport hiérarchique existant au sein de l'Administration. C'est ainsi que le titulaire d'une autorisation administrative peut être soumis au pouvoir disciplinaire de l'autorité qui lui a accordé cette autorisation⁴. La nécessité de maintenir un certain ordre au sein du service public a également conduit à l'extension du pouvoir disciplinaire de l'Administration, à destination des usagers du service, comme le relevait Carré de Malberg, en 1933 : « En plus des personnes faisant partie d'une organisation de service public et soumises comme telles à des devoirs d'obéissance à leurs chefs hiérarchiques, il en est d'autres qui tombent sous la puissance de l'autorité administrative en raison de leur participation à l'usage d'établissements ou d'instituts dépendant de l'État, une participation d'où il résulte que ces usagers entrent dans un rapport spécial de subordination

¹ L'arrêt *Sieur Lacombe* de 1885 est particulièrement important en la matière : saisi du refus d'admission d'un fonctionnaire à faire valoir ses droits à la retraite, faisant suite à son remplacement, le Conseil d'État considère que la déchéance de ce droit peut seulement être la conséquence d'une révocation disciplinaire, qui se distingue de la révocation administrative en ce qu'elle doit être fondée sur une faute, à une époque où la révocation est très peu encadrée (CE, 27 nov. 1885, *Sieur Lacombe*, *Lebon* p. 890, concl. GOMEL). À ce sujet, v. J.-L. DE CORAIL, « La distinction entre mesure disciplinaire et mesure hiérarchique dans le droit de la fonction publique », *AJDA*, 1967, p. 3).

² C'est ainsi que Duguit justifie l'institution de la discipline : « D'une part, il fallait permettre à certains agents de surveiller les autres, et, d'autre part, il fallait établir une subordination des agents les uns aux autres. C'est ce qu'ont fait la plupart des législations modernes en établissant la discipline et la hiérarchie, la première répondant à la surveillance, la seconde à la subordination » (DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, *op. cit.*, p. 458).

³ À ce sujet, on se référera utilement aux travaux d'Alfred Légal et Jean Brèthe de La Gressaye (A. LÉGAL & J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938, 537 p. ; J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, « La discipline dans les entreprises, les syndicats et les professions organisées », *APD*, 1953-1954, p. 78 et s.), qui comparent dans une certaine mesure les différentes formes de répression en fonction de l'institution – en adoptant pour prémisse le fondement institutionnel en s'appuyant sur la théorie d'Hauriou.

⁴ V. notamment, pour une permission de voirie, CE Sect., 15 mai 1936, *Sieur Belot*, *Lebon* p. 544 : *D.*, 1937, III, p. 1, note WALINE. Le Conseil d'État considère que l'Administration peut retirer temporairement le permis de stationnement d'un chauffeur de taxi à la suite d'une faute commise par le permissionnaire, dès lors que le règlement de la profession fixé par arrêté municipal le prévoit. Waline y voit une « conséquence imprévue des pouvoirs de l'Administration » en ce que cette dernière exerce « un véritable pouvoir disciplinaire ou quasi-disciplinaire » sur les permissionnaires, ce qui est nouveau par rapport à l'état antérieur de la jurisprudence (v. à ce propos P. DUCLOS, « Note sous CE, 29 avril, 6 mai, 9 nov. 1932 et 10 mars 1933 », *D.*, 1934, III, p. 18).

avec l'autorité étatique chargée de l'administration de tels établissements »¹. Ainsi, à cette époque, si « en principe, sont soumis au droit disciplinaire exclusivement les fonctionnaires », il apparaît qu' « exceptionnellement, le pouvoir disciplinaire de l'administration peut s'exercer, dans certains cas particuliers, sur des personnes étrangères à l'administration, mais qui sont entrées volontairement en rapports plus ou moins étroits avec celle-ci »², fait « curieux » à l'époque³. Le pouvoir disciplinaire de l'Administration peut alors s'exercer sur des personnes entretenant des liens particuliers et spéciaux avec l'Administration, sans toutefois que ces liens soient hiérarchiques, à proprement parler. Cependant, à la manière de la répression disciplinaire, cette répression saisit l'individu en tant qu'usager du service public⁴. Cette nécessité d'un lien spécial comme condition de la répression administrative se maintiendra longtemps en doctrine, au risque de ne pas appréhender les évolutions du droit positif. Elle est toutefois le seul moyen de différencier cette répression de la répression pénale, qui frappe tout individu, indépendamment de sa situation particulière⁵.

Le champ de la répression administrative a connu un nouvel élargissement, né en grande partie de la nécessité, dans des circonstances exceptionnelles. C'est en effet pendant la Seconde Guerre mondiale que le pouvoir répressif de l'Administration a pu atteindre des personnes n'entretenant aucun lien particulier avec l'Administration. C'est ainsi que des législations très diverses prévoient que l'autorité administrative peut infliger des sanctions,

¹ CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français*, Paris, Sirey, 1933, p. 124.

² M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1936, 1^{ère} éd., p. 363. La nouveauté introduite par l'arrêt *Sieur Belot* apparaît alors comme l'application d'un principe établi préalablement. Toutefois, le premier arrêt cité en exemple par Waline reconnaît un fondement contractuel au pouvoir de sanction dont il est question dans le cas d'espèce, ce qui conduit le juge administratif à se déclarer incompétent – ce qu'Hauriou conteste vivement (CE, 23 mars 1906, *Demoiselle Chauvin dite Sylviac, Lebon* p. 251 : *Juris. adm.*, t. II, p. 286, note HAURIOU).

³ « Il est assez curieux de constater une fois de plus sa tendance [de la jurisprudence] à admettre que toute personne qui entre en relations avec l'Administration se place ainsi dans la sphère où s'exerce le pouvoir disciplinaire de celle-ci, alors même qu'elle n'en fait pas partie » (WALINE, « Note sous CE, 12 juill. 1929, *Sieur du Hays* », *D.*, 1930, III, p. 21, spéc. p. 22).

⁴ Jean-Marie Auby le relève dans son étude consacrée à ce sujet : « L'usager du service public peut être frappé par des autorités publiques autres que les juridictions pénales de sanctions destinées à punir son comportement fautif dans le rapport d'utilisation du service » (J.-M. AUBY, « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires du service public », in *Mél. J. Brèthe de La Gressaye*, Bordeaux, Bière, 1967, p. 69, spéc. p. 73).

⁵ *Ibid.*, p. 76.

notamment en matière d'organisation économique¹. Certains auteurs se sont alors inquiétés de la « résurrection » de l' « administrateur-juge », « dans le domaine où cette compétence peut apparaître comme la plus anormale »², à savoir le domaine répressif. C'est alors que ce type de répression prend le nom de « répression administrative », centré autour de la sanction administrative, l'adjectif « disciplinaire » n'étant plus adapté à la réalité de sa mise en œuvre. La répression administrative se distingue en effet par ses destinataires, car elle joue dans un « ordre juridique étatique général », alors que la sanction disciplinaire joue dans des « ordres juridiques particuliers »³. En cela, elle apparaît comme un substitut de la répression pénale : selon un critère matériel, rien ne différencie ces deux types de répressions ; seul le critère organique le permet. C'est pourquoi les premiers auteurs à étudier ce phénomène ont tendance à s'en inquiéter⁴. L'incongruité de ce procédé répressif est ainsi maintes fois mise en lumière par la doctrine.

Ce n'est pas pour autant que le procédé sera abandonné dans l'Après-guerre, dans la mesure où il répond à d'autres nécessités, liées à l'épuration et à la reconstruction du pays⁵. Si la répression des faits de collaboration est confiée à des cours de justice dont le fonctionnement est calqué sur celui de la cour d'assises⁶, l'épuration à proprement parler prend les caractères d'une répression administrative, qu'elle touche l'Administration⁷, ou les entreprises⁸. De par son ampleur, il est impossible de lui reconnaître un caractère

¹ Pour ne citer qu'un exemple, la loi du 16 août 1940 concernant l'organisation provisoire de la production industrielle, prévoit en son article 7 que les infractions à la réglementation prise en exécution de cette loi peut donner lieu à l'infliction d'une sanction, par le ministre – interdiction temporaire ou définitive d'activité ; amende à l'encontre de l'entreprise, pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires (*JORF* du 18 août 1940, p. 4731, spéc. p. 4733). On relèvera que la répression administrative touche déjà les personnes morales, contrairement à la répression pénale.

² C.-A. COLLIARD, « La sanction administrative », *Annales de la faculté de droit d'Aix*, 1943, p. 3.

³ *Ibid.*, p. 5.

⁴ Cette inquiétude est patente dans l'étude que Michel de Juglart consacre à la question : la structuration même de son étude met en valeur la confusion nouvellement introduite entre répression administrative et répression pénale (M. DE JUGLART, « Les sanctions administratives dans la législation récente », *JCP*, 1942, I, 283).

⁵ Malgré l'optimisme de certains auteurs quant à sa disparition (v. notamment P. HÉBRAUD, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux », *Rec. de l'académie de législation de Toulouse*, 1949, p. 131, spéc. pp. 183-184). V. F. MODERNE, F. MODERNE, *Sanction administrative et justice constitutionnelle : Contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties occidentales*, Paris, Economica, « Droit public positif », 1993, p. 29.

⁶ Cette répression est instituée par l'ordonnance du 26 juin 1944 relative à la répression des faits de collaboration (*JORF* du 6 juill. 1944, p. 535).

⁷ Ordonnance du 27 juin 1944 relative à l'épuration administrative sur le territoire de France métropolitaine, *JORF* du 6 juill. 1944, p. 536.

⁸ Ordonnance du 16 oct. 1944 sur l'épuration dans les entreprises, *JORF* du 17 oct. 1944, p. 965.

disciplinaire, comme l'affirme Odent, dans ses conclusions sur l'arrêt *Aramu* : « L'épuration n'a aucun caractère disciplinaire, au sens traditionnel de ce terme (...). L'action engagée contre les personnes que visent ces dispositions n'est donc ni disciplinaire ; elle n'est pas davantage pénale »¹. De la même manière, « si le pouvoir administratif de répression a connu un réel déclin au lendemain de la Libération en matière économique »², il n' a pas pour autant disparu et s'est au contraire maintenu jusqu'à aujourd'hui. La pérennité de ce système répressif particulier lui permet d'accéder au statut d'objet d'études doctrinales abondantes qui, si elles soulignent l'incongruité historique de la répression administrative, n'en acceptent pas moins le principe³. Elle peut alors être étudiée comme une alternative à la répression pénale, instituée pour des diverses raisons⁴, historiquement fondées dans la mesure où « le droit "pénal" n'a jamais contenu l'intégralité des sanctions ayant le caractère d'une punition »⁵. Certains auteurs maintiennent toutefois une hostilité face au procédé des sanctions administratives, en ce que cette pratique est « assez grave parce qu'elle contribue (...) à la création (...) de ce qu'on peut appeler un pseudo-droit pénal »⁶. C'est en effet le risque d'un retour à l'État de police qui se fait jour, si le procédé était trop accusé, « celui dans lequel

¹ R. ODENT, « Concl. sur CE Ass., 26 oct. 1945, *Mattéi, Belloir, Aramu et Tabti* », *S.*, 1946, III, p. 1, spéc. p. 2.

² J.-L. DE CORAIL, « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », in *Mél. R. Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 103.

³ La répression administrative a ainsi notamment fait l'objet d'une thèse, réalisée par Jacques Mourgeon, publiée en 1967. Cet auteur affiche sa neutralité dès l'ouverture de l'étude, seul moyen selon lui « d'accueillir la répression administrative avec la sérénité suffisante » (J. MOURGEON, *La répression administrative*, préf. O. DUPEYROUX, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 75, 1967, p. 11). Elle a fait l'objet d'autres études, nombreuses, dans la période contemporaine (v. notamment M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000, 375 p. ; M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, préf. B. GENEVOIS, Paris, LGDJ, « Systèmes », 2014, 201 p.).

⁴ La définition retenue par Franck Moderne rapproche ainsi clairement la répression administrative de la répression pénale, la sanction administrative étant le « pouvoir répressif accordé à l'administration pour punir des comportements sociaux considérés comme des infractions à une réglementation préexistante » (F. MODERNE, *op. cit.*, p. 5). Ses travaux sur la question sont déterminants pour l'introduction de cette idée de répression alternative, qui tient d'un mouvement, assez général, de « dépenalisation » (v. encore F. MODERNE, « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé », in *Mél. R. Chapus, op. cit.*, p. 411).

⁵ M. DELMAS-MARTY & C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger*, Paris, Economica, 1992, p. 7. Auby notait déjà que l'opposition entre droit pénal et droit disciplinaire est « historiquement assez artificielle » (AUBY, « Les sanctions administratives disciplinaires... », *art. préc.*, p. 74) ; ce qu'Hauriou notait déjà dans ses *Principes de droit public*, en s'appuyant sur le droit romain : « On oppose maintenant la répression pénale à la coercition disciplinaire, mais à l'origine et pendant longtemps, elles ont été confondues » (HAURIOU, *Principes...*, *op. cit.*, p. 142).

⁶ M. WALINE, *Traité de droit administratif*, Paris, Sirey, 1959, 8^e éd., p. 542. Plus récemment, Roland Drago considère, au détour d'une note d'arrêt, qu' « en dehors du domaine hiérarchique, l'attribution d'un pouvoir sanctionnateur à des autorités administratives est peut-être une aberration », pour conclure qu'il « serait plus simple et plus clair de transférer directement ce pouvoir à des juges » (R. DRAGO, « Note sous CA Paris, 7 mars 2000, *Société KPMG* », *JCP G.*, 2000, II, 10408).

l'autorité administrative peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative, en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose : ce régime de police est fondé sur l'idée que la fin suffit à justifier les moyens »¹. Toutefois, les réticences tendent à s'effacer à partir du moment où il apparaît clairement que la Constitution ne s'oppose pas, par principe, à la reconnaissance d'un pouvoir répressif à l'Administration².

Cette évolution permet de distinguer, parmi les actes répressifs que peut prendre l'Administration, entre ceux qui ont un caractère disciplinaire en ce qu'ils sont fondés sur le lien particulier, autrefois mis en lumière, entre l'individu et l'Administration, et ceux qui ont le caractère d'une sanction administrative. La jurisprudence prend ainsi acte de ce que « l'idéal » décrit par Kelsen n'est pas réalisé, dans la mesure où « des organes distincts des tribunaux exercent des fonctions judiciaires, établissent l'existence d'un délit et ordonnent la sanction prescrite »³. Toutefois, un certain nombre d'auteurs tiennent à maintenir l'unité conceptuelle de la sanction prononcée par l'Administration, à rebours de l'évolution du droit positif⁴. Cette évolution se verra consacrée par l'introduction, dans la jurisprudence, de la catégorie des « sanctions ayant le caractère d'une punition », qui obéit à un régime juridique particulier en ce qu'elle revêt une « coloration pénale ».

Si le principe de la répression disciplinaire puis administrative reste globalement accepté, c'est justement parce qu'il ne saurait être arbitraire : quand bien même les garanties

¹ CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 488.

² Patrick Gaïa notait à ce sujet que « reconnaître à l'administration un pouvoir propres d'infliger des peines a été longtemps considéré en France comme une éventualité à laquelle les principes fondateurs de l'ordre constitutionnel opposeraient un obstacle décisif » (P. GAÏA, « L'administration répressive en France », *Annuaire euro. d'adm. pub.*, 1995, p. 195).

³ KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. LAROCHE & V. FAURE, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, « La pensée juridique », 1997, p. 325.

⁴ Notamment Jean-Marie Auby, car sans ce « lien déjà individualisé », la répression administrative viendrait « supplanter de manière inadmissible le droit pénal » (AUBY, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *D.*, 1952, chron. p. 111, spéc. p. 112) ; c'est aussi l'approche de Mourgeon, ce qui semble être la conséquence logique de ses prémisses institutionnelles. Ce souci a pu être relevé ultérieurement : « La doctrine, il est vrai, soucieux [*sic*] de limiter conformément aux exigences de l'État libéral, le champ des sanctions administratives a généralement mis l'accent sur l'exigence d'un lien individualisé entre l'Administration et l'intéressé » (C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, p. 153, spéc. p. 198). Corail oppose de « sérieuses objections » à la conception unitaire de la sanction administrative, dans la mesure où « l'idée d'un lien de droit qui est au cœur de la démonstration se révèle très fragile » (CORAIL, *art. préc.*, p. 115). Si les auteurs ne l'indiquent pas, cette position devient absolument intenable lorsqu'il est question des sanctions administratives infligées par certaines autorités administratives, telles que l'Autorité de la concurrence, dont on ne peut soutenir qu'elles se fondent sur l'existence d'un lien préexistant entre l'Administration et les entreprises susceptibles d'être sanctionnées.

dont jouissent les « prévenus » ne sont pas équivalentes à celles offertes par le droit pénal, il est envisageable d'en introduire certaines, qui peuvent faire l'objet d'une constante amélioration. À cet égard, l'origine hiérarchique du pouvoir disciplinaire a longtemps empêché l'application d'un régime particulier aux sanctions : « Le pouvoir hiérarchique était souverain : la décision était prise par le chef d'Administration seul, qui appréciait en toute liberté la gravité de la faute et fixait arbitrairement la peine »¹. C'est bien le problème de la concentration du pouvoir dans le chef du supérieur hiérarchique qui est souligné : « Sur une même tête, celle du supérieur hiérarchique, sont confondus les pouvoir de commander et de juger la légalité des actes et des attitudes des subordonnés. Cette confusion nous fait craindre que le point de vue de la légalité ne soit sacrifié à une conception trop personnelle de l'intérêt du service »². Cet encadrement juridique du pouvoir répressif de l'Administration a pris le nom de « juridictionnalisation », néologisme introduit lorsque la doctrine a étudié ce phénomène³. La lutte contre l'arbitraire de la répression menée par l'Administration qui, « est demeuré, en matière disciplinaire, la règle »⁴, est menée notamment au moyen de garanties de procédure⁵. Partant de ce que « la similitude matérielle appelle la similitude procédurale »⁶, la conséquence en est que « le droit de la procédure pénale peut être transposé au droit de la sanction administrative »⁷. L'assimilation des procédures pénale et de sanction administrative,

¹ A. LÉGAL & J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *op. cit.*, p. 8. Pour Bonnard, l'absence d'encadrement juridique du pouvoir disciplinaire conduite à ce qu' « un agent unique prononce, sans être astreint à aucune formalité, pour une faute laissée à son appréciation, une peine dont il fixe la nature et la quotité » (BONNARD, *La répression disciplinaire...*, *op. cit.*, p. 10). Pour l'auteur, un pouvoir exercé dans ses conditions est arbitraire.

² R. GUILLIEN, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Bordeaux, Cadoret, 1931, p. 223. Ainsi, pour cet auteur, « la première garantie formelle sera donc basée sur l'idée de distinction des organes » (*Ibid.*, p. 223).

³ On le trouve introduit au début du siècle – avec une orthographe par ailleurs instable – sous la plume de Bonnard, dans sa thèse (*op. cit.*, p. 20) et chez Duguit (*L'État, les gouvernants et les agents*, *op. cit.*, p. 466).

⁴ J. CRUET, *Étude juridique de l'arbitraire administratif*, Paris, Rousseau, 1906, p. 126.

⁵ Pour Jèze, le premier moyen de la « juridictionnalisation du pouvoir disciplinaire » passe par « l'établissement de certaines formes pour l'exercice du pouvoir disciplinaire » (JÈZE, *Les principes généraux...*, t. III, p. 97).

⁶ J. MORANGE, « Les principes des droits de la défense devant l'administration active », *D.*, 1956, p. 121. Pour Colliard, il s'agit d'une « sorte de mimétisme » (*art. préc.*, p. 43). Ainsi, la « principale caractéristique » du régime juridique des sanctions administratives « est qu'il s'aligne de plus en plus sur celui de la sanction pénale » (M. GUYOMAR, « La sanction administrative », *LPA*, 12 janv. 2006, p. 7).

⁷ MERKL, *op. cit.*, p. 217.

théoriquement possible, n'est toutefois pas complète en droit positif français¹, ce qui prolonge le débat amorcé à l'aube du XX^e siècle². Cela s'explique, d'une part, par les nécessités d'une utilisation hiérarchique du pouvoir disciplinaire au sein de la fonction publique et, d'autre part, par la recherche de la souplesse offerte par la répression administrative, lorsqu'elle est une alternative à la répression pénale³.

Quelles que soient les réalisations positives de la juridictionnalisation de la répression administrative, il apparaît qu'elle rend possible, théoriquement, l'importation d'un principe fondamental du droit pénal découlant de l'impartialité. Celui-ci n'est pas négligeable dans la mesure où il est d'une autre nature que la protection du vouloir de l'Administration des intérêts personnels de ses organes.

B. *L'importation d'un principe fondamental du droit pénal*

Il est peu de dire que l'impartialité du juge pénal est un principe fondamental de justice. L'activité consistant à infliger une sanction a pour particularité de saisir la personne comme coupable d'une infraction. Pour cela, la personne doit être accusée de cette infraction par une autre personne qui demande au juge, après avoir constaté l'existence de cette

¹ Malgré les prévisions de Duguit, qui, constatant ces tendances, affirmait avec précaution que « le moment viendra peut-être où la répression disciplinaire se confondra complètement avec la répression pénale » (DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, op. cit., p. 469). Duguit réaffirme ce pronostic de manière plus marquée, quelques années plus tard, prenant acte des évolutions intervenues en la matière : « Je suis convaincu qu'il arrivera un moment où, pour la répression d'une faute de service de tout fonctionnaire, il y aura une véritable juridiction devant laquelle se déroulera un débat contradictoire, un moment où il y aura une définition légale et une énumération limitative des faits pouvant constituer une faute de service, et une énumération légale et limitatives des peines pouvant être prononcées pour réprimer cette faute » (DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, Paris, Boccard, 1923, 2^e éd., p. 257). Pour Hauriou, la complète juridictionnalisation de la discipline est une des conditions de la perfection du statut des fonctionnaires (HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 12^e éd., op. cit., p. 758). Le degré de juridictionnalisation de l'exercice du pouvoir disciplinaire peut être plus poussé, à l'instar de la République fédérale d'Allemagne (v. à ce sujet E. MARC, *Le pouvoir disciplinaire dans la fonction publique en France et en Allemagne*, thèse dactyl., Grenoble, 2002, 518 p. ; *idem*, « De l'intérêt de l'exemple allemand pour réformer le régime disciplinaire de la fonction publique », *JCP Adm.*, 2002, p. 292).

² Michel Degoffe évoque encore, en 2001, le « processus de transsubstantiation en juge » de l'administration répressive (M. DEGOFFE, « L'ambiguïté de la sanction administrative », *AJDA*, 2001, n^o spécial, p. 27). Ce débat est prolongé et renouvelé par la constitutionnalisation de la répression administrative : par le mouvement jurisprudentiel entamé dans les années 1980, « le Conseil de toute évidence entend mettre l'accent sur la juridictionnalisation de la répression administrative, le rapprochement des répressions administrative et pénale se confirme encore par l'assujettissement des sanctions administratives au respect des principes constitutionnels qui s'imposent à la répression pénale » (TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation... », *art. préc.*, p. 203). V. *infra*, ce titre, chapitre II, section 2.

³ La solution consistant à instituer un conseil de discipline chargé de l'instruction apparaît ainsi comme « le compromis entre le besoin d'une autorité hiérarchique omnipotente et celui de la protection des droits des intéressés » (G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, préf. Y. GAUDEMET, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 184, 1997, p. 318).

infraction, de prononcer la sanction. L'infliction d'une sanction pénale se fait alors au terme d'un procédé complexe, comprenant une phase d'accusation, d'instruction et de jugement ; il a toujours été considéré que ces différentes phases ne sauraient être confondues dans le chef d'une même personne. L'histoire du droit pénal le montre clairement.

En effet, la procédure pénale a été, en Europe continentale, organisée successivement – et schématiquement – suivant un principe accusatoire puis un principe inquisitoire. Le principe accusatoire se singularise en ce qu'il confie la fonction d'accusation à l'individu, victime de ce qu'il considère comme une infraction : « La poursuite n'appartient qu'à la partie lésée, ou, si elle était morte, à son lignage »¹. Une telle organisation permet de garantir l'impartialité de celui qui prononce la peine, dans la mesure où il ne peut exercer aucune influence sur l'accusation : il ne peut être saisi que par une partie lésée ou en cas de flagrant délit². Toutefois, ce principe accusatoire a progressivement été considéré comme insuffisant, car « laissant dépendre la répression de la volonté des particuliers »³. L'essence même de ce principe accusatoire, résumée par Bartole, montre son inadaptation aux changements sociaux qui marquent le Moyen Âge, notamment l'émergence de la figure du roi justicier : « Sans accusateur, personne ne peut être puni »⁴. Ces changements se produisent d'abord au sein de l'Église, dans un souci de protection des mystères sacrés⁵, rapidement suivie par les autorités civiles. L'historien Ernst Kantorowicz montre comment l'empereur Frédéric II – qui se faisait une idée messianique de sa fonction –, considérait que « le criminel qui portait atteinte à sa majesté mettait en péril l'édifice entier de l'univers »⁶. Cela trouve son aboutissement « dans une innovation qui révolutionna toute la procédure judiciaire occidentale et que Frédéric II

¹ A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Larose et Forcel, 1882 ; réimpr. Éd. Panthéon-Assas, « Les introuvables », 2010, p. 43.

² Le flagrant délit semble avoir été « soumis à des règles spéciales », notamment parce que « l'évidence éclate et tout scrupule disparaît » (*ibid.*, p. 49).

³ G. LEYTE, « Les origines médiévales du ministère public », in J.-M. CARBASSE (dir.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, « Droit et justice », 2000, p. 23, spéc. p. 26.

⁴ Cité par G. LEYTE, *art. préc.*, p. 27. Pour Esmein, « ce système était singulièrement étroit et barbare ; il devait laisser impunis bien des crimes. Bientôt allait naître l'idée que le délit lèse non-seulement le particulier, mais encore la communauté et l'État » (ESMEIN, *op. cit.*, p. 49).

⁵ Les historiens font remonter l'un des premiers exemples de condamnation sans accusation à 1198, date à laquelle le pape Innocent III condamna l'archevêque de Milan pour simonie : il apparaît que le pape considérait « que ce n'est même pas tant de par son pouvoir souverain, sa *plenitudo potestatis*, que du fait de l'exigence de sa fonction (*ex officio debito*) qu'il a l'obligation de rechercher la vérité pour corriger les abus de ses sujets » (LEYTE, *art. préc.*, p. 32).

⁶ E. KANTOROWICZ, *L'Empereur Frédéric II*, trad. A. KOHN, in *Œuvres*, Paris, Gallimard, « Quarto », 2000, p. 227. Esmein affirme la même idée de manière moins emphatique : « Le justicier doit à tous la justice et est directement intéressé à la poursuite des crimes » (*op. cit.*, p. 101).

introduisit d'abord dans le droit séculier »¹, à savoir la procédure inquisitoire, qui remplace progressivement le principe accusatoire².

Or, il apparaît clairement que l'introduction de ce principe inquisitoire heurte l'idée de justice en ce qu'elle remet en cause l'impartialité du juge, avant la création de ce qui est aujourd'hui appelé ministère public. Ainsi, dans la procédure inquisitoire canonique, il est difficile d'admettre que le juge se saisisse d'office, car nul ne peut être accusateur et juge. La solution trouvée pour ne pas violer ce principe apparaît dans une décrétale de 1199 : la fonction d'accusation est exercée par la « clameur », la rumeur publique, ce qui oblige le prélat à « descendre et voir si la rumeur est conforme à la vérité ». De cette manière, c'est « comme si la rumeur déferait ou que la rumeur dénonçait »³. Il y a donc un accusateur fictif, créé pour sauvegarder l'impartialité de celui qui sera appelé à se prononcer sur la culpabilité de la personne ainsi mise en cause. La procédure laïque, soumise au même problème, a progressivement considéré que la rumeur persistante permettait au juge de procéder comme il le faisait en cas de flagrant délit, étendant ainsi considérablement son champ d'action⁴. Ainsi, l'adage trop connu selon lequel « tout juge est procureur général », s'il est exact en ce qui concerne le flagrant délit, ne doit pas laisser à penser qu'il y a une confusion des fonctions d'accusation et de jugement ; au contraire, tout est fait pour sauvegarder l'indépendance de ces deux fonctions, en ce qu'elles sont contraires au principe d'impartialité⁵. C'est bien pour « surmonter la contradiction fondamentale des fonctions (...), le problème insoluble de leur compatibilité », qu'un organe spécialisé dans la fonction d'accusation a progressivement émergé⁶.

La permanence de cette organisation de la procédure pénale est importante : au XIX^e siècle, la Cour de cassation considère que la confusion des fonctions d'accusateur et de juge est contraire aux « principes de justice éternelle qui ne permettent pas que la même personne

¹ *Ibid.*, p. 225.

² Esmein note à ce propos que « l'accusation de partie formée s'éteint au XVI^e siècle sans qu'aucune loi l'ait supprimée » (*op. cit.*, p. 133).

³ Selon les termes de la décrétale *Licet Heli* du 2 déc. 1199 (v. LEYTE, *art. préc.*, p. 32). Ce document prend soin de rappeler que « nul ne peut être accusateur et juge ».

⁴ ESMEIN, *op. cit.*, p. 78.

⁵ C'est également l'opinion de Marie-Yvonne Crépin (M.-Y. CRÉPIN, « Le rôle pénal du ministère public », in J.-M. CARBASSE (dir.), *op. cit.*, p. 77, spéc. p. 82).

⁶ É. MATHIAS, « Le ministère public en Allemagne au XIX^e siècle », in J.-M. CARBASSE (dir.), *op. cit.*, p. 297, spéc. p. 302.

soit en même temps accusateur et juge »¹, ou encore que « les fonctions du ministère public sont, par leur nature même, incompatibles avec celles de juge »². La séparation des fonctions s'est progressivement améliorée pour isoler la phase d'instruction, car sa confusion avec la fonction d'accusation fait naître les mêmes doutes quant à l'impartialité de celui qui la mène : « Comment la partie qui avait formulé l'accusation pouvait-elle instruire avec impartialité ? (...) Quelle devait être l'autorité d'une partie presque toujours passionnée et qui agissait en sa propre cause ? »³. L'interdiction de la saisine d'office apparaît comme un principe traditionnel du droit, à cette époque⁴. Si le rattachement de cette organisation de la répression pénale au principe d'impartialité n'est pas systématique en doctrine⁵, il apparaît progressivement dans toute sa clarté en droit positif.

Cette particularité de la fonction répressive fait émerger un grief de partialité de nature différente, en ce qu'il est totalement fonctionnel : on peut certes considérer que c'est l'amour propre du juge qui exerce des fonctions d'accusation qui « est en quelque sorte intéressé à trouver des coupables »⁶, en ce qu'il est sujet à « cette fausse honte qui nous attache à nos

¹ Cass., 30 sept. 1826, *Bull. crim.* n° 195.

² Cass., 5 déc. 1850, *Bull. crim.* n° 410. V. encore Cass., 23 mars 1860, *Bull. crim.* n° 83.

³ F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code de l'instruction criminelle*, t. I, Paris, Plon, 1866, 2^e éd., p. 70. En ce qui concerne l'actualité de ce débat, v. D. COUJARD, « Le juge d'instruction, emblème d'une justice bancaire », *Gaz. Pal.*, 2014, n° 284, p. 11.

⁴ Dans sa longue étude sur la séparation des pouvoirs, Artur écrit que « la fonction de juger ne s'exerce que s'il a été saisi (...). Un des traits caractéristiques de la puissance de juger c'est qu'elle ne peut s'exercer d'elle-même : la machine jugeante est une machine inerte, passive, dont il est de son essence d'être passive (...). Le défaut d'initiative est indispensable chez le juge afin qu'il garde l'indifférence et l'impartialité désirables » (ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP*, 1900, t. XIII, p. 214, spéc. pp. 228-229).

⁵ Un certain nombre d'auteurs se bornent à rattacher cette organisation à l'idée de séparation des fonctions, sous-tendue par une idée d'efficacité. Toutefois, d'autres auteurs relèvent que l'impartialité du juge est garantie par le fait que « la liberté d'appréciation et de jugement de celui qui aura à se prononcer ne soit pas altérée par la crainte de se déjuger » (L. CADIET *et al.*, *op. cit.*, p. 607). Jhering notait déjà que la confusion des fonctions impliquée par l'ancienne procédure criminelle « devait contrarier le devoir d'impartialité » (JHERING, *L'évolution du droit (Zweck im Recht)*, trad. O. DE MEULENAERE, sur la 3^e éd. allemande, Paris, Marescq, 1901, p. 262). Ainsi, l'impartialité apparaît comme le « seul fondement véritable du principe séparatiste » (J. PRADEL, « Le magistrat qui, en qualité de membre de la chambre d'accusation a statué sur une requête en nullité, peut-il faire ensuite partie de la chambre des appels correctionnels ? », *D.*, 1996, p. 259).

⁶ DUPIN, « Législation et histoire du droit », in *La Thémis*, t. II, 1820, p. 209, spéc. p. 223. Les débats au sein du Conseil d'État précédant l'adoption du Code d'instruction criminelle de 1808 abonde également en ce sens, en ce qu'il vise à organiser la procédure de manière à ce qu'on ne puisse craindre « les préventions qu'une première manière de voir fait naître », car « l'amour-propre » peut porter le juge à « justifier ses premières démarches » (« Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 4 juin 1808 », in J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIII, Bruxelles, Librairie de jurisprudence Tarlier, 1836, p. 352, spéc. p. 353).

opinions »¹, mais il est malaisé de faire rentrer cette catégorie de grief dans la notion d'intérêt à l'affaire, telle que précédemment entendue. C'est ainsi que peut s'expliquer la spécificité du principe d'impartialité en matière répressive, en ce qu'il peut interdire le cumul, dans le chef d'une même personne, de fonctions considérées comme incompatibles².

L'Administration exerçant pour partie une fonction répressive, la question de l'impartialité de la personne habilitée à prononcer cette sanction se pose nécessairement en des termes identiques à la répression pénale³. Le régime juridique de la répression menée par l'Administration peut tendre vers le modèle instauré par la répression pénale, fondé sur la séparation des fonctions. À cet égard, certains textes visent à protéger l'impartialité de la procédure disciplinaire, bien que cet encadrement soit peu développé dans la période précédant la Seconde Guerre mondiale, le juge n'y aidant certes pas.

La dimension hiérarchique de la répression disciplinaire a toujours semblé faire obstacle à la séparation des fonctions d'accusation et de sanction, hors les cas où la répression est exercée par une juridiction. La solution généralement privilégiée dans le cas d'une répression hiérarchique est l'isolement de la fonction d'instruction, confiée à une instance collégiale, chargée de rendre un avis. Dans certains cas, toutefois, cette instance peut elle-même prononcer la sanction. Ainsi, certains textes organisant la procédure disciplinaire contiennent des dispositions visant à garantir son impartialité. Ces textes sont toutefois très modestes, tant par leur champ d'application très limité – en l'absence d'un statut général – que par l'ampleur de la garantie d'impartialité. Les procédures disciplinaires sont en effet

¹ Selon l'expression de Condorcet, qui s'interrogeait sur la question de savoir si la Convention nationale peut juger le roi : pour le philosophe, la réponse est sans aucun doute négative, en ce que la Convention serait « à la fois législatrice, accusatrice et juge », ce qui le conduit à se demander de manière rhétorique : « Quelle justice y aurait-il à donner pour juges, à un accusé, des hommes qui, forcés, pour le déclarer innocent, de renoncer à une opinion officiellement manifestée, seraient sûrs d'être accusés de perfidie ou de corruption (...) ? » (CONDORCET, « Opinion sur le jugement de Louis XVI », in *Œuvres de Condorcet*, t. XII, Paris, Firmin Didot, 1847, p. 269, spéc. p. 288 et s.).

² Mattias Guyomar considère à ce titre qu'il existe « un principe d'impartialité spécifique à la matière répressive », sans s'attarder sur les fondements d'une telle particularité (M. GUYOMAR, *op. cit.*, p. 94). Quentin Epron relève pour sa part la « singularité du "fait répressif" », dès lors qu'il s'agit de l'impartialité du détenteur du pouvoir d'infliger une sanction (Q. EPRON, « Les sanctions en droit administratif : Le cas des autorités administratives indépendantes », in C. CHAINAIS & D. LASZLO-FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, t. I, Paris, Dalloz, « L'esprit du droit », 2012, p. 517, spéc. p. 530).

³ Mourgeon la pose ainsi dans des termes similaires, notant sur ce point l'imperfection de la répression administrative : « C'est par souci d'offrir des garanties au justiciable que l'on a introduit le principe fondamental de la distinction entre autorités de poursuite, d'instruction et de jugement : peut-on être un juge impartial en même temps qu'un accusateur ? Peut-on réunir des preuves et des éléments suffisamment complets d'une appréciation impartiale si l'on est déjà accusateur ? Peut-on juger en toute liberté et en toute intime conviction si l'on est déjà familiarisé avec l'affaire par le biais de la recherche des preuves ? (...) Or, le droit administratif l'ignore comme principe. Parfois, elle est amorcée, pour des raisons techniques. Mais le principe est celui de la confusion des fonctions entre les mains d'une seule autorité » (MOURGEON, *op. cit.*, p. 441).

organisées par des textes très épars, pour autant qu'elles le soient. Parmi les dispositions organisant la procédure, on trouve des prescriptions lacunaires visant à garantir l'impartialité de la procédure. Elles font de surcroît l'objet d'une interprétation restrictive de la part du juge. Ainsi, l'article 21 du décret du 10 novembre 1903¹ prévoit la composition du conseil d'administration des subdivisions et compagnies de sapeurs-pompiers et dispose qu'il est compétent pour prononcer les sanctions les plus graves ; un alinéa prévoit alors le remplacement de toute personnes siégeant au conseil, dans le cas où elle est citée devant lui. Découlant du principe d'impartialité, cette disposition a fait l'objet d'une interprétation très stricte de la part du Conseil d'État, au début du XX^e siècle. En effet, elle a été utilisée par de nombreux requérants pour faire valoir des griefs de partialité objective, systématiquement rejetés par le juge administrative, en dehors de la lecture littérale de la disposition². D'autres cas de figure montrent que le Conseil d'État fait respecter l'impartialité de la procédure lorsqu'un texte le prévoit³. Sans texte, le juge administratif montre parfois clairement sa tendance à rejeter le grief de partialité invoqué par le requérant⁴. Certains textes prévoient toutefois des garanties relativement avancées en matière d'impartialité, mais souffrent d'un champ d'application pour le moins réduit : on peut trouver des textes interdisant à

¹ Décret du 10 nov. 1903 relatif à l'organisation des corps de sapeurs-pompiers, *JORF* du 13 nov. 1903, p. 6866.

² V. notamment CE, 27 juill. 1906, *Sieur Roure, Lebon* p. 686 (la circonstance que le requérant a été sanctionné par un conseil où siégeait un membre contre lequel une plainte avait été déposée et à laquelle le requérant avait été associé ne rend pas la procédure irrégulière) ; CE, 12 juill. 1907, *Sieur Jean Prade, Lebon* p. 655 (la circonstance que le requérant est mis en cause du fait de son attitude à l'égard de certains membres du conseil d'administration n'oblige pas ces derniers à se récuser) ; CE, 23 déc. 1910, *Mailler, Lebon* p. 992 (le sous-officier membre du conseil peut être remplacé par son propre frère, lorsqu'il doit comparaître) ; CE, 7 août 1911, *Dorange, Lebon* p. 970 (l'auteur de la plainte peut siéger au conseil s'il y est normalement habilité) ; CE, 28 déc. 1917, *Brugerolles, Lebon* p. 873 (le capitaine président du conseil peut siéger nonobstant le fait que le requérant a comparu pour avoir désobéi à ses ordres).

³ Il en est ainsi pour la répression disciplinaire des militaires, organisée par le décret du 8 nov. 1903 portant règlement d'administration publique sur les conseils d'enquête d'officiers (*JORF* du 10 déc. 1903, p. 6393) : l'article 12 de ce décret dispose que « lorsque le rapporteur a terminé une enquête, il consigne les résultats dans un rapport, sans faire connaître son opinion, et il adresse le dossier au président ». Cette disposition permet au Conseil d'État de déduire des conséquences visant à garantir l'impartialité de la procédure (v. notamment CE, 3 août 1900, *Sieur Bonfaute, Lebon* p. 523 ; CE, 20 juin 1913, *Channelière, Lebon* p. 702).

⁴ Cela est explicite dans un arrêt de 1907 : saisi de ce qu'un des membres du conseil de discipline « avait antérieurement fait partie d'un conseil d'enquête appelé à connaître de la même affaire », le Conseil d'État rejette le moyen en considérant « qu'en l'absence de toute disposition de loi ou de règlement » prohibant cette situation, la procédure est régulière (CE, 20 déc. 1907, *Caplain, Lebon* p. 962 ; *D.*, 1909, III, p. 64).

l'accusateur de siéger dans un conseil de discipline¹, ou encore s'opposant à ce que certains membres du conseil de discipline aient préalablement connu de l'affaire². Cependant, l'interprétation du Conseil d'État s'ouvre progressivement, à partir des années 1920, comme en matière d'intérêt à l'affaire : les textes sont lus de manière moins littérale, les solutions rendues plus favorables à la garantie objective de l'impartialité de la procédure disciplinaire, bien que cela reste embryonnaire et non systématique³.

Extérieure aux revendications des fonctionnaires demandant davantage de protection face à l'arbitraire administratif, la sanction administrative échappe très largement au mouvement de juridictionnalisation procédurale qui touche la répression disciplinaire⁴. Cela est peu étonnant étant donné les conditions de son émergence, évoquées plus haut. D'origine jurisprudentielle, elle est tributaire d'un contenu procédural que voudrait bien lui donner le juge, en dehors de tout texte, ce qui ne s'est pas produit avant la Seconde Guerre mondiale.

Il n'en demeure pas moins que les jalons de la garantie objective de l'impartialité de l'Administration sont posés dès cette époque, par des modalités très diverses, faisant intervenir le législateur, l'Administration « auto-organisée » et, en dernière analyse, le juge. Ce dernier apparaît en retrait face aux premiers, par ailleurs peu épris de systématisation ou de généralisation. Les changements de l'Après-guerre permettent toutefois au juge d'aller plus loin dans l'exercice de sa fonction.

¹ À titre d'exemple, l'article 25 de l'arrêté du 31 mars 1922 réglementant le personnel de la police prévoit que ne peut siéger le « fonctionnaire sur le rapport duquel ou sur la plainte duquel les poursuites disciplinaires ont été décidées » (v. CE, 18 oct. 1933, *Sieur Vaïttadin, Lebon* p. 924) ; le projet de loi sur le statut et le droit d'association des fonctionnaires de 1909 proposait la même disposition, ce qui lui aurait permis d'acquérir une portée plus générale. Une disposition similaire valait pour le personnel des agents domaniaux des eaux et forêts (art. 21 du décret du 30 août 1912 réglant l'avancement et la discipline dans le personnel des agents et des préposés domaniaux des eaux et forêts, *JORF* du 19 sept. 1912, p. 8181).

² Art. 7 du décret du 29 avril 1933 fixant le statut du personnel civil des établissements militaires, *JORF* du 1^{er} mai 1933, p. 4579 : « La présidence du conseil de discipline revient à l'officier le plus élevé en grade (...), lequel en outre ne devra pas avoir connu de l'affaire avant le renvoi de l'agent devant le conseil de discipline ».

³ Ainsi, dans un arrêt de 1929, le Conseil d'État semble interpréter plus favorablement la disposition contenue dans le statut du personnel d'une commune, précisant que « le conseil de discipline est composé, notamment, de trois employés ou ouvriers communaux pris dans la catégorie à laquelle appartient l'intéressé » : le fait qu'il ne se trouve pas, dans la commune, un nombre suffisant d'agents appartenant à cette catégorie, ne devait pas conduire le maire à faire appel à des agents d'une catégorie inférieure ; le Conseil précise que le maire devait faire appel à des agents de communes voisines, ou de ne pas compléter le conseil de discipline (CE, 5 juin 1929, *Sieur Dallennes, Lebon* p. 543). Toutefois, le Conseil d'État s'en tient à nouveau à une lecture littérale des textes, en 1938, en jugeant à nouveau que la circonstance que le membre d'un conseil de discipline peut y siéger quand bien même il aurait été mis en cause pas la personne invitée à comparaître (CE, 23 juill. 1938, *Sieur Bouchard, Lebon* p. 728).

⁴ Jean-Marc Sauvé remarque à ce titre que la répression administrative a longtemps été menée par « le couple traditionnel, formé par le ministre et le préfet et les autorités qui leur sont subordonnées » (J.-M. SAUVÉ, « Les sanctions administratives en droit public français », *AJDA*, 2001, n° spécial, p. 16).

Section 2 : Une matrice pour l'énonciation du principe général d'impartialité

L'ossature du principe d'impartialité, forgée avant la deuxième moitié du XX^e siècle, forme un tout qui, s'il manque de cohérence, n'en est pas moins solide en ce qu'il peut parfaitement être saisi de manière plus générale. Le juge de l'Administration procède de la sorte, ce qui a pour conséquence de faire naître un principe certes général, mais dont la valeur est liée à la position organique du juge administratif (I). Si certaines limites s'imposent ainsi au juge administratif, dans l'approfondissement des règles découlant de ce principe, l'étude de son contenu met en lumière une forte marge de manœuvre du juge (II).

I. Le champ d'application très général d'un principe à valeur modeste

Le principe d'impartialité de l'Administration gagne progressivement en cohérence, dans la deuxième moitié du XX^e siècle, pour devenir un principe jurisprudentiel de premier plan. Toutefois, son mode de création (A) autant que ses caractéristiques propres (B) viennent relativiser sa portée.

A. Un principe supplétif à valeur législative

Dans l'Après-guerre, du fait du renforcement de la position du juge administratif face à l'Administration, le principe d'impartialité gagne considérablement en généralité, pour apparaître progressivement comme un principe général du droit. Le Conseil d'État tend en effet « à soumettre l'ensemble de la vie publique française à une éthique dont il définit les éléments en dehors de tout texte écrit »¹. Il en résulte l'émergence d'une « théorie de principes généraux du droit », qui apparaît comme l'une des « constructions jurisprudentielles du Conseil d'État la plus curieuse et la plus audacieuse »².

¹ J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, chron. p. 21.

² M. LETOURNEUR, « Les "principes généraux du droit" dans la jurisprudence du Conseil d'État », *EDCE*, 1951, p. 19, spéc. p. 29.

Le principe d'impartialité s'inscrit ainsi dans ce qu'une partie de la doctrine a pu appeler le « code jurisprudentiel » de la procédure administrative¹. Cette tendance du juge administratif attire l'attention de la doctrine en ce que l'œuvre jurisprudentielle en question peut être considérée comme la « plus constructive »², ce qui permet à un ensemble, créé sans esprit de systématisation, d'acquiescer une plus grande cohérence³. Historiquement, la procédure administrative n'a pas fait l'objet d'une codification, jusqu'à une période récente, ce qui a abouti à ce que « sur le fondement plus ou moins lointain du droit écrit le juge administratif a dégagé explicitement ou implicitement de nombreux principes qui forment les éléments les plus solides d'une étude générale de la procédure non contentieuse »⁴. L'ordre juridique britannique a suivi la même évolution, après l'arrêt *Ridge v. Baldwin*⁵.

À cet égard, il convient de relever que le juge administratif semble avoir dégagé très tôt des règles multiples, d'application générale, permettant d'encadrer juridiquement la procédure administrative, là où le droit écrit est lacunaire. Ces règles valent ainsi lorsqu'elles ne sont pas écartées par un texte. Elles concernent notamment le fonctionnement des organismes collégiaux⁶ : le quorum, dont le Conseil d'État considère qu'en l'absence de texte, il est fixé à la majorité des membres, selon une « règle générale »⁷ ; mais également la régularité de la composition de l'organisme⁸, l'organisation de la suppléance⁹, ou le statut

¹ V. notamment, pour ce qui concerne la procédure consultative : J.-M. AUBY, « Le régime juridique des avis dans la procédure administrative », *AJDA*, 1956, p. 53. Isaac fait le même constat en ce qui concerne, cette fois, la collégialité (ISAAC, *op. cit.*, p. 510). Letourneur évoque pour sa part un « véritable Code jurisprudentiel de l'"administration consultative" » (LETOURNEUR, « Les principes généraux de la procédure administrative non contentieuse en France », *art. préc.*, p. 253). Pour Heilbronner et Drago, il y a dans la jurisprudence du Conseil d'État « une véritable théorie générale de la fonction consultative » (A. HEILBRONNER & R. DRAGO, « L'administration consultative en France », *RISA*, 1959, p. 57, spéc. p. 58).

² ISAAC, *op. cit.*, p. 274.

³ Lachaze dénonçait ainsi, en 1934, « l'esprit d'invention », voire de « fantaisie », qui prévalait en la matière (M. LACHAZE, « Le règne des conseils ou la polysynodie dans l'Administration française », *Rev. pol. et parl.*, septembre 1934, p. 483, spéc. p. 486). L'œuvre du juge permet d'atténuer le constat, encore d'actualité, selon lequel « le régime textuel des consultations est (...) terriblement dispersé » (X. BRAUD, « L'apport du juge administratif dans la détermination du régime juridique des avis consultatifs », in *Mél. R. Hostiou*, Paris, Litec, « Mélanges », 2008, p. 55).

⁴ J.-M. AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *art. préc.*, p. 28.

⁵ « Un code de procédure administrative se développe ainsi régulièrement et finira à l'évidence par acquiescer une grande importance » (SCHWARTZ & WADE, *op. cit.*, p. 245).

⁶ V. P. CARCELLE & G. MAS, « Les organismes collégiaux », *Rev. adm.*, 1964, p. 353.

⁷ CE, 19 mai 1911, *Sieur Béchou, président de la Commission administrative du bureau de bienfaisance de Saint-Rémy-sur-Durolle*, *Lebon* p. 596.

⁸ L'Administration ne peut, en l'absence de texte, faire siéger des membres avec voix consultative (CE, 12 nov. 1947, *Sieur Cassar et autres*, *Lebon* p. 419) ; *a fortiori* s'il s'agit de l'intéressé (CE, 28 janv. 1948, *Sieur Lacambre*, *Lebon* p. 36).

⁹ CE, 25 oct. 1957, *Société du parc à essence de Chambry*, *Lebon* p. 544.

particulier du président de l'organisme¹. Le juge fait également preuve d'une attention renforcée en matière de procédure disciplinaire, si l'obligation procédurale méconnue était constitutive d'une garantie². À ce titre, il rappelle l'existence de « principes généraux de la procédure disciplinaire »³.

C'est dans ce cadre que le principe d'impartialité accède au statut de principe général du droit, malgré les incertitudes qui, longtemps, entourent cette consécration. En effet, la Section du contentieux du Conseil d'État dégage explicitement un principe général du droit dans une affaire ayant trait à l'épuration administrative, en considérant que « les principes généraux du droit faisaient obstacle à ce que le Sieur Sporry eût à se prononcer sur des faits qu'il avait lui-même dénoncés », dans un arrêt *Bourdeaux* du 29 avril 1949⁴. Cet arrêt sera ultérieurement considéré comme l'arrêt fondateur du principe général d'impartialité, de manière quasi-unanime⁵. Toutefois, d'autres auteurs manifestent un certain scepticisme quant à la généralité du principe dégagé par cet arrêt, en ce qu'il est lié à une procédure répressive

¹ CE, 4 nov. 1949, *Sieur Joly*, *Lebon* p. 455.

² CE, 28 déc. 1913, *Sieur Gouzon*, *Lebon* p. 1161 (bien que la majorité des membres aient siégés au conseil de discipline, l'absence de délégués désignés par le conseil municipal et par le personnel entache la procédure d'une irrégularité) ; CE, 23 févr. 1948, *Ruche*, *Lebon* p. 177 (la composition d'un conseil de discipline ne peut varier au cours d'une même instance).

³ CE, 23 mars 1962, *Mast et Revers*, *Lebon* p. 202 ; *D.*, 1962, II, p. 400, note HAMON.

⁴ CE Sect., 29 avril 1949, *Sieur Bourdeaux*, *Lebon* p. 188.

⁵ V., parmi de nombreuses études, notes ou conclusions : D. COSTA, « L'influence du droit européen sur la procédure administrative française », *AJDA*, 2002, p. 1394 ; É. MITARD, *art. préc.* ; M. GUYOMAR, « Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative », *AJDA*, 2001, p. 518 ; A. LOUVARIS, « Impartialité des organes de régulation (à propos de la Commission bancaire) », *D.*, 2001, p. 2665 ; O. DORD, « Nomination au tour extérieur : la commission d'aptitude sur la selle », *AJDA*, 2014, p. 164 ; R. SCHWARTZ, « Question de l'indépendance et de l'impartialité de la juridiction du contentieux technique de la sécurité sociale », *AJDA*, 1998, p. 445 ; B. JOLY, « L'obligation d'impartialité de l'Administration », *Dr. fisc.*, 2009, comm. 90 ; J.-B. AUBY, « Écotaxe, impartialité de l'Administration, conseils », *Dr. adm.*, 2011, comm. 84 ; E. GLASER, « Principe d'impartialité et représentation des intérêts professionnels », *Dr. adm.*, 2008, comm. 47 ; J. MOREAU, « Pouvoirs des chambres régionales des comptes en matière de "contrôle de gestion" », *JCP Adm.*, 2007, 2291 ; A. FRIBOULET, « Les contours du principe d'impartialité appliqué au contrôle de la régularité de la procédure de passation d'un contrat public », *RJEP*, 2011, comm. 54 ; Y. AGUILA, « Le principe d'impartialité s'applique-t-il dans la phase d'instruction du permis de construire ? », *BJDU*, 2008, p. 105 ; S. SAUNIER, « Caractères essentiels du droit français de la procédure administrative », in J.-B. AUBY (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative*, *op. cit.*, p. 71, spéc. p. 75.

très particulière¹ et qu'il ne mentionne pas explicitement l'impartialité². Ce constat peut être renforcé par l'examen minutieux des textes organisant l'épuration administrative : il apparaît en effet que, selon un certain nombre d'arrêtés ministériels, les organismes consultatifs compétents en matière d'épuration ne peuvent siéger en présence d'un témoin ou d'un plaignant : l'arrêt *Bourdeaux* peut alors être conçu comme une extension du champ d'application d'une règle posée dans certains cas, non prévue dans d'autres³.

D'autre part, un arrêt rendu quelques jours auparavant par la Section du contentieux vient relativiser, pour la doctrine, la portée de l'arrêt *Bourdeaux*. Cette affaire, qui mettait en cause le fonctionnement d'une commission d'intégration, consultée à propos de la constitution d'un corps de fonctionnaires supérieurs – dont les effectifs peuvent provenir de l'École nationale d'administration nouvellement créée, ou, à titre exceptionnel, par intégration, au terme de la procédure en question. Le Conseil d'État réitère la solution rendue dans l'arrêt *Rodière* en considérant que la circonstance que certains membres de la commission se trouvaient en concurrence directe avec les requérants avait pour conséquence que les avis émis « ne pouvaient présenter les caractères de liberté et d'impartialité » que comportent les garanties instituées par le décret⁴. Malgré l'ampleur de la solution, il n'est pas question dans cet arrêt de principes généraux du droit, ce qui invite à la prudence, bien que cette technique jurisprudentielle ne soit pas bien ancrée dans la pratique décisionnelle du juge, à l'époque. La même solution sera appliquée dans d'autres espèces, parfois sans mention explicite de l'impartialité⁵.

¹ C'est notamment le cas de Benoît Jeanneau, qui rattache le principe ainsi dégagé à la « liberté de la défense » (B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, préf. J. RIVERO, Paris, Sirey, 1954, p. 89) ; cet avis est partagé par Michel Degoffe (DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *art. préc.*, p. 711). Toutefois, pour Jean-Marie Auby, « cette conception paraît inutilement restrictive et non confirmée par la jurisprudence » (AUBY, « Le régime juridique des avis... », *art. préc.*, p. 59). Pour Jean-Louis Autin et Frédéric Sudre, considérer que le principe d'impartialité constitue, en 1996, un principe général du droit, revient à jeter un « regard optimiste » sur la jurisprudence administrative (J.-L. AUTIN & F. SUDRE, « La dualité fonctionnelle du Conseil d'État en question devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1996, p. 777). Les auteurs en veulent pour preuve le caractère sectoriel des règles découlant du principe.

² Il faut toutefois relever que, pour des mêmes faits, le Conseil d'État considère dans un arrêt immédiatement ultérieur, que la présence d'un plaignant « entachait de partialité la composition du conseil d'enquête » (CE, 13 mai 1949, *Sieur Laguens*, *Lebon* p. 218).

³ L'article 5 de l'arrêté du ministre de l'Éducation nationale du 26 oct. 1944 prescrit par exemple que « les membres (...) des conseils académiques d'enquête ne pourront siéger dans les affaires où ils seront plaignants ou témoins » (v. par ex. CE, 19 mars 1948, *Guillon*, *Lebon T.*, p. 596).

⁴ CE Sect., 4 mars 1949, *Sieur Trèbes et autres*, *Lebon* p. 105 : *Rev. adm.*, 1949, p. 260, note LIET-VEAUX.

⁵ V. notamment CE, 20 janv. 1950, *Sieur Fabre*, *Lebon* p. 48.

Cependant, un arrêt rendu par l'Assemblée du Conseil d'État en 1951¹ semble confirmer que le principe d'impartialité est un principe général du droit, bien que cela procède d'un raisonnement *a contrario*. Les faits de l'espèce mettent cette fois-ci en cause le fonctionnement d'une commission de dégageant des cadres, dont le requérant conteste la régularité de la composition en ce qu'étaient présents en son sein des fonctionnaires de son grade, se trouvant par là en concurrence avec lui, au sens de l'arrêt *Trèbes*. Examinant ce moyen, le commissaire du gouvernement Delvolvé considère que le Conseil d'État a « invoqué » les principes généraux du droit, dans l'arrêt *Trèbes*. Il invite l'Assemblée du Conseil d'État à écarter le moyen en ce que la composition de la commission découle de la loi du 19 octobre 1946², qui a introduit le principe paritaire. Partant, le simple fait que les membres de la commission appartiennent au même grade que le fonctionnaire en cause – et que tout autre fonctionnaire qui le remplacerait serait dans la même situation – découle de l'application même de la loi, quand bien même la composition exacte de la commission serait fixée par voie réglementaire. Delvolvé considère, de manière générale, que « les principes généraux doivent céder devant les textes ». Toutefois, l'analyse des textes en présence montre que c'est bien devant la loi que le principe cède, le Conseil d'État rappelant dans son arrêt que « cette commission était composée conformément aux prescriptions législatives et réglementaires en vigueur ». Si certains auteurs ont pu voir dans cet arrêt un affaiblissement du principe d'impartialité³, c'est bien parce que « la loi devient lettre morte »⁴, que son application est écartée.

Ainsi, dès cette époque, on peut considérer que le principe d'impartialité « constitue un principe général de droit applicable même en l'absence de texte à toute procédure administrative »⁵. L'évolution qui conduit à cette consécration semble tout à fait classique, si

¹ CE Ass., 27 avril 1951, *Sieur Mélamède, Lebon* p. 228, concl. DELVOLVÉ : *D.*, 1951, p. 455, note JOSSE.

² Loi n° 46-2294 du 19 oct. 1946 relative au statut général des fonctionnaires, *JORF* du 20 oct. 1946, p. 8910.

³ C'est l'opinion de Josse, dans sa note (JOSSE, « Note sous CE Ass., 27 avril 1951, *Mélamède* », *D.*, 1951, p. 453).

⁴ DELVOLVÉ, *concl. préc.*, p. 228.

⁵ J.-M. AUBY, « Le régime juridique des avis... », *art. préc.*, pp. 58-59. C'est également l'avis de Letourneur : bien qu'il n'aborde qu'une partie du problème, il considère que l'impartialité fait partie des principes généraux du droit (LETOURNEUR, « Les "principes généraux du droit" dans la jurisprudence du Conseil d'État », *art. préc.*, p. 23). Marcel Waline y voit également un principe général du droit (WALINE, *Traité de droit administratif*, 8^e éd., *op. cit.*, p. 430). Anne-Marie Le Pourhiet considère que le principe d'impartialité est élevé au rang de principe général du droit « à partir de 1949 » (A.-M. LE POURHIET, *art. préc.*, p. 58), tout comme Jean Waline, qui voit dans l'arrêt *Trèbes* la consécration d'un principe général d'impartialité de l'Administration (J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, « Précis », 26^e éd., 2016, p. 327).

l'on suit Roger Latournerie, pour qui le juge se donne des principes « par des procédés qui, le plus souvent, ne s'appuient sur des textes que pour les dominer ou, plus exactement, qui, pour extraire l'essence juridique d'un texte, ne l'isole jamais du contexte, à la fois actuel et historique, où il puise son véritable sens »¹. À cet égard, il convient de relever que l'article 64 de la loi municipale est souvent rappelé, dans les conclusions de commissaires du gouvernement ou dans la doctrine, comme une sorte d'armature solide des solutions dégagées² ; il intervient de la même manière que l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 pour le principe des droits de la défense. Si la formulation explicite d'un principe d'impartialité faisant partie des principes généraux du droit ne date pas de cette époque, cela n'a rien de surprenant au regard de la consécration d'autres principes³. Cela n'empêche pas de considérer que le principe d'impartialité fait partie des principes généraux du droit, à moins d'adopter une définition « purement nominale » de ces derniers, dénoncée par Charles Eisenmann⁴.

La jurisprudence ultérieure confirmera la valeur du principe, malgré quelques hésitations sémantiques⁵ : le principe est général, en ce qu'il s'applique même en l'absence de

¹ R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », *art. préc.*, p. 203.

² V., entre autres, les conclusions de Cahen-Salvador sur l'arrêt *Rodière* ou les études portant sur la procédure administratives (J.-M. AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *art. préc.*, p. 31 ; ISAAC, *op. cit.*, p. 422 ; *idem*, « Le régime juridique des avis dans la procédure administrative », *art. préc.*, p. 58).

³ L'arrêt *Daudignac* de 1951 est classiquement considéré comme élevant la liberté du commerce et de l'industrie au rang des principes généraux du droit ; toutefois, la formulation retenue par le juge n'est pas explicite en ce sens (CE Ass., 22 juin 1951, *Daudignac, Lebon* p. 362 : *D.*, 1951, p. 589, concl. GAZIER ; *GAJA*, n° 61) ; il n'en va pas différemment du principe d'égalité, dans l'arrêt *Société des concerts du Conservatoire* (CE Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire, Lebon* p. 151 : *GAJA*, n° 60). René Chapus considère à ce sujet que « il ne faut pas attacher de conséquence à cette diversité terminologique » (R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 94).

⁴ C. EISENMANN, « Recension de B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative* », *RDP*, 1955, p. 798, spéc. p. 803. La définition purement nominale des principes généraux du droit est, selon l'auteur, la suivante : « Sont principes généraux du droit les règles que le Conseil d'État qualifie ainsi ». Or, selon cette définition, certaines règles peuvent être exclues de cette catégorie pour des raisons contingentes, ce qui n'est pas satisfaisant pour Eisenmann, qui préfère considérer que les principes généraux du droit sont « les règles de principe que les juges décident de leur propre autorité d'appliquer alors qu'aucune prescription législative ne les promulgue » (*ibid.*, p. 803).

⁵ Ainsi, dans un arrêt *Sieur Moreau*, la Section du Conseil d'État considère que le fait pour un géomètre-expert, chargé de la préparation d'un remembrement rural, d'être propriétaire d'un terrain situé dans le périmètre de remembrement est « contraire aux garanties d'objectivité que doit présenter (...) le technicien ». Dans ses conclusions, Guy Braibant considère que « la règle selon laquelle l'objectivité d'un agent ou d'un auxiliaire de l'administration ne doit pas prêter à suspicion a le caractère d'un principe général du droit ». Outre que les faits de l'espèce sont généralement subsumés sous le principe d'impartialité, on peut considérer que le « principe d'objectivité » n'a pas de réel contenu en droit français, dans la mesure où il s'agit, comme en l'espèce, d'impartialité (CE Sect., 13 nov. 1970, *Sieur Moreau, Lebon* p. 661, concl. BRAIBANT).

texte¹, là où le droit écrit est lacunaire². Par ailleurs, le Conseil d'État n'a pas été confronté, dans les hasards du contentieux et de par le fonctionnement propre au principe d'impartialité, à un décret qui violerait le contenu de ce dernier : la nécessité d'une consécration explicite d'un principe général comme fondement de l'annulation est alors moindre³. Bien que le Conseil d'État conclue à l'absence de violation, il résulte implicitement d'un arrêt *Sophie* de 1988 que le principe d'impartialité est à ranger parmi les principes généraux du droit⁴. Enfin, le principe d'impartialité objective a une dimension purement procédurale. Cette particularité étant difficilement appréhendée par le droit positif, on comprend les réticences du juge à mentionner explicitement un principe général du droit, là où il ne trouve à s'appliquer qu'en présence d'une procédure, l'expression de « principe général de procédure » n'étant que rarement consacrée en droit français⁵.

Toutefois, une caractéristique intrinsèque du principe peut faire douter de sa valeur, en ce qu'il peut être fréquemment écarté de manière implicite.

¹ Saisi de ce qu'un décret instituant une commission administrative ne contenait aucune disposition de nature à en garantir l'impartialité, le Conseil d'État écarte le moyen en rappelant qu'« il appartient à chacun de ses membres de respecter, même sans texte, les règles déontologiques qui régissent le fonctionnement de tout organisme collégial » (CE, 17 mai 1999, *Syndicat des avocats de France*, n° 181769, *Lebon T.* p. 585).

² L'exemple de la procédure d'élaboration des plans d'occupation des sols est particulièrement intéressant à cette égard : la procédure ne prévoit rien quant à l'impartialité des agents participant à leur élaboration, mais le Conseil d'État fait respecter l'impartialité en recourant au principe applicable sans texte (v. notamment CE, 21 avril 1982, *Société Omnium d'Entreprises Dumesny et Chapelle et C^{ie}*, n° 31175, *Lebon T.*, p. 777 : *AJDA*, 1982, p. 665, note BOUYSSOU ; CE, 30 avril 1982, *Association pour l'aménagement, la défense et l'expansion harmonieuse du site d'Antibes, Juan-les-Pins et ses environs*, n° 30983 : *AJDA*, 1982, p. 665, note BOUYSSOU).

³ Dans un arrêt de 1965, le Conseil d'État est saisi de la régularité d'un arrêté ministériel approuvant le règlement intérieur-type des comités techniques départementaux des transports. Saisi d'une disposition visant à garantir l'impartialité de ces organismes, le Conseil considère qu'elle « s'est bornée à faire application de l'obligation d'impartialité qui incombe aux Comités techniques départementaux comme à tout organisme administratif » (CE, 7 juill. 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers*, *Lebon* p. 413 ; v. également, pour une formulation similaire, CAA Bordeaux, 18 nov. 2002, *Mme Marchand et Syndicat CFDT des services de la santé et des services sociaux de la Gironde*, n° 99BX00805, inédit : *RFDA*, 2003, p. 721, concl. CHEMIN). Confronté à ce type de disposition dont le champ d'application est étroit, les rapporteurs publics ont fréquemment tendance à considérer que la disposition « ne fait que traduire le principe général d'impartialité », ce qui permet d'examiner le moyen (X. DE LESQUEN, « Concl. sur CE, 3 août 2011, *Société BLS*, n° 337127 », *RJEP*, 2012, comm. 11).

⁴ La circonstance invoquée – un conseil de discipline présidé par un magistrat ayant présidé la juridiction appelée à se prononcer sur les poursuites pénales engagées contre le requérant – n'est pas en elle-même contraire à l'impartialité ; le Conseil d'État considère qu'elle « n'est, par elle-même, contraire à aucun principe général du droit » (CE Sect., 27 avril 1988, *Sophie*, n° 66650, *Lebon* p. 160, concl. HUBAC : *AJDA*, 1988, p. 446, note AZIBERT & BOISDEFRE). Certains auteurs y voient au contraire la négation de la valeur du principe, ce qui semble procéder d'une confusion entre sa valeur et son contenu (v. notamment J.-M. MAILLOT, *La théorie administrative des principes généraux du droit*, préf. J.-L. AUTIN, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibl. des thèses », vol. 26, 2003, p. 354).

⁵ Si cette expression est utilisée par le Conseil d'État, elle se réfère uniquement à la procédure juridictionnelle, au côté de l'expression plus usitée de « règle générale de procédure » (v., sur ce point, J. SIRINELLI, « Les règles générales de procédure », *RFDA*, 2015, p. 358).

B. Une exigence implicite butant sur la répartition des compétences

Si le principe d'impartialité apparaît de façon aussi discrète dans la jurisprudence administrative, c'est parce que les règles en découlant sont très peu prises en compte par les autorités législatives ou réglementaires, dans l'édition du droit écrit. Pourtant, le droit écrit qui instaure une procédure, s'il ne prévoit pas expressément des garanties d'impartialité, peut difficilement s'en passer.

L'impartialité apparaît en effet comme une condition de l'effet utile des procédures instaurées par les textes. C'est ainsi que la jurisprudence considère qu'un défaut d'impartialité d'un agent participant à la procédure « empêchait (...) le règlement de recevoir son application »¹, ou qu'il est « inconciliable avec les garanties que le texte a entendu donner »². Il en ressort qu'un texte instituant une procédure exige un certain caractère d'impartialité, quand bien même ce dernier ne serait pas explicitement garanti par une disposition écrite, sans lequel l'acte ne « pourrait pas être regardé comme ayant été régulièrement rendu »³.

Le principe d'impartialité vise alors à « la préservation de l'incertitude véritable quant à l'issue de la procédure » et à sauvegarder « la confiance dans le caractère ouvert » de celle-ci⁴. C'est ainsi que nombre d'auteurs, lorsqu'ils étudient une procédure particulière, considèrent que l'impartialité est « la condition de [s]a portée utile »⁵, ou que la procédure « ne trouve véritablement sa pleine signification » que si le décideur est impartial⁶. Sa méconnaissance place en effet l'agent « hors de portée du débat »⁷ ; l'existence d'un défaut

¹ CE, 10 févr. 1922, *Aldeguer et Branlière*, préc.

² CE Sect., 11 janv. 1935, *Sieur Varenne, Lebon* p. 43.

³ CE, 13 oct. 1961, *Dame Blake, Lebon* p. 564 ; v. encore CE Sect., 20 avril 1951, *Sieur Barthe, Lebon* p. 205.

⁴ LUHMANN, *op. cit.*, pp. 129-130. V. également E. SCHMIDT-AßMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Berlin, Springer, « Enzyklopädie der Rechts », 2004, 2^e éd., p. 370 et s.

⁵ C'est l'opinion de Pascale Idoux, à propos de la procédure contradictoire (P. IDOUX, *op. cit.*, p. 715). Mattias Guyomar exprime la même idée lorsqu'il affirme que « nous sommes convaincus que l'exigence d'impartialité rejoint le bon sens lorsqu'elle vise à éviter que l'issue d'une procédure soit décidée indépendamment du débat contradictoire » (M. GUYOMAR, « Concl. sur CE, 30 juill. 2003, *Banque d'escompte et Wormser frères réunis* », *LPA*, 20 févr. 2004, p. 3).

⁶ C. EISENMANN, « La justice dans l'État », in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La Justice*, Paris, PUF, « Bibl. des centres d'études supérieures spécialisés », vol. 7, 1961, p. 11, spéc. p. 21).

⁷ FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *art. préc.*, p. 54. Le même auteur réaffirme clairement la fonction du principe d'impartialité, en procédure juridictionnelle : « Si (...) la cause est entendue par avance, que la partie, qui succombe ou triomphe, est d'ores et déjà désignée, alors il n'y a plus au sens littéral de justice : ce n'est qu'une mascarade » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit à un tribunal impartial », in M.-A. FRISON-ROCHE, R. CABRILLAC & T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2012, 18^e éd., p. 557, spéc. p. 558).

d'impartialité dans le chef d'un des agents participant à l'édition de l'acte rend vaine l'instauration d'une procédure, censée éclairer l'Administration ou conférer un garantie à l'administré. L'impartialité des agents peut alors être considérée comme une des conditions de la « réelle valeur » de la procédure suivie par l'Administration pour parvenir à la détermination de sa volonté¹. L'effort du juge administratif est ainsi résumé par Marceau Long : « Au-delà des textes, vous contraignez l'Administration à respecter, dans la composition des commissions, certains principes d'impartialité : vous n'admettez pas que les garanties données par la consultation soient faussées par les préventions de l'un des ses membres, préventions favorables ou défavorables »². C'est alors qu'on peut considérer que les règles découlant de ce principe font partie des « techniques visant à s'assurer que les procédures prévues sont significatives », bien qu'il y ait toujours une possibilité de « "garantie symbolique" » et de « manipulation cynique des procédures de la part d'un décideur qui n'a aucune intention de se laisser convaincre et dont l'esprit est fermé »³. L'enjeu est alors d'éviter que la procédure juridique ne se transforme en un « théâtre d'ombres », du fait de l'état d'esprit des agents participant la décision formalisée⁴, enjeu manifesté dans certaines décisions du Conseil d'État⁵.

C'est dans cette mesure que le principe d'impartialité est véritablement général : il trouve à s'appliquer à toute procédure, afin de garantir son utilité. Son champ d'application

¹ PREMIER MINISTRE, « Directive relative à l'information du public et à l'organisation des enquêtes publiques », *AJDA*, 1976, p. 381 : « On ne saurait trop insister sur l'importance que revêt le choix du commissaire enquêteur ou des membres de la commission d'enquête. Il est de l'intérêt aussi bien de l'administration que du public que la ou les personnes désignées soient en mesure d'accomplir leur mission avec dynamisme, impartialité et compétence. C'est une des conditions pour que l'avis émis sur l'utilité publique de l'opération envisagée ait une réelle valeur » (p. 382).

² M. LONG, « Concl. sur CE, 9 juill. 1956, *Gouverneur général de l'Algérie* », *AJDA*, 1956, II, p. 383. De même, pour René Hostiou, la sanction du principe d'impartialité vise à protéger la « finalité même de la procédure » (HOSTIOU, *op. cit.*, p. 265).

³ DE SMITH *et al.*, *op. cit.*, pp. 376-377 (« techniques to ensure that procedures provided are meaningful » ; « There is always room for "symbolic reassurance", and for the cynical manipulation of procedural forms on the part of a decision-maker who has no intention of being persuaded and whose mind is closed »). Les mêmes auteurs considèrent plus loin que la garantie de l'impartialité du décideur vise à éviter que la procédure ne soit qu'une « comédie », ou un « rituel ».

⁴ Selon l'expression de Laurent Richer, commentant l'émergence de dispositions visant à garantir l'impartialité d'une procédure particulière, la passation d'un marché public (L. RICHER, « La transposition des règles sur les exclusions et les conflits d'intérêts », *Contrats-marchés publ.*, 2015, dossier 9).

⁵ Le Conseil d'État considère, en 2010, que les garanties de procédure en matière fiscale « doivent pouvoir être exercées par le contribuable dans des conditions ne conduisant pas à ce qu'elles soient privées d'effectivité », ce qui implique la garantie de l'impartialité de la procédure, afin de ne pas la « priver d'utilité » (CE, 5 mai 2010, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ SCI Agora Location*, n° 308430, *Lebon* p. 150 : *Dr. fisc.*, 2010 comm. 421, concl. COLLIN, note ANGOTTI ; *Procédures*, 2010, n° 7, comm. 301, note AYRAULT).

n'est dès lors pas lié à un critère matériel, comme pourraient l'être d'autres exigences procédurales, comme le principe du contradictoire. Le droit britannique a longtemps cantonné le déclenchement d'obligations procédurales, en liant leur application à la notion de « quasi contentieux », conception qui a fait long feu en droit positif¹ : « Il est désormais bien établi qu'un organisme auquel la loi confère un pouvoir discrétionnaire doit décider de manière équitable »². La notion fonctionnelle de quasi contentieux apparaît alors comme un « piège » qui se referme sur les tribunaux qui l'avaient créée³. Cette notion a eu peu d'écho en doctrine française, moins encore en droit positif⁴.

C'est également dans cette mesure que le principe n'est pas fondamental : il n'impose, par lui-même, que des exigences qui semblent contingentes et circonstanciées, en régissant la mise en œuvre concrète des procédures. D'où une relativisation de sa valeur par une partie de sa doctrine : examinant le droit interne, Jean-Louis Autin et Frédéric Sudre considèrent que « l'exigence d'impartialité y tient une place modérée et d'ailleurs incertaine »⁵. Pour René Hostiou, dans le champ du droit des enquêtes publiques, l'impartialité apparaît comme

¹ Cette conception à laquelle l'arrêt *Ridge v. Baldwin* est venu mettre un terme, a pu être considérée comme une « hérésie » (Lord Denning in *R. v. Gaming Board for Great Britain, ex p. Benaim* [1970] 2 All ER 528, p. 533). Elle était d'autant plus surprenante, au regard de considérations historiques : « Il était naturel que le principe d'impartialité trouvât à s'appliquer de manière générale aux fonctions de juge de paix, qu'elles soient judiciaires ou administratives, et, par ce biais, le principe s'est immédiatement adapté à l'action administrative. Ainsi, au cours des XVIII^e et XIX^e siècles, à l'époque où l'administration locale était majoritairement entre les mains des juges de paix, beaucoup de leurs décisions étaient annulées pour partialité, dans des domaines tels que l'administration de la voirie, de la loi sur les indigents et des autorisations de débit de boisson » (WADE, *op. cit.*, p. 475). Pour une remise en cause virulente de la notion, v. ROBSON, *op. cit.*, p. 495.

² Lord Denning in *Breen v. Amalgamated Engineering Union* [1971] 2 QB 175. Lord Denning a été, à son époque, le plus grand tenant du dépassement de la notion de quasi contentieux.

³ « Dans les années 1950, les tribunaux tombèrent dans leur propre piège, dans deux affaires notables d'autorisations administratives, dans lesquelles ils décidèrent que l'autorisation (...) pouvait être retirée sans audition préalable, dans la mesure où ce retrait était simplement administratif et non judiciaire » (SCHWARTZ & WADE, *Legal Control of Government*, Oxford, Clarendon Press, 1972, p. 243 ; les affaires dont il est question sont les arrêts *Nakkuda Ali v. Jayaratne, préc.* ; et *R. v. Metropolitan Police Commissioner ex p. Parker* [1953] 1 WLR 1150).

⁴ Cette expression apparaît brièvement sous la plume d'Hauriou, dans la 10^e édition de son *Précis*, (*op. cit.*, p. 890), pour disparaître dans la 12^e, recevant en cela la critique que lui adresse Pierre de Font-Réaulx (P. DE FONT-RÉAULX, *Les pourvois devant le Conseil d'État contre les décisions des autres tribunaux administratifs*, Paris, Sirey, 1930, p. 250). On apprend par ailleurs qu'elle a été empruntée à Dicey (v. H. PUGET, « Le recours quasi-contentieux en droit comparé », *RIDC*, 1953, p. 255). Elle est parfois utilisée en doctrine pour décrire le « débordement » d'exigences procédurales dans le domaine administratif, faisant alors l'objet d'une critique virulente des auteurs défendant une conception autonome de la procédure administrative (v., entre autres, ISAAC, *op. cit.*, p. 35 : « La conception du "quasi-contentieux" (...) exprime la tendance à rendre compte du débordement de la procédure hors du domaine de la juridiction tout en préservant le monopole théorique de la juridiction sur le plan procédural » ; LANGROD, « Procédure administrative... », *RISA, art. préc.*, p. 70 : la notion n'est au fond « pas autre chose qu'une démission élégante de toute prise de position théorique de principe »).

⁵ J.-L. AUTIN & F. SUDRE, « La dualité fonctionnelle du Conseil d'État en question devant la Cour européenne des droits de l'homme », *art. préc.*, p. 777.

« l'Arlésienne », dont « l'ineffectivité contentieuse est désormais avérée »¹. Ainsi, un certain nombre d'études consacrées à la procédure administrative n'incluent pas le principe d'impartialité².

Bien qu'elle n'apparaisse que très rarement, la raison sous-tendant les constats de la modestie du principe d'impartialité est très simple : la mise en œuvre du principe implique que la personne soupçonnée de partialité ne participe pas au processus décisionnel, ce qui, *in fine*, revient à remettre en cause sa compétence – au sens du pouvoir de prendre certains actes. Or, ce « pouvoir de vouloir exclusivement dans les limites fixées par la loi »³ est règlementé de manière particulière, en droit administratif : « La règle fondamentale qui domine le fonctionnement de notre Administration est qu'aucun agent administratif ne peut faire un acte juridique au nom d'une collectivité administrative s'il n'est investi préalablement de la compétence correspondante. Pour être à même d'agir sur le plan du droit, un agent doit donc être rendu "capable" par cette habilitation qu'est la compétence. Cette règle, premier aspect du principe de la légalité qui régit toute l'action administrative, constitue la base de tout notre ordre administratif »⁴. De cette conception de la compétence en droit public résulte un consensus : « La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que ces délégations de compétence forment une exception et qu'un fonctionnaire ne peut faire une

¹ R. HOSTIOU, « Le commissaire-enquêteur ne doit avoir aucun intérêt personnel ou fonctionnel à l'opération soumise à enquête publique », *AJDA*, 1996, p. 465. Il faut toutefois relever que cet auteur a une conception particulièrement restrictive de l'impartialité : la prohibition de l'intérêt personnel dans le chef du commissaire enquêteur est, selon cet auteur, à ranger du côté de la garantie de l'indépendance de cet agent, ce qui est curieux ; on comprend mieux que l'impartialité ne joue qu'un rôle très restreint, dans la mesure où elle est réduite à son aspect subjectif – c'est-à-dire à sa sanction *a posteriori*, en cas de manquement.

² V., pour l'exemple le plus typique, C. WIENER & M. LE CLAINCHE, *Le Citoyen et son administration*, préf. G. BRAIBANT, Paris, Imprimerie nationale, 2000, p. 144 : « En France, depuis la fin des années soixante-dix, on assiste à un effort notable pour rendre l'administration plus transparente et accorder aux citoyens un certain nombre de garanties nouvelles. La plupart du temps, cela passe par l'institution de règles de procédure : si le formalisme de la prise de décision s'en trouve accru, la qualité l'est aussi. Les principales garanties procédurales entourant l'édition de l'acte administratif sont la procédure contradictoire, la motivation et la publicité » ; v. également LOPEZ-RODO, *art. préc.*, p. 607.

³ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1911, 2^e éd., p. 133. Duguit affirme ailleurs que « ce pouvoir qui appartient à chaque organe ou agent, de vouloir un certain nombre de choses dans un certain domaine forme sa compétence » (DUGUIT, *Traité...*, t. II, 3^e éd., *op. cit.*, p. 377).

⁴ F.-P. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 470. Pour Hauriou, la détermination et la circonscription des compétences des agents publics est la première condition de la modération de l'exercice du pouvoir (HAURIOU, « Note sous TC, 22 avril 1910, *Préfet de la Côte-d'Or c/ Abbé Piment* », *Juris. adm.*, t. I, p. 604, spéc. p. 612).

délégation totale ou partielle de ses pouvoirs que si une loi ou un règlement le lui permettent, et dans la mesure et sous les conditions où ils le lui permettent »¹.

Le pouvoir de prendre un acte est alors limité, de manière logique, par le principe d'indisponibilité des compétences², principe « évident »³ du droit public et « inhérent à tout exercice de prérogatives »⁴. Si certaines interrogations doctrinales subsistent quant à la teneur de ce principe⁵, notamment au niveau constitutionnel⁶, celui-ci fait l'objet d'un énoncé positif limpide en droit administratif.

Une autorité publique investie d'une compétence ne peut en disposer, c'est-à-dire s'en déposséder, ne serait-ce que temporairement et partiellement, que si la possibilité lui en a été expressément conférée par une disposition normative d'un niveau approprié.⁷

En d'autres termes, si la loi confie le pouvoir de prendre un acte à une autorité déterminée, seule la loi peut organiser l'exercice de ce pouvoir par une autre personne ; à

¹ DUGUIT, *Traité...*, t. III, 1921, *op. cit.*, p. 144. Pour Hauriou, la délégation constituait la « plaie du droit constitutionnel français » lorsqu'elle est entendue comme source du pouvoir (HAURIOU, *Principes...*, *op. cit.*, p. 419).

² Locke le formulait déjà, à propos du législateur : « La compétence du pouvoir législatif procède du peuple en vertu d'une concession et d'une institution spéciale et s'identifie nécessairement à l'objet de cette concession ; comme il s'agit seulement de faire des lois et non des législateurs, le pouvoir législatif ne peut jamais aliéner l'autorité en vertu de laquelle il légifère, ni la placer dans d'autres mains » (LOCKE, *Deux Traités du Gouvernement*, trad. B. GILSON, Paris, Vrin, « Textes philosophiques », 1997, p. 217).

³ G. TUSSEAU, « L'indisponibilité des compétences », in AFDA, *La compétence*, Paris, Litec, « Colloques et débats – Travaux de l'AFDA », 2008, p. 101. V. encore F. ROLLIN, « Chronique des thèses », *RFDA*, 2013, p. 911. Cette évidence découle de ce qu'un norme qui établit un pouvoir « interdit implicitement mais nécessairement » la délégation à une personne tierce (A. ESMEIN, « De la délégation du pouvoir législatif », *Rev. pol. et parl.*, 1894, p. 200, spéc. p. 203).

⁴ J.-M. MAILLOT, « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA*, 28 sept. 2004, p. 3.

⁵ V. notamment P. AZOUAOU, *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Paris, Mare & Martin, « Bibliothèque des thèses », 2015, 732 p.

⁶ Esmein posait déjà la question de la délégation du pouvoir législatif, en 1894, en affirmant qu'aucun titulaire d'un pouvoir « n'en a la disposition, mais seulement l'exercice » (A. ESMEIN, *art. préc.*, p. 203). Il apparaît cependant que cette délégation peut être organisée par la Constitution. Toutefois, la question se pose sous un autre jour, au sujet du pouvoir de révision de la Constitution : à ce sujet, v. A. ROSS, « À propos de l'auto-référence et d'une énigme du droit constitutionnel », in *idem*, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. É. MILLARD & E. MATZNER, Paris, LGDJ, « La pensée juridique », 2004, p. 231.

⁷ CE Ass. gén., 13 févr. 2007, avis n° 373788, *EDCE* 2007, p. 228, spéc. p. 230 : *Contrats-marchés publ.*, 2008, comm. 70, note ECKERT.

défaut, l'acte sera entaché d'incompétence. Seule la norme habilitante ou une norme du même « niveau » peut le prévoir¹.

Le principe d'impartialité est alors tributaire de l'ouverture du système administratif à l'exigence d'impartialité apparente : le juge ne pourra imposer son respect que dans la mesure où l'indisponibilité des compétences n'y fait pas obstacle. À cet égard, on comprend que le principe se développe facilement dans le cadre de la collégialité, soumise à des exigences moindres en la matière ; en revanche, dès lors qu'il est question d'une autorité unipersonnelle, le principe d'impartialité est inopposable, sauf prescription législative expresse. L'acte ne pourra alors être annulé qu'en cas de méconnaissance effective de l'impartialité². Cela implique donc que le législateur ait expressément prévenu le risque de partialité en autorisant un agent normalement compétent à se dessaisir de son pouvoir dans le cas où son impartialité pourrait être suspectée. Or, le droit écrit a longtemps été très en retrait à ce sujet. En effet, la seule disposition législative instituant un tel mécanisme pour une autorité unipersonnelle a longtemps été l'article L. 421-1-5 du Code de l'urbanisme, introduit par les premières lois de décentralisation – aujourd'hui, l'article L. 422-7 du même code.

Si le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale est intéressé au projet faisant l'objet d'une demande de permis ou de déclaration préalable, soit en son nom personnel, soit comme mandataire, le conseil municipal de la commune ou l'organe délibérant de l'établissement public désigne un autre de ses membres pour rendre la décision.

Cette disposition, largement inspirée de la garantie de l'impartialité des conseils municipaux, permet alors de déroger à la répartition normale des compétences, par habilitation législative expresse. Elle permet au maire de se dessaisir d'une compétence en cas de partialité présumée. Toutefois, si le maire évalue son intérêt à l'affaire de manière erronée, l'acte pris par le délégataire est entaché d'incompétence³. Dans tous les autres cas, un agent

¹ Ainsi, dans un arrêt du 8 décembre 2000, le Conseil d'État juge qu'un arrêté pris conjointement par le ministre de l'éducation nationale et par le ministre de la défense, en application d'un décret disposant que l'arrêté doit être pris par le ministre de la défense, est entaché d'incompétence (CE, 8 déc. 2000, *Association pour l'égalité républicaine à l'école polytechnique*, n° 220401, *Lebon* p. 576 : *Dr. adm.*, 2001, comm. 55). Le principe d'indisponibilité interdit également à une autorité de déléguer son pouvoir, sauf disposition expresse : si un ministre peut librement demander l'avis d'une commission, il ne peut lui déléguer son pouvoir de décision (CE, 25 févr. 1949, *Sieur Roncin*, *Lebon* p. 92).

² Jacques Mourgeon effleure cette difficulté, lorsqu'il affirme, dans le cadre de la répression administrative, que « pour apporter des garanties à la personne poursuivie, il ne suffit pas d'obliger à se prononcer compétemment ; il faut, en outre, obliger à se prononcer impartialement (...). Lorsque l'autorité en cause est une autorité active unique, la sanction de cette obligation peut être trouvée dans l'annulation pour détournement de pouvoir. Mais le problème est plus complexe lorsque l'autorité est collégiale » (MOURGEON, *op. cit.*, p. 449).

³ CE, 3 juill. 2009, *Mmes Lelin*, n° 321634, *Lebon T.* p. 992 : *BJDU*, 2009, p. 285, concl. GEFFRAY ; *LPA*, 14 sept. 2009, note DUTRIEUX.

dont la compétence est fixée par la loi ne peut s'en dessaisir au profit d'une tierce personne, fût-il intéressé à l'affaire.

L'ordre juridique britannique est confronté à la même exigence, ce qui l'a conduit, de manière plus consciente qu'en droit français, à élaborer une doctrine spécifique au problème : le *case of necessity*¹. Cette doctrine fort ancienne « permet à un décideur autrement disqualifié de décider dans une affaire où aucune autre personne ne le peut »². En effet, « il y a beaucoup de situations où aucune substitution n'est possible, dans la mesure où personne d'autre n'est compétent pour agir. Les règles de justice naturelle doivent alors céder le pas à la nécessité, car autrement, il n'y a aucun moyen de parvenir à une décision, et les rouages de la justice ou de l'administration cesseraient de fonctionner »³. L'exposé de cette doctrine est dès lors partie intégrante de toute présentation du principe d'impartialité. Si cette règle n'est pas reliée à l'indisponibilité des compétences, celle-ci est bien la justification sous-jacente, dans la mesure où certains auteurs notent que cette règle peut être opposée à un décideur unique, mais aussi à un décideur faisant partie d'une instance collégiale, si son absence devait conduire à la violation des règles de quorum⁴. Par ailleurs, cette règle ne peut être invoquée en cas de difficultés matérielles à procéder à la substitution, mais seulement en cas d'impossibilité

¹ Parfois également désignée comme la « *rule of necessity* » (K. C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, t. II, Saint Paul, West Publishing, 1958, p. 162 ; G. FLICK, *op. cit.*, p. 174), ou la « *doctrine of necessity* ». L'expression de *Case of necessity* provient de l'arrêt *Dimes v. Grand Junction Canal (préc.)* : s'il est admis que le juge ayant un intérêt à l'affaire ne peut siéger dans l'instance collégiale, il peut prendre certains actes préparatoires, en ce qu'il est le seul habilité à le faire.

² R. R. S. TRACEY, « Disqualified Adjudicators : The Doctrine of Necessity in Public Law », *Public Law*, 1982, p. 628 (« Allow an otherwise disqualified adjudicator to hear and dispose of a case when no other qualified person is available »). Certains auteurs font remonter l'application de cette règle au XV^e siècle : en 1429, le Chancelier d'Oxford a pu décider dans une affaire où il était partie, car « aucune disposition ne prévoyait la désignation d'un autre juge » (HAMMOND, *op. cit.*, p. 99 ; v. également M. HURWITZ, « Judges and the Rule of Necessity : *Ignacio* and the Ninth Circuit's Judges », *The Justice System Journal*, 2007, p. 241 ; pour plus de détails sur cette affaire « curieuse » : F. POLLOCK, *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*, London, Macmillan, 1896, p. 253 et p. 261).

³ WADE, *op. cit.*, p. 479 (« There are many cases in which no substitution is possible, since no one else is empowered to act. Natural justice then has to give way to necessity, for otherwise there is no means of deciding and the machinery of justice or administration will break down »).

⁴ V. DE SMITH *et al.*, p. 544. D'autres auteurs rattachent cette doctrine de la nécessité à la primauté du droit ou à la prohibition du déni de justice (v., entre autres, S. LAVALLÉE & D. LEMIEUX, « La multiplicité des rôles du ministre de l'Environnement s'oppose-t-elle à l'exigence de l'impartialité ? », *Les Cahiers de droit*, 2003, p. 73, spéc. p. 93) ; ou encore à l'efficacité de l'administration (R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, t. I, Québec, Presses de l'Université de Laval, 1974, p. 1387). Certains auteurs rattachent cependant ce cas de figure à l'indisponibilité des compétences, formulée selon l'adage traditionnel : *Delegatus non potest delegare* (v. WADE & FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 11^e éd., p. 260 et 396).

juridique¹. La « stricte règle de la nécessité » découle ainsi clairement de l'application des dispositions législatives, parfois lacunaires en matière d'impartialité².

Partant, il est aisé de comprendre la modestie fréquemment évoquée du principe d'impartialité, qui est liée à sa valeur : il ne saurait conduire le juge administratif à remettre en cause les dispositions expresses d'une loi, en réorganisant l'attribution des compétences que cette dernière avait prévue. D'où une longue « indifférence de l'organisation administrative » à l'impartialité, qui trouve sa source dans le fait que le législateur doit être un minimum conscient des risques de partialité dans l'Administration³. Faute d'un texte supra-législatif permettant de faire obstacle à l'application de la loi, le juge administratif se trouve démuné face à la répartition législative des compétences. Par ailleurs, si le juge est limité par la répartition des compétences, le contenu du principe d'impartialité est quant à lui tributaire de l'interprétation que celui-ci veut bien lui donner.

II. La consolidation du contenu d'un principe centré sur les liens d'intérêts

Si la valeur du principe jurisprudentiel d'impartialité ne fait pas de doute, le contenu de ce principe apparaît variable, en ce qu'il dépend de l'interprétation qu'en donne le juge. À ce titre, le principe apparaît principalement centré sur l'intérêt personnel des agents, organes de l'Administration (A), alors que d'autres considérations semblent plus difficilement incluses dans son contenu (B).

A. *L'intérêt personnel des agents, cœur du principe d'impartialité de l'Administration*

La détermination de l'intérêt général étant subjective lorsqu'elle est discrétionnaire, il importe que les intérêts privés des agents compétents pour procéder à cette détermination n'interfèrent pas dans ce processus. Telle est la signification des dispositions prohibant la

¹ V. TRACEY, *art. préc.*, p. 633.

² L'expression provient d'un arrêt de la Cour d'appel états-unienne du huitième circuit, rendu en 1944 : examinant un moyen contestant l'impartialité des membres de la *Federal Trade Commission*, la Cour considère que « le *Federal Trade Commission Act* établit la composition de la Commission et ne contient aucune disposition permettant de renvoyer une affaire à une autre autorité. La "stricte règle de la nécessité" obligeait alors la commission à intervenir dans la procédure » (*Loughran v. Federal Trade Commission*, 143 F.2d, 8^e cir., 1944).

³ M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *art. préc.*, p. 715. Le même auteur, s'il ne fait pas référence à l'indisponibilité des compétences, n'admet pas moins la nécessité d'une intervention législative pour pallier certains risques de partialité.

participation aux décisions des agents personnellement intéressés. Une telle disposition a déjà été posée par la loi, en 1855, pour les conseils municipaux. Elle porte en elle une garantie spécifique de l'impartialité objective de l'Administration. Elle régit depuis lors le fonctionnement d'un nombre croissant d'autorités, de manière plus générale, mais toutefois sectorielle. Son édicition est souvent la conséquence des avancées du principe sur le plan jurisprudentiel. Il en est ainsi du droit des enquêtes publiques : si le décret du 2 mai 1936 se contente de préciser que « le commissaire enquêteur et les membres de la commission d'enquête (...) sont choisis notamment parmi les propriétaires, négociants, armateurs, chefs d'établissements industriels », cela n'empêche pas le Conseil d'État d'intégrer très discrètement la garantie de l'impartialité du commissaire enquêteur, dans son contrôle jurisprudentiel. Il y procède en affirmant, implicitement mais nécessairement, que l'impartialité du commissaire enquêteur fait partie des conditions de la légalité de la procédure¹. Toutefois, une telle affirmation s'apparente à un vœu plutôt qu'à une obligation, dans la mesure où, dans les affaires où le commissaire désigné a effectivement un intérêt à l'opération, le Conseil d'État ne peut que se contenter d'affirmer que la désignation en cause est « regrettable », sans pour autant annuler l'opération². À l'occasion d'une réforme de la procédure d'enquête, en 1959, le décret portant règlement d'administration publique prévoit explicitement la garantie de l'impartialité du commissaire enquêteur en disposant, en son article 3, que « les personnes choisies par le préfet ne doivent pas appartenir à l'administration expropriante ni participer à son contrôle et ne doivent avoir aucun intérêt à l'opération »³.

L'interdiction des interférences d'intérêts gagne ainsi en objectivité, dans la mesure où elle est posée *a priori* comme condition de la régularité de la procédure. Elle se consolide progressivement dans le droit écrit, pour régir de manière générale, outre la procédure

¹ Cela résulte très clairement d'un arrêt de 1938, dans lequel le Conseil d'État juge que la désignation du commissaire enquêteur est régulière « alors que le sieur Gilles n'avait aucun intérêt personnel dans l'opération projetée » ; on peut alors considérer qu'*a contrario*, l'existence d'un intérêt personnel à l'opération eût été un obstacle à sa désignation (CE, 9 mars 1938, *Sieur de Bionneau d'Eyragues*, *Lebon* p. 249).

² CE, 10 févr. 1939, *Syndicat professionnel de défense agricole et viticole de Cassis*, *Lebon* p. 73. Dans cette affaire, le requérant contestait le fait que le commissaire enquêteur et le rapporteur au conseil départemental d'hygiène étaient actionnaires de la société demanderesse, ce qui fait clairement ressortir leur intérêt personnel à l'opération projetée (V. également à l'époque, CE, 5 juill. 1939, *Desmarais*, *Lebon* p. 448). La seule exception est le cas, précédemment mentionné, dans lequel le commissaire désigné était propriétaire du terrain sur lequel devait avoir lieu l'opération soumise à enquête, dans lequel le Conseil d'État sanctionne l'irrégularité de la procédure (CE Sect., 25 juill. 1930, *Sieur Legros*, *préc.*).

³ Décret n° 59-701 du 6 juin 1959 portant règlement d'administration publique relatif à la procédure d'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique, à la détermination des parcelles à exproprier, et à l'arrêté de cessibilité, *JORF* du 7 juin 1959, p. 5274.

d'enquête publique, la procédure consultative¹, ainsi que le fonctionnement d'autorités instituées par la loi². De telles dispositions cristallisent la garantie de l'impartialité de l'Administration autour de la notion d'intérêt, qui apparaît comme le maximum d'objectivation que la norme puisse atteindre : au-delà de cette notion d'intérêt, présente dans le droit écrit, tout est question de circonstances laissées nécessairement à l'appréciation du juge³.

Toutefois, il est souvent précisé que l'intérêt devant conduire à l'abstention de l'agent doit être personnel. Bien que le juge ait une certaine latitude pour qualifier l'existence d'un intérêt personnel, cela réduit considérablement la portée de cette garantie de l'impartialité de l'Administration. L'intérêt personnel de l'agent s'attache en effet à sa situation en dehors du service, dans sa vie privée ; mais il ne s'identifie pas avec un intérêt quelconque du service auquel l'agent pourrait appartenir, ce qui exclut toute considération fonctionnelle⁴, à moins que l'agent n'ait subjectivement manqué à l'impartialité. Si les juges du fond essaient fréquemment d'orienter la jurisprudence dans ce sens, la reconnaissance systématique d'une

¹ Notamment par l'article 13 du décret n° 83-1025 du 28 nov. 1983 (*préc.*), applicable « aux organismes collégiaux dont l'avis est requis préalablement aux décisions prises, à l'égard des usagers et des tiers, par les autorités administratives de l'État et les organes des établissements publics administratifs de l'État » (art. 10). Remplacé par le décret du 8 juin 2006 (*préc.*), la disposition figure aujourd'hui R. 133-12 du Code des relations entre le public et l'administration, qui dispose que « les membres d'une commission ne peuvent pas prendre part aux délibérations lorsqu'ils ont un intérêt personnel à l'affaire qui en est l'objet ».

² C'est ainsi que la plupart des textes instituant une autorité administrative indépendante contiennent une disposition de ce type : v., entre autres, l'article L. 461-2 du Code de commerce – Autorité de la concurrence – ; les articles L. 751-3 et 7 du même Code – respectivement pour les Commissions départementale et nationale d'aménagement commercial – ; l'article L. 1451-1 du Code de la santé publique – pour les diverses autorités de santé – ; l'article L. 621-4 du Code monétaire et financier – Autorité des marchés financiers – l'article 14 de la loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (*JORF* du 7 janv. 1978, p. 227) – Commission nationale informatique et libertés – ; l'article 3 de la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ; l'article 36 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (*JORF* du 13 mai 2010, p. 8881) – Autorité de régulation des jeux en ligne – *etc.*

³ André Gervais relevait à ce titre que « la notion abstraite d'intérêt a un contenu défini en tant qu'elle recouvre toutes les utilités imaginables » (GERVAIS, *art. préc.*, p. 241).

⁴ Cela ressort clairement d'un avis contentieux rendu en 2013, à propos de la composition d'une commission de titre de séjour, dont deux des membres sont, d'après la loi, désignés par le préfet : le Conseil d'État considère qu'« aucune disposition législative ni aucun principe ne s'oppose à ce que siègent, au sein de la commission du titre de séjour, au titre des personnalités qualifiées, des fonctionnaires, alors même que ces fonctionnaires seraient placés sous l'autorité du ministre de l'intérieur ou du préfet ou relèveraient d'un établissement public placé sous la tutelle de ce ministre » ; le juge ajoute que si les membres de cette commission sont soumis au principe d'impartialité, cela signifie seulement qu'ils doivent s'abstenir de siéger dans des affaires où ils ont un intérêt personnel (CE avis, 8 avril 2013, *M. Rajhi*, n° 364558, *Lebon T.* p. 409).

dimension fonctionnelle au principe d'impartialité est souvent refusée par le Conseil d'État¹. L'intérêt personnel est ainsi identifié comme ce qui peut « aveugler » les agents². Ainsi, on peut trouver de très bonne heure dans la jurisprudence, des affaires dans lesquelles le Conseil d'État met en œuvre une appréhension parfaitement objective de l'impartialité d'un organisme, remise en question par un facteur personnel et en dehors de tout texte³. Par ailleurs, le Conseil d'État a pu, dans l'exercice de sa fonction consultative et à la même époque, faire état de l'existence d'un « principe général (...) [selon lequel] les fonctionnaires ne doivent pas se trouver dans une situation telle que leur intérêt personnel puisse être, le cas échéant, en contradiction avec les intérêts de l'État ou de la collectivité dont ils doivent assurer la défense »⁴.

Mais ce raisonnement n'est pas reproduit lorsque l'intérêt en question n'est pas personnel⁵. Plutôt que de voir dans ce genre de cas de figure le fait que « la partialité était inscrite dans l'organisation administrative », ce qui conduit le Conseil d'État à « s'incliner »⁶, il semble au contraire qu'il faille accuser la modestie du contenu du principe d'impartialité, dont le cœur reste lié à l'intérêt personnel des organes de l'Administration. Cela a pu être relevé à partir du moment où la question a été renouvelée par l'émergence de la lutte contre

¹ Deux arrêts rendus par la Cour administrative d'appel de Nancy illustrent clairement cette tendance. Dans le premier, le juge considère que le fait qu'un inspecteur d'académie d'avoir engagé une procédure disciplinaire l'empêchait par la suite de présider le conseil de discipline, au regard du principe d'impartialité, ce que le Conseil d'État considère comme une erreur de droit (CE, 7 février 2003, *Min. de l'éducation*, n° 232217, *Lebon T.* p. 836). Le second arrêt fait partie de la controverse ayant conduit à l'avis de 2013 sur la composition des commissions de titres de séjour : la Cour administrative d'appel avait considéré que la présence, au titre des personnes qualifiées, du directeur de la police de l'air et des frontières du Bas-Rhin était susceptible de « faire naître un doute sur l'impartialité objectivement justifié », « au regard des fonctions » qu'il exerce (CAA Nancy, 7 juin 2012, *Préfet du Bas-Rhin*, n° 11NC01768, inédit : *AJDA*, 2012, p. 1887). Pour d'autres tentatives de ce genre de la part des juridictions du fond, v., entre autres, CE, 27 sept. 1991, *Commune de Villeneuve-lès-Avignon c/ M. Drefous*, n° 117854, inédit ; TA Marseille, 24 sept. 2013, n° 1006138).

² « Les esprits les plus clairvoyants étant même quelquefois aveugles en ce qui les touche » (RICHELIEU, *Testament politique*, Amsterdam, Desbordes, 1689 ; réimpr. Caen, Centre de philosophie politique et juridique, « Bibl. de philosophie politique et juridique », 1985, p. 290).

³ CE, 2 avril 1954, *Sieur Ricros*, *Lebon* p. 215 : l'avis d'un conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes, consulté sur la question de savoir si l'un de ses membres peut ouvrir un cabinet secondaire, est vicié par le simple fait que la personne qui l'a présidé avait un cabinet dans la localité, étant de ce fait personnellement intéressée à l'affaire, et ce quand bien même elle n'aurait pas pris part au vote.

⁴ CE, avis, 17 févr. 1954, n° 263302. La formulation souligne la fonction de protection de l'intérêt général à laquelle tend ce principe. Le Conseil d'État considère par ailleurs que l'article 9 du statut général de 1946, qui interdit l'exercice par un fonctionnaire d'une activité lucrative, constitue une « application » de ce principe.

⁵ CE, 24 avril 1992, *Union des fédérations d'organismes d'habitations à loyer modéré*, n° 116489, *Lebon* p. 191 : le directeur de la Caisse des Dépôts et Consignations peut siéger au comité permanent du conseil supérieur des habitations à loyer modéré, dont il est membre de droit, pour donner son avis sur un projet de décret visant à instituer une obligation de dépôt à la Caisse des Dépôts.

⁶ M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *art. préc.*, p. 715.

les conflits d'intérêts dans l'Administration¹. Il en est de même dans l'ordre juridique britannique, dans lequel « un intérêt personnel, qu'il soit financier, privé ou fondé dans une association spécifique, crée automatiquement un puissant risque de partialité qui peut avoir une influence insidieuse sur le décideur, quels que soient ses efforts pour passer outre son existence »².

De la même manière, cette interprétation traditionnelle du principe rend difficile l'interdiction de la confusion entre un intérêt public et des intérêts collectifs. Le Conseil d'État l'affirme sans ambiguïté dans un arrêt de 2011 : confronté à la légalité d'un décret mettant en place un organisme consultatif appelant en son sein des représentants des exploitants de réseaux, des fournisseurs de services de communications électroniques ainsi que d'utilisateurs, le juge considère que les dispositions de l'article 13 du décret du 8 juin 2006 « n'interdisent de délibérer que sur les dossiers dans lesquels les membres ont un intérêt propre à l'exclusion des intérêts généraux de la profession qu'ils représentent »³. Le contenu du principe ainsi révélé a pu faire l'objet de critiques assez vives de la part de la doctrine, pointant les incohérences de ces solutions par rapport à la jurisprudence classique – sans toutefois s'interroger sur la nature de l'intérêt en cause, qui est pourtant déterminante⁴. La loi allemande sur la procédure administrative est parfaitement claire à ce sujet : elle interdit à toute personne « partie » à la procédure d'intervenir dans cette dernière ; toutefois, elle

¹ « Les conflits d'intérêts des fonctionnaires sont essentiellement envisagés sous l'angle des rapports avec les intérêts privés, peu avec les intérêts publics » (D. JEAN-PIERRE, « Conflits d'intérêts et responsabilisation des fonctionnaires », *JCP Adm.*, 2015, 2086) ; « La question des conflits d'intérêts est centrale dans l'ensemble des sociétés avancées, en particulier en Amérique du Nord et en Europe. Elle se résume à une simple négation : "Nul ne peut servir deux maîtres à la fois", surtout, pourrait-on ajouter, lorsque l'un de ces maîtres est l'intérêt général et l'autre, sinon l'argent, du moins les intérêts personnels » (J.-M. SAUVÉ, « Pour une nouvelle déontologie dans la fonction publique », *JCP G.*, 26 déc. 2011, n° suppl., p. 12).

² GALLIGAN, *op. cit.*, p. 446 (« A personal interest, whether financial, proprietary, or based on a special human association, automatically creates a powerful risk of bias which is likely to have an insidious influence on the decision-maker, no matter how hard he strives to overcome it »).

³ CE, 3 août 2011, *Société BLS*, n° 337127, inédit : *RJEP*, 2012, comm. 11, concl. LESQUEN. Une solution de ce type avait déjà été adoptée implicitement à propos du fonctionnement de la Commission nationale de prévention des nuisances (CE, 23 avril 2009, *Compagnie Blue Line*, n° 314919, inédit).

⁴ Saisi du refus d'abroger un décret instituant un Conseil supérieur de la télématique, chargé de formuler des recommandations sur les contrats souscrits par France Télécom, le Conseil d'État considère que « les requérantes ne sont pas fondées à soutenir que la participation d'un représentant de France Télécom à cette instance serait de nature à priver ses avis de l'impartialité qui s'impose à ce conseil », solution fort classique au regard de ce qui est évoqué ici (CE, 2 oct. 2002, *SARL Even Media et SARL Copper Communication*, n° 231228, inédit : *AJDA*, 2002, p. 1499, note NICINSKI ; *Contrats-marchés publ.*, 2002, comm. 259, note DELELIS). La doctrine est cependant très critique à l'égard de la solution retenue : Sophie Nicinski se demande s'il n'y a pas là « un recul [du principe d'impartialité] lorsque ne sont en cause que des organismes purement consultatifs » (S. NICINSKI, « Les organismes consultatifs dans le secteur des télécommunications », *AJDA*, 2002, p. 1499), tandis que Philippe Delelis évoque la « zone grise » dans laquelle se trouve ce genre d'organismes (P. DELELIS, « Encadrement de la liberté contractuelle de France Télécom », *Contrats-marchés publ.*, 2002, comm. 259). V. également CE, 10 juin 2011, *Société Air France*, n° 334011, *Lebon T.* p. 1175).

précise que « cette règle ne s'applique pas lorsque l'avantage ou le préjudice repose seulement sur l'appartenance à une profession ou à une catégorie de population dont les intérêts collectifs sont touchés par l'affaire »¹.

Confiner ainsi le principe dégagé par la jurisprudence permet au juge de se garder d'approches trop radicales en matière d'impartialité, toujours prompte à être remise en question par les requérants. C'est ainsi que le principe d'impartialité, s'il interdit la participation d'agents intéressés à la décision, conduit rarement le juge à considérer que deux fonctions exercées par l'Administration sont incompatibles : leur séparation est laissée à l'appréciation du législateur. Ainsi, l'Administration peut, sans méconnaître le principe d'impartialité, « se délivrer » une autorisation, dès lors que l'autorité administrative ne poursuit aucun intérêt personnel au travers de cette opération². Il en est de même dans l'ordre juridique britannique, pourtant plus ouvert à l'inclusion de considérations fonctionnelles dans le contenu du principe d'impartialité³ : à cet égard, le *Rapport Donoughmore* de 1932 est très éloquent. Selon les auteurs, « dans toute affaire où le département ministériel examinerait inconsciemment la solution d'un litige, avec un désir que la décision intervienne dans un sens plutôt que dans un autre, le Ministre doit être considéré comme ayant un intérêt dans le litige ». Toutefois, il revient au législateur d'intervenir en la matière : « Dans une telle

¹ *Verwaltungsverfahrensgesetz*, art. 20, alinéa 2 (trad. préc.).

² Selon l'expression utilisée à propos d'une autorisation de travaux sur un immeuble classé au titre des monuments historiques (CAA Versailles, 23 oct. 2014, *M. G. et autres*, n° 12VE02236, inédit). V. aussi CE, 3 juill. 2009, *Mmes Lelin*, n° 321634, *Lebon T.* p. 992 ; *BJDU*, 2009, p. 285, concl. GEFFRAY ; *LPA*, 14 sept. 2009, note DUTRIEUX.

³ Il a ainsi pu être relevé que « le type de partialité auquel peut obéir un homme soucieux du bien public, s'il se prononce dans une affaire où il a un intérêt tenant à des raisons d'utilité publique, est plus subtil » (TIXIER, *op. cit.*, p. 130). Certains arrêts anciens reconnaissent ainsi des cas de partialité fonctionnelle, de manière non systématique (v. par ex. *R. v. Salford Assessment Committee* [1937] 2 KB 397 ; *Cooper v. Wilson*, *préc.*).

hypothèse, le Parlement agirait sagement en stipulant que le Ministre lui-même ne peut pas être le juge, mais que l'affaire doit être décidée par un tribunal indépendant »¹.

Ainsi, le principe général d'impartialité contient en son sein la garantie objective consistant à interdire à un agent personnellement intéressé d'intervenir dans la préparation de l'acte, et ce dans la limite de l'indisponibilité des compétences. Toutefois, la période récente se caractérise par un élargissement du contenu du principe, qu'il faut cependant nuancer, particulièrement en droit français.

B. *L'évolution progressive vers un élargissement du doute sur l'impartialité de l'Administration*

De la même manière que « l'article 341 [du Code de procédure civile], qui prévoit limitativement huit cas de récusation, n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction »², le principe d'impartialité ne s'épuise pas dans l'intérêt personnel des agents participant à la fonction administrative. En effet, d'autres circonstances peuvent faire obstacle au déroulement normal de la procédure, à cause de l'état d'esprit des agents participant à la procédure. Si d'autres facteurs de partialité sont, depuis très longtemps, identifiés, la question se pose de savoir s'ils font l'objet d'une appréhension objective ou si le juge se contente de censurer les manquements subjectifs. À cet égard, il convient d'examiner l'interprétation du principe livrée par la juge dans les affaires où le grief de partialité est autre que celui de l'intérêt personnel de l'agent.

À ce titre, les affaires mettant en cause l'animosité alléguée de l'administrateur ou sa prise de position préalable sont éloquentes : confronté à ce moyen, le juge administratif recherche constamment si, dans les circonstances de l'affaire, l'agent a manqué subjectivement à son devoir d'impartialité. Ainsi, dans un arrêt de 1990 mettant en cause la

¹ COMMITTEE ON MINISTERS' POWERS, *Report*, London, Her Majesty's stationery office, 1932, p. 78 (trad. TIXIER, *op. cit.*, p. 130). Ce rapport fait suite à la publication par Lord Hewart de son célèbre ouvrage intitulé *The New Despotism*, en 1929, qui dénonce sans ambages le pouvoir devenu trop important de l'Administration, empiété à la fois sur celui du législateur et sur celui de l'autorité judiciaire – ce pouvoir est en outre arbitraire, en raison de l'absence de contrôles pesant sur l'Administration. Les auteurs du rapport ajoutent qu'« il est injuste [*unfair*] d'imposer à un administrateur actif l'obligation de décider dans une affaire où l'on pourrait penser que son impartialité serait inversement proportionnelle à la solidité de sa position de Ministre » (*idem*, p. 78). Cela implique qu'il n'y a pas d'obligation juridique de séparer de telles fonctions, qui découleraient notamment du principe jurisprudentiel d'impartialité : il revient au législateur d'organiser une telle séparation, selon les orientations suggérées par le rapport (pour des précisions sur la mise en place du Comité, v. W. ROBSON, *op. cit.*, p. 419 et s. ; pour la critique des effets de ce rapports appartenant, selon l'auteur et seulement vingt ans plus tard à « l'histoire », en ce qu'il est tombé dans l'oubli, v. G. KEETON, « The Twilight of the Common Law », *The Nineteenth Century and after*, 1949, p. 230).

² Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1998, n° 96-11637, *Bull. civ.* n° 155 : *RTD civ.*, 1998, p. 744, obs. PERROT.

procédure suivie par une commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaire, le requérant conteste la composition de la commission, en raison de la présence d'un inspecteur qui était intervenu auparavant dans la procédure, en tant qu'interlocuteur départemental. Pour retenir l'irrégularité de la procédure sur le fondement du principe d'impartialité, le Conseil d'État considère que l'interlocuteur « avait expressément pris parti sur le fond du litige », dans un courrier adressé à l'intéressé. Cette circonstance fonde l'annulation de la procédure, dans la mesure où elle n'est pas attachée à l'exercice des fonctions d'interlocuteur départemental : l'agent ayant déjà pris parti dans ces conditions ne pouvait dès lors siéger à la commission lors de l'examen de cette affaire¹. Toutefois, dans un arrêt récent mettant en cause la procédure disciplinaire dans la fonction publique hospitalière, le Conseil d'État considère qu'un fonctionnaire ayant siégé dans la commission administrative paritaire, qui s'est prononcée sur la sanction, ne peut siéger et se prononcer sur la même affaire au conseil supérieur de la fonction publique hospitalière : cette prise de position préalable, purement fonctionnelle, vicie la composition du conseil en ce qu'elle est de nature à « faire naître un doute sur son impartialité »². Si cet arrêt semble isolé, l'évolution du contenu du principe d'impartialité est sensible³. D'autres arrêts, plus récents encore, viennent confirmer la consolidation d'une dimension fonctionnelle du principe jurisprudentiel d'impartialité⁴.

¹ CE, 9 mars 1990, *Consorts Dupré*, n° 52260, *Lebon T.* p. 670. Certains auteurs y voient la reconnaissance d'une « dimension fonctionnelle » du principe, mais le fait que le parti pris soit retenu au titre du courrier adressé au contribuable et non à l'exercice « normal » des fonctions d'interlocuteur départemental fait pencher l'analyse vers la censure d'un manquement subjectif à l'exigence d'impartialité (v. *a contrario* J. LESSI & L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conflits d'intérêts : le déport implique-t-il le départ ? », *AJDA*, 2015, p. 1626). D'autres arrêts consacrés au même problème confirment cette analyse (v. notamment CE, 30 juill. 2003, *Berriot*, n° 228230, *Lebon T.* p. 650 : annulation d'une décision de refus de remembrement à raison du parti pris exprimé par le rapporteur, extérieurement à ses fonctions, dans un courrier adressé au maire de la commune).

² CE, 26 sept. 2008, *Assistance publique - Hôpitaux de Paris*, n° 306922, *Lebon* p. 321 : *JCP Adm.*, 2008, 2282, concl. SALINS.

³ La lecture des conclusions montre que la solution est guidée par une totale assimilation à la procédure disciplinaire applicable aux médecins, pourtant assumée par une juridiction administrative spécialisée : le commissaire du gouvernement invite clairement le Conseil d'État à s'en « tenir aux apparences de l'objectivité » (C. DE SALINS, « Concl. sur CE, 26 sept. 2008, *Assistance publique - Hôpitaux de Paris* », *JCP Adm.*, 2008, 2282), pour dépasser la solution traditionnelle consistant pour le juge à rechercher l'existence d'un manquement subjectif à l'impartialité de l'agent (v. notamment CE, 7 févr. 2003, *Ministre de l'Éducation nationale*, n° 232217, *Lebon T.* p. 836).

⁴ Un arrêt rendu en 2015, à propos de la composition d'une commission départementale des impôts, semble reconnaître de manière implicite qu'un magistrat administratif ne peut la présider s'il a statué sur la même affaire, dans le cadre de ses fonctions juridictionnelles (CE, 18 nov. 2015, *SARL Mosaïques*, n° 368820, *Lebon T.* p. 620 : *Dr. fisc.*, 2016, comm. 168, concl. CRÉPEY) ; confirmant ainsi le caractère fonctionnel de la « prise de parti » prohibée par le livre des procédures fiscales (v. CE, 3 oct. 2012, *M. Polesello*, n° 338974, *Lebon T.* p. 684 : *Dr. fisc.*, 2012, comm. 537, concl. HEDARY, note BONNET).

Il en va de même de l'animosité de l'administrateur à l'égard d'un administré ou d'un fonctionnaire : le juge ne censure une procédure sur ce fondement que s'il y décèle un manquement à l'impartialité¹. Toutefois, un arrêt rendu dans une période plus récente par le Conseil d'État se singularise : saisi de la régularité d'une procédure de vérification fiscale menée par une personne se trouvant en conflit de voisinage avec le contribuable contrôlé, le Conseil d'État retient que « la vérification dont la société a fait l'objet (...) ne pouvait être regardée par les tiers comme ayant présenté toutes les garanties d'impartialité requises », alors même que la vérificatrice n'aurait pas subjectivement manqué à l'impartialité². La lecture des conclusions nous apprend que le ministre, dans son pourvoi, entendait expressément faire reconnaître l'erreur de droit de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, consistant à ne pas avoir recherché si la vérificatrice avait subjectivement manqué à l'impartialité. Le commissaire du gouvernement note à cet égard que le « degré d'exigence en matière d'impartialité a changé », notamment sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg³.

Au même moment, le juge administratif a également admis l'appréhension objective de la faveur présumée d'un administrateur envers un administré, dans le droit des concours et des examens professionnels : un arrêt de Section de 2008 couronne clairement cette évolution, déjà en germes dans des affaires précédentes, dans lequel le Conseil d'État explicite une sorte de *vade-mecum* de l'impartialité de ces procédures.

Considérant que la seule circonstance qu'un membre d'un tel jury d'examen professionnel connaisse un candidat ne suffit pas à justifier qu'il s'abstienne de participer aux délibérations qui concernent ce candidat ; qu'en revanche le respect du principe d'impartialité exige que s'abstienne de participer, de quelque manière que ce soit, aux interrogations et aux délibérations qui concernent un candidat un membre du jury qui aurait avec celui-ci des liens, tenant à la vie personnelle ou aux activités professionnelles, qui seraient de nature à influencer sur son appréciation ; qu'en outre un membre du jury qui a des raisons de penser que son impartialité pourrait être mise en doute ou qui estime, en conscience, ne pas

¹ V. notamment CE Sect., 20 avril 1951, *Sieur Barthe, Lebon* p. 205 : annulation d'une procédure d'intégration dans la mesure où l'avis rendu par la commission d'intégration « ne présentait pas le caractère d'impartialité », en raison de ce que « deux agents avaient manifesté à l'égard du requérant des sentiments empreints d'une animosité personnelle » ; CE, 13 nov. 1989, *Ministre de l'Éducation nationale*, n° 73896, *Lebon T.* p. 719 : annulation d'une procédure de recrutement dans la mesure où existait un « conflit personnel particulièrement vif » entre un membre de la commission consultée – qui a pris une « part active » à la délibération, ce qui dénote son parti pris – et le requérant.

² CE, 1^{er} déc. 2008, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SCI Strasbourg*, n° 292166, *Lebon* p. 445 : *RJF*, 2009, p. 104, concl. LEGRAS ; *Rev. adm.*, 2009, p. 256, comm. FOUQUET ; *Dr. fisc.*, 2009, comm. 90, note JOLY.

³ Le reste des conclusions est quelque peu curieux, dans la mesure où Claire Legras considère qu'il s'agit là d'impartialité subjective – en réalité personnelle.

pouvoir participer aux délibérations avec l'impartialité requise, peut également s'abstenir de prendre part aux interrogations et aux délibérations qui concernent un candidat ; qu'en dehors de ces hypothèses, il incombe aux membres des jurys d'examen de siéger dans les jurys auxquels ils ont été nommés en application de la réglementation applicable.¹

Ainsi, le contenu du principe jurisprudentiel d'impartialité peut être considérablement étendu par le juge, au stade de son interprétation, pour parvenir à une formulation allant au-delà de l'intérêt personnel des agents, centrée cette fois sur de la notion de « doute sur l'impartialité ». Le juge de l'Union européenne livre à ce titre une remarquable illustration de cet exercice d'interprétation : alors que les plusieurs dispositions du statut des fonctionnaires européens régissent la question des conflits d'intérêts, il apparaît clairement que le juge s'en saisit pour englober l'intégralité du principe d'impartialité, par une interprétation débordant largement la notion d'intérêt *stricto sensu*. Dans un arrêt de 2002, le Tribunal considère que l'obligation d'information pesant sur le fonctionnaire dans les affaires où « il a un intérêt personnel à l'affaire », couvre « toute circonstance que le fonctionnaire qui est amené à se prononcer sur une affaire doit raisonnablement comprendre comme étant de nature à apparaître, aux yeux de tiers, comme une source possible d'affectation de son indépendance en la matière », ce qui va au-delà de la notion d'intérêt personnel, fixée par la norme². Des arrêts ultérieurs confirment cette interprétation large de la norme, englobant d'autres

¹ CE Sect., 18 juill. 2008, *Mme Baysse*, n° 291997, *Lebon* p. 302 : *AJDA*, 2008, p. 2124, concl. AGUILA ; *Dr. adm.*, 2008, comm. 136, note MELLERAY ; *JCP Adm.*, 2008, comm. 2200, note JEAN-PIERRE. La solution a, par la suite, été étendue aux jurys de concours (CE, 8 juin 2015, *M. Zegdi*, n° 370539, *Lebon T.* p. p. 704 : *Cah. fonction publ.*, 2015, p. 91, note RAYNAUD).

² TPICE, 11 sept. 2002, *C. Willeme c/ Commission*, aff. T-89/01, *Rec.* p. II-803. Cette interprétation est guidée par le « caractère fondamental des objectifs d'indépendance et d'intégrité poursuivis par cette disposition » (point 47). Si l'emploi du terme « indépendance » a quelque chose de curieux, il n'est guère surprenant dans la jurisprudence des tribunaux de l'Union européenne. Par ailleurs, la même juridiction réitère parfois cette règle en faisant appel à la notion d'impartialité (v. par ex. TPICE, 12 juill. 2005, *De Bry c/ Commission*, aff. T-157/04, *Rec.* p. I-A.-199). L'obligation d'information en question figurait à l'article 14 du statut des fonctionnaires européens ; elle a été abrogée en 2004 et remplacée par un article 11 *bis*, plus précis en la matière (Règlement n° 723/2004 du Conseil du 22 mars 2004 modifiant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces communautés, *JOUE* du 27 avril 2004, p. 1). V. également, pour la reconnaissance d'un « champ d'application large » de la disposition, TPICE, 9 juill. 2002, *Zavvos c/ Commission*, aff. T-21/01, *Rec.* p. I-A-101).

circonstances, notamment fonctionnelles¹, de nature à faire douter de l'impartialité de l'agent².

De manière plus systématique, l'ordre juridique britannique admet, à côté des cas mettant en cause l'intérêt personnel de l'agent, une appréhension objective d'autres facteurs de partialité : l'Administration n'étant pas juge, il est admis que le décideur ait et, à ce titre, exprime, des « prédispositions » de nature politique, qui influencent sa prise de décision³. En effet, « l'indifférence quant à la fin poursuivie, fût-elle possible, pourrait bien être indésirable »⁴. La limite réside en ce que cette prédisposition ne doit pas devenir une « prédétermination », qui laisserait à penser que l'état d'esprit de l'administrateur est inflexible et que sa décision était prise depuis le début, ce qui rend la procédure inutile, en ce que tout ce qu'elle pourrait apporter ne déterminerait pas la décision⁵. Le rattachement de ce type particulier de partialité au régime du principe jurisprudentiel d'impartialité fait suite à une jurisprudence fortement décriée, qui donnait toute liberté à l'Administration en la

¹ Un arrêt rendu par le Tribunal de la fonction publique expose clairement comment le cumul de deux fonctions peut entrer dans la qualification de « conflit d'intérêts », pour satisfaire au principe d'impartialité : dans une affaire mettant en cause la procédure de notation des fonctionnaires, le tribunal considère qu'« un conflit d'intérêt est réputé se produire notamment lorsque le président ou un membre [du comité paritaire chargé de l'évaluation] est également l'évaluateur, le valideur ou l'évaluateur d'appel du titulaire qui a recours au comité » (TFPUE, 11 déc. 2012, *Ntouvass c/ Centre européen de prévention et de contrôle des maladies*, F-aff. 107/11). De même, en ce qui concerne la procédure de nomination du directeur exécutif de l'Agence européenne de médicaments, dont la procédure prévoit l'intervention d'un comité de présélection, d'un comité consultatif puis du Conseil d'administration, le cumul de fonctions de membre du comité de présélection et de membre du conseil d'administration est contraire au principe d'impartialité (TFPUE, 13 nov. 2014, *Hristov c/ Agence européenne de médicaments*, aff. F-2/12 ; cassé en ce que le Tribunal de la fonction publique a mal apprécié la violation du principe d'impartialité par le comité de présélection : Trib., 5 juill. 2016, *Commission c/ Hristov et Agence européenne des médicaments*, aff. T-26/15).

² Il résulte implicitement d'un arrêt *Cwik c/ Commission* que l'animosité entre un fonctionnaire et l'agent chargé de sa notation, si elle est suffisamment forte, doit conduire l'agent notateur à informer son supérieur (TPICE, 13 déc. 2005, *Cwik c/ Commission*, aff. T-155/03, T-157/03 et T-331/03, *Rec.* 2005, p. I-A-411). De même, le Tribunal de la fonction publique utilise la notion d'« intérêt personnel, notamment familial ou financier », contenue dans l'article 11 *bis* du statut pour examiner si le membre d'un jury de concours avait un « préjugé » à l'égard du requérant (TFPUE, 30 avril 2008, *Dragoman c/ Commission*, aff. F-16/07, *Rec.* p. I-A-1-139).

³ Wade note à ce propos qu'« il est plus qu'évident qu'une vision politique ministérielle ou locale ne peut être regardée comme un cas de partialité » (WADE, *op. cit.*, p. 489).

⁴ CRAIG, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 415 (« Indifference to the end in view, even if it were possible, might well be undesirable »).

⁵ La distinction entre *predisposition* et *predetermination* est utilisée par certains auteurs pour identifier ce qui est contraire au principe d'impartialité et ce qui est admis (v. par exemple WADE & FORSYTH, *op. cit.*, p. 394 ; J. MAURICI, « The Modern Approach to Bias », *Judicial Review*, 2007, n°4, p. 251). Elle se fonde notamment sur un arrêt qui fait application du régime traditionnel du principe d'impartialité à une procédure d'aménagement urbain, dans lequel le juge Sedley définit la prédétermination comme « l'abandon, par une autorité administrative, de son pouvoir de décision » (*R. v. Secretary of State for the Environment ex p. Kirkstall Valley Campaign Ltd* [1996] 3 All ER 304).

matière¹, ce qui a pu révéler « la faiblesse du contrôle juridictionnel pesant sur l'administration »². D'autre part, les cas mettant en cause l'animosité de l'administrateur ont progressivement été intégrés au régime général de la mise en œuvre du principe d'impartialité objective, bien que cela n'apparaisse pas toujours clairement dans la démarche du juge³.

Le principe jurisprudentiel d'impartialité apparaît ainsi dans la multitude de ses aspects : il est d'abord un principe, souvent implicite, dont la valeur est, somme toute, modeste, eu égard au caractère déterminant de l'obstacle posé par les règles de compétences dans le système administratif. Son élasticité se révèle également, car le juge peut en faire varier le contenu, au stade de l'interprétation, pour englober des facteurs de partialité objective autres que le cœur historique du principe, centré sur l'intérêt personnel des agents. Il faut ainsi garder à l'esprit que, des principes juridiques, le juge est « autant l'artisan que l'interprète »⁴.

¹ Dans une affaire jugée par la *House of Lords* en 1948, mettant en cause un projet de construction d'une ville nouvelle, le juge n'avait vu aucune irrégularité dans le fait que le ministre, confronté à une forte opposition locale, ait déclaré, lors d'une réunion publique, « cela ne sert à rien de hurler, cela va se faire ». Or, cette déclaration avait eu lieu avant le début de la procédure d'enquête visant à recueillir l'avis des habitants. Les premiers juges avaient décelé dans cette circonstance, une méconnaissance du principe d'impartialité, en ce que la décision du ministre était prise dès avant la procédure. Cependant, la *House of Lords* considère que les pouvoirs du ministre ne rentrent pas dans la catégorie du *quasi judicial* : « La question de la partialité n'aurait pu être prise en considération que s'il s'était agi d'une décision quasi-juridictionnelle, mais nous sommes en présence d'une décision administrative ». Cet arrêt illustre l'aporie de la notion de *quasi-judicial*, abandonnée quelques années plus tard (*Franklin v. Minister of Town and Country Planning* [1948] AC, 87 ; trad. TIXIER, *op. cit.*, pp. 133-134). Pour une critique de la solution, v. WADE, « "Quasi judicial" and its background », *art. préc.*, p. 239).

² ROBSON, *op. cit.*, p. 534.

³ À ce sujet, v. DE SMITH *et al.*, *op. cit.*, p. 532 et s.

⁴ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, préf. G. VEDEL, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 108, 1972, p. 35.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'étude de l'émergence du principe général d'impartialité de l'Administration montre que celui-ci est solidement ancré dans la jurisprudence administrative, qui relaie la volonté du législateur de l'instaurer, dans certains domaines de l'activité administrative, par une approche sectorielle. Il présente malgré tout quelques fragilités de plusieurs ordres. Il ne peut se départir de la procéduralisation de l'acte administratif, ce qui pose un certain nombre de limites à son application, particulièrement en droit français, qui reste ainsi au stade de la stricte appréhension subjective de l'impartialité des agents. De plus, si son contenu apparaît clairement fixé dans la jurisprudence, pour ce qui est de l'intérêt personnel des agents, l'intégration d'autres dimensions dans le contenu du principe se révèle à la fois plus difficile et non systématique. Enfin, malgré la latitude du juge dans l'élaboration du contenu du principe d'impartialité, le principe d'indisponibilité des compétences pose une limite décisive à son développement, dans la mesure où le juge ne peut livrer une interprétation du principe qui irait à son encontre.

La période contemporaine a permis de surmonter nombre de ces obstacles, en ce que l'impartialité de l'Administration est devenue un enjeu politique fort, conduisant à une évolution sensible de sa garantie objective. C'est ce phénomène de « montée en puissance » qu'il faut désormais étudier, afin de comprendre comment le principe peut se déployer dans des champs autrefois inaccessibles.

CHAPITRE II

LA MONTÉE EN PUISSANCE DE L'EXIGENCE D'IMPARTIALITÉ

Longtemps confiné dans l'habit de principe général du droit, certes prestigieux, mais peut-être un peu étroit, eu égard à son environnement juridique, le principe d'impartialité connaît une véritable montée en puissance, dans la période contemporaine. Il s'inscrit dans une réponse globale à ce qu'il est convenu d'appeler la « crise de la légitimité » de l'État¹, qui a des conséquences juridiques de grande ampleur². Ainsi, il fait l'objet d'une prise en compte législative plus soutenue, dans le but de « faire face à la crise de l'autorité, de la légitimité et de la confiance publiques »³, ce « grand problème de notre temps »⁴. C'est alors un « droit public de la méfiance »⁵ qui se fait jour et s'affermir, pour répondre aux enjeux de la « société de défiance »⁶, ce qui aboutit à une objectivation plus poussée de l'exigence d'impartialité, qui connaît un « formidable développement »⁷ (section 1). En outre, des normes supra-législatives renforcent la garantie de l'impartialité de l'Administration, dans certains cas, en obligeant le législateur à instaurer une Administration plus visiblement impartiale (section 2).

¹ Le sociologue Pierre Rosanvallon fait remonter cette « grande transformation » au début des années 1980 et lui donne attribue deux causes : la transformation de la perception de l'avenir d'une part, et « l'avènement de l'individu », d'autre part (P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, *op. cit.*, p. 101 et s.). Pour une mise en perspective, v. aussi P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie : La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, « Les livres du nouveau monde », 2006, 344 p.

² Jean-Bernard Auby mesure les conséquences de ce passage à « l'ère du soupçon », qui se traduit par l'émergence d'une déontologie d'une intensité auparavant inconnue en droit public, ce qui a des conséquences de grande ampleur sur le droit administratif (J.-B. AUBY, « La bataille de San Romano », *AJDA*, 2001, p. 912). La thématique de la « perte de confiance des citoyens envers leurs institutions publiques » est dès lors classique et fréquemment saisie par les juristes (F. ROLIN, « Le droit administratif est-il au service du Grand Capital ? », *AJDA*, 2016, p. 921).

³ J.-M. SAUVÉ, « Conflits d'intérêts et déontologie dans le secteur public », *AJDA*, 2012, p. 861, spéc. p. 862.

⁴ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie*, *op. cit.*, p. 9.

⁵ Selon l'expression d'Antony Taillefait : A. TAILLEFAIT, « Prévention des conflits d'intérêts : la culture administrative en question », *AJFP*, 2016, p. 189.

⁶ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie*, *op. cit.*, p. 11.

⁷ B. PLESSIX, « Droit administratif », *JCP G.*, 2009, chron. 551.

Section 1 : Une prise en compte plus globale dans la période récente

L'émergence de la thématique de la lutte contre les conflits d'intérêts au centre du débat politique a conduit à des changements législatifs de grande ampleur, impulsés par un certain nombre de rapports¹. Ils conduisent au renforcement d'une déontologie administrative longtemps implicite (I). Par ailleurs, la réponse à la diversité des missions de l'État conduit fréquemment à la séparation des fonctions par le législateur, fondée sur le principe d'impartialité, dans des domaines très divers (II).

I. La personnalisation de la règle de compétence dans la loi et la lutte contre les conflits d'intérêts

Le besoin d'une déontologie administrative s'est fait de plus en plus pressant, au fil de la révélation d'« affaires », mettant en lumière ses insuffisances. Son apparition sur l'agenda politique est très récente en France, tout comme l'importation de la notion de conflit d'intérêts dans la sphère publique², dont le caractère soudain a été relevé³. Cette évolution « culturelle » révèle que le principe d'impartialité constitue le fondement de la lutte contre les conflits d'intérêts dans la sphère publique (A). L'évolution amorcée par cette avancée de la déontologie aboutit à réduire l'obstacle, longtemps insurmontable, de l'indisponibilité des compétences (B).

¹ Deux rapports sont d'une importance particulière en la matière : le rapport dit « Sauvé », de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique (*préc.*), mise en place par Nicolas Sarkozy, au milieu de l'affaire « Woerth-Bettencourt » ; outre le Rapport Sauvé, le Rapport dit « Jospin » de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique est d'une importance considérable, non seulement parce qu'il marque la continuité de l'attention politique au problème, en dépit du changement de majorité, mais aussi en ce qu'il a insufflé les dernières évolutions législatives en la matière. Il traite spécifiquement de la question des conflits d'intérêts, dans son troisième chapitre COMMISSION DE RÉNOVATION ET DE DÉONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE, *Pour un renouveau démocratique*, Paris, La Documentation française, « Rapports officiels », 2012, p. 81 et s.).

² La question des conflits d'intérêts dans la sphère publique est apparue au grand jour à l'occasion de l'affaire dite « Woerth-Bettencourt », dont il a résulté l'institution, par un décret du 10 septembre 2010, d'une Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique – dite Commission Sauvé. Elle a également été à l'origine de l'ouvrage de Martin Hirsch, *Pour en finir avec les conflits d'intérêts*, qui place la question au centre du débat politique : l'auteur se demande si le conflit d'intérêts n'est pas « l'expression de l'année 2010 » (M. HIRSCH, *Pour en finir avec les conflits d'intérêts*, Paris, Pluriel, 2011, p. 44).

³ J.-B. AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », *Dr. adm.*, 2010, étude 24. Pour l'auteur, « l'espèce d'étonnement avec lequel les acteurs du débat public national découvrirent cette notion » est particulièrement révélatrice de l'état du débat en France.

A. *Le principe d'impartialité comme fondement original de la prévention des conflits d'intérêts en droit public*

Si la notion de conflit d'intérêts transcende les catégories du droit, la question de son traitement juridique se pose en des termes très différents, selon qu'il concerne des personnes privées ou des agents publics. La notion émerge en premier lieu en droit privé. Elle se rapporte, en dernière analyse, au phénomène de la représentation¹, qui « marche avec le progrès de la société »². On la retrouve ainsi dans la représentation en vertu d'un mandat, marquée en cela par le droit britannique³. Elle touche également le droit des sociétés. En effet, « il est de l'essence de ce contrat [de société] que la société soit contractée pour l'intérêt commun des parties »⁴. Partant, l'intérêt commun peut être conçu comme « l'objectif assigné à la société : la recherche et le partage du profit social », ce qui a pour conséquence que « chaque actionnaire doit vouloir » dans cet intérêt⁵. Or, l'actionnaire peut également faire usage de ses droits et pouvoirs sociaux pour favoriser un autre intérêt, d'où l'émergence du conflit d'intérêts, né de la dualité d'intérêts dans le chef d'une même personne, de par le phénomène de la représentation. Ainsi, ce type particulier de conflit d'intérêts trouve son fondement dans la notion de loyauté, lorsqu'il y a mandat, ou de respect de l'intérêt commun,

¹ V., entre autres, T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, préf. C. ALLEAUME, Paris, Institut universitaire Varenne, « Collection des thèses », vol. 104, 2014, p. 42 et s.

² SIEYÈS, « Les bases de l'ordre social », in P. PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 184.

³ L'expression même de conflit d'intérêts est la traduction d'un principe prétorien dégagé par le juge britannique, au XIX^e siècle, en droit des *trusts* : la jurisprudence a progressivement dégagé des devoirs incombant au *trustee*, parmi lesquels un devoir de loyauté, prohibant le conflit d'intérêts (*Bray v. Ford* [1896] AC 44 ; v. à ce sujet J.-C. MARIN, « Rapport introductif », in F. PASQUALINI (dir.), *Les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise*, Paris, Société de législation comparée, « Centre français de droit comparé », vol. 15, 2013, p. 13).

⁴ POTHIER, *Traité du contrat de société*, t. II, Paris, Debure, 1774, p. 8.

⁵ D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Paris, Joly, « Pratique des affaires », 2004, pp. 27-28.

dans le cadre d'une société¹. Si la notion n'est pas inconnue en droit privé français², elle fait l'objet d'une appréhension plus globale dans la période récente³.

La situation est tout autre en droit public, dans la mesure où la représentation ne peut être conçue de la même manière. Certes, la Cour de cassation a pu considérer un temps qu'« un fonctionnaire, un mandataire quelconque, comme tout agent (auquel la loi départ une mission), contracte le devoir de la remplir avec exactitude, avec attention, impartialité et avec vérité »⁴. Toutefois, la notion de conflit d'intérêts émerge, en droit public, en réponse à la « demande d'éthique »⁵, qui, sous la forme d'un « surgissement contemporain »⁶, caractérise la période récente⁷. La formalisation d'une déontologie, c'est-à-dire d'un « ensemble de devoirs inhérents à l'exercice » de l'activité administrative, est apparue nécessaire au cours

¹ V., entre autres, C. PICHÉ, « Définir l'étendue des tentacules du conflit d'intérêts pour mieux les maîtriser », in D. MAZEAUD & B. MOORE (dir.), *Les conflits d'intérêts*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2013, p. 31 et s. : pour cet auteur, le devoir de loyauté, lié à la fiducie, est insuffisant pour rendre compte de la globalité du phénomène des conflits d'intérêts. D'où un fondement alternatif, plus adapté au droit des sociétés, explicité par Dominique Schmidt.

² Certaines dispositions du Code civil viennent régir certains conflits d'intérêts, depuis 1804 (v. notamment l'art. 420 de l'ancien Code civil, à propos du tuteur ou, plus généralement, l'article 1596 relatif à la vente).

³ Joël Moret-Bailly considère que « les conflits d'intérêts sont devenus, ces dix dernières années, un véritable objet doctrinal (avec une considérable montée en puissance durant les cinq dernières) » (J. MORET-BAILLY, *Les conflits d'intérêts : définir, gérer, sanctionner*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, « Forum », 2014, p. 22). V. aussi P.-F. CUIF, « Les conflits d'intérêts », *RTD com.*, 2005, p. 1. La réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 comporte une disposition régissant l'éventuel conflit d'intérêts du représentant (Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* du 11 févr. 2016, texte n° 26 ; v. P. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G.*, 2016, 580).

⁴ Cass., 14 déc. 1825, *Rebattu c/ Derepas* : S., 1826, I, p. 289.

⁵ J.-M. PONTIER, « Préface », in D. JEAN-PIERRE, *L'éthique du fonctionnaire civil et son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 202, 1999, p. v).

⁶ J.-M. SAUVÉ, « Conflits d'intérêts et déontologie... », *art. préc.*, p. 862. La question de la déontologie publique apparaît au début des années 2000. Elle est abordée marginalement dans le *Rapport public* du Conseil d'État de 2003, rapport dans lequel la question des conflits d'intérêts n'est abordée que dans une étude de droit comparé portant sur l'administration britannique (CONSEIL D'ÉTAT, « Réflexions sur la fonction publique », *Rapport public 2003*, Paris, La Documentation française, « EDCE », n° 54, 2003, p. 227 et s.). Pour Jean-Bernard Auby, c'est l'année 2010 qui a vu l'« irruption » soudaine de la question des conflits d'intérêts au cœur du débat public français (J.-B. AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », *art. préc.*).

⁷ L'absence de déontologie clairement définie jusque récemment conduit certains auteurs à se demander avec emphase : « Qu'est-ce que la déontologie dans la vie politique ? Tout. Qu'a-t-elle été jusqu'à présent dans l'ordre politico-juridique ? Rien » (P. BLACHÈRE & J.-F. KERLÉO, « Les politiques saisis par la déontologie », in P. BLACHÈRE (dir.), *Déontologie et droit public*, préf. J. GICQUEL, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 15).

des dernières années¹, en réponse à une question déjà anciennement posée². Sa formulation plus précise est conçue comme un remède au défaut de confiance dans l'Administration, confiance qui est « le principe de la démocratie »³. Elle doit également mettre fin à la « solitude déontologique »⁴ des agents publics, mise en lumière par un certain nombre de rapports, qui soulignent que « l'exigence déontologique vaut pour l'ensemble des agents des trois fonctions publiques ainsi que pour tous les élus »⁵. Il en résulte un phénomène de juridicisation de la déontologie, du fait de son mode d'édiction⁶, que certains auteurs

¹ S'il est permis de transposer la définition restrictive retenue par Cornu, en ce qu'elle est phénoménologique : la déontologie est « l'ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et le plus souvent définis par un ordre professionnel » (CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1990, 2^e éd., p. 256). Appliquée à l'Administration, Didier Jean-Pierre la définit comme « l'ensemble des devoirs et obligations qui s'imposent à elle dans l'accomplissement de ses missions » (D. JEAN-PIERRE, *La déontologie de l'administration*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1999, p. 6).

² V. notamment J. RIVERO, « Une déontologie de la fonction publique », *Projet*, 1989, n° 220, p. 33.

³ Selon l'opinion personnelle de Dominique Rousseau, dans le rapport « Jospin » (*préc.*, p. 111). Le rapport « Nadal » au Président de la République insiste également sur ce point : « La déontologie apparaît dès lors comme l'une des réponses à la crise de confiance des citoyens dans les agents publics » (J.-L. NADAL, *Renouer la confiance publique : Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*, Paris, Haute autorité pour la transparence dans la vie publique, 2015, p. 37). Christian Vigouroux relève que « l'agent public sait (...) que sa fonction est constituée à la fois par la compétence et la déontologie qui seules suscitent la confiance de ceux qu'il administre » (C. VIGOUROUX, « Chartes et/ou codes de déontologie et responsabilisation », *JCP Adm.*, 2014, 2084). Pour Jean-François Kerléo, « on a (...) recours à des standards déontologiques afin de rétablir la confiance du public et de garantir l'intégrité d'une activité » (J.-F. KERLÉO, « Archéologie des rapports entre le droit et la déontologie en France », *Rev. d'études benthamiennes*, 2014, n° 13, etudes-benthamiennes.revues.org/774). V. dans le même sens, S. NIQUÈGE, « Discipline et déontologie : de l'art et des manières de faire corps », in C. FORTIER (dir.), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », p. 279, spéc. p. 284.

⁴ Selon l'expression du Rapport Sauvé, qui vise à y remédier (Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *rapport préc.*, p. 104). Le « besoin de cohérence » du référentiel déontologique a par ailleurs été relevé (E. MARCOVICI, « De la nécessité de renforcer et d'adapter le cadre déontologique de la fonction publique », in P. BLACHÈRE (dir.), *op. cit.*, p. 83), de même que la « parcellisation des obligations déontologiques des agents du secteur public » (J. MORET-BAILLY & D. TRUCHET, « Actualité et enjeux », *AJDA*, 2012, p. 865).

⁵ COMMISSION DE RÉNOVATION ET DE DÉONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE, *Pour un renouveau démocratique*, Paris, La Documentation française, 2012, p. 82.

⁶ V. en ce sens l'étude de Kerléo, pour qui le mouvement contemporain s'apparente plus à une « juridicisation de la déontologie » qu'à une « déontologisation de la vie publique », d'où une « impossibilité d'identifier la déontologie, devenue droit » du fait de la perte d'une « spécificité formelle » qui caractérise l'obligation déontologique (J.-F. KERLÉO, *art. préc.*). Pour Gaudemet, la déontologie « se perd et se confond avec la discipline dès lors qu'objectivée, généralisée et publiée » (Y. GAUDEMET, « De l'intérêt général à la déontologie (petites observations sur un grand sujet) », in *Mél. D. Truchet, op. cit.*, p. 225, spéc. p. 227). V. également D. GUTMANN, « L'obligation déontologique : entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Arch. de philosophie du droit*, Dalloz, 2000, n° 44, p. 115.

regrettent¹, dans la mesure où il constitue un aveu de faiblesse d'un système reposant sur la conscience professionnelle de chacun². Toutefois, l'édition de prescriptions déontologiques peut également trouver son origine dans une institution particulière, à l'instar de l'adoption du code de déontologie du Défenseur des droits³. La conception française de l'intérêt général a longtemps semblé opposer un obstacle décisif à ce type de démarche⁴. La question des conflits d'intérêts est alors le « thème majeur depuis la montée en puissance des préoccupations déontologiques »⁵, du fait d'une « sensibilité accrue » caractérisant la période contemporaine⁶. Il faut toutefois relever que certains secteurs de l'action administrative, notamment le secteur sanitaire et le secteur de la régulation boursière, ont été pionniers dans

¹ Notamment Yves Gaudemet, pour qui la juridicisation de la déontologie « sonne comme un rappel de ce qu'on pouvait supposer acquis et relever déjà de la rectitude morale du comportement de chacun » (Y. GAUDEMET, « De l'intérêt général à la déontologie... », *art. préc.*, p. 228). La même analyse prévaut parfois après l'édition de la loi du 20 avril 2016 (v. *infra*, seconde partie, titre second, chapitre I, section 2, § 2) : pour Bernard Perrin, « la nouvelle rédaction de l'article 25 [du statut général de la fonction publique], avec sa litanie de vertus publiques, pourrait aussi générer quelques effets pervers, le citoyen étant en droit de penser que les fonctionnaires doivent être bien fragiles pour être soumis à tant de contraintes statutaires » (B. PERRIN, « Du bon usage des symboles », *AJDA*, 2016, p. 1089).

² V. en ce sens A. TAILLEFAIT, « Prévention des conflits d'intérêts : la culture administrative en question », *AJFP*, 2016, p. 189 : pour l'auteur, l'intervention du législateur provient de ce qu'il « a dû estimer que la conscience professionnelle s'étiolait ».

³ V. lé décision n° 2013-431 du 31 déc. 2013 portant adoption du code de déontologie du défenseur des droits (*JORF* du 8 avril 2014, texte n° 15), dont l'article premier précise que « dans le souci de prévenir les conflits d'intérêts, le Défenseur des droits s'est appliqué à lui-même ainsi qu'à ses adjoints (...) une obligation de procéder à une déclaration personnelle d'intérêts ».

⁴ Paul Lignières note que « traditionnellement en France, le principe de la recherche de l'intérêt général par les acteurs publics faisait paraître ce concept anglo-saxon de conflit d'intérêts comme n'étant pas à la mesure de la haute conception française de la chose publique » (P. LIGNIÈRES, « Conflits d'intérêts : l'État rentre enfin dans le rang », *JCP G.*, 2013, 1123). Jean-Bernard Auby affirme également que « la rareté du concept [de conflit d'intérêts] tient aussi à une certaine vision que nous avons du responsable public » (J.-B. AUBY, « Le chantier des conflits d'intérêts », *Dr. adm.*, 2011, repère 3). V. également M.-A. FRISON-ROCHE, « Conflit d'intérêts », *in idem*, *Les 100 mots de la régulation*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2011, p. 41). Pour Yves Mény, « le conflit d'intérêts ne fait pas grand sens puisque le seul intérêt qui vaille est celui supérieur de l'État » (Y. MÉNY, « De la confusion des intérêts au conflit d'intérêts », *Pouvoirs*, n° 147, 2013, p. 5, spéc. p. 6).

⁵ N. DECOOPMAN, « Autorité des marchés financiers : sanction des règles relatives aux conflits d'intérêts », *Dr. des soc.*, 2003, repère 10). Pour Jean-Marc Sauvé, « les questions de conflits d'intérêts et de déontologie sont aujourd'hui prégnantes dans notre société » (J.-M. SAUVÉ, « Conflits d'intérêts et déontologie... », *art. préc.*, p. 861) ; pour Didier Truchet, « le conflit d'intérêts est le principal sujet » des problèmes actuels de déontologie (D. TRUCHET, « Le besoin de déontologie », *AJDA*, 2010, p. 2129). La tendance est telle que certains auteurs n'hésitent pas à parler d'« inflation verbale » (M. MEKKI, « La lutte contre les conflits d'intérêts : essor de la transparence ou règne de la méfiance ? », *Pouvoirs*, n° 147, 2013, p. 17).

⁶ P. IDOUX, « Régulation et procédure : bientôt l'aboutissement d'un processus de clarification ? », *RLC*, n° 39, 2014, p. 126. D'autres auteurs mentionnent la longue indifférence de la France à la question (v. Y. MÉNY, *art. préc.*, p. 5).

la lutte contre les conflits d'intérêts, du fait de leurs particularités¹. Ainsi, un certain nombre de dispositions ont été adoptées dans ces secteurs, pour ensuite être élargies à d'autres domaines de l'activité administrative².

La nécessité de donner un cadre juridique à la notion de conflit d'intérêts a conduit à sa définition par la doctrine, puis par le législateur³. C'est alors l'impartialité qui apparaît comme le critère opératoire de l'identification du conflit d'intérêts : ce dernier ne doit être traité juridiquement qu'en tant qu'il conduit à douter de l'impartialité de l'administrateur. Sans la notion d'impartialité, la définition du conflit d'intérêts prend facilement les allures d'une tautologie⁴. La plupart des définitions de la notion de conflit d'intérêts opèrent cette liaison avec la notion d'impartialité, bien que celle-ci soit rarement la seule retenue. Il en est ainsi de la définition législative du conflit d'intérêts, formulée pour la première fois en 2013 : « Constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction »⁵. Si la nécessité d'adopter une définition élargie du conflit d'intérêts conduit à opérer une liaison avec les notions d'indépendance et d'objectivité, il apparaît clairement qu'une fois débarrassée de ces artifices langagiers, seule

¹ Le secteur sanitaire « semble particulièrement exposé » aux situations de conflits d'intérêts, « en raison des liens entre le monde de la recherche et les entreprises pharmaceutiques qui financent l'essentiel des essais cliniques » (V. VIOUJAS, « Recommandations de bonnes pratiques de la HAS et principe d'impartialité : la salubre contribution du Conseil d'État à la prévention des conflits d'intérêts », *RGDM*, 2011, p. 211, spéc. p. 213).

² Martin Hirsch relevait, en 2010, qu'« aujourd'hui, c'est dans le secteur sanitaire qu'en France a été élaborée la politique de prévention des conflits d'intérêts la plus aboutie », cela notamment en raison de l'affaire du sang contaminé (M. HIRSCH, *op. cit.*, p. 77). L'expertise sanitaire est alors « l'un des principaux laboratoires » de la « quête de l'impartialité administrative » (J. LESSI & L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conflits d'intérêts... », *art. préc.*, p. 1626).

³ Dans son rapport, rendu le 26 janvier 2011, la Commission Sauvé propose la définition suivante des conflits d'intérêts : « Un conflit d'intérêts est une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions » (Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *rapport préc.*, p. 19).

⁴ La définition retenue par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), dans des lignes directrices de 2003, montre cette faiblesse : « Un conflit d'intérêts implique un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités » (OCDE, « Gérer les conflits d'intérêts dans le service public : Lignes directrices de l'OCDE et expériences nationales », Paris, OCDE, 2005, p. 24).

⁵ Art. 2 de la loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013, relative à la transparence dans la vie publique (*JORF* du 12 oct. 2013, p. 16829).

la notion d'impartialité demeure dans la définition¹. Car, en fin de compte, « au tréfonds de la volonté d'éviter les conflits d'intérêts dans le champ administratif, il y a un souci qui peut être résumé de la manière suivante : de façon à rendre les décisions administratives aussi impartiales que possible, il faut assurer l'intégrité maximale des personnes qui prennent part à la conduite des affaires publiques »². La notion d'indépendance paraît alors peu opératoire³, dans la mesure où « le conflit d'intérêts, c'est ce fil qui relie l'individu à un objet qui aliène – ou risque d'aliéner – son libre arbitre »⁴. La notion de conflit d'intérêt est alors entièrement centrée sur le for intérieur de l'individu, dont les particularités ont conduit à l'autonomisation du principe d'impartialité. La jurisprudence a très tôt rattaché les dispositions introduites au nom de la prévention des conflits d'intérêts au principe jurisprudentiel d'impartialité, notamment dans le secteur sanitaire⁵.

Le principe d'impartialité dont se saisit le législateur gagne ainsi en précision et englobe progressivement des règles complémentaires dont la teneur déontologique est importante ; il fait ainsi l'objet d'une véritable densification normative⁶. S'il fait toujours partie intégrante de la légalité de l'acte administratif, il tend de plus en plus à reposer sur

¹ Cela est très clair dans le Rapport Sauvé : si les notions d'indépendance et d'objectivité sont conviées dans la formulation de la définition du conflit d'intérêts, l'explicitation de cette dernière ne retient que l'impartialité : « Cette idée de "conflit" implique que ces intérêts privés et leur influence potentielle sur les intérêts publics présentent une intensité suffisante pour pouvoir être regardés comme de nature à susciter un doute raisonnable sur l'impartialité de la personne concernée » (Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *rapport préc.*, p. 16). Le même phénomène peut être relevé en doctrine (v., entre autres, C.-L. VIER, « La notion de conflit d'intérêts », *AJDA*, 2012, p. 869, spéc. p. 873 ; J.-M. AUBY *et al.*, *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, « Précis », 2012, 7^e éd., p. 87), ou dans les conclusions de rapporteurs publics faisant usage de la définition législative (G. PELLISSIER, « Concl. sur CE, 14 oct. 2015, *Société Applicam* », *BJCP*, 2016, n° 104, p. 34, spéc. p. 35). Plus largement, Guyomar considère que « l'exigence d'impartialité constitue, aujourd'hui plus que jamais la source de l'éthique professionnelle de toute la fonction publique » (M. GUYOMAR, « Éditorial », *Cah. fonction publ.*, n° 331, 2013, p. 1). V. également J. MORET-BAILLY, *op. cit.*, pp. 57-58 : l'auteur retient, au terme d'une analyse approfondie, deux fondements de la régulation des conflits d'intérêts ; la loyauté dans le cadre privé, l'impartialité dans la sphère publique.

² J.-B. AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », *art. préc.* Moret-Bailly relève également que « le but des différentes régulations consacrées aux conflits d'intérêts réside dans le fait d'empêcher une prise de décision partielle » (J. MORET-BAILLY, « Les conflits d'intérêts des experts consultés par l'administration », *RDSS*, 2004, p. 855).

³ V. J. MORET-BAILLY, *op. cit.*, p. 52.

⁴ N. MOLFESSION, « Conflits d'intérêts : vers un changement de culture », *JCP G.*, 26 déc. 2011, n° suppl., p. 1).

⁵ V. notamment CE, 12 fév. 2007, *Société Les Laboratoires Jolly-Jatel et autres*, n° 290164, *Lebon T.* p. 1085 ; *RDSS*, 2007, note MASCRET ; CE, 13 nov. 2013, *Société Novartis Pharma SAS*, n° 344490, *Lebon T.* p. 410.

⁶ Le Rapport Sauvé relevait à ce titre que « le principe d'impartialité est toutefois moins conçu comme une obligation déontologique s'imposant aux agents et susceptible d'influer sur leur comportement que comme une condition de la légalité des actes administratifs » et proposait d'inverser la perspective, en la centrant désormais sur les agents (Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *rapport préc.*, pp. 46-47).

l'attitude de l'agent, en lui imposant des obligations spécifiques découlant du principe d'impartialité, relevant du « langage comportemental »¹, dans une optique relativement nouvelle de prévention. On assiste alors à une réaffirmation du caractère déontologique du principe d'impartialité, que son intégration dans les conditions de légalité de l'acte, aux fins de sa discussion contentieuse, avait pu dissimuler².

Un certain nombre de règles vise ainsi à instaurer des obligations positives dans le chef de l'agent public, afin de garantir l'impartialité d'une manière plus approfondie. Ces règles visent, *in fine*, à s'assurer du respect de l'impartialité apparente des agents participant à la décision administrative. La première de ces obligations réside dans celle, pour l'agent de veiller à faire cesser ou à prévenir toute situation de conflit d'intérêts. De plus, dans la mesure où l'intérêt de l'agent peut, dans certains cas, difficilement être connu, certains mécanismes sont instaurés, de manière à rendre cette information publique et, partant, contrôlable par l'administré³. C'est pour cette raison que la déclaration d'intérêts s'instaure progressivement en droit administratif⁴. De la même manière, la jurisprudence renverse certaines solutions anciennes, dans le but de permettre de contrôler l'impartialité des agents participant à l'acte administratif. Il en est ainsi, par exemple, en ce qui concerne les commissions départementales d'équipement commercial : la question de savoir si l'arrêté préfectoral fixant leur composition devait désigner les suppléants de manière nominative a opposé certains juges du fond ; le Conseil d'État a tranché, contre l'avis du commissaire du gouvernement, en faveur de la solution permettant aux administrés de contrôler l'impartialité des personnes

¹ D. TRUCHET, « Le besoin de déontologie », *art. préc.*, p. 2129. Yves Gaudemet conçoit également la règle déontologique comme une « règle de comportement général » (Y. GAUDEMET, « De l'intérêt général à la déontologie... », *art. préc.*, p. 226). V. encore J. MORET-BAILLY & D. TRUCHET, *Déontologie des juristes*, Paris, PUF, 2010, p. 55). De la même manière, Paul Cassia considère que chaque agent doit avoir un « réflexe déontologique », consistant pour lui à se demander : « Que puis-je faire ? » (P. CASSIA, *Conflits d'intérêts : Les liaisons dangereuses de la République*, Paris, Odile Jacob, « Corpus », 2014, p. 155).

² Ce caractère déontologique est depuis longtemps affirmé par le juge, lorsque les requérants se plaignent de l'insuffisance des textes : pour écarter ce moyen, le juge considère qu'il n'emporte pas méconnaissance du principe d'impartialité, parce que les membres de l'organisme dont il est question doivent respecter « les règles de déontologie qui régissent le fonctionnement de tout organisme collégial » (CE, 17 mai 1999, *Syndicat des avocats de France*, *préc.* ; dans le même sens, v. Cons. const., décision n° 89-260 du 28 juill. 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, *JORF* du 1^{er} août 1989, p. 9676 : *RFDA*, 1989, p. 671, note GENEVOIS).

³ Il s'agit de toutes les règles relatives à la « transparence » de la vie publique (pour une remise en cause de cette évolution, v. D. DE BÉCHILLON, « Transparence : la double peine des familles », *Pouvoirs*, n° 147, 2013, p. 45 ; plus anciennement, G. CARCASSONNE, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 17).

⁴ Apparue initialement dans le secteur sanitaire, l'obligation de déclaration d'intérêts a progressivement été étendue aux membres d'autorités administratives indépendantes, aux membres du gouvernement, ainsi qu'à certains agents soumis au statut général de la fonction publique (v. *infra*, seconde partie, titre second, chapitre I, section 2, § 2).

ayant siégé¹. Plus récemment et sur le même sujet, le Conseil d'État précise, en matière de vérification administrative, que « pour pouvoir s'assurer du respect de ce principe général du droit, le contribuable doit avoir connaissance du nom de l'agent mandaté pour procéder à ces vérifications (...) quand bien même cet agent aurait rempli une déclaration d'absence de conflit d'intérêt »².

Par ailleurs, le caractère déontologique accru du principe d'impartialité peut être relevé dans la plupart des dispositifs récents visant à garantir l'impartialité de l'Administration. Il en est ainsi de la réforme du droit des enquêtes publiques en matière environnementale, entreprise en 2010 : réitérant la garantie traditionnelle de l'impartialité du commissaire enquêteur, la disposition introduite à l'article R. 123-4 du Code de l'environnement précise qu' « avant sa désignation, chaque commissaire enquêteur, membre d'une commission d'enquête ou suppléant indique au président du tribunal administratif les activités exercées au titre de ses fonctions précédentes ou en cours qui pourraient être jugées incompatibles avec les fonctions de commissaire enquêteur (...), et signe une déclaration sur l'honneur attestant qu'il n'a pas d'intérêt personnel au projet, plan ou programme. Le manquement à cette règle constitue un motif de radiation de la liste d'aptitude de commissaire enquêteur ». De la même manière, apparaissent des documents spécifiquement déontologiques, sous forme de chartes ou de codes de déontologie, applicables aux agents publics. La « charte de l' élu local », contenue dans la loi du 31 mars 2015, est à ce titre topique, en ce qu'elle place diverses obligations déontologiques en tête du Code général des collectivités territoriales, parmi lesquelles, l'obligation de veiller à prévenir ou à faire cesser toute situation de conflit d'intérêts et, le cas échéant, à révéler son existence à l'assemblée délibérante³.

¹ CE, 16 janv. 2008, *Société Leroy-Merlin*, n° 296528, *Lebon* p. 9 : *BJCP* 2008, p. 177, concl. KELLER ; *JCP Adm.* 2008, 2036, note PELLISSIER ; *RTD com.* 2008, p. 276, note ORSONI ; *Construction-urbanisme*, 2008, comm. 54, note RENAUX. Selon Rémi Keller, le dispositif, dans son état actuel, « nous paraît au total suffisant pour assurer le respect du principe d'impartialité » (*concl. préc.*, p. 179).

² CE, 19 juill. 2016, *SAS Fruitofood*, n° 380716, *Lebon T.* p. 740 : *D.*, 2016, p. 2104, note PACTEAU ; *Dr. fisc.*, 2016, comm. 577, concl. VICTOR, comm. BOUCHER.

³ Art. 2 de la loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, *JORF* du 1^{er} avril 2015, p. 5921. Issue d'une proposition de loi visant à définir le statut de l' élu local, la charte a été adoptée par la commission des Lois de l'Assemblée nationale. Si certains auteurs manifestent leur perplexité à l'égard de cette charte « au goût de neutron législatif » (M. VERPEAUX, « La loi du 31 mars 2015 ne constitue pas un nouveau statut pour les élus locaux », *JCP Adm.*, 2015, 2208), d'autres relèvent que son « intérêt conceptuel » réside dans son caractère déontologique (A. HAQUET, « Le statut de l' élu local en filigrane », *AJDA*, 2015, p. 1210, spéc. p. 1216).

Le droit administratif s'attache dès lors davantage au caractère personnel de l'accomplissement de la fonction administrative, au moyen d'une déontologie devenue « credo pour les pouvoirs publics »¹. C'est cette personnalisation des règles de droit qui conduit à surmonter l'obstacle principal à l'épanouissement du principe d'impartialité.

B. *L'extension récente du dispositif traditionnel : un agent n'est compétent qu'en tant qu'il est objectivement impartial*

Les évolutions esquissées pour remédier à la crise de légitimité de l'État conduisent à la stabilisation d'une partie de la garantie de l'impartialité de l'Administration dans le texte de la loi. C'est en effet au nom de la lutte contre les conflits d'intérêts que le principe d'impartialité a été précisé par le législateur : le basculement clair vers une logique de prévention permet l'émergence d'une garantie purement objective de l'impartialité de l'Administration. L'évolution est, à ce titre, sensible : elle s'inscrit dans le « mouvement très net » visant à « doter le secteur public d'instruments déontologiques spécifiques »². Elle touche en premier lieu les autorités administratives supérieures, pour s'étendre ensuite à l'ensemble des agents publics, et permet *in fine* de surmonter l'obstacle déterminant de l'indisponibilité des compétences.

Le mouvement est initié par la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, dont le champ d'application s'étend aux membres du gouvernement, aux personnes titulaires d'un mandat électif et aux personnes chargées d'une mission de service public³. La première section de cette loi, intitulée « obligations d'abstention » contient les dispositions obligeant les agents normalement compétents à se dessaisir de leur compétence, lorsqu'ils se trouvent en situation de conflit d'intérêts. La loi n'apporte rien de nouveau en ce qui concerne les membres d'autorités administratives indépendantes, en ce qu'elle peut être conçue comme l'écriture d'une jurisprudence bien établie régissant l'impartialité des organismes collégiaux. Toutefois, elle s'étend à d'autres autorités de manière inédite, jusqu'alors. Tout d'abord, elle oblige tout titulaire de fonctions exécutives locales à désigner un suppléant, auquel il ne peut adresser des instructions, solution que la jurisprudence n'avait jamais consacrée au-delà des rares textes spécifiques. De plus, la loi distingue, pour ce qui est

¹ E. AUBIN, *Le droit de la fonction publique*, Issy-les-Moulineaux, Gualino-Lextenso, 2015, 6^e éd., p. 469.

² J. MORET-BAILLY & D. TRUCHET, « Actualité et enjeux », *art. préc.*, p. 865.

³ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence dans la vie publique, *JORF* du 12 oct. 2013, p. 16829.

des personnes chargées d'une mission de service public, selon leur position institutionnelle : s'ils ont reçu une délégation de signature, ils ne peuvent en faire usage ; s'ils sont placés en position hiérarchique, ils saisissent leur supérieur – qui peut également se saisir de sa propre initiative –, qui peut confier la compétence à une personne tierce placée sous son autorité hiérarchique. Enfin, la loi s'étend aux membres du gouvernement, en renvoyant les modalités d'application à un décret en Conseil d'État.

Ce décret, publié le 17 janvier 2014, modifie le décret du 22 janvier 1959, relatif aux attributions des ministres¹. Il opère une distinction selon les membres du gouvernement concernés : le Premier ministre en situation de conflit d'intérêts pour l'exercice de certains de ses pouvoirs doit déléguer ceux-ci au ministre premièrement nommé dans le décret relatif à la composition du gouvernement ; les ministres doivent informer le Premier ministre, qui par décret, exercera leurs attributions à leur place ; les membres du gouvernement placés auprès d'un ministre doivent informer le Premier ministre, et le ministre de tutelle pourra, par décret, exercer leurs pouvoirs. Si le deuxième alinéa de l'article 21 de la Constitution de 1958 semblait déjà autoriser le Premier ministre à procéder de la sorte, ce décret, pris en exécution de la loi du 11 octobre 2013, permet aux ministres de déléguer les attributions qu'ils exercent en propre. Toutefois, les attributions des ministres sont fixées par décret, ce qui laisse à penser que la jurisprudence administrative aurait pu consacrer une telle obligation dans le chef des ministres dont l'impartialité est sujette à caution. L'ampleur d'une telle solution, qui aurait nécessité un certain « constructivisme jurisprudentiel » allant au-delà de la simple annulation de l'acte, a probablement empêché le juge administratif de consacrer une telle obligation, ainsi que la rareté de la contestation contentieuse de l'impartialité de ces autorités administratives².

¹ Décret n° 2014-34 du 16 janvier 2014 relatif à la prévention des conflits d'intérêts dans l'exercice des fonctions ministérielles, *JORF* du 17 janvier 2014, p. 840.

² Outre que l'hypothèse semble ne jamais s'être présentée devant le juge administratif, avant l'entrée en vigueur du décret, la mise en œuvre de ces dispositions, trois ans après leur publication, semble confirmer la rareté de l'hypothèse : seuls trois décrets sont venus restreindre le champ de compétence d'un membre du gouvernement, à savoir les secrétaires d'État successifs chargés de l'enseignement supérieur et de la recherche, Geneviève Fioraso et Thierry Mandon, respectivement pour les actes intéressant la direction de la recherche technologique du Commissariat à l'énergie atomique et les actes intéressant un groupement d'intérêt public (v. décret n° 2014-865 du 1^{er} août 2014 pris en application de l'article 2-2 du décret n° 59-178 du 22 janvier 1959 relatif aux attributions des ministres, *JORF* du 3 août 2014, p. 12867 ; décret n° 2015-1667 du 14 déc. 2015 pris en application de l'article 2-2 du décret n° 59-178 du 22 janvier 1959 relatif aux attributions des ministres, *JORF* du 15 déc. 2015, p. 23083), ainsi que le ministre des solidarités et de la santé, Agnès Buzyn, pour les actes relatifs à l'Institut national de la santé et de la recherche médicale, dirigé par son mari (décret n° 2017-1088 du 29 mai 2017 pris en application de l'article 2-1 du décret n° 59-178 du 22 janvier 1959 relatif aux attribution des ministres, *JORF* du 30 mai 2017, texte n° 11).

La poursuite de ce mouvement de moralisation de la vie publique a également conduit à une révision d'ampleur du statut général de la fonction publique. Cette réforme vise à « réaffirmer aujourd'hui les valeurs qui guident l'action publique » et se donne pour objectif ambitieux de « redonner du sens au service public »¹. La loi du 20 avril 2016, relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires², opère ainsi une refonte intégrale du chapitre IV du statut général de la fonction publique, désormais intitulé « des obligations et de la déontologie »³. Plus précisément, l'article 25, qui contenait ce qu'il convient d'appeler l'obligation de servir, est totalement refondu pour contenir un ensemble substantiel d'obligations déontologiques. Ainsi, le nouvel article 25 affirme les obligations déontologiques auxquelles sont soumis les agents – dignité, impartialité, intégrité et probité –, ainsi que les valeurs du service public – neutralité, laïcité, égalité. Il permet surtout au chef de service de « veiller au respect de ces principes dans les services placés sous son autorité ». L'article 25 *bis* transpose le mécanisme déjà contenu dans la loi du 11 octobre 2013, visant à prévenir les conflits d'intérêts, en l'étendant à l'ensemble des agents soumis au statut général de la fonction publique⁴. Les subdivisions du même article précisent la portée des obligations découlant de la prévention des conflits d'intérêts, applicables à certains emplois et sous le contrôle de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique : déclaration d'intérêts⁵ ; obligation de confier la gestion de ses intérêts à un tiers⁶ ; déclaration de situation patrimoniale⁷. La loi transpose à un nombre plus large d'agents les obligations instaurées par la loi du 11 octobre 2013, inspirées des recommandations du Rapport « Jospin ».

Par-delà ces textes, c'est une personnalisation des règles de droit administratif qui apparaît en filigrane : la personnalité de chaque agent, modélisée par ses intérêts personnels, fait l'objet d'une attention particulière, dans une discipline traditionnellement rétive⁸, au

¹ ASSEMBLÉE NATIONALE, « Exposé des motifs du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires », *Doc. parl.*, n° 1278.

² Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* du 21 avril 2016, texte n° 2.

³ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* du 14 juillet 1983, p. 2174.

⁴ En distinguant, classiquement désormais, selon la position de l'agent : hiérarchique, délégué, membre d'une instance collégiale, membre d'une juridiction ou compétences propres.

⁵ Article 25 *ter*.

⁶ Article 25 *quater*.

⁷ Article 25 *quinquies*.

⁸ Rappelons que, traditionnellement, « le droit administratif français ne connaît que des actes, il ignore, sauf en des théories accessoires, les individus, c'est-à-dire les agents qui représentent l'administration » (HAURIOU & BEZIN, *art. préc.*, p. 546).

risque d'un certain « narcissisme »¹. En effet, on peut affirmer qu'après l'entrée en vigueur de cette loi, un agent n'est compétent qu'en tant qu'il est apparemment impartial² ; l'impartialité étant, à moins d'en exagérer la définition, uniquement liée à l'individu, la personnalisation de la règle s'impose logiquement. Cette tendance a pu être relevée par certains auteurs, à l'occasion de l'introduction de dispositions spécifiques tendant à garantir l'impartialité d'une procédure³. Partant, le titre de compétence de chaque agent est amputé de tous les cas où son impartialité pourrait être sujette à caution, en cas de conflit d'intérêts. Ce changement est opéré par l'enrichissement des « conditions objectives »⁴ de compétence, dans lesquelles l'acte administratif peut être pris, condition liée à l'impartialité des personnes participant à sa conception. Le fait que, par cette loi, certaines règles soient « propulsées, dans la hiérarchie des normes, à un niveau supérieur »⁵ est alors riche en conséquences. Le droit d'autres États peut aller plus loin encore en posant une norme parfaitement générale, applicable à l'édition de tous les actes administratifs et concernant tous les cas de partialité présumée⁶. En France, l'absence d'une loi générale de procédure administrative fait obstacle à la formulation d'une telle norme. Toutefois, par le biais de la lutte contre les conflits d'intérêts, la garantie de l'impartialité objective de l'Administration atteint une certaine généralité dans la loi, ce qui peut permettre au juge d'étendre cette garantie à des autorités jusque-là soumises au simple contrôle de la partialité subjective. De plus, une interprétation volontariste des principes posés par ces lois nouvelles pourrait conduire le juge français, à l'instar du juge européen, à garantir le justiciable face à tout doute sur l'impartialité de l'Administration, au risque certes de dénaturer la notion de conflit d'intérêts.

¹ B. PERRIN, *art. préc.*, p. 1089.

² À la réserve près qu'il s'agit seulement des conflits d'intérêts, qui n'épuisent pas le principe d'impartialité, sauf interprétation volontariste du juge.

³ Laurent Richer relève à ce titre, à propos de la transposition des règles de la directive 2014/24 sur la passation des marchés publics que ces dernières « s'intéressent de plus en plus aux agents de la procédure » (L. RICHER, « La transposition des règles sur les exclusions et les conflits d'intérêts », *Contrats-marchés publ.*, 2015, dossier 9).

⁴ EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 247.

⁵ E. ROUX, « Loi "Déontologie" du 20 avril 2016 : les nouveaux impératifs déontologiques des fonctionnaires », *AJCT*, 2016, p. 292.

⁶ Ainsi, l'article 21 de la loi de procédure administrative allemande dispose que « s'il existe une raison de nature à faire douter de l'exercice impartial d'une fonction ou si l'une des parties prétend qu'une telle raison existe, celui qui doit agir dans une procédure administrative pour le compte d'une autorité administrative doit en informer le chef du service ou la personne déléguée par lui et, sur son injonction, s'abstenir d'apporter son concours. Si la suspicion légitime concerne le chef du service, l'injonction est donnée par l'autorité de contrôle, à moins que le chef du service ne s'abstienne lui-même d'apporter son concours ».

Ainsi, les avancées de la déontologie dans la sphère publique permettent à la fois une objectivation, une densification et une généralisation accrues du principe d'impartialité. Toutefois, ces avancées ne se limitent pas à l'aspect déontologique, dans la mesure où l'aspect institutionnel de l'Administration est également sujet à des mutations inspirées du principe d'impartialité.

II. L'institutionnalisation de l'impartialité comme réponse à la diversité des missions de l'Administration

« La clef principale que nos systèmes utilisent pour combattre les conflits d'intérêt consiste à imposer une séparation des intérêts interférents : une séparation entre les intérêts publics dont l'entité concernée a la charge, et les attaches externes qui pourraient interférer. Cela peut avoir des implications pour les personnes et pour les institutions. »¹ La montée en puissance de l'exigence d'impartialité, permise récemment par l'émergence de la déontologie administrative, connaît un autre vecteur, institutionnel cette fois. Cette tendance, déjà ancienne, consiste en la séparation de fonctions diverses assumées par l'Administration, qui peut répondre à des considérations politiques (A) ou être rendue obligatoire par une norme supra-législative (B).

A. La séparation des fonctions

« Il est assez frappant de voir qu'à l'heure actuelle, le droit pousse régulièrement dans le sens d'une séparation des fonctions au sein de l'administration, dans le but d'en mieux garantir l'impartialité. »² La diversité des fonctions assumées par l'Administration fait naître des risques de partialité d'une nature nouvelle, que le législateur entend parfois prévenir en prévoyant certains régimes d'incompatibilités. Cette organisation institutionnelle de l'Administration est empreinte d'ambiguïté, dans la mesure où il n'est d'impartialité, à proprement parler, que personnelle. Il semble dès lors que l'incompatibilité devrait toucher l'agent, à qui le législateur interdirait de cumuler deux fonctions considérées comme

¹ J.-B. AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », *art. préc.*, p. 17.

² J.-B. AUBY, « Impartialité et séparation des fonctions de l'administration », *Dr. adm.*, 1999, repère 11.

incompatibles¹. Toutefois, le caractère monolithique de l'administration hiérarchisée conduit la séparation des fonctions à dépasser le simple statut de l'agent pour régir le fonctionnement structurel de l'Administration². De plus, les progrès de la science administrative montrent que l'assimilation de certains pans de l'Administration à un intérêt public particulier dont ils ont la charge est un phénomène courant, ce qui peut amener le législateur à redoubler de précaution pour organiser une séparation effective des fonctions³.

C'est ainsi que l'idée de séparation des fonctions au sein même d'un processus décisionnel unique se fait jour. Les lois générales de procédure administrative des États ayant opté pour ce type de réglementation sont particulièrement explicites. Il en est ainsi de la loi de procédure états-unienne, qui, dans le champ des décisions individuelles (*adjudications*), scinde le processus décisionnel en deux phases distinctes et interdit à la personne qui est chargée de la conduite de la première phase – qui aboutit à une décision provisoire – de participer à la seconde⁴.

Le droit français, qui ne connaît pas d'approche aussi systématique de la procédure administrative, organise toutefois un non-cumul de fonctions dans un nombre grandissant de cas de figure. Tel est notamment le cas des recours administratifs, organisés contre certaines décisions administratives, ou encore de certaines procédures particulières. Si aucune solution systématique n'apparaît, on peut constater que certaines dispositions entendent prévenir le risque de partialité qui découlerait de la participation par un agent à la détermination de la décision initiale. Mais ces progrès du principe d'impartialité relèvent, en dernière analyse de l'extension de la portée du principe jurisprudentiel d'impartialité, plus que d'une prise en compte consciente, par le législateur, de la garantie de l'impartialité de la décision administrative. De plus, l'organisation hiérarchique de l'Administration s'oppose souvent à

¹ Davis l'a parfaitement relevé, dans un chapitre de son *Traité* abordant spécifiquement la question de la séparation des fonctions : le caractère discutable de toute remise en cause trop large du cumul de fonctions réside dans le fait que « le principe qui s'oppose au cumul de fonctions concerne les individus, pas les institutions » (K. C. DAVIS, *op. cit.*, p. 172).

² Jacques Chevallier considère à ce propos que « la logique unitaire, inhérente au modèle bureaucratique, (...) avait été appliquée avec une particulière rigueur », en France (J. CHEVALLIER, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *Rev. adm.*, 1998, p. 43).

³ Cette idée apparaît avec la théorie de la « partialité institutionnelle » (*institutional bias*), développée outre-Atlantique : elle fait progresser l'idée selon laquelle « la partialité peut avoir une dimension institutionnelle », constituée par « le préjugé qui pourrait naître du simple fait de l'appartenance du décideur à une institution ou un service ». Elle est à la base de l'enrichissement du principe d'impartialité, qui tend à intégrer une dimension fonctionnelle (P. GARANT, « L'impartialité structurelle des tribunaux administratifs », *Les Cahiers de droit*, 1995, p. 379, spéc. p. 380). V. également G. DE MARGERIE, « Un nouveau type d'autorités », *Le Débat*, n° 52, 1988, p. 87.

⁴ US Code, Titre 5, § 554. Plus largement, v. B. WENNERGREN, *op. cit.*, p. 21.

l'établissement d'un tel procédé, dans la mesure où elle le rendrait de faible portée. Cependant, le législateur peut, d'une manière beaucoup plus générale, organiser la séparation de fonctions qu'il considère comme incompatibles.

La question de la garantie de l'impartialité de certaines décisions administratives est ancienne. Classiquement, la question se résolvait par le transfert de la compétence décisionnelle à une juridiction, ce qui explique le fleurissement historique de la juridiction administrative spécialisée, qui vient relativiser, si ce n'est annihiler l'idée d'un domaine matériel de la juridiction¹. Laferrière l'illustre parfaitement, au travers d'un exemple particulier tiré de la compétence des conseils du contentieux des colonies en matière de concessions et d'autorisations portant sur les eaux domaniales.

À raison du haut prix qui s'attache à la jouissance de ces eaux, la législation coloniale a voulu prévenir tout soupçon de faveur ou de décision arbitraire, et elle a transféré les décisions qui s'y rapportent de l'administration active à la juridiction contentieuse ; non qu'elle ait entendu transformer en question d'ordre juridique des décisions qui conservent leur caractère de haute appréciation administrative et d'équitable conciliation des intérêts en présence, mais afin d'assurer à ces intérêts les garanties d'une instruction et d'un débat contradictoire devant des arbitres impartiaux.²

Un certain nombre d'auteurs a dès lors rejeté l'idée d'une conception matérielle de la fonction juridictionnelle³. L'argument de l'inexistence d'un domaine matériel de la juridiction peut être relativisé, eu égard aux efforts déployés par la doctrine pour le caractériser, car « une distinction matérielle n'est pas inconcevable en soi »⁴. Les efforts de Duguit et de ses

¹ V. à ce sujet la thèse de Michel Degoffe, qui repose sur l'idée « qu'il n'existe pas de domaine réservé à la juridiction » (L. RICHER, « Préface », in M. DEGOFFE, *op. cit.*, p. XI).

² LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, 1^{ère} éd., *op. cit.*, pp. 339-340. Il en va de même de la décision d'ordonner la fermeture d'un établissement de charité : confronté à la question de l'autorité à désigner pour y procéder, le Parlement a, au début du XX^e siècle, renoncé à confier ce pouvoir au préfet et a préféré l'attribuer à une juridiction administrative spécialisée, ce qui a conduit certains commentateurs à affirmer qu'« au point de vue des garanties d'impartialité, la bienfaisance privée ne saurait rien demander de mieux », alors que la compétence préfectorale eût été « l'arbitraire pur » (D'HAUSSONVILLE, « La surveillance des établissements de bienfaisance privée », *Le Temps*, 26 juin 1912).

³ Il s'agit notamment de Carré de Malberg qui, examinant le problème, conclut qu'aucune théorie ne permet de montrer « que l'acte administratif ne pourrait jamais avoir le même contenu que l'acte juridictionnel », ce qui montre qu'« il n'y a pas de différence matérielle absolue et constante entre l'administration et la juridiction » (CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 764). Le rejet par cet auteur des classifications matérielles est plus large, en ce que toute classification non organique des actes juridiques « demeurerait dépourvue d'exactitude juridique, car elle se trouverait en opposition avec le système positif du droit constitutionnel » (*ibid.*, p. 268).

⁴ R. BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mél. R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933 ; réimpr. Paris, Duchemin, 1977, p. 3. Pour cet auteur et pour un certain nombre d'autres, la différenciation matérielle est « essentielle, tandis que les différenciations organique et formelle ne sont que secondaires et contingentes », en ce sens que la différenciation matérielle devrait à la base de la justification de la différenciation organique (*ibid.*, p. 5).

disciples en ce sens permettent effectivement de le concevoir¹. Ces énoncés sont prescriptifs, dans la mesure où ils visent à établir ce que devrait être le domaine matériel de la juridiction ; ils peuvent guider l'interprète lorsqu'il a la possibilité de déterminer la nature d'un organe que les textes n'ont pas qualifié². Toutefois, il n'en demeure pas moins que le critère véritablement déterminant de la notion de juridiction reste non seulement purement formel, mais également que le transfert d'une compétence administrative à une juridiction permet d'en garantir l'impartialité, de par l'extériorité du décideur et la procéduralisation de la décision³. Car, en fin de compte, « la mission de trancher des litiges sur la base du droit n'est pas nécessairement juridictionnalisée (...). La fonction juridictionnelle (...) n'est en fait qu'une modalité possible d'exercice d'une fonction plus large, qui peut être assurée également par des organes purement administratifs »⁴. La jurisprudence constitutionnelle ne remet pas en cause ce constat de manière frontale.

Toutefois, il apparaît aisément que ce type de solution institutionnelle présente un certain nombre d'inconvénients, dans la mesure où il s'apparente à une soustraction complète d'un pouvoir de l'Administration, obéissant à une logique toute différente dès lors qu'il est attribué à une juridiction. Par ailleurs, les avancées de la procéduralisation de l'acte administratif réduisent l'intérêt de l'attribution d'un pouvoir à une juridiction, dans la mesure où les garanties procédurales sont désormais plus aisément concevables au sein même de l'Administration. Cependant, demeure le problème de la garantie de l'impartialité, découlant

¹ V. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 3^e éd., *op. cit.*, p. 418 et s. : l'auteur concède qu'en soi, « on peut dire qu'au point de vue matériel, l'acte juridictionnel est un acte administratif et qu'il ne se distingue des autres actes administratifs qu'au point de vue formel, c'est-à-dire quand il est fait par un agent appartenant à un ordre de fonctionnaires distincts de l'ordre administratif ». Cependant, l'acte juridictionnel se distingue matériellement en ce qu'il vise à la constatation, positive ou négative, d'une violation du droit. La « caractéristique propre de l'acte juridictionnel » réside dès lors dans le fait qu'un agent intervient pour trancher une question de droit, en cas de litige. Jèze développe cette idée autour de la notion de « force de vérité légale », qui inclut nécessairement des éléments formels dans la notion de juridiction (v. notamment G. JÈZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *RDP*, 1913, p. 437).

² V. à ce sujet R. CHAPUS, « Qu'est ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Mél. C. Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 265. L'auteur montre que le critère matériel de la juridiction peut être opératoire lorsque le Conseil d'État peut librement qualifier l'organe, quand les textes n'imposent pas, implicitement ou explicitement et pour diverses raisons, la qualification de l'organe. Si l'hypothèse semble rare, le Conseil d'État peut alors affirmer que le caractère juridictionnel de l'organe à qualifier procède de la « nature de la matière » dans laquelle il décide (CE Ass., 12 déc. 1953, *de Bayo, Lebon* p. 544 : *RPDA* 1954, p. 3, concl. CHARDEAU ; *AJDA*, 1954, II, p. 138, note SOTO, chron. GAZIER & LONG). Cela permet d'expliquer cette « conclusion très décevante », à laquelle parvient Marcel Waline : « L'impossibilité de trouver un critère rigoureux de l'acte juridictionnel » (M. WALINE, « Du critère des actes juridictionnels », *RDP*, 1933, p. 565, spéc. p. 572).

³ CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 766 et s. V. également M. WALINE, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle », *RDP*, 1928, p. 441.

⁴ J. CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mél. M. Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 275, spéc. p. 276.

du cumul de fonctions au sein de l'Administration traditionnelle, problème parfois mis en lumière par la doctrine, dans des situations très diverses¹.

Le législateur, conscient du risque de remise en cause de l'impartialité de certaines décisions administratives et du soupçon qui l'accompagne, du fait qu' « il n'est pas sain »² que certaines fonctions soient exercées par le pouvoir exécutif, peut prévenir ce risque par un processus d'institutionnalisation de l'impartialité. Cela se traduit techniquement par une séparation des fonctions, au moyen de l'institution d'une entité indépendante. La garantie statutaire de l'indépendance d'une autorité est, depuis longtemps, identifiée comme la première condition de son impartialité, en ce qui concerne le juge³. La même logique se reproduit, de manière à garantir objectivement l'impartialité de certaines décisions administratives, là où l'Administration traditionnelle semble *a priori* suspecte. Comme l'affirme Jean-Bernard Auby, « la première des fonctions des autorités administratives indépendantes est de casser des chaînes d'intérêts interférents »⁴. Toutefois, ce processus se doit d'être utilisé de manière mesurée, dans la mesure où la recherche d'une impartialité radicale apparaît, en fin de compte, chimérique.

C'est alors l'idée d'indépendance pour l'impartialité qui se fait jour au sein même de l'Administration, puisque l'indépendance dont il est question ne saurait être comprise autrement que vis-à-vis de l'administration traditionnelle, à moins que l'adjectif indépendant

¹ Jean-Bernard Auby s'interroge, dans cet esprit, sur la garantie de l'impartialité de la décision relative à l'utilisation des sols, en droit de l'urbanisme : « Comment peut-on espérer que des décisions relatives à l'utilisation des sols soient prises de façon impartiale et efficace au point de vue de l'intérêt général dans un système où, en gros, les mêmes autorités locales ont le pouvoir d'édicter les documents d'urbanisme et celui de délivrer les autorisations individuelles : c'est-à-dire à la fois de fixer la règle du jeu et celui d'en assurer la sanction ? » (J.-B. AUBY, « Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme », in *Mél. H. Jacquot*, Orléans, Presses universitaires d'Orléans, 2006, p. 36). Si ces interrogations sont rarement prospectives, elles viennent plus souvent au soutien de l'explication de la démarche du législateur consistant à séparer des fonctions : v. notamment J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G.*, 1986, I, 3254 : pour l'auteur, le phénomène de l'institution d'autorités indépendantes est dû à « l'extension démesurée des interventions publiques dans la vie sociale ».

² Selon la déclaration du ministre Fillioud, dans les motifs de la loi ayant conduit à l'instauration de la Haute autorité de la communication audiovisuelle, par la loi du 29 juillet 1982 (cité par P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes : Une catégorie nouvelle », *AJDA*, 1983, p. 275, spéc. p. 278).

³ V. *supra*, introduction générale.

⁴ J.-B. AUBY, « Remarques terminales », *RFDA*, 2010, p. 931. Pour ce même auteur, le statut d'indépendance de ces autorités « les rend fiables aux yeux des citoyens devenus conscients des conjonctions d'intérêts que l'appareil public recèle souvent » (*ibid.*).

ne devienne « trompeur »¹. Ce mouvement consistant à soustraire une compétence à l'Administration se traduit par l'émergence de la figure de l'Autorité administrative indépendante, bien que d'autres solutions institutionnelles aient pu être envisagées². Sa caractéristique essentielle réside dans son indépendance vis-à-vis de l'administration hiérarchique, qui la singularise vis-à-vis d'autres institutions dont l'indépendance pourrait être plus accidentelle³. La jurisprudence constitutionnelle la plus récente est d'ailleurs explicite sur la signification de l'indépendance de ces autorités, lorsqu'elle qualifie celles-ci d' « autorité[s] administrative[s] non soumise[s] au pouvoir hiérarchique du ministre »⁴. Cela les rapproche du statut de la magistrature, dont l'indépendance est instituée pour les mêmes raisons⁵.

La plupart des auteurs qui se sont interrogés sur la signification de ce statut d'indépendance identifient l'impartialité de l'Administration comme son fondement, sa

¹ A. SAJO, « Les autorités indépendantes », in M. TROPER & D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. II, Paris, Dalloz, « Traités », 2012, p. 321, spéc. p. 334. Jean-Marie Pontier relève en outre que l'indépendance d'une autorité administrative « est toujours relative » en ce qu'elle a généralement trait aux relations entre l'exécutif et l'autorité en question (J.-M. PONTIER, « Étude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes », in P. GÉLARD (dir.), *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, t. II, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Doc. Assemblée nationale, n° 3166, 2006, p. 171, spéc. p. 180). V. également F. GAZIER & Y. CANNAC, « Les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, 1984, p. 13, spéc. p. 15).

² Michoud relevait déjà, à propos des chemins de fers fédéraux suisses qui, en plus d'une autonomie financière, jouissent d'une « autonomie administrative », que cette « indépendance (...) est une garantie de compétence technique et d'impartialité politique » (MICHOU, « Compte rendu de l'ouvrage de M. Gariel, *La centralisation économique en Suisse – L'œuvre économique de la Confédération depuis 1848* », *RDP*, 1914, p. 725, spéc. p. 727). Sur les déclinaisons de ce mouvement « d'éclatement » et de « fragmentation » qui se stabilise autour de l'institution de l'Autorité administrative indépendante, v. CHEVALLIER, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *art. préc.*).

³ V. O. BEAUD, « L'État », in P. GONOD, F. MELLERAY & P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. I, Paris, Dalloz, « Traités », 2011, p. 207, spéc. p. 238 : « Leur particularité institutionnelle tient au fait que, bien qu'autorités administratives, elles sont indépendantes, organiquement et fonctionnellement, du pouvoir hiérarchique étatique qui est censé unifier l'appareil administratif sous la responsabilité du gouvernement ». La même idée est développée par Martine Lombard : l'indépendance de certaines autorités administrative fait écho au « postulat selon lequel la meilleure garantie de l'impartialité du juge tient à l'indépendance de la juridiction par rapport à d'éventuelles pressions politiques (...). C'est bien souvent précisément pour garantir l'impartialité du processus de décision *ab initio* (...) qu'une loi crée une institution publique indépendante » (M. LOMBARD, « Pourquoi des autorités de régulation indépendantes en matière économique ? », in G. MARCOU & J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, « Coll. de l'UMR de droit comparé de Paris », vol. 25, 2011, p. 148, spéc. pp. 149-150). Eveillard écrit encore que c'est dans la soustraction au pouvoir hiérarchique et au pouvoir de tutelle que « réside sans doute l'innovation majeure du procédé » (G. EVEILLARD, « Les sanctions en droit administratif : Entre approfondissement de la soumission à la légalité et recherche de l'efficacité », in C. CHAINAIS & D. LASZLO-FENOUILLET (dir.), *op. cit.*, p. 491, spéc. p. 496).

⁴ Cons. const., décision n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017, *Société Barnes et autre*, *JORF* du 11 mars 2017, texte n° 85, consid. 6.

⁵ Pour Marie-Anne Frison-Roche, c'est par ce trait caractéristique de l'indépendance que ces autorités « sont naturellement proches du statut de la magistrature » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation », *Rev. éco. fin.*, 2000, n° 60, p. 85, spéc. p. 95).

« raison de principe »¹, bien que les raisons de cette indépendance soient souvent « traitées par prétériorité »². En effet, c'est bien « une forme d'action de l'État qui ne soit pas celle du gouvernement », qui est recherchée au travers de l'institution d'une autorité administrative indépendante³. Dans cette optique, « l'impartialité est le principe majeur, dont l'indépendance n'est que le préalable »⁴. Ce type d'autorité permet alors à l'Administration « d'éviter d'être suspectée de partialité ou d'arbitraire, tout en assurant son intervention effective dans un secteur déterminé », ce que la juridiction administrative spécialisée ne permettait que plus difficilement⁵. Car, affirme Patrick Wachsmann, « il est des fonctions administratives dont le bon fonctionnement requiert que l'on détache de l'autorité gouvernementale ceux auxquels elles incombent », et ce « à chaque fois que l'exigence d'impartialité apparaît au premier plan »⁶.

L'indépendance de l'autorité administrative vis-à-vis de l'administration hiérarchisée permet alors d' « offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de

¹ L. COHEN-TANUGI, « L'émergence de la notion de régulation », *LPA*, 10 juill. 1998, p. 4.

² T. TUOT, « Perspectives d'évolution », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 219. Les efforts de la doctrine se sont d'abord concentrés sur la nature administrative des nouvelles autorités, avant de se pencher véritablement sur leur indépendance (v. par ex. P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes... », *art. préc.*).

³ GAZIER & CANNAC, *art. préc.*, p. 28 : pour ces auteurs, cette forme d'action est recherchée lorsque le gouvernement est, « dans le domaine considéré, (...) suspecté de partialité ou que son intervention serait déplacée ou dangereuse ». Pour Jacques Chevallier, le développement de l'institution d'autorités administratives indépendantes traduit « une disjonction toujours plus accusée entre l'État-personne morale de droit public et l'État-pouvoir politique, en vue de protéger les citoyens, ainsi qu'une extension croissante de la sphère étatique échappant à l'emprise des gouvernants » (J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *art. préc.*).

⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, p. 610, spéc. p. 615. Pour Jean-Jacques Menuret, « derrière la notion d'indépendance, c'est l'impartialité de l'autorité qui est recherchée, c'est-à-dire sa qualité à assurer une application neutre des principes que le politique a posés par choix » (J.-J. MENURET, « Quelle collégialité pour les autorités administratives indépendantes ? », in J.-J. MENURET & C. REIPLINGER (dir.), *La collégialité, valeurs et significations en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 119).

⁵ *Ibid.*, p. 28. Jean-Louis Autin relève dans le même sens que la création d'une autorité indépendante est « censée résoudre la contradiction entre le souhait et la crainte d'une intervention de l'État » (J.-L. AUTIN, « Autorités administratives indépendantes », *Jcl. Adm.*, 2010, fasc. 75, § 22). V. encore P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, « Précis », 1998, p. 264 : « Leur création [des autorités administratives indépendantes] est justifiée par la volonté d'instituer, dans des domaines délicats, touchant en particulier aux libertés publiques et à l'encadrement d'activités économiques, des organes à la fois impartiaux, compétents et influents » ; J.-F. LEPETIT, « État, juge et régulateur », *LPA*, 23 janv. 2003, p. 9, spéc. p. 10 : « C'est le législateur lui-même, qui a considéré, à tort ou à raison, que pesait sur le pouvoir politique et administratif, une suspicion de partialité qui venait entacher ses décisions ».

⁶ P. WACHSMANN, « Sur "l'indépendance" des autorités administratives d'État », in *Mél. J.-L. Autin*, t. I, Montpellier, Université de Montpellier, « Mélanges », 2012, p. 481, spéc. p. 482. Pour Jacques Chevallier, l'enjeu est de mettre les gouvernants « hors-jeu », ce qui laisse « entrevoir l'image d'un État dépolitisé, dont certaines fonctions sont désormais assumées par des instances "neutres et objectives" » (J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *art. préc.*). Pour Quentin Epron, l'indépendance « semble (...) postuler que l'autorité administrative classique n'est pas suffisamment impartiale » (Q. EPRON, « Les sanctions en droit administratif... », *art. préc.*, p. 527).

l'État »¹, en ce que deux fonctions autrefois confondues sont dès lors séparées : « Les autorités administratives indépendantes semblent parées dès leur naissance d'une onction qui les ferait bénéficier d'une irréfragable présomption d'impartialité »². Elle profite également à l'administration traditionnelle, dans la mesure où le grief de partialité naissant du cumul de fonction ne peut lui être opposé dès lors qu'elle est dépossédée d'une de ces fonctions. Les autorités administratives indépendantes sont alors ces « autorités administratives spécifiques, dont le signe distinctif est l'indépendance destinée à assurer un exercice impartial de leurs fonctions de régulation »³, ce que les textes législatifs confirment parfois⁴. Certains auteurs vont jusqu'à réduire l'indépendance de ces autorités à sa « portée fonctionnelle », qui est de « garantir l'impartialité de certaines décisions »⁵, dans la mesure où « l'indépendance n'est qu'une condition pour l'effectivité du véritable critère, qui est celui de l'impartialité »⁶.

L'autorité administrative indépendante trouve alors un terrain d'épanouissement propice dans le domaine de l'organisation des libertés publiques, le pouvoir politique étant « réputé menaçant pour l'exercice des libertés »⁷, dans la théorie traditionnelle. Ce mouvement récent visant à la recherche d'une impartialité plus apparente et, partant, peut-être plus réelle, par un « retour à l'impersonnalité »⁸, a pu être fortement critiqué, à la suite de Jean Rivero qui y voit une « auto-défiance » surprenante⁹. Certains auteurs y voient en effet le

¹ CONSEIL D'ÉTAT, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », in *Rapport public 2001*, Paris, La Documentation française, « EDCE », n° 52, p. 275. Cette justification est, selon le Conseil d'État, « probablement la plus importante » et procède sans surprise « d'une méfiance à l'égard du pouvoir politique et du pouvoir administratif » (*ibid.*, même page).

² *Ibid.*, p. 275.

³ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, préf. C. DEBOUY, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol 172, 1993, p. 180.

⁴ Ainsi, l'article 35 de la loi du 10 février 2010 disposait que « les membres et les agents de la Commission de régulation de l'électricité exercent leurs fonctions en toute impartialité, sans recevoir d'instruction du gouvernement, ni d'aucune institution, personne, entreprise ou organisme » (Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF* du 11 février 2000, p. 2143).

⁵ G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347. Dans le même ordre d'idée, Jacques Ziller considère que « l'indépendance des autorités n'est pas une valeur en soi, c'est une modalité destinée à protéger certains principes au bénéfice des citoyens ou des opérateurs économiques » (J. ZILLER, « Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2010, p. 901).

⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant le bilan des autorités administratives indépendantes », in P. GÉLARD, *rapport préc.*, t. II, p. 9, spéc. p. 66.

⁷ J.-L. AUTIN, *fasc. préc.*, § 22. Le Conseil d'État considère que dans ce domaine, « par nature presque, l'État est réputé partial » (CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2001*, *op. cit.*, p. 275).

⁸ P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, *op. cit.*, p. 180.

⁹ J. RIVERO, « Conclusions », in C.-A. COLLIARD & G. TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, p. 309.

paradoxe d'un aveu de faiblesse de l'administration traditionnelle¹, ou l'évacuation de la politique « au profit d'une neutralité fantasmée »², dès lors qu'il apparaît que l'impartialité n'est plus, avec l'apparition de cette catégorie d'institution, l'une des « vertus cardinales du système administratif tout entier »³. Pour certains auteurs, ce mouvement tient à la « mise en scène » d'une « délégation irrévocable qu'il [l'État] fait d'un pouvoir confié à une structure en son sein »⁴. Toutefois, si « le développement des autorités administratives indépendantes répond directement au souci de lutter contre le soupçon de partialité pesant sur le pouvoir politique et son administration »⁵, on espère avoir montré que ce mouvement dépasse largement le phénomène de l'apparition des autorités administratives indépendantes, dans la mesure où la recherche d'une impartialité plus apparente de l'Administration emprunte des voies fort diverses et toujours plus exigeantes, qui vont au-delà de cet aspect institutionnel.

De plus, la forte concentration du pouvoir de l'administration centrale et, notamment, l'engagement historiquement conséquent de l'État français dans l'économie fait apparaître un certain nombre de conflits potentiels entre des fonctions de réglementation et d'intervention directe. Plutôt que la voie d'un désengagement, qui désamorcerait le soupçon de partialité, c'est souvent par l'instauration d'une entité indépendante que le problème trouve sa solution. Il en est ainsi, par exemple, de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires : c'est le défaut d'impartialité de l'autorité chargée de mettre en œuvre la réglementation des nuisances sonores – à l'époque, le gestionnaire d'aéroport, chargé de sanctionner les compagnies aériennes, avec qui il entretient des relations commerciales – qui a conduit à la soustraction de cette compétence à cette autorité et, *in fine*, à l'institution d'une autorité

¹ C'est le cas d'Olivier Beaud qui, reprenant la critique de Rivero, écrit que les autorités administratives indépendantes « sont la preuve vivante que, à un moment donné, l'État français (...) n'a plus fait confiance à sa propre administration, c'est-à-dire aux ministères, en transférant la charge de "réguler" tel ou tel domaine des fonctionnaires à d'autres membres censés être plus impartiaux » (O. BEAUD, « L'État », *art. préc.*, p. 240). V. également J.-F. LEPETIT, « État, juge et régulateur », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : Légitimité et efficacité*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, p. 118.

² P. WACHSMANN, « Sur "l'indépendance" des autorités administratives d'État », *art. préc.*, p. 483. L'auteur y voit même un « déguisement utile au pouvoir, dont la légitimité légale-rationnelle (...) s'exhibe, voire s'exaspère ici d'une manière qu'il faut bien dire idéalement adaptée à la société du spectacle ».

³ L. COHEN-TANUGI, « Une doctrine pour la régulation », *Le Débat*, n° 52, 1988, p. 56, spéc. p. 63.

⁴ T. TUOT, « La planète des sages », in R. FAUROUX & B. SPITZ, *Notre État : Le livre vérité sur la fonction publique*, Paris, Robert Laffont, 2000, p. 688, spéc. p. 693.

⁵ M. COLLET, « La création des autorités administratives indépendantes, symptôme ou remède d'un État en crise ? », in « Les autorités administratives indépendantes », *Regards sur l'actualité*, n° 330, Paris, La Documentation française, 2007, p. 5, spéc. p. 7.

statutairement indépendante, solution quelque peu étonnante¹. La même solution prévaut en matière de sûreté nucléaire : l'État étant fortement engagé sur le marché, la surveillance de la sûreté nucléaire a été confiée à une autorité indépendante afin de garantir l'impartialité de l'exercice de cette fonction². Cette particularité française est la source de la création « hasardeuse » de certaines autorités administratives indépendantes, selon le Conseil d'État³.

D'autant que l'attractivité du modèle français de l'autorité indépendante conduit à son utilisation fréquente, dans des situations où seule l'indépendance vis-à-vis du secteur réglementé doit être garantie. Les autorités de santé en sont un exemple typique : l'indépendance de l'autorité de réglementation par rapport au secteur est essentielle, dans la mesure où l'expertise nécessaire se trouve au sein même du secteur. Toutefois, l'évolution institutionnelle de l'administration de ce secteur conduit à l'instauration, en 2004, d'une autorité publique indépendante – la Haute autorité de santé⁴. Les travaux préparatoires confirment d'une part que l'indépendance ne s'entend que vis-à-vis du secteur sanitaire et, d'autre part, que la question de l'indépendance vis-à-vis de l'administration hiérarchique n'a pas fait l'objet d'une justification particulière⁵. Ainsi, si l'indépendance d'une autorité administrative peut trouver son fondement dans l'exigence d'impartialité de l'Administration que le législateur entend garantir en instituant son indépendance, il faut relever que la tendance à tenir « par méthode pour acquis que l'indépendance est une condition de la

¹ V., sur cette question, I. DE SILVA, « Le contrôle des nuisances sonores aéroportuaires : la procédure de sanction », *RFDA*, 2007, p. 757. Isabelle de Silva nous apprend que le Conseil d'État avait émis un avis défavorable à l'instauration d'une autorité indépendante, considérant qu'il s'agissait d'une mission de police spéciale qui ne justifiait pas l'introduction d'un dispositif aussi dérogatoire. Pour Johannes Masing, qui analyse cette situation dans une optique comparatiste, « l'indépendance des autorités sert (...) à satisfaire un besoin de différenciation fonctionnelle dans l'organisation administrative de manière à empêcher un conflit d'intérêts administratifs », du fait de l'engagement de l'État dans la gestion des aéroports. Cette situation est peu concevable en Allemagne, eu égard à la répartition verticale des compétences (J. MASING, « Typologie des missions des autorités administratives indépendantes », trad. Y. VILAIN, in G. MARCOU & J. MASING (dir.), *op. cit.*, p. 181, spéc. p. 200).

² V., à ce sujet, H. DELZANGLES, « L'indépendance de l'Autorité de sûreté nucléaire, des progrès à envisager », *Rev. jur. de l'environnement*, 2013, p. 7. Pour cet auteur, « si les raisons politiques qui ont commandé la création de l'ASN sont floues, plus juridiquement, c'est le principe d'impartialité qui justifie désormais son maintien. En effet, l'État, à travers ses ministres, est en situation de conflit d'intérêts, dans la mesure où il est à la fois interventionniste sur le marché nucléaire mais aussi organe de surveillance de la sûreté nucléaire. Il ne peut donc être impartial dans cette dernière fonction » (*ibid.*, p. 9).

³ CONSEIL D'ÉTAT, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », in *op. cit.*, p. 268.

⁴ Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, *JORF* du 17 août 2004, p. 14598.

⁵ V. notamment le rapport de Jean-Michel Dubernard au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à l'assurance maladie (*Assemblée nat.*, n° 1703) ou celui d'Alain Vasselle, au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat (*Sénat*, n° 424).

régulation »¹ conduit à l'institution d'autorités indépendantes bien au-delà de ce qui serait rendu nécessaire par l'exigence d'impartialité, en France tout du moins, et malgré les avertissements d'une partie de la doctrine².

Ce phénomène tient, *in fine*, à une exigence de spécialisation et d'isolation d'un intérêt public pris en charge par l'Administration, indépendamment d'autres considérations, dans un souci d'efficacité³. Ce souci est à la base de l'institution de l'indépendance des autorités de régulation bancaire et financière, qui est « moins conçue pour prévenir des conflits d'intérêts entre opérateurs et régulateur (...) que pour garantir la neutralité de l'action publique vis-à-vis du marché »⁴. Certes, les travaux parlementaires précédant l'adoption de la loi instituant l'Autorité des marchés financiers, montrent que l'indépendance de ces autorités « constitue une garantie renforcée de l'impartialité de notre système de régulation, particulièrement importante pour la crédibilité internationale de décisions à caractère économique et financier »⁵. Toutefois, il apparaît que cette préoccupation est d'une autre nature que celles justifiant le statut d'indépendance d'autres autorités et qu'elle se fonde dans un impératif de

¹ S. ABOUDRAR, « Les rencontres du Forum de la régulation : l'indépendance du régulateur », *LPA*, 2003, n° 139, p. 4.

² Martine Lombard a, à plusieurs reprises, signalé le risque de « *hiatus* résultant d'une confusion entre les approches matérielle et organique, comme si l'indépendance était nécessairement "la condition de la régulation économique moderne" » (M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, p. 530). Pour Thierry Tuot, en dehors des domaines de la protection des libertés et de la régulation sectorielle, « la nécessité de recourir à une structure indépendante paraît beaucoup plus sujette à discussion », ce qui conduit l'auteur à dénoncer le « réflexe de la création de nouvelles autorités administratives indépendantes », dans d'autres domaines tels que la sécurité sanitaire, alimentaire ou environnementale (T. TUOT, « Perspectives d'évolution », *art. préc.*, pp. 221-222). V. également L. BOY, « Réflexions sur le "droit de la régulation" », *D.*, 2001, p. 3031. Pascale Idoux souligne ainsi la « tendance à la banalisation du recours » aux autorités administratives indépendantes (P. IDOUX, « L'argument sociologique et les autorités administratives indépendantes », in , D. FENOUILLET (dir.), *L'argument sociologique en droit*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2015, p. 137, spéc. p. 141).

³ V. en ce sens G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, 2012, p. 629, spéc. p. 632 : en se fondant sur l'exemple de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, l'auteur affirme qu'« en dehors de toute contrainte européenne (...), il s'agit de garantir que le régulateur ne tiendra compte que des considérations d'intérêt général définies par le législateur », ce qui laisse entrevoir un autre fondement de l'indépendance du régulateur, à savoir l'efficacité de la régulation. Gaudemet affirme que l'autonomie et l'expertise technique justifient « la retraite de l'État », qui « obéit (...) à une logique de l'efficacité, mettant en avant un régulateur de terrain, bon connaisseur de celui-ci, en relation de concertation avec les opérateurs ou les administrés, avec lequel, en quelque sorte, ceux-ci puissent s'identifier » (Y. GAUDEMET, « Introduction », *RFAP*, 2004, p. 206).

⁴ J.-P. KOVAR, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, 2013, p. 655, spéc. p. 657.

⁵ P. MARINI, *Rapport fait au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la nation sur le projet de loi de sécurité financière*, 2003, *Sénat*, n° 206, p. 51).

crédibilité internationale plus large qu'un strict conflit d'intérêts¹. La même logique est au fondement de l'indépendance des autorités de concurrence².

Les efforts du législateur visant à instituer l'impartialité de l'Administration au travers de l'indépendance de certaines autorités sont renforcés par le fait qu'une obligation de procéder de la sorte s'impose à lui dans certains cas.

B. *L'obligation d'instituer une entité indépendante pour garantir son impartialité*

La montée en puissance de l'exigence d'impartialité se révèle par la volonté du législateur, plus conscient que par le passé des enjeux qui s'attachent à cette garantie objective et institutionnelle, de séparer certaines fonctions. Toutefois, le législateur lui-même peut être contraint à procéder de la sorte, par une norme supra-législative. Tel est le cas du droit de l'Union européenne qui, à certains égards, oblige le législateur à instituer l'impartialité de certaines décisions administratives, par l'instauration d'une entité indépendante.

Si aucune stipulation de droit primaire ne semble imposer un tel procédé, l'approfondissement du marché intérieur a conduit la Commission européenne, aidée en cela par la Cour de justice, à imposer l'ouverture à la concurrence de certains secteurs en réseau, organisés jusqu'alors en monopoles publics. Or, « la volonté de mettre en place un régime de libertés économiques et de concurrence »³ dans ces secteurs met en lumière un cumul de fonctions qui rend cette instauration impossible : le cumul de la fonction d'opérateur sur le marché et celle d'autorité habilitée à édicter la réglementation applicable à ce secteur. La

¹ En ce sens, v. M. LOMBARD, « Pourquoi des autorités indépendantes... », *art. préc.* : l'auteur affirme que, en 1967, l'indépendance de la Commission des opérations de bourse « a (...) été conçue sur le modèle américain, cité expressément » (*ibid.*, p. 160). V. également A. DELION, « De l'État tuteur à l'État actionnaire », *RFAP*, 2007, p. 172 : l'auteur distingue les autorités administratives indépendantes qui « permettent de donner des garanties d'impartialité (et par ailleurs d'expertise et de diligence) pour réguler des mécanismes économiques généraux, dont font partie en France l'Autorité des marchés financiers et le Conseil de la concurrence, de celles à qui sont transférés des pouvoirs sur des secteurs économiques où des entreprises du secteur économique public occupent la première place ».

² La nécessité d'isoler un intérêt public comme fondement de l'autonomie des autorités de concurrence est également présente en Allemagne, très rétive à la reconnaissance de l'indépendance d'autorités administratives en ce qu'elle se heurte au principe démocratique : selon Johannes Masing, qui se fonde sur les travaux de Fritz Rittner, l'autonomie de l'autorité allemande de la concurrence (*Bundeskartellamt*) « réside dans la garantie de prendre des décisions individuelles dépolitisées par rapport aux normes "vertigineusement" vagues et ouvertes et qui sont prédisposées à être politisées ». Ainsi, « l'impossibilité de formaliser le droit de la concurrence doit (...) être contrebalancée par une concrétisation dans chaque cas d'espèce », rendue plus aisée par l'individualisation de l'autorité chargée de procéder de la sorte en adoptant une analyse seulement concurrentielle des situations soumises à son examen (J. MASING, « Typologie des missions des autorités administratives indépendantes », *art. préc.*, p. 192).

³ G. TMSIT, « La régulation : La notion et le phénomène », *RFAP*, 2004, p. 206.

Commission européenne, consciente de ce problème¹, exige rapidement que la fonction de réglementation soit assurée par « une entité indépendante du gestionnaire de réseau et de tout autre concurrent sur le marché »². La Cour de justice, sur le terrain des comportements abusifs, a validé une telle obligation imposée aux États membres, dans la mesure où le cumul de ces deux fonctions dans le chef d'un opérateur reviendrait à « lui octroyer (...) un avantage évident sur ses concurrents »³. Elle a précisé, quelques mois plus tard, que le ministère des Postes et Télécommunications français ne saurait, même au travers d'entités distinctes, cumuler ces deux fonctions⁴. Or, la Commission impose la séparation de ces deux fonctions « vu le conflit d'intérêt évident »⁵, ce qui apporte des précisions quant la portée de l'exigence d'indépendance.

C'est en effet « la multiplicité des rôles que joue l'État dans l'organisation traditionnelle des services publics » qui « pose évidemment problème »⁶. Car, eu égard aux nouvelles exigences liées à l'ouverture à la concurrence, « lorsque l'État reste actionnaire de l'opérateur historique, il est inévitablement traversé par une contradiction entre ses objectifs patrimoniaux et les impératifs d'une régulation impartiale »⁷. L'indépendance de l'organe bientôt qualifié de « régulateur » a alors pour « objet de surmonter les conflits d'intérêts entre deux exigences d'intérêt général contradictoires », dans la mesure où l'objectif est « de garantir l'impartialité des décisions de régulation contre toute tentation de privilégier les entreprises dont l'État est, au moins partiellement, propriétaire »⁸. L'indépendance est alors « conçue pour éviter des conflits d'intérêts », particulièrement fréquents « dans un pays de

¹ Notamment, pour ce qui concerne le secteur des télécommunications, dans le Livre vert publié par la Commission en 1987 (Livre vert sur le développement du marché commun des services et des équipements de télécommunications, COM(87)290, spéc. p. 4).

² Directive n° 88/301/CEE du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, JOCE du 27 mai 1988, n° L. 131, p. 73, consid. n° 17.

³ CJCE, 19 mars 1991, *République française c/ Commission*, aff. C-202/88, Rec. p. I-1259, point 51.

⁴ CJCE, 27 oct. 1993, *Mme Decoster*, aff. C-69/91, Rec. p. I-5373; CJCE, même jour, *Taillandier*, aff. C-92/91, Rec. p. I-5398. V. également CJCE, 13 déc. 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones et GB-Inno-BM SA*, aff. C-18/88, Rec. p. I-5973.

⁵ Directive n° 88/301/CEE, consid. n° 17.

⁶ COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *Services publics en réseau : Perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 26.

⁷ *Ibid.*, p. 204.

⁸ J. MASING, *art. préc.*, p. 199. La même justification est à la base de l'indépendance du régulateur, au Royaume-Uni, selon Callum McCarthy (C. MCCARTHY, « Why Independent Regulators ? », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : Légitimité et efficacité*, op. cit., p. 59).

tradition "colbertiste" », particulièrement exposé à ce danger¹. Elle n'a alors de signification que dans la mesure où elle vient garantir l'impartialité de l'Administration². En ce sens, « l'indépendance est donc la condition de l'impartialité du régulateur »³.

L'intérêt de l'État actionnaire, désormais assimilable à celui de toute entreprise commerciale, peut aisément être isolé parmi les intérêts pris en charge par l'Administration et justifier que tout conflit potentiel avec la poursuite d'autres intérêts soit prévenu par la séparation des fonctions⁴. Ainsi, « la création d'une autorité indépendante est imposée par le

¹ M. LOMBARD, « Pourquoi des autorités de régulation indépendantes en matière économique ? », *art. préc.*, p. 153.

² V. à ce sujet la thèse d'Hubert Delzangles, pour qui « sur le fondement du droit de la concurrence, les institutions communautaires se limitent (...) à imposer le principe d'impartialité des autorités de régulation qui doit se traduire par leur indépendance lorsque l'État intervient dans la direction ou la propriété d'opérateurs agissant sur le secteur » ; « L'impartialité est donc le fondement même de l'indépendance imposée par le droit communautaire aux autorités régulant un marché libéralisé de services publics » (H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, Thèse dactyl., Bordeaux IV, 2008, p. 33 et p. 125). V. encore *idem*, « L'indépendance des autorités de régulation économique et financière en Espagne : L'intérêt de la clarification du droit public », *RFAP*, 2013, p. 707, spéc. p. 709 : « Si l'État intervient économiquement sur le marché, il doit, pour garantir l'impartialité de son action réglementaire, confier cette dernière fonction à une autorité indépendante du pouvoir exécutif interventionniste » ; M. LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, *op. cit.*, p. 203, spéc. p. 210 : « L'indépendance du régulateur peut être conçue comme ayant prioritairement pour fonction de garantir l'impartialité du processus de décision lorsque l'administration est en situation de conflit d'intérêt, notamment dans les secteurs récemment ouverts à la concurrence » ; T. TUOT, *art. préc.*, p. 219 : « Il faut (...) aller plus loin pour comprendre que cette indépendance des parties est un mécanisme de règlement et de prévention des conflits d'intérêts, ou, pire encore, de confusion d'intérêt, à chaque fois que l'État censé être un régulateur impartial est aussi un État qui a des intérêts patrimoniaux dans tel ou tel secteur de l'économie, notamment parce qu'il est propriétaire d'entreprise publique, ou même actionnaire minoritaire, ou encore intéressé par d'autres biais ». Pour Romain Rambaud, « le principe fondamental promu à l'origine en droit communautaire de la régulation n'est pas le principe d'indépendance mais bien celui d'impartialité » (R. RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation*, préf. G. MARCOU, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », p. 566).

³ G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *art. préc.*, p. 631. Pour Stéphane Rodrigues, la dissociation des fonctions d'opérateur et de régulateur est le « principe fondateur » de la création des autorités de régulation (S. RODRIGUES, « Les circonstances communautaires de l'émergence des autorités de régulation nationales », *JCP E.*, 2004, n° spécial, n° 2, p. 2). Pour Bertrand du Marais, si « l'indépendance est (...) la condition même de la régulation économique moderne », cet auteur précise que l'indépendance par rapport à l'État est particulièrement nécessaire là où subsistent des opérateurs historiques à capital public (B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences po & Dalloz, « Amphithéâtre », 2004, pp. 518-519). Il affirme ailleurs que « l'indépendance n'est qu'une condition pour l'effectivité du véritable critère, qui est celui de l'impartialité » (B. DU MARAIS, « Les règles juridiques matérielles applicables aux autorités indépendantes », in G. MARCOU & J. MASING, *op. cit.*, p. 231, spéc. p. 233). Thomas Perroud considère également que l'indépendance « a pour but d'assurer l'impartialité des décisions » (T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation...*, *op. cit.*, p. 75).

⁴ La directive du 15 décembre 1997 sur les services postaux est très claire à ce sujet, dans ses motifs : « Considérant qu'il importe, pour le bon fonctionnement du service universel ainsi que pour le jeu d'une concurrence non faussée dans le secteur non réservé, de séparer l'organe de réglementation, d'une part, et l'opérateur, d'autre part ; qu'aucun opérateur postal ne doit être à la fois juge et partie ; qu'il appartient à l'État membre de définir le statut d'une ou plusieurs autorités réglementaires nationales, qui peuvent être une autorité publique ou une autorité indépendante désignée à cet effet » (Directive n° 97/67/CE du 15 déc. 1997, concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *JOCE* du 21 janv. 1998, p. 14, consid. n° 39).

principe selon lequel l'État ne peut être à la fois juge et partie »¹. Le droit de l'Union oblige dès lors à une véritable concrétisation du principe d'impartialité, en exigeant la séparation de certaines fonctions², afin de garantir « l'effet utile des règles de concurrence »³. Celle-ci s'est traduite, en droit interne, par la reproduction du modèle de l'autorité administrative indépendante, déjà bien ancré dans le système constitutionnel interne⁴.

L'idée que le principe d'impartialité est à la racine de l'indépendance des autorités dites de régulation a longtemps été confirmée par la portée de l'obligation d'instaurer une entité indépendante. En effet, l'indépendance exigée par les différentes directives ne vaut que tant que l'État, au travers de son opérateur historique, intervient sur le marché. Théoriquement, une telle obligation ne pèserait pas sur l'État qui se serait totalement désengagé du marché en question. Ainsi, si l'État n'est pas partie prenante sur le marché, « il n'existe pas en droit communautaire de principe de portée générale qui exigerait l'indépendance des "autorités réglementaires nationales" dotées de pouvoirs de régulation, par rapport aux autorités issues de l'élection », écrivait Martine Lombard, en 2004⁵. Les directives édictées à l'époque sont claires sur ce point : la directive du 7 mars 2002 relative aux communications électronique prévoit que les autorités réglementaires nationales doivent être indépendantes de « toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services », ce qui signifie que « les États membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces

¹ J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, « Corpus. Droit public », 2007, 2^e éd., p. 316. V. aussi A. CARTIER-BRESSON, *L'État actionnaire*, préf. D. TRUCHET, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 264, 2010, pp. 442-443.

² V. H. DELZANGLES, « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation », *AJDA*, 2014, p. 1021 : « L'idée d'impartialité est au cœur même du phénomène de généralisation de la régulation indépendante (...). En effet, le pouvoir exécutif intervient en tant qu'opérateur sur les marchés, par l'intermédiaire d'opérateurs appartenant intégralement ou partiellement à l'État (...). Il lui est donc délicat, en même temps, de vouloir réguler directement ces marchés, sauf à se retrouver assez souvent en situation de conflits d'intérêts. Cette idée d'impartialité devient un réel principe lorsque les institutions de l'Union européenne ont posé la règle de séparation entre l'opérateur et le régulateur ». V. encore M.-A. FRISON-ROCHE, « Comment fonder juridiquement... », *art. préc.*, p. 94.

³ J.-Y. CHÉROT, « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », *LPA*, 3 juin 2002, p. 117.

⁴ Jean-François Brisson mentionne à ce titre le « recyclage d'une figure institutionnelle déjà éprouvée » (J.-F. BRISSON, « La réception en droit national des autorités de régulation », *JCP E.*, 2002, n° spécial, n° 2, p. 14).

⁵ M. LOMBARD, « La régulation dans un État de droit », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Dalloz, « Droit et économie de la régulation », vol. 2, 2004, p. 26, spéc. p. 29.

entreprises d'autre part »¹. Les motifs de ce textes précisent par ailleurs que « les États membres devraient garantir l'indépendance de la ou des autorités réglementaires nationales, afin d'assurer l'impartialité de leurs décisions »². Le Conseil d'État adopte clairement cette justification de l'indépendance d'une autorité administrative³. L'indépendance de l'autorité de régulation se limite donc à sa portée fonctionnelle, qui est de garantir l'impartialité des décisions, comme l'écrivait Gérard Marcou⁴.

Cependant, la notion européenne d'indépendance semble avoir acquis une portée jusque-là inconnue, dans la période la plus récente. Les dernières directives sectorielles semblent en effet imposer l'indépendance du régulateur nonobstant le fait que l'État ne serait pas opérateur sur le marché, car « l'expérience montre que l'efficacité de la régulation est souvent entravée du fait que les régulateurs ne sont pas assez indépendants des pouvoirs publics »⁵. Partant, l'indépendance du régulateur va bien au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la séparation des fonctions de régulateur et d'opérateur, séparation qui semblait être l'une des « raisons clairement explicitées » pour justifier le statut du régulateur⁶. Le droit de l'Union européenne semble s'approprier d'autres justifications de l'indépendance, jusque-là à la discrétion des États membres, pour imposer l'institution d'autorités indépendantes, au-delà des situations de conflits d'intérêts propres à l'ouverture à la concurrence des services publics en réseau.

¹ Directive n° 2002/21/CE du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *JOCE* du 24 avril 2002, p. L 108/33, art. 3.

² *Ibid.*, consid. n° 11. La raison d'être de l'indépendance de l'autorité de régulation est confirmée par la Cour de Justice qui juge que « les États membres doivent, conformément au principe de la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, garantir l'indépendance des ARN [les autorités réglementaires nationales] afin que celles-ci puissent exercer leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente » (CJUE, 3 déc. 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-424/07, *Rec.* p. I-11431, point 54).

³ Ainsi, en matière de fixation des redevances aéroportuaires, le Conseil d'État considère que c'est parce qu'« il est constant que l'État participe au capital social d'une compagnie aérienne et de plusieurs sociétés gestionnaires d'aéroports, et qu'il est en outre propriétaire de plusieurs aéroports importants » qu'une direction ministérielle ne peut être désignée comme « autorité de supervision indépendante », à moins que les textes n'instituent des garanties suffisantes d'indépendance (CE, 29 avril 2015, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, n° 379574, *Lebon T.* p. 888 ; *RTD eur.*, 2015, p. 862, obs. MULLER).

⁴ *Art. préc.*, p. 347. Pour Hubert Delzangles, « le cadre juridique européen relatif à l'indépendance des autorités de régulation nationales est conçu pour mettre en œuvre le principe de séparation entre l'opérateur et le régulateur, en d'autres termes pour garantir l'impartialité de la régulation des réseaux » (H. DELZANGLES, « La détermination hésitante de la portée de l'indépendance des autorités de régulation nationales par la Cour de justice de l'Union européenne », *RJEP*, 2011, comm. 41).

⁵ Directive n° 2009/72/CE du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *JOUE* du 14 août 2009, p. L 211/55, consid. n° 33.

⁶ M. LOMBARD, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *RJEP/CJEG*, 2005, p. 127, spéc. p. 130.

Il est ainsi, par exemple, de la protection des données personnelles : la directive du 24 octobre 1995 prévoit en effet que les autorités de contrôle chargées de surveiller l'application des dispositions de la directive « exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies »¹. Cette disposition a donné lieu à une interprétation large de la part de la Cour de justice, dans une affaire concernant un manquement de la République fédérale d'Allemagne. Cet État avait, dans la transposition de cette directive, retenu une conception étroite de l'indépendance, entendue comme l'indépendance vis-à-vis du secteur contrôlé, conformément au principe démocratique résultant de l'interprétation de l'article 20-2 de la Loi fondamentale, par la Cour de Karlsruhe². La Commission défendait une conception bien plus large de l'indépendance, conçue comme l'indépendance vis-à-vis de l'administration traditionnelle. La Cour a préféré la seconde interprétation en considérant que « cette indépendance exclut non seulement toute influence exercée par les organismes contrôlés, mais aussi toute injonction et toute autre influence extérieure, que cette dernière soit directe ou indirecte », ce qui s'oppose notamment à toute tutelle de l'État³. Les motifs de la décision font apparaître, en filigrane, que c'est l'impartialité de l'autorité de contrôle qui est visée, dans la mesure où le rôle attribué aux autorités de contrôle « exige que leurs décisions, et donc elles-mêmes, soient au-dessus de tout soupçon de partialité »⁴. La « méfiance à l'égard de l'État » conquiert ainsi la conception européenne de l'indépendance⁵. Elle invite incidemment les États membres à revisiter la teneur du principe démocratique et de l'organisation administrative, dans la mesure où, bien que cette décision soit « considérée comme une entrave grave aux principes de l'organisation administrative allemande »⁶, la Cour de Justice « délivre un *satisfecit*

¹ Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE* du 23 nov. 1995, p. L 281/31.

² V. R. WIEDEMANN, « Les autorités administratives indépendantes et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale sur la légitimation démocratique », in G. MARCOU & J. MASING (dir.), *op. cit.*, p. 53.

³ CJUE (Grande chambre), 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-518/07, *Rec.* p. I-1885, point 30 : *AJDA*, 2010, p. 937, chron. AUBERT, BROUSSY & DONNAT.

⁴ *Ibid.*, point 36.

⁵ V., à ce sujet, F. KAUFF-GAZIN, « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? À propos de l'affaire C-518/07, *Commission c/ Allemagne* », *Europe*, 2010, étude 9.

⁶ A. JACQUEMET-GAUCHÉ & U. STELKENS, « La procédure devant les autorités administratives indépendantes en Allemagne », in J.-B. AUBY (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative*, *op. cit.*, p. 507, spéc. p. 508.

démocratique aux autorités administratives indépendantes »¹. De la même manière, l'institution d'une entité indépendante en matière de sûreté nucléaire, critiquée en droit interne, est rendue obligatoire par la directive du 25 juin 2009². L'indépendance de certaines autorités tend alors à devenir un « standard international », comme l'affirme Jean-Yves Chérot³, promu pour partie par les instances européennes, afin de renforcer l'efficacité de la régulation⁴, dont les formes évoluent vers un « modèle institutionnel »⁵. Elle devient ainsi une exigence « absolue »⁶.

Le législateur est donc contraint, dans un nombre de cas de plus en plus importants, de garantir la séparation des certaines fonctions administratives au nom d'une exigence d'impartialité qui n'est pas toujours explicitée. Ce mouvement s'amplifie dans un cas très particulier, qui voit l'émergence d'autres normes qui s'imposent au législateur.

Section 2 : Une prise en compte européenne et constitutionnelle plus accidentelle

Le doyen Vedel affirmait, en 1954, qu' « il est bien difficile de marquer la limite qui sépare le droit constitutionnel du droit administratif »⁷. Ce constat se renforce bien évidemment avec l'émergence, sous la v^e République, d'un système de contrôle de constitutionnalité évoluant progressivement vers un modèle de justice constitutionnelle. Ce phénomène global de « constitutionnalisation du droit »⁸ ne laisse évidemment pas de côté le

¹ M. AUBERT, E. BROUSSY & F. DONNAT, « Autorités administratives indépendantes et principes démocratiques – Chronique de jurisprudence communautaire », *AJDA*, 2010, p. 937. Sur la teneur du principe juridique de démocratie en Allemagne, v. E. W. BÖCKENFÖRDE, « Principes de la démocratie, forme politique et forme de gouvernement », in *idem*, *Le droit, l'État et la Constitution démocratique*, trad. O. JOUANJAN, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, « La pensée juridique », 2000, p. 278.

² Directive 2009/71/Euratom du 25 juin 2009, établissant un cadre communautaire pour la sûreté nucléaire des installations nucléaires, *JOUE* du 2 juill. 2009, p. L 172/18, art. 5. Hubert Delzangles relève à ce sujet le « rôle de "cliquet" » joué par le droit de l'Union européenne en la matière (H. DELZANGLES, « L'indépendance de l'Autorité de sûreté nucléaire... », *art. préc.*, p. 11).

³ J.-Y. CHÉROT, « La régulation : Quelles structures ? Quels objectifs ? », Journée d'étude de la Faculté des sciences juridiques de Tunis, 21 avril 2004 (disponible en ligne : labotheoriedudroit.univ-cezanne.fr/texte/Notion%20de%20regulation.pdf, consulté le 27 juin 2015).

⁴ En ce sens, v. G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *art. préc.*, p. 633.

⁵ G. ECKERT, « Autorités de régulation, autorités administratives et publiques indépendantes », in M. BAZEX, G. ECKERT & R. LANNEAU, *Dictionnaire des régulations*, Paris, LexisNexis, 2015, fiche n° 10.

⁶ P. IDOUX, « Régulation et procédure... », *art. préc.*, p. 126.

⁷ G. VEDEL « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, p. 21.

⁸ O. JOUANJAN, « La Constitution », in P. GONOD, F. MELLERAY & P. YOLKA (dir.), *op. cit.*, p. 383, spéc. p. 384.

droit administratif. Si, en principe, rien n'empêche le juge administratif d'élaborer le cadre constitutionnel du droit administratif, la « fidélité » des juges ordinaires au principe prétorien d'incompétence, lorsqu'est soulevée l'inconstitutionnalité d'une disposition législative, maintient pendant longtemps le caractère incontestable de la loi promulguée¹. Cependant, l'émergence d'instruments internationaux de protection des droits fondamentaux dont le juge interne a accepté toutes les conséquences, pose une première limite à l'incontestabilité de la loi promulguée et peut avoir des conséquences sur l'organisation administrative.

Toutefois, l'ancienneté et la généralité de ces textes supra-législatifs laissent, en fin de compte, peu de place pour leur emprise sur le principe d'impartialité de l'Administration, qui ne se réalise que dans un cas précis, découlant de leur interprétation constructive. C'est en effet dans le cadre du droit au procès équitable que le principe d'impartialité trouve à s'appliquer à l'Administration, emportant des conséquences rigoureuses. Toutefois, l'invention du « procès administratif équitable » ne va pas de soi, au regard des textes applicables, ce qui explique sa circonscription à un cas de figure précis. Amorcé par les juges nationaux ordinaires (I), ce mouvement contraignant le législateur à revisiter l'organisation administrative est renforcé par l'émergence d'un nouvel acteur du procès équitable – le juge constitutionnel (II).

I. Le procès administratif équitable : à la source d'un malentendu

L'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales stipule que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». L'interprétation « dynamique et luxuriante » de cette stipulation par son juge naturel – au sens de l'article 32 de la même Convention, qui régit la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme – l'a progressivement érigé en « figure de norme processuelle de référence »², au point de devenir une « petite convention dans la Convention »³.

¹ *Ibid.*, pp. 394-395.

² F. SUDRE & C. PICHERAL (dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, Paris, La Documentation française, « Mission de recherche "Droit et Justice" », 2003, p. 5.

³ P. TAVERNIER, « Faut-il réviser l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Mél. L.-E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 707, spéc. p. 708.

L'énoncé de cette stipulation, qui contient en son sein une obligation d'impartialité, laisse à penser qu'il s'agit de l'énoncé d'un « droit à un tribunal »¹, c'est-à-dire un « droit de l'individu à la protection juridictionnelle de ses droits »², qui, *a priori*, ne semble pas concerner l'Administration. D'autant que « la question de savoir si la Convention européenne des droits de l'homme régit le comportement de l'Administration, autrement que pour lui prescrire, comme à tout organe de l'État, de respecter les droits qu'elle consacre », semble devoir recevoir une réponse négative³. Toutefois, il apparaît que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme a fait l'objet d'une interprétation débordante de la part des juges nationaux (B), mettant ainsi fin à une période d'orthodoxie entre les jurisprudences internes et strasbourgeoise déjà mise à mal (A).

A. *L'orthodoxie initiale des jurisprudences internes et strasbourgeoise*

L'article 6 de la Convention européenne est-il applicable à une autorité administrative, d'après la Cour de Strasbourg ? La lecture de la jurisprudence européenne en la matière conduit à la réponse suivante : la Cour n'a jamais exigé de l'Administration qu'elle respecte les prescriptions de cet article, à moins que le requérant n'ait pas eu, au cours de la procédure menant à la décision définitive, de possibilité de contester la décision administrative devant un tribunal satisfaisant aux exigences du procès équitable, dès lors que celle-ci entre dans le champ d'application matériel de l'article 6. En effet, toute décision entrant dans le champ matériel de l'article 6 ne doit pas nécessairement être prononcée par un tribunal : la Cour juge que « des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et *a fortiori* d'organes juridictionnels ne satisfaisants pas sous tous leurs aspects » aux prescriptions de l'article 6⁴. En d'autres termes, confrontée à une décision administrative entrant dans le champ matériel de l'article 6, la Cour se demande si le requérant a pu, à un moment de la procédure, exercer son droit à un procès équitable en contestant la décision

¹ F. SUDRE, « Préface », in L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préf. F. SUDRE, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibl. des thèses », vol. 57, 2006, p. XI. V. aussi P. LAMBERT, « Le droit d'accès à un tribunal dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, « UAE Symposium », 2001, p. 57.

² L. MILANO, *op. cit.*, p. 2.

³ P. WACHSMANN, « Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2010, p. 2138.

⁴ CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, n° 6878/75, série A, n° 43, § 51.

devant un tribunal satisfaisant aux exigences conventionnelles. Cette réserve de la Cour a pu être interprétée comme le refus « d'entrer trop avant dans l'intimité de ces "organes administratifs ou corporatifs" »¹.

Malgré les évolutions du droit interne, ce raisonnement se retrouve dans la jurisprudence la plus récente de la Cour. Ainsi, dans l'affaire *Grande Stevens*, jugée en 2014, le requérant se plaint d'une méconnaissance de son droit au procès équitable, dans une procédure de sanction prononcée par l'autorité italienne de régulation des marchés financiers, la *Commissione nazionale per le società et la Borsa* (CONSOB). Analysant la procédure suivie devant cette autorité, la Cour européenne des droits de l'homme conclut, d'une part que la procédure suivie devant la CONSOB « ne satisfait pas à toutes les exigences de l'article 6 » et, d'autre part, que « l'exercice consécutif des fonctions d'enquête et de jugement (...) n'est pas compatible avec l'exigence d'impartialité voulue par l'article 6 § 1 de la Convention »². Pour autant, la Cour affirme, au paragraphe suivant, que « les constats qui précèdent, relatifs au manque d'impartialité objective de la CONSOB et à la non-conformité de la procédure devant elle avec les principes du procès équitable ne suffisent (...) pas pour conclure à une violation de l'article 6 en l'espèce ». Car, ce qui importe en fin de compte, c'est que « les requérants doivent pouvoir saisir de toute décision ainsi prise à leur encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6 ». Il en résulte que « le respect de l'article 6 de la Convention n'exclut donc pas que dans une procédure de nature administrative, une "peine" soit imposée d'abord par une autorité administrative »³. Il apparaît alors clairement que les autorités administratives prenant des décisions entrant dans le champ d'application matériel de l'article 6 ne sont en aucune manière astreintes à observer les prescriptions de cet article, s'il existe un droit au recours ultérieur satisfaisant⁴.

¹ A. SEBAN, « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », *art. préc.*, p. 63.

² CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et a. c/ Italie*, n° 18640/10, § 123 et § 137 : *RSC*, 2014, p. 110, note STASIAK ; *Bull. Joly Bourse*, 2014, p. 209, note CHACORNAC ; *Dr. soc.*, 2014, comm. 87, note TORCK ; *RJEP*, 2014, comm. 48, note ECKERT ; *Rev. soc.*, 2014, p. 675, note MATSOPOULOU ; *RSC*, 2015, p. 169, note MARGUÉNAUD.

³ *Ibid.*, § 139.

⁴ En l'espèce, la Cour conclut à la violation de l'article 6 dans la mesure où le recours de pleine juridiction exercé devant le Cour d'appel de Turin ne satisfait pas à l'exigence de publicité des audiences (*ibid.*, § 154) ; la publicité des audiences devant la Cour de cassation ne permet pas d'écarter la violation de l'article 6, dans la mesure où cette celle-ci n'exerce pas un contrôle de pleine juridiction (la Cour reprend alors le même raisonnement que dans l'arrêt *Le Compte*, dans lequel elle avait considéré que « la publicité de la procédure devant la Cour de cassation de Belgique ne saurait suffire à combler les lacunes constatées » – *préc.*, § 60).

L'ancienneté et le solide ancrage de cette jurisprudence maintes fois rappelée¹ ont conduit le juge administratif à élaborer une jurisprudence convergeant avec celle de la Cour, qui soulève pourtant, dès son origine, des difficultés. C'est notamment dans le champ contesté des sanctions administratives que les plaideurs ont, dans un premier temps, tenté de faire valoir les droits issus de l'article 6 de la Convention. Saisi dans le cadre d'un avis contentieux sur la question de savoir si l'article 6 de la Convention est applicable à la procédure d'infliction d'une sanction fiscale, la Section du Conseil d'État, pour rejeter l'application de la stipulation, développe un raisonnement légèrement différent des canons de la jurisprudence de Strasbourg². Le juge considère en effet que « les principes que fixe ledit article 6 sont (...) applicables à la contestation, devant les juridictions compétentes, des majorations d'impositions prévues à l'article 1729-1 du code général des impôts (...) qui, dès lors qu'elle présentent le caractère d'une punition (...), constituent, même si le législateur a laissé le soin de les établir et de les prononcer à l'autorité administrative, des "accusations en matière pénale" », ce qui s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence européenne. Toutefois, le juge a pris soin de rappeler qu'« il résulte du texte même de cet article que l'ensemble de ces stipulations n'est applicable qu'aux procédures contentieuses suivies devant les juridictions lorsqu'elles statuent sur des droits et obligations de caractère civil ou sur des accusations en matière pénale », introduisant ainsi un critère organique dans le champ d'application de l'article 6, là où ce dernier n'en contient pas³. La désormais « jurisprudence *Méric* » peut ainsi être résumée : « L'applicabilité de l'article 6 dépend, pour le Conseil d'État, de deux conditions cumulatives : une condition matérielle (l'existence d'un litige portant sur un "droit de caractère civil" ou une "accusation en matière pénale") et une condition organique (la saisine d'un organe juridictionnel) »⁴. Il est intéressant de relever que la Cour de justice de

¹ V., entre autres, CEDH, 21 févr. 1984, *Öztiirk c/ Allemagne*, n° 8544/79, série A, n° 73, § 56 ; CEDH, 23 oct. 1995, *Gradinger c/ Autriche*, n° 15963/90, série A, n° 328, § 42 (AJDA, 1996, p. 376, chron. FLAUSS ; RSC 1996, p. 487, obs. KOERING-JOULIN ; JCP, 1996, I, 3910, obs. SUDRE) ; CEDH, 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics SRL c/ Italie*, n° 43509/08, § 59 (RTD eur., 2012, p. 117, note ABENHAÏM).

² CE Sect., avis, 31 mars 1995, *Ministre du budget c/ SARL Auto-industrie Méric*, n° 164008, *Lebon* p. 154 : RJF, 1995, p. 326, concl. ARRIGHI DE CASANOVA.

³ Gabriel Eckert note à ce titre que « dans l'économie de l'article 6, la référence au "tribunal" paraît plus relever du contenu des droits que des conditions de leur application » (G. ECKERT, « Le principe constitutionnel d'impartialité et les autorités de régulation économique et financière », in *Mél. V. Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 681, spéc. p. 686). Dans le même sens, Laure Milano considère que le tribunal constitue notion qui ne gouverne pas l'applicabilité de l'article 6, mais qui est « un élément de la garantie » (L. MILANO, *op. cit.*, p. 357).

⁴ L. SERMET, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », RFDA, 2000, p. 1059. Si l'arrêt semble emblématique, au vu des évolutions postérieures qui se fondent sur cette jurisprudence, le Conseil d'État avait cependant développé une approche identique dans un arrêt précédent (CE, 18 mars 1994, *SA Sovemarco-Europe*, n° 68799, *Lebon* p. 131 : RJF, 1994, n° 532, concl. MARTIN).

l'Union européenne opère une sorte de radicalisation de ce critère, pour rejeter tout moyen tiré de la violation, par la Commission européenne, du droit au procès équitable dans la procédure de sanction en matière de concurrence¹.

La nécessité de la consécration de ce critère organique semble provenir d'une réaction directe à la jurisprudence européenne, dans la mesure où un certain nombre d'arrêts sont venus brouiller, aux yeux des juges internes, le champ d'application du droit au procès équitable. Le système français de sanctions fiscales avait été admis par la Cour dans un arrêt immédiatement antérieur, qui reconnaissait, très classiquement, la possibilité pour un État contractant de confier la répression à l'administration fiscale, « pour autant que le contribuable puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de ce texte »². Toutefois, la Cour ajoute qu'elle « n'exclut pas que dans pareille situation la notion de procès équitable puisse quand même comporter l'obligation, pour le fisc, de consentir à fournir au justiciable certaines pièces, ou même l'intégralité, de son dossier ». La Cour précise qu'il s'agit du justiciable, et non du contribuable, mais le destinataire de cette obligation potentielle reste l'Administration. Par ailleurs, dans d'autres espèces, la Cour de Strasbourg avait jugé qu'il ne résulte pas de l'article 6 « qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement »³, affirmation qui, généralisée au-delà de l'espèce⁴, pouvait laisser à penser que l'Administration pourrait être

¹ V. notamment CJCE, 29 oct. 1980, *Heintz van Landewyck SARL et autres c/ Commission*, aff. 209 à 215 et 218/78, *Rec.*, p. 3127, point 81 : au moyen tiré de la violation, par la Commission, de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de justice se contente de répondre que « l'argumentation [du requérant] manque de pertinence. En effet, la Commission (...) ne saurait être qualifiée de "tribunal" au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme » (v. encore CJCE, 7 juin 1983, *Musique Diffusion française et autres c/ Commission*, aff. 100-102/80, *Rec.* p. 1825, point 7).

² CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun c/ France*, n° 12547/86, série A, n° 284, § 46 : RSC, 1994, p. 612, obs. PETTITI.

³ CEDH, 24 novembre 1993, *Imbrioscia c/ Suisse*, n° 13972/88, série A, n° 275, § 36 : RSC, 1994, p. 144, obs. PETTITI. Ce genre d'affirmation, bien que vague, essaime un certain nombre d'arrêts : la Cour a pu affirmer ailleurs que « l'exigence d'équité s'applique à l'ensemble de la procédure et ne se limite pas aux audiences contradictoires » (CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, n° 13427/87, série A, n° 301, § 49).

⁴ Pour Laurent Sermet, « l'irruption de l'article 6 dans la sphère administrative » est dû à une « interprétation excessive de l'arrêt *Imbrioscia* » (L. SERMET, *art. préc.*, p. 1060).

soumise à certaines obligations en vertu du droit au procès équitable¹. La Cour s'est alors orientée vers une appréciation globale du caractère équitable de la procédure, incluant parfois la phase préliminaire, fût-elle administrative². Émerge alors l'idée, décisive en droit interne, de modulation dans le temps des garanties de l'article 6, qui conduirait à l'imposition de certaines d'entre elles aux phases préliminaires d'une procédure, « si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès »³.

L'introduction de ce critère organique dans la jurisprudence interne vise alors à limiter les exigences du procès équitable au recours juridictionnel, face aux nombreuses mises en cause la France devant la Cour de Strasbourg⁴. Toutefois, elle a pour conséquence de faire de la qualité de l'organe une des conditions de l'applicabilité de l'article 6, ce qui laisse ouverte la possibilité d'une application de l'article 6 aux procédures suivies devant des organes « indépendants et impartiaux », fussent-ils non juridictionnels, dans la mesure où ils présentent certaines qualités propres à un tribunal. Toutefois, il serait erroné de penser que le raisonnement du juge national est fondé sur des considérations organiques purement internes. En effet, la Cour de Strasbourg a pu développer un raisonnement similaire dans certaines affaires : lorsque la procédure ayant conduit à la décision contestée a fait intervenir plusieurs autorités, la Cour est amenée à se demander, au-delà des qualifications internes, si l'une d'entre elles a pu constituer un tribunal répondant aux exigences du droit au procès équitable, pour conclure à une éventuelle violation de ce droit. Ainsi, dans un arrêt *Sramek c/ Autriche*⁵, la Cour est confrontée à une décision de refus de transfert de propriété à une personne

¹ En ce sens, v. J.-R. PELLAS, « L'influence du droit à un procès équitable sur le pouvoir de sanction fiscale », *LPA*, 1994, n° 78, p. 28 ; E. PICARD, « La juridiction administrative et les exigences du procès équitable », in F. SUDRE (dir.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme : 1974-1992*, Strasbourg, Engel, 1994, p. 217 : à propos d'une affaire *Stenuit C/ France* mettant en cause les sanctions prononcées par le Ministre de l'Économie en matière de concentration, la Commission conclut à une violation de l'article 6, car, dans les circonstances de l'espèce, « le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur le bien-fondé de l'accusation » ; toutefois, pour l'auteur, « ce que reproche la Commission au Conseil d'État, c'est de ne pas avoir considéré l'article 6 comme applicable à la cause dès la phase administrative de la procédure » (*ibid.*, p. 250 ; l'arrêt en question est le suivant : Comm. EDH, 30 mai 1991, *Stenuit c/ France*, n° 11598/85).

² CEDH, 26 sept. 1996, *Miailhe c/ France*, n° 18978/91, § 43 : La Cour « doit s'assurer que la procédure a revêtu dans son ensemble un caractère équitable, eu égard aux irrégularités éventuelles intervenues avant le renvoi de l'affaire devant les juges du fond, en vérifiant en pareil cas qu'il a pu y être apporté remède devant eux ». La Commission des droits de l'homme avait déjà statué en ce sens, le 6 avril 1994 (Comm. EDH, 6 avril 1994, *Miailhe c/ France*, n° 18978/91 : *RJF*, 1995, n° 236).

³ CEDH, 24 novembre 1993, *Imbrioscia c/ Suisse, préc.*, § 36.

⁴ Outre les arrêts *Bendenoun* et *Miailhe* (précités), qui, s'ils ne concluent pas à la violation de l'article 6, étaient l'hypothèse d'une appréciation globale de la procédure suivie, il faut mentionner l'arrêt *Hentrich c/ France*, dans lequel la Cour à la violation de l'article 6, sur le terrain de l'égalité des armes, d'une procédure de préemption fiscale (CEDH, 22 sept. 1994, *Hentrich c/ France*, n° 13616/88, série A, n° 296 : *LPA*, 1995, n° 69, p. 8, note FLAUSS).

⁵ CEDH, 22 oct. 1984, *Sramek c/ Autriche*, n° 8790/79, série A, n° 84.

étrangère, rendue par une autorité autrichienne, conformément à la législation en vigueur. La décision entrant dans le champ des contestations des droits et obligations à caractère civil, la Cour doit se demander si la requérante a eu droit à un procès équitable. Après avoir déterminé les organes qui ont connu du cas de la requérante, la Cour est amenée à se demander si l'un d'entre eux constituait un tribunal satisfaisant aux exigences de l'article 6, c'est-à-dire s'il constitue un « tribunal au sens de l'article 6 », avant de conclure par la négative. La Cour n'entend aucunement faire de la qualification de l'organe une condition de déclenchement de l'application des garanties du procès équitable¹. Toutefois, elle élabore une notion autonome de tribunal, détachée des qualifications de droit interne², si bien que l'« on pourrait être tenté de croire que c'est l'assimilation de l'autorité à un tribunal qui entraîne sa soumission aux exigences du procès équitable »³. D'autant que la Cour adopte clairement une approche différente selon que la procédure interne a lieu devant un organe « intégré aux structures judiciaires ordinaires », ou selon qu'il ne l'est pas, ce qui semble donner une certaine pertinence au critère organique, qui permet d'identifier un « domaine traditionnel et naturel » de l'article 6, selon l'expression même de la Cour⁴. Partant, l'identification des qualités de l'organe en cause a pu conduire le juge interne à lui imposer les exigences du procès équitable.

¹ La Cour est encore plus explicite dans un arrêt ultérieur, lorsque elle affirme que « comme aucun recours ne s'offrait à lui [le requérant] contre les décisions du conseil de l'Ordre des avocats d'Anvers (...), il s'agit de déterminer si ce dernier remplissait les conditions de l'article 6 §1 et en particulier s'il constituait bien un "tribunal", "indépendant" et "impartial", et s'il a entendu la cause de H. "équitablement" et "publiquement" » (CEDH, 30 nov. 1987, *H. c/ Belgique*, n° 8950/80, série A, n° 127, § 49). Laure Milano relève à ce sujet que « bien que dotée d'un sens européen, il est (...) clair que la notion de "tribunal" de commande pas l'applicabilité de l'article 6 » (L. MILANO, *op. cit.*, p. 355).

² Notion qu'elle définit matériellement et formellement, dans la mesure où elle peut identifier un tribunal s'« il lui appartient de trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence », avant de se demander si ce tribunal présentait le statut organique voulu par l'article 6 (CEDH, *Sramek c/ Autriche*, *préc.*, § 36).

³ F. SUDRE & C. PICHERAL, *op. cit.*, p. 51 ; les auteurs démontrent toutefois que « ce sentiment (...) ne correspond pas au raisonnement de la Cour », dans la mesure où l'analyse de l'organe qui est intervenu dans la procédure vient après la détermination de l'applicabilité de l'article 6, afin de déterminer si le requérant a eu droit à un procès équitable.

⁴ Ainsi, dans une affaire *De Cubber c/ Belgique* mettant en cause une procédure pénale, le gouvernement belge appuie en partie sa défense sur l'arrêt *Le Compte* et invite la Cour à considérer que le requérant a bénéficié, à un stade de la procédure, d'un procès équitable devant un organe satisfaisant aux exigences de l'article 6, ce qui permettrait d'écarter les vices ayant eu lieu devant le premier tribunal. La Cour répond que qu'il ne découle point de l'article 6 « que les juridictions inférieures n'aient pas à les fournir [les garanties fondamentales] », dès lors que les organes en cause appartiennent au « domaine traditionnel et naturel » de l'article 6 (CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique*, n° 9186/80, série A, n° 86, § 32).

La position « traditionnelle », rappelée par la Cour de Strasbourg en 2014, n'en « singularise »¹ pas moins le droit français, à cette époque. En effet, l'article 6 a fait l'objet d'une interprétation débordante en ce qui concerne certains organes, certes administratifs, mais présentant certaines qualités organiques qui les rapprochent de la juridiction, que sont les autorités administratives indépendantes.

B. *L'interprétation débordante de la Convention européenne des droits de l'homme par les juges français*

L'institution d'autorités administratives indépendantes exerçant une mission globale de régulation dont une partie au moins – celle consistant à infliger des sanctions, mais également la fonction de règlement des litiges – est matériellement juridictionnelle, permet aux juges de leur imposer les contraintes découlant du droit au procès équitable, du fait de leurs particularités organiques. En cela, le juge et, en premier lieu, la Cour de cassation, a « solennellement choisi de déborder la Convention européenne des droits de l'homme pour imposer une "juridictionnalisation" de la procédure devant (...) les autorités administratives indépendantes, que l'article 6§1 ne requiert aucunement »². Si ce constat est déjà ancien, son actualité a été clairement confirmée par l'interprète authentique de la Convention, en 2014. Les juges internes se font ainsi le relai de cette « politique jurisprudentielle du juge européen » liée à l'article 6, à la fois « novatrice et expansionniste »³. Cette interprétation des juges internes renforce considérablement l'aspect « tentaculaire »⁴ de l'article 6, tout en soulevant un certain nombre d'interrogations quant au principe d'impartialité de l'Administration, élevé pour une partie singulière à un rang supra-législatif. S'il est en effet louable de la part du juge de rechercher un encadrement procédural plus approfondi des sanctions administratives, sa liaison intrinsèque à un critère organique, en dehors de toute intention du législateur en ce sens, n'est pas sans susciter une certaine perplexité, face à ce

¹ G. ECKERT, « Vers l'interdiction du cumul des poursuites administratives et pénales », *RJEP*, 2014, comm. 48.

² F. SUDRE & C. PICHERAL, *op. cit.*, p. 60.

³ L. MILANO, *op. cit.*, p. 28.

⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes à l'épreuve de l'article 6 de la CEDH », in *Mél. J. Stoufflet*, Paris, LGDJ, Clermont-Ferrand, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2001, p. 213.

qu'on peut légitimement qualifier de « brouillage »¹, ou encore de « bric-à-brac jurisprudentiel »².

Les prémices de l'interprétation singulière de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il trouve à s'appliquer à l'Administration, résident dans un contexte de fragmentation du contentieux : le juge judiciaire est en effet compétent pour connaître d'un certain nombre d'actes administratifs, par exception au principe constitutionnel de compétence du juge administratif³. Par ailleurs, le « dialogue des juges » rendu nécessaire par l'existence d'un instrument supranational de protection des droits, peut devenir « embarrassé et confus »⁴, et conduire à « des précautions excessives »⁵, dans un domaine où, on l'a vu, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est tout sauf univoque. S'ensuit une certaine concurrence des juges, source de « désordres »⁶.

L'évolution jurisprudentielle conduisant à une application des garanties du procès équitable à l'Administration est initiée par le juge judiciaire, dont il a pu être relevé qu'il « a plusieurs fois appliqué la Convention européenne avec une audace que l'on n'attendrait pas de la Cour de Strasbourg elle-même »⁷. Alors que la Cour de cassation avait, dans un premier temps, déployé une interprétation parfaitement conforme à l'esprit de l'arrêt *Le Compte*, en faisant état, dans ses motifs, « des impératifs de souplesse et d'efficacité » qui « peuvent justifier l'intervention préalable dans la procédure répressive d'une autorité administrative »⁸, dès lors qu'un droit au recours est aménagé, le juge judiciaire fait évoluer sa jurisprudence. Par un arrêt mettant en cause la procédure de sanction suivie par la Commission des opérations de bourse, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a, de manière

¹ P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, p. 920.

² Même si la critique porte sur d'autres aspects de ce revirement jurisprudentiel : F. SUDRE, « À propos d'un bric-à-brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction », *JCP G.*, 2000, II, 10267.

³ Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janv. 1987, *JORF* du 25 janv. 1987, p. 924 : *AJDA*, 1987, p. 345, note CHEVALLIER ; *JCP*, 1987, II, 20854, note SESTIER ; *RFDA*, 1987, p. 282, note GENEVOIS ; *RFDA*, 1987, p. 301, note FAVOREU ; *RDP*, 1987, p. 1341, note GAUDEMET ; *D.*, 1988, p. 117, note LUCHAIRE.

⁴ G. ECKERT, « Le principe constitutionnel d'impartialité... », *art. préc.*, p. 681.

⁵ P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales » ; *art. préc.*, p. 926.

⁶ Notion qui est le thème centrale de l'étude de Pascale Idoux (P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *art. préc.*).

⁷ J.-P. MARGUÉNAUD, « Le juge judiciaire et l'interprétation européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 231, spéc. p. 244.

⁸ Cass. com., 9 avril 1996, *Haddad*, n° 94-11323, *Bull. civ.*, IV, n° 115 : *RD bancaire et bourse*, 1996, p. 177, obs. GERMAIN & FRISON-ROCHE.

retentissante, considéré que la présence au délibéré du rapporteur « chargé de procéder à une instruction sur le faits » justifiait l'annulation de la sanction¹. Elle confirme en cela la décision de la Cour d'appel de Paris, qui avait initié cette évolution, en première instance². La même solution se voit dès lors appliquée aux autorités administratives dont les décisions ressortissent à la compétence du juge judiciaire, en cassant au besoin les arrêts des juges qui avaient écarté le grief au regard des impératifs de souplesse et d'efficacité³.

Entre l'assimilation totale de la Commission des opérations de bourses à une juridiction et le rejet de l'application des garanties du procès équitable à la procédure de sanction qu'elle suit, le juge judiciaire choisit une voie intermédiaire, en réponse aux critiques portant sur l'« encadrement procédural insuffisant »⁴ du pouvoir de sanction de ces autorités. En effet, la Cour d'appel de Paris avait considéré, dans son arrêt, qu'« en tant qu'autorité administrative indépendante investie d'un pouvoir répressif dont les décisions sont soumises à un recours de pleine juridiction devant une juridiction de l'ordre judiciaire, la Commission n'est pas tenue de satisfaire sous tous les aspects aux prescriptions de forme du paragraphe premier de l'article 6 de la Convention ». Mais, ajoute la Cour d'appel, « elle doit néanmoins se prononcer de manière impartiale, selon une procédure garantissant l'égalité des armes et respecter la présomption d'innocence ». La Cour de cassation est plus évasive sur ce point, son avocat général considérant pour sa part que, du fait que les sanctions infligées par la Commission des opérations de bourse sont des accusations en matière pénale, « il est incontestable que les dispositions réglementaires relatives à la procédure mise en œuvre pour le prononcé de ces "punitions" doivent satisfaire sous tous leurs aspects aux prescriptions de

¹ Cass. Ass. plén., 5 février 1999, *Commission des opérations de bourse c/ Oury*, n° 97-16440, *Bull. civ. AP* n° 1, p. 1 : *Gaz. Pal.*, 24-25 févr. 1999, p. 8, concl. LAFORTUNE, note DEGUELDRE, GRAMBLAT & HERBIÈRE ; *JCP G.*, 1999, I, 10060, note MATSOPOULOU. Dans cet arrêt, la Cour valide la décision de la Cour d'appel de Paris, d'où une absence de renvoi à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui fondait le raisonnement de la Cour d'appel. Par ailleurs, dans un moyen annexé, la Cour de cassation considère que « cette procédure, confondant dans le même organe de décision les fonctions de poursuite, d'instruction et de constatation de la culpabilité, (...) a pu donner l'impression que la sanction prononcée (...) n'avait pas été décidée dans les conditions d'impartialité, selon une procédure équitable ménageant les droits de la personne poursuivie, satisfaisant tout à la fois aux exigences de l'article 6.1 de la Convention des droits de l'homme et à celle du principe fondamental du respect des droits de la défense ».

² CA Paris, 7 mai 1997 : *RD banc.*, 1997, p. 119, obs. GERMAIN & FRISON-ROCHE.

³ Cass. com., 5 oct. 1999, *SNC Campenon Bernard SGE*, n° 97-15617, *Bull. civ. IV*, n° 158 : *JCP G.*, 2000, II, 10255, note CADOU (en ce qui concerne les sanctions infligées par le Conseil de la concurrence) et CA Paris, 27 juin 2000, *France Télécom c/ Société Télécom Développement*, n° 2000-02659, inédit (en ce qui concerne le règlement des différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications).

⁴ N. DECOOPMAN, « Le pouvoir de sanction administrative de la COB », *Rev. de droit bancaire et de la bourse*, 1990, p. 16, spéc. p. 18. L'auteur critique en particulier l'absence de séparation des fonctions, qui heurte le principe d'impartialité.

l'article 6 de la CEDH »¹. Toutefois, une décision ultérieure concernant la procédure de sanction suivie par le Conseil de la concurrence confirme que certaines garanties doivent être observées par l'autorité administrative, alors que la violation d'autres garanties n'entraîne pas la nullité de la décision. En effet, dans son arrêt *Campenon Bernard*, la Cour affirme que la présence du rapporteur au délibéré constitue une violation de l'article 6, alors que le défaut de publicité des audiences « ne saurait faire grief aux parties intéressées dès lors qu'elles peuvent se pourvoir contre la décision devant une juridiction »². Émerge alors l'idée de modulation des garanties du procès équitable, dont certaines seraient applicables dès la phase administrative, alors que d'autres devraient être respectées seulement lors du véritable procès.

Cette idée peut se fonder dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : outre que celle-ci reconnaît, dans certaines espèces, que certaines garanties doivent être respectées dès l'origine de la procédure, la Cour semble ménager une place à part à l'impartialité du tribunal, dans sa jurisprudence. En effet, dans un arrêt *De Cubber*, la Cour affirme « qu'une juridiction supérieure ou suprême peut bien entendu, dans certains cas, effacer la violation d'une clause de la Convention ». Mais, lorsqu'il est question de l'impartialité de la juridiction, la Cour reconnaît que « les choses apparaissent sous un jour différent », dans la mesure où « le vice n'affectait pas simplement le déroulement de la procédure de première instance : résultant de la composition même du siège du tribunal (...), il revêtait un caractère organique et la cour d'appel ne l'a pas corrigé puisqu'elle n'a pas mis à néant par ce motif l'ensemble du jugement »³. D'autres arrêts confirment le caractère irrattrapable de la violation de l'impartialité de la juridiction⁴. Toutefois, ces arrêts concernent seulement les organes intégrés aux « structures judiciaires ordinaires » : à de nombreuses reprises, la Commission – au stade de la recevabilité – ou la Cour ont rejeté de tels moyens, dès lors qu'il est question d'organismes administratifs ou corporatifs⁵. Cependant, l'idée de « contamination » de l'ensemble de la procédure par le vice de partialité prévaut, dès lors que

¹ M.-A. LAFORTUNE, « Concl. sur Cass. Ass. plén., 5 février 1999, *Commission des opérations de bourse c/ Oury* », *Gaz. Pal.*, 24-25 févr., p. 8, spéc. p. 14.

² Cass. com., *SNC Campenon Bernard SGE*, préc.

³ CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique*, n° 9186/80, série A, n° 86, § 33.

⁴ V., pour un défaut d'impartialité qui ne saurait être effacé par l'ouverture d'un recours de pleine juridiction : CEDH, 25 juill. 2000, *Tierce et autres c/ Saint-Marin*, n° 24954/94, § 60 et 78. Laure Milano y voit une distinction entre les garanties procédurales et les garanties statutaires, contenues dans l'article 6 (MILANO, *op. cit.*, p. 361).

⁵ V., pour ce qui concerne la contestation de l'impartialité du Conseil des bourses de valeur : Comm. EDH, 30 juin 1993, *J.-L. c/ France*, n° 18845/91 ; le Conseil de l'ordre des avocats : Comm. EDH, 21 oct. 1998, *Mignot c/ France*, n° 37489/97 ; ou le Conseil épiscopal finlandais : CEDH, 19 déc. 1997, *Helle c/ Finlande*, n° 20772/92, § 45.

certaines exigences du procès équitable sont requises dès la phase administrative de la procédure¹.

La Cour de cassation décide donc résolument, par une interprétation « extensive »² de l'article 6 de la Convention, de placer certains organismes administratifs en dehors de la réserve prévue par la Cour de Strasbourg³, en ce qui concerne certaines garanties du procès équitable, parmi lesquelles la garantie de l'impartialité de l'organe. Elle initie en cela les « ébranlements profonds introduits par l'article 6 de la Convention européenne dans nos procédures »⁴, qui va devenir « l'une des principales sources du droit processuel (...) devant l'ordre administratif »⁵. Soucieux de faire valoir son point de vue, dans un domaine relevant normalement de sa compétence, le Conseil d'État entre rapidement dans le débat, au risque d'une « surenchère »⁶. Les juges du Palais-Royal réitèrent, dans un premier temps, une solution classique, en ce qui concerne certains organes⁷ ou certaines garanties⁸, en rappelant que la position de la Cour de cassation dans l'arrêt *Oury* est « erronée » et « ne trouve aucun fondement ni dans le texte de l'article 6, paragraphe 1 ni dans la jurisprudence de la Cour de

¹ Mattias Guyomar est très clair à ce sujet, lorsqu'il affirme, en se fondant sur la jurisprudence européenne, qu'« il est des règles du procès équitable dont la méconnaissance est de nature à vicier la procédure dès l'origine et de manière irrémédiable (...). Le vice de partialité, s'il est avéré, étant de nature à contaminer l'ensemble de la procédure sans correction possible, vous exigez le respect de cette exigence dès la phase administrative » (M. GUYOMAR, « Concl. sur CE Sect., 27 oct. 2006, *Parent* », *LPA*, 20 déc. 2006, p. 4). Toutefois, le commissaire du Gouvernement s'appuie sur un arrêt *Kingsley c/ Royaume-Uni* de la Cour, dans lequel cette dernière affirme sans ambiguïtés que « même lorsqu'un organe juridictionnel chargé d'examiner des contestations portant sur des "droits et obligations de caractère civil" ne remplit pas les exigences de l'article 6 § 1, il ne saurait y avoir de violation de la Convention si la procédure devant cet organe a fait l'objet du "contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article » (CEDH, 7 nov. 2000, *Kingsley c/ Royaume-Uni*, n° 35605/97, § 51).

² J.-M. SAUVÉ, « Les sanctions administratives en droit public français », *art. préc.*, p. 16. Pour Laure Milano, les autorités nationales ont fait de l'article 6 de la Convention « une lecture qui va au-delà de ce qu'exige la Cour pour garantir l'impartialité » (L. MILANO, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119, spéc. p. 1122).

³ Réserve parfois qualifiée d'« un peu idyllique », eu égard à la réalité de sa mise en œuvre (A. SEBAN, « Les formes institutionnelles... », *art. préc.*, p. 63).

⁴ SAUVÉ, « Les sanctions administratives... », *art. préc.*, p. 24.

⁵ G. EVEILLARD, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA*, 2010, p. 531.

⁶ P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *art. préc.*, p. 924.

⁷ V. CE Sect., 28 juill. 1999, *GIE Mumm-Perrier-Jouët*, n° 188973, *Lebon* p. 257, concl. BONICHOT : *AJDA*, 1999, p. 783, chron. FOMBEUR & GUYOMAR (en ce qui concerne l'Office des migrations internationales).

⁸ CE, 4 avril 1999, *GIE Oddo-Futures*, n° 182421, *Lebon T.* p. 943 (pour la publicité des audiences devant le Conseil du marché à terme).

Strasbourg »¹. L'Assemblée de Conseil d'État se saisit toutefois de la question, à la fin de l'année 1999. L'enjeu est de taille pour le juge administratif, puisqu'il lui est impossible de considérer que dès lors que la décision entre dans le champ d'application de l'article 6, l'organe décisionnel devrait respecter l'intégralité des garanties du procès équitable. La Haute juridiction rend trois arrêts, le 3 décembre 1999, concernant le champ d'application de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui permettent une lecture tout en nuances du revirement. Saisie d'un recours contre une sanction prononcée par le Conseil des marchés financiers, l'Assemblée du Conseil d'État, contre l'avis de son commissaire du gouvernement, qui proposait de maintenir la solution dégagée dans l'affaire *Méric*, rapproche sa position de celle de la Cour de cassation, tout en la tempérant.

Considérant que, quand il est saisi d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions prévues par l'article 69 de la loi (...) du 2 juillet 1996, le Conseil des marchés financiers doit être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations (...) de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que, compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'État, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6-1 précité n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ; que, cependant et alors même que le Conseil des marchés financiers siégeant en formation disciplinaire n'est pas une juridiction au regard du droit interne le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 précité peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'État à l'encontre de sa décision.²

Deux autres arrêts rendus le même jour par l'Assemblée et la Section du Conseil d'État permettent de préciser la teneur de ce revirement. En effet, la décision d'espèce – qui concerne la question devenue centrale de la participation du rapporteur au délibéré – est la même que celle rendue dans un arrêt mettant en cause la procédure suivie par le Conseil

¹ J.-C. BONICHOT, « Concl. sur CE Sect., 28 juill. 1999, *GIE Mumm-Perrier-Jouët* », *Lebon* p. 257. Selon le même auteur, l'implication du juge administratif dans ce mouvement jurisprudentiel tient à la nécessité d'appliquer la Convention « dans sa lettre et dans son esprit, en tenant compte de l'interprétation qui lui est donnée par la Cour de Strasbourg », tout en tenant compte du débordement opéré par le juge judiciaire (J.-C. BONICHOT, « L'article 6 de la CEDH », *LPA*, 15 janv. 1999, p. 8). D'où des commentaires, de la part de la doctrine privatiste, sur le caractère plus « timoré » de l'application par le Conseil d'État des garanties du procès équitable (C. DELICOSOPOULOS, « Autorités administratives indépendantes et procès équitable », in *Société de législation comparée* (dir.), *Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques*, Paris, Société de législation comparée, « Colloques », vol. 19, 2013, p. 73, spéc. p. 89 ; v. encore Y. REINHARD & S. THOMASSET-PIERRE, « Droit des marchés financiers », *D.*, 2006, p. 2601, spéc. p. 2607).

² CE Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, n° 207434, *Lebon* p. 399 : *RFDA*, 2000, p. 584, concl. SEBAN ; *AJDA*, 2000, p. 126, chron. GUYOMAR & COLLIN ; *JCP G.*, 2000, II, 10267, note SUDRE ; *RDP*, 2000, p. 349, note GUETTIER ; *RTD com.*, 2000, p. 405, note RONTCHEVSKY.

national de l'Ordre des médecins, juridiction administrative spécialisée¹ ; par ailleurs, dans un arrêt mettant en cause la procédure de sanction suivie devant la Commission nationale de l'informatique et des libertés, le Conseil d'État considère que « la décision attaquée n'émane pas d'un tribunal au sens de l'article 6-1 de la convention », pour rejeter le moyen tiré de sa méconnaissance². C'est bien la spécificité de l'organe en cause qui conduit à cette solution, ce que le Conseil d'État affirme sans ambiguïtés en ayant recours à une formule déjà éprouvée, qui marque cet « égard » de la juridiction aux particularités de l'organisme³.

Ainsi, c'est bien la qualité organique de l'organisme en cause qui permet d'étendre les garanties du procès équitable au-delà de ce qu'exige la Convention européenne des droits de l'homme. Le statut d'indépendance de l'organe est en effet un prérequis pour que le juge en tire la notion de « tribunal au sens de l'article 6-1 » et lui impose les exigences tirées de l'impartialité⁴. Ce mouvement trouve son origine dans une « anticipation »⁵ de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en fin de compte erronée⁶. En ce qui concerne le Conseil d'État, il s'agit surtout d'une réaction à la « frénésie » avec laquelle la Cour de cassation s'est emparée de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention, pour en

¹ CE Sect., 3 déc. 1999, *Leriche*, n° 195512, *Lebon* p. 402, concl. SCHWARTZ : *AJDA*, 2000, p. 126, chron. GUYOMAR & COLLIN.

² CE Ass., 3 déc. 1999, *Caisse de crédit municipal de Bain-Tresboeuf*, n° 197060, *Lebon* p. 397 : *RFDA*, 2000, p. 547, concl. COMBREXELLE ; *JCP G.*, 2000, II, 10267, note SUDRE.

³ Le Conseil d'État avait déjà décidé que, « eu égard à la nature, à la composition et aux attributions » d'un organisme professionnel, l'obligation de motivation peut s'imposer à ce dernier (CE Ass., 27 nov. 1970, *Agence maritime Marseille-Fret*, *Lebon* p. 704 : *RDP*, 1971, concl. GENTOT ; *D.*, 1971, p. 433, note PACTEAU ; *JCP*, 1971, I, 2407, chron. SAVATIER ; *AJDA*, 1971, p. 150, chron. LABETOULLE & CABANES). En ce sens, v. G. EVEILLARD, « L'application de l'article 6... », *art. préc.*, p. 531.

⁴ Jean-Marc Sauvé note à ce titre que l'indépendance de certaines autorités les conduit à « mimer » le procès pénal (J.-M. SAUVÉ, « Les sanctions administratives... », *art. préc.*, p. 16).

⁵ J.-C. BONICHOT, « Interview », *LPA*, 11 mai 2000, p. 3 : Bonichot affirme que la Cour de cassation avait « anticipé la position de la Cour de Strasbourg ».

⁶ Jean-Marc Sauvé considère que « l'essentiel des évolutions procédurales intervenues procède d'anticipations – et non de réactions – du législateur et du Conseil d'État sur la jurisprudence de la CEDH », tout en admettant qu'« il n'est pas d'ailleurs exclu qu'on soit allé plus loin que ce que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg pourrait exiger » (J.-M. SAUVÉ, « Justice administrative et autorités de régulation », Colloque EFB-Dalloz, 9 avril 2008 – disponible sur le site du Conseil d'État).

multiplier les « applications dévastatrices »¹, qui tiennent de la « ferveur des nouveaux convertis »².

L'évolution de ce mouvement jurisprudentiel initié par les décisions du 3 décembre 1999 confirme son confinement au prononcé de sanctions par les autorités administratives indépendantes. En effet, le Conseil d'État étend sa solution aux sanctions prononcées par diverses autorités, en les assimilant souvent explicitement à un tribunal au sens de l'article 6, telles que l'Autorité de régulation des télécommunications³ ; la Commission de contrôle des assurances⁴ ; le Conseil de discipline de la gestion financière⁵ ; l'Autorité des marchés financiers⁶ ; le Conseil supérieur de l'audiovisuel⁷ ; la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance⁸ ; la Commission nationale de l'informatique et des libertés⁹ ; l'Agence française de lutte contre le dopage¹⁰ et l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires¹¹.

Cependant, le juge aborde la question d'une manière très différente, dès lors qu'il est question de l'administration classique – entendue comme l'administration « non indépendante », hiérarchique. Dans ce contentieux, qui met particulièrement en cause l'administration fiscale infligeant des sanctions, le juge adopte une position ouverte, en admettant, d'une part, que la décision entre dans le champ d'application de l'article 6 et,

¹ J.-P. MARGUÉNAUD, « La Cour de cassation multiplie les applications dévastatrices de l'exigence d'impartialité objective au sens de l'article 6 § 1 de la CEDH », *RTD civ.*, 1999, p. 494 : selon l'auteur, ce redoublement de précautions vient de ce que la Cour de Strasbourg a « osé affirmer » que le fonctionnement de la Cour de cassation ne répond pas toujours aux exigences de l'article 6, d'où une « croisade pour l'impartialité objective à la française » (dans l'arrêt CEDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane Kaïd*, n° 22921/93, *Rec.* 1998-II).

² J.-F. BRISSON, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme : à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », *AJDA*, 1999, p. 847.

³ CE, 28 juill. 2000, *Société Copper Communication*, n° 199773, *Lebon T.* p. 996.

⁴ CE, 28 oct. 2002, *Laurent*, n° 222188, *Lebon* p. 361 : *AJDA*, 2002, p. 1492, note COSTA ; *RDP*, 2002, p. 1607, note PRÉTOT.

⁵ CE, 10 mai 2004, *Société Etna Finance*, n° 247130, inédit.

⁶ CE, 4 févr. 2005, *Société GSD Gestion*, n° 269001, *Lebon* p. 28 : *LPA*, 26 avril 2005, p. 5, concl. GUYOMAR.

⁷ CE, 6 janv. 2006, *Société Lebanese Communication Group*, n° 279596, *Lebon* p. 1.

⁸ CE, 17 nov. 2006, *Société CNP Assurances*, n° 276926, *Lebon* p. 473 : *JCP G.*, 2007, II, 10011, note ISRAËL.

⁹ CE Ord., 19 févr. 2008, *Société Profil France*, n° 311974, inédit.

¹⁰ CE, 19 févr. 2009, *Ghammouni*, n° 315015, *Lebon T.* p. 965.

¹¹ CE, 23 avril 2009, *Compagnie Blue Line*, n° 314919, inédit.

d'autre part, que cette stipulation peut régir la « procédure d'établissement des pénalités »¹, par l'administration active. Toutefois, il ne saurait être question d'assimilation à un tribunal, d'où une solution différente : renversant en partie la jurisprudence *Méric*², le juge admet seulement que la procédure d'établissement ne doit pas « emporter des conséquences de nature à porter atteinte de manière irréversible au caractère équitable d'une procédure ultérieurement engagée devant le juge de l'impôt »³.

Par ailleurs, le juge administratif manifeste longtemps sa volonté de maintenir le débordement des garanties du procès équitable en refusant toute application devant l'administration active, dès lors qu'il n'est pas question de l'infliction d'une sanction. Ainsi, les décisions ne constituant pas, à proprement parler, des sanctions⁴, ou les décisions entrant dans le champ de la matière civile⁵, sont exclus par le juge, accentuant le caractère dérogatoire de la décision *Didier* – ce que la jurisprudence judiciaire ne différencie pas. Le Conseil d'État est en effet conduit à réaffirmer la jurisprudence *Méric*, en dehors du cas très particulier du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes, ce que certains arrêts explicitent, lorsqu'il est question de décisions entrant dans le champ de la matière civile. Il apparaît clairement que le champ d'application de l'exception introduite par l'arrêt *Didier* est étroitement limité, tant organiquement que matériellement.

¹ CE, 27 févr. 2006, *Krempff*, n° 257964, *Lebon T.* p. 801 : *Dr. fisc.* 2006, comm. 513, concl. OLLÉON.

² Jurisprudence réaffirmée, après l'arrêt *Didier* : le juge considère en effet que « les stipulations de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sont pas applicables à la procédure par laquelle l'administration fiscale établit des pénalités fiscales » (CE, 27 mars 2000, *SARL Maurel et fils*, n° 187703, *Lebon T.* p. 931 : *Dr. fisc.* 2000, comm. 985, concl. ARRIGHI DE CASANOVA).

³ CE, 26 mai 2008, *SA Norelec*, n° 288583, *Lebon* p. 186 : *RJF*, 2008, n° 981, concl. SÉNERS.

⁴ Il en va ainsi, par exemple, des mises en demeure du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CE, 30 déc. 2002, *Société Vortex*, n° 236826, *Lebon T.* p. 724), des décisions de retrait d'agrément prises par la Commission des opérations de bourse, « dans l'intérêt du bon fonctionnement du marché » (CE, 22 juin 2001, *Société Athis*, n° 193392, *Lebon* p. 276 : *RFDA*, 2002, p. 509, concl. LAMY), ou encore des avis du Conseil supérieur de la magistrature sur les sanctions prononcées par le Garde des Sceaux, à l'encontre des magistrats du parquet (CE, 27 mai 2009, *Hontang*, n° 310493, *Lebon* p. 207 : *Dr. adm.*, 2007, comm. 104, note MELLERAY).

⁵ V. notamment CE, 22 nov. 2000, *Amirshahi et autres*, n° 215317, *Lebon T.* p. 1106 : *AJDA*, 2001, p. 387, concl. BOISSARD. Dans cette affaire, mettant en cause des mesures de police prises par une autorité administrative indépendante, le commissaire du gouvernement considère que, bien que les mesures en cause entrent dans le champ d'application civil de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, il « paraît inopportun (...) de transposer » la dérogation introduite par l'arrêt *Didier* « aux décisions prises en matière civile par une instance administrative ». Si le Conseil d'État amorce le dépassement de cette solution, en abandonnant le critère organique, quelques années plus tard (CE Ass., 21 déc. 2012, *Société Groupe Canal Plus*, n° 362347, *Lebon* p. 446 : *RFDA*, 2013, p. 55, concl. DAUMAS ; *AJDA*, 2013, p. 215, chron. DOMINO & BRETONNEAU ; *RJEP*, 2013, étude 7, note IDOUX ; *Dr. adm.*, 2013, comm. 27, note BAZEX), l'incidence sur la mise en œuvre du principe d'impartialité est moindre, puisqu'il n'est pas question de séparation des fonctions, problème qui « n'aurait pas de sens » (P. IDOUX, « Les procédures de règlement des différends », *RFDA*, 2017, p. 674, spéc. p. 679).

Considérant que si, eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions, une autorité administrative peut, lorsqu'elle inflige une sanction, être regardée comme un tribunal décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées, ces dernières, sous réserve de ce qui a été dit ci-dessus, n'énoncent aucune règle ni aucun principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions et qui gouvernerait l'élaboration ou le prononcé de décisions par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi.¹

S'ensuit une « sophistication » considérable du champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, source de « brouillage »². Confusion d'autant plus accusée que la Cour de Strasbourg voit, assez naturellement, d'un œil favorable cette évolution, en lui donnant un « *satisfecit* », ce qui a pu laisser présager la fin des « impératifs de souplesse et d'efficacité » issus de l'arrêt *Le Compte*³. En effet, dans sa décision sur le recours introduit devant elle à la suite de l'affaire *Didier*, la Cour valide l'approche française, en considérant que le Conseil des marchés financiers constitue un tribunal satisfaisant aux exigences du procès équitable, solution *a priori* quelque peu étonnante⁴. Toutefois, l'argument décisif d'une telle approche semble résider dans le deuxième moyen soulevé par le requérant, tenant à l'obligation d'instaurer un double degré de juridiction en matière pénale, découlant de l'article 2, protocole 6 de la Convention. La Cour déclare, dans cet arrêt, que la stipulation est applicable à l'espèce. Elle doit alors rechercher si le requérant a bénéficié de ce droit ; elle est dès lors conduite, de la même manière que dans l'arrêt *Sramek*, à se demander si le Conseil des marchés financiers constituait un tribunal satisfaisant, ce qui est le cas selon elle. Cette démarche s'avère cependant inutile, au vu du contenu de cette stipulation, dont les rédacteurs ont spécialement ajouté la notion de « tribunal », afin « qu'il soit bien clair que cet article ne concerne pas les infractions jugées par des autorités qui ne sont pas des tribunaux au sens de l'article 6 de la Convention »⁵. La Cour semble dès lors aller jusqu'à assimiler le Conseil des marchés financiers à une juridiction ordinaire, en lui appliquant cette stipulation, ce qui est étonnant au regard du statut de cet organe, en droit interne. Il était alors aisé de voir dans cet arrêt un encouragement à poursuivre dans cette voie. D'autre part, la

¹ CE, 11 juin 2003, *Électricité de France*, n° 240512, *Lebon T.* p. 702 : *CJEG*, 2003, p. 586, concl. SÉNERS.

² P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *art. préc.*, p. 921.

³ G. GONZALEZ, « Vers la fin du "report" du procès équitable pour les organes administratifs ou disciplinaires soumis à un contrôle de pleine juridiction ? », *JCP G.*, 2003, II, 10177.

⁴ CEDH, 27 août 2002, *Didier c/ France*, n° 58188/00 : *JCP G.*, 2003, II, 10177, note GONZALEZ.

⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif relatif au Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1985, p. 10.

Convention européenne des droits de l'homme est conçue comme un « standard minimum »¹ de protection des droits : rien n'empêche, dès lors, les législateurs nationaux d'adopter des standards de protection plus exigeants, en étant parfois contraints de procéder de la sorte par les juges, selon l'architecture interne des mécanismes de protection des droits.

La portée de cette évolution jurisprudentielle est considérable, dans la mesure où elle met à la disposition du juge un instrument supra-législatif, apte à contraindre le législateur à revisiter la procédure de sanction suivie par les autorités concernées. Elle a été très diversement appréciée par la doctrine², dont une partie critique l'alourdissement de la procédure de sanction imposé aux autorités de régulation, à rebours du but originel de leur institution³, ou encore sur la complexification du champ d'application de l'article 6, qui devient illisible⁴. Par ailleurs, ce revirement n'est pas sans susciter quelques interrogations, dans la mesure où le juge interne contraint le législateur à offrir certaines garanties, sur la base d'un texte dont l'interprète authentique affirme que rien ne l'obligerait à adopter une telle approche. Elle permet toutefois d'écarter la loi, impossibilité dont la jurisprudence antérieure

¹ G. GONZALEZ, « Le moment du procès équitable », in F. SUDRE & C. PICHERAL (dir.), *op. cit.*, p. 214.

² On ne s'arrêtera pas sur les critiques adressées au Conseil d'État se concentrant sur l'affirmation selon laquelle le principe d'impartialité est « rappelé » par la Convention européenne des droits de l'homme. Un certain nombre d'auteurs considèrent qu'il y a là une consécration commode d'un principe autrefois inexistant dans l'ordre juridique français. Il suffit de se reporter à l'arrêt *Bourdeaux*, de 1949, pour constater que le principe interdisant le cumul des fonctions d'accusation et de sanction est un principe général du droit ; la timidité de ce principe dans la jurisprudence administrative a déjà été expliquée (v. en ce sens, la vive critique de Frédéric Sudre, dans sa note – *art. préc.*). Par ailleurs, le Conseil d'État, dans l'arrêt *Didier*, ne fait que reprendre une formule consacrée un an auparavant, dans un arrêt concernant l'impartialité des juridictions ordinaires et sociales (CE, 7 janv. 1998, *M. Trany*, n° 163581, *Lebon* p. 1 : *AJDA*, 1998, p. 445, concl. R. SCHWARTZ). Il suffit de se reporter aux conclusions de Rémy Schwartz pour se rendre compte de ce que « la logique de l'article 6-1 développée par la Cour européenne rejoint celle de votre jurisprudence [du Conseil d'État] » (R. SCHWARTZ, « Question de l'indépendance et de l'impartialité de la juridiction du contentieux technique de la sécurité sociale », *AJDA*, 1998, p. 445 ; et les arrêts cités).

³ En ce sens, v. T. TUOT, « La planète des sages », *art. préc.*, p. 707 : « cette assimilation brouille complètement la mission des régulateurs : il n'y a qu'un pas à faire pour qu'ils soient qualifiés de juges, évolution qui ne devrait être décidée que par le législateur. Leur imposer un formalisme juridictionnel qui leur retire le bénéfice de leur qualité, alors même que des décisions administratives bien plus lourdes restent adoptées par les administrations classiques sans, quasiment, garanties pour leurs destinataires, ralentit et alourdit leur action » ; à propos du risque « d'enlèvement », v. *idem*, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? », *AJDA*, 2001, n° spécial, p. 135 ; plus largement, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *art. préc.* ; M. DEGOFFE, « L'ambiguïté de la sanction administrative », *AJDA*, 2001, n° spécial, p. 27), ainsi que la remarque de Jean-Marc Sauvé, portant sur le « paradoxe » consistant à « donner à ce qui est un "plus" [l'institution d'une autorité indépendante, plutôt qu'une autorité administrative classique], l'apparence d'un "manque" » (J.-M. SAUVÉ, « Les sanctions administratives... », *art. préc.*, p. 16).

⁴ V. P. IDOUX, *art. préc.*, p. 920, ou encore, sur les difficultés liées au principe de séparation des ordres de juridiction, en France : J.-F. BRISSON, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme... », p. 847.

avait pu souffrir¹. Or, le principe d'impartialité a des exigences strictes, dès lors qu'il est question de la matière répressive : il réside essentiellement dans l'impossibilité de cumuler les fonctions d'accusation et de décision². La référence à un texte supra-législatif permet alors au juge de tirer toutes les conséquences du principe.

L'application du procès équitable à l'Administration est alors un parfait exemple du « phénomène normatif par lequel une disposition de droit européen déclenche un dynamisme tel dans la jurisprudence de droit interne que celle-ci vient à dépasser les exigences du premier texte »³. Tous ces efforts sont par ailleurs consacrés par l'émergence d'un nouvel acteur du procès administratif équitable, compétent, cette fois, dans l'ordre constitutionnel.

II. La constitutionnalisation du procès administratif équitable et la consécration d'une césure organique dans la garantie d'impartialité

L'anticipation par précaution d'un hypothétique revirement de la position du juge de la Convention européenne des droits de l'homme a conduit à faire entrer certaines autorités administratives dans le champ du droit constitutionnel au procès équitable, par le truchement d'une juridiction très particulière, la Commission bancaire. Cette évolution se traduit par la transposition du principe fondamental d'impartialité en matière pénale à certaines autorités administratives (A), de manière toutefois limitée, à l'instar de la jurisprudence administrative (B).

¹ Ainsi, dans un arrêt de 1981, le Conseil d'État considère que « si le principe général du caractère contradictoire de la procédure et du respect dû aux droits de la défense s'oppose à ce que dans le cours d'une procédure juridictionnelle à caractère répressif une même personne puisse à la fois être plaignante et juge, c'est en vertu des dispositions législatives expresses (...) qu'un représentant du ministre de la santé est appelé à siéger, avec voix consultative aux délibérations (...) du conseil national de l'Ordre des pharmaciens » (CE, 14 janv. 1981, *M. Putot*, n° 12026, *Lebon* p. 17).

² V. *supra*, première partie, titre second, chapitre I, section 1, § 2. Cette particularité de l'impartialité en matière répressive – déjà abordée – a été relevée par certains auteurs, analysant les conséquences de l'extension du domaine du procès équitable. Ainsi, Dominique Custos relève que « l'impartialité, qui demeurerait une exigence quelque peu vague (...) acquiert une consistance précise dans le cadre de la répression administrative : la séparation des fonctions » (D. CUSTOS, « Autorité de régulation et métamorphose du régime juridique de la décision individuelle », in *Mél. M. Bazex*, Paris, LexisNexis, « Litec Juris-classeur », 2009, p. 65, spéc. p. 70) ; il faut simplement ajouter que le constat se limite à la répression administrative menée par les autorités administratives indépendantes.

³ M.-A. FRISON ROCHE, « L'impartialité du juge », *art. préc.*, p. 53.

A. *La transposition d'un principe fondamental du droit pénal aux autorités administratives indépendantes dans l'exercice de leur pouvoir de sanction*

Confronté à des dispositions législatives attribuant un pouvoir de sanction à un organisme administratif, le Conseil constitutionnel considère dès l'origine « qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit à la loi de confier » ce pouvoir à un organisme administratif¹. On peut y voir « un acte de réalisme jurisprudentiel plus que de conviction »², eu égard à l'ampleur de la répression administrative. Ainsi, « plutôt que d'opposer un obstacle de principe aux sanctions administratives (...), le juge constitutionnel a choisi la voie de l'encadrement de ce type de sanctions »³. Dès lors, la loi peut doter une autorité administrative « de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission », sous réserve que le législateur assortisse « l'exercice de ces pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »⁴.

La jurisprudence constitutionnelle en la matière se stabilise alors autour de ces limites imposées à l'exercice du pouvoir de sanction d'une autorité administrative, ce qui contribue à donner un « ancrage constitutionnel »⁵ au pouvoir de punir de l'Administration tout en le généralisant, vu l'ampleur de la formule retenue⁶.

Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction, dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que le

¹ Cons. const., décision n° 84-182 DC du 18 janv. 1985, *Loi relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise*, JORF du 20 janv. 1985, p. 819, consid. 8 : D., 1986, p. 426, note RENOUX.

² D. BOTTEGHI, « Concl. sur CE, 31 janv. 2012, *Ministre de l'Intérieur* », AJDA, 2012, p. 1054.

³ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires », RFDA, 1989, p. 671, spéc. p. 679.

⁴ Cons. const., décision n° 88-248 DC du 17 janv. 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, JORF du 18 janv. 1989, p. 754, consid. 27 et 28 : RFDA, 1989, p. 215, note GENEVOIS.

⁵ C. TEITGEN-COLLY, « Sanction et Constitution », JCP Adm., 2013, 2076.

⁶ V. H. PAULIAT, « L'émergence du concept de sanction administrative », JCP Adm., 2013, 2072.

pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et liberté constitutionnellement garantis.¹

Cette limitation est matériellement applicable à toute « sanction ayant le caractère d'une punition », notion qui, dans la jurisprudence constitutionnelle, constitue le critère d'application de l'encadrement du pouvoir de sanction de l'Administration, puisqu'il permet de réglementer l'exercice du pouvoir de sanction « même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer par une autorité de nature non judiciaire »². Cette notion, qui prend peut-être la forme d'une « tautologie »³, permet cependant d'exclure les mesures qui ne poursuivent pas un but répressif⁴, ainsi que les mesures qui, si elles poursuivent un tel but, ont un caractère disciplinaire en ce qu'elles interviennent dans un système réglementé et procèdent du lien entre l'Administration et l'administré⁵. Si le Conseil constitutionnel prend en compte le caractère indépendant de l'organe pour statuer sur la constitutionnalité de l'encadrement de ces sanctions, il faut relever que celui-ci n'a pas de caractère obligatoire, comme l'indique clairement la décision relative à la Commission des opérations de bourse⁶,

¹ Cons. const., décision n° 89-260 DC du 28 juill. 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, *JORF* du 1^{er} août 1989, p. 9676, consid. 6. Il faut relever que la « privation de liberté » tel qu'il est entendu ici s'étend classiquement à la liberté individuelle, dont le juge judiciaire est le gardien en vertu de l'article 66 de la Constitution, mais également à d'autres libertés, « eu égard à leur nature », comme le droit de s'exprimer et de communiquer librement, dont le pouvoir de restriction ne peut « être confié à une autorité administrative » (Cons. const., décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, *JORF* du 13 juin 2009, p. 9675, consid. 16 : *JCP G.*, 2009, 101, note FELDMAN ; *RLDI*, 2009, p. 103, note ROUSSEAU ; *D.*, 2009, p. 1770, obs. BRUGUIÈRE ; *RSC*, 2009, p. 609, note FRANCILLON).

² Cons. const., décision n° 82-155 DC du 30 déc. 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, *JORF* du 31 déc. 1982, p. 4034, consid. 33 : *RDP*, 1983, p. 333, note FAVOREU.

³ R. DENOIX DE SAINT-MARC, « Les sanctions administratives », *AJDA*, 2001, n° spécial, p. 148.

⁴ La décision n° 82-155 distingue selon que la mesure poursuit un but répressif ou simplement compensatoire (v. également pour un dispositif « destiné à inciter » les partis politiques à mettre en œuvre le principe d'égal accès des hommes et des femmes au mandat électoral : Cons. const., décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, *JORF* du 7 juin 2000, p. 8564 ; pour une mesure visant à réguler les dépenses de l'assurance maladie : Cons. const., décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, *JORF* du 20 décembre 1999, p. 19730).

⁵ Pour une mesure qui présente les caractères d'une sanction disciplinaire mais qui n'entre pas dans le champ des sanctions « ayant le caractère d'une punition », v. Cons. const., décision n° 2001-451 DC du 27 nov. 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents de travail et les maladies professionnelles*, *JORF* du 1^{er} décembre 2001, p. 19112. Sur l'importance de l'environnement juridique dans lequel intervient la sanction, v. M. DEGOFFE, « L'ambiguïté de la sanction administrative », *AJDA*, 2001, n° spécial, p. 27 : l'auteur distingue selon que l'individu exerce une liberté ou qu'il exerce une activité soumise à une réglementation, dont la sanction serait le complément, si elle a un lien avec cette réglementation – ce qui exclut les sanctions pécuniaires, qui constituent des punitions (v. encore *idem*, « La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel », in B. MALLET-BRICOUT (dir.), *La sanction*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2007, p. 47 ; *idem*, « Typologie des sanctions de l'administration », *JCP Adm.*, 2013, 2075).

⁶ Le critère de l'indépendance est indifférent dans cette décision, alors que le Conseil constitutionnel lui avait prêté une certaine attention, dans sa décision relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel, sans pour autant l'ériger en obligation constitutionnelle.

« muette à ce sujet »¹ : « Le pouvoir de sanction est (...) nettement reconnu aux autorités, non pas parce qu'elles sont indépendantes, mais parce qu'elles sont des autorités administratives »².

L'encadrement constitutionnel du pouvoir de sanction de l'Administration s'articule alors, de manière satisfaisante, autour d'un critère matériel, jusqu'au ralliement des juges de la rue Montpensier à l'évolution jurisprudentielle initiée par les juridictions ordinaires. Dans un premier temps, dès lors que la sanction présente le caractère d'une punition, elle doit, même si elle est prononcée par une autorité administrative, respecter certains principes fondamentaux du droit pénal inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ou résultant des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, tels que le principe de non-rétroactivité de la loi d'incrimination pénale plus sévère³, le principe de nécessité des peines⁴, le principe de la légalité des délits et des peines⁵, les droits de la défense⁶ ainsi que l'obligation de motivation⁷. Il y a alors un « encadrement du pouvoir administratif répressif » par « "équivalence" des garanties »⁸. Tant et si bien qu'à cette époque, il était possible d'affirmer « ce qui importe, c'est moins l'autorité compétente pour infliger une sanction (...) que le respect, sur le plan procédural comme sur le fond, des principes du droit répressif ayant valeur constitutionnelle »⁹. Il n'est alors nullement question de séparation des fonctions répressives, dans cet encadrement constitutionnel : saisi de manière indirecte de cette question, le Conseil constitutionnel ne la tranche pas, la laissant à la

¹ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs... », *art. préc.*, p. 679.

² M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, « Clefs », 1994, 2^e éd., p. 86. Sur l'importance relative de l'indépendance de l'autorité, v. C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulations... », *art. préc.*, pp. 201-202.

³ Cons. const., décision n° 82-155 DC, *préc.*

⁴ Cons. const., décision n° 87-237 DC du 30 déc. 1987, *Loi de finances pour 1988*, *JORF* du 31 déc. 1987, p. 15761.

⁵ Cons. const., décision n° 88-248 DC, *préc.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *V. a contrario*, Cons. const. décision n° 2001-451 DC du 27 nov. 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, *JORF* du 1^{er} déc. 2001, p. 19112, consid. 40.

⁸ P. GAÏA, « L'administration répressive en France », *Annuaire euro. d'adm. pub.*, 1995, p. 177, spéc. p. 200.

⁹ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs... », p. 679. Pour la même affirmation, v. G. CANIVET, « La procédure de sanctions administrative des infractions boursières à l'épreuve des garanties fondamentales », *RJDA*, 1996, p. 423, spéc. p. 424.

discrétion du législateur¹. L'absence de séparation des fonctions a alors été critiquée par un certain nombre d'auteurs, vis-à-vis du principe d'impartialité² mais aussi, plus curieusement, vis-à-vis du principe de la séparation des pouvoirs³.

Or, la séparation des fonctions des autorités chargées des poursuites et des autorités de jugement est un principe constitutionnel, que le juge fait d'abord découler d'une interprétation élargie du principe des droits de la défense, couplée, en matière pénale, à l'article 66 de la Constitution⁴. Le principe des droits de la défense permet en effet au Conseil constitutionnel, dans un premier temps, d'imposer le caractère équitable du procès⁵. Puis, dans un second temps, le droit au procès équitable semble acquérir une certaine autonomie, sans pour autant que son ancrage dans les textes et principes constitutionnels soit certaine⁶. Les juges de la rue Montpensier éclaircissent cette question peu de temps après, en jugeant que le droit à un procès équitable est garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui proclame que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas

¹ Dans sa décision relative à la Commission des opérations de bourse, le Conseil est saisi de la question de l'absence d'incompatibilités des membres de la Commission et se contente de renvoyer l'autorité à « l'obligation d'impartialité » qui incombe à la commission, « à l'instar de tout organe administratif », dans sa dimension déontologique (Cons. const., décision n° 89-260 DC du 28 juill. 1989, *préc.*, consid. 10).

² Nicole Decoopman considère à ce titre que l'encadrement procédural du pouvoir de sanction de la Commission des opérations de bourse est « insuffisant », en ce que l'absence de séparation des fonctions est « critiquable » au regard du principe d'impartialité (N. DECOOPMAN, « Le pouvoir de sanction administrative de la COB », *Rev. de droit banc. et de la bourse*, 1990, n° 17, p. 16, spéc. p. 18).

³ V. en ce sens, J.-J. BIENVENU, « Les autorités de régulation et les libertés économiques », in G. DRAGO & M. LOMBARD (dir.), *Les libertés économiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, « Droit public », 2003, p. 123 ; rétrospectivement, A.-V. LE FUR & D. SCHMIDT, « Il faut un tribunal des marchés financiers », *D.*, 2014, p. 551.

⁴ Cons. const., décision n° 95-360 DC du 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, *JORF* du 7 février 1995, p. 2097, consid. 5 (*RFDC*, 1995, p. 405, note RENOUX ; *D.*, 1995, p. 171, note PRADEL) : « Considérant (...) que le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (...) ; qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits et des parties ; qu'en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle ».

⁵ V. Cons. const., décision n° 89-260, *précitée*, consid. 44 ; Cons. const., décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, *JORF* du 10 sept. 2002, p. 14953, consid. 23.

⁶ Ainsi, dans une décision de 2004, le Conseil constitutionnel examine un grief « tiré de la méconnaissance du droit à un procès équitable », sans rattacher ce droit à une quelconque référence constitutionnelle (Cons. const., décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, *JORF* du 10 mars 2004, p. 4637, consid. 105). Les juges avaient déjà considéré, en 2003, qu'une disposition législative ne portait pas atteinte « aux exigences du procès équitable » (Cons. const., décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, *JORF* du 19 mars 2003, p. 4789 ; v. aussi Cons. const., décision n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour en France et à la nationalité*, *JORF* du 27 nov. 2003, p. 20154, consid. 80).

assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »¹. La juridiction constitutionnelle élabore ainsi une jurisprudence touffue, relative à l'article 16 de la Déclaration, qui intègre progressivement, aux côtés du droit au recours², les principes d'indépendance et d'impartialité du juge³. Ce dernier est entendu, en matière pénale, comme le « principe de séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement »⁴. Il en résulte que, selon l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, « les principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles »⁵, au terme d'une consolidation progressive des principes découlant de cette disposition, qui « fait office, dans le contentieux constitutionnel, de fondement juridique des exigences du procès équitable »⁶.

Il apparaît clairement, dans cet état du droit, que la jurisprudence liée à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen régit l'exercice de la fonction juridictionnelle, en lui imposant un caractère équitable, par diverses exigences constitutionnelles. Elle n'a *a priori* aucun lien avec la jurisprudence liée à l'exercice du pouvoir de sanction par une autorité administrative, fût-elle indépendante. Toutefois, le Conseil constitutionnel opère par la suite un amalgame quelque peu étrange, permis par l'introduction de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité. Cette procédure permet en effet aux juges constitutionnels d'entrer de manière plus concrète dans le débat

¹ Cons. const., décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *JORF* du 22 juin 2004, p. 11182, consid. 6 : *AJDA*, 2004, p. 1534, note ARRIGHI DE CASANOVA ; *D.*, 2004, p. 1739, obs. MATHIEU ; *D.*, 2004, p. 3089, note BAILLEUL ; *LPA*, 9 juill. 2004, p. 5, note CHAGNOLLAUD ; *RTD eur.*, 2004, p. 583, note KOVAR.

² Cons. const., décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, *JORF* du 13 avril 1996, p. 5724, consid. 83. Le droit au recours constituait auparavant une « garantie essentielle des droits de la défense » (Cons. const., décision n° 86-224, *précitée*, consid. 22).

³ Cons. const., décision n° 2003-466 DC du 20 févr. 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, *JORF* du 27 févr. 2003, p. 3480, consid. 23 : *LPA*, 18 sept. 2003, p. 3, chron. VERPEAUX & MATHIEU ; Cons. const., décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, *JORF* du 21 décembre 2006, p. 20320, consid. 24.

⁴ Cons. const., décision n° 2004-492, *précitée*, consid. 106 et s.

⁵ Cons. const., décision n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *Jean-Pierre B.*, *JORF* du 26 mars 2011, p. 5406, consid. 3 : *AJDA*, 2011, p. 1214, note CRÉPIN-DEHAENE ; *JCP Adm.*, 2011, 2150, note FLEURY.

⁶ F. MARTUCCI, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le principe d'impartialité », *Concurrences*, 2014, p. 32, spéc. p. 42. V. également à ce sujet, R. FRAISSE, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, n° 44, 2014, p. 9. Cette consolidation a été souhaitée par certains auteurs (v. notamment B. MATHIEU, « Valeur et portée des validations législatives devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits ? », *RFDA*, 1998, p. 148 ; *idem*, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle », *RFDA*, 2000, p. 289 ; F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Cah. du Cons. const.*, 2001, p. 67).

constitutionnel, sans échapper à des circonstances particulières aux cas d'espèce qui lui sont soumis. Tel est le cas dans une décision de 2011, relative à la Commission bancaire, qui apparaît comme une réaction à un arrêt de la Cour de Strasbourg, relatif à la même autorité.

Dans le paysage des autorités de régulation, la Commission bancaire présente la particularité historique de constituer, par détermination légale, une juridiction administrative spécialisée, lorsqu'elle exerce son pouvoir de sanction¹. Cette particularité implique que le recours ouvert contre les décisions de la Commission bancaire est un recours en cassation, en l'absence de dispositions particulières. Or, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la compatibilité de cette procédure de sanction avec l'article 6 de la Convention. La particularité organique de la Commission bancaire ne lui permet pas de déployer son raisonnement consistant à examiner si d'éventuels manquements aux exigences du procès équitable ont pu être purgés par l'exercice d'un recours de pleine juridiction devant un organe satisfaisant aux prescriptions de l'article 6. Dans ces conditions, il apparaît clairement que, pour la Cour de Strasbourg, la Commission bancaire doit constituer un tribunal indépendant et impartial. Saisie d'un grief tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité, en ce que les fonctions de poursuite et de jugement sont confondues, au sein de la Commission bancaire, la Cour européenne des droits de l'homme conclut, au terme d'une analyse concrète des dispositions et de la procédure suivie, que « la société requérante pouvait raisonnablement avoir l'impression que ce sont les mêmes personnes qui l'ont poursuivie et jugée », ce qui est contraire à l'article 6².

Or, cet arrêt a été perçu comme la confirmation des anticipations des juges nationaux quant à la portée de l'article 6, ainsi que comme la condamnation du manque d'ardeur du Conseil d'État en ce sens³. C'est pourtant bien la « nature mixte »⁴ de cette autorité, parfois

¹ L'article 48 de la loi bancaire de 1984 dispose en effet expressément que « lorsque la Commission bancaire statue en application des articles 44, 45 et 46, elle est une juridiction administrative » (Loi n° 84-46 du 24 janv. 1984 relative à l'activité et au contrôle des opérations de crédit, *JORF* du 25 janv. 1984, p. 390). La loi reprend en cela la jurisprudence administrative, qui avait considéré que la Commission de contrôle des banques instaurée par la loi du 13 juin 1941 constituait une juridiction, lorsqu'elle prononce des sanctions (CE Ass., 31 mars 1950, *Dame Slaiher, Lebon* p. 209).

² CEDH, 11 juin 2009, *Dubus c/ France*, n° 5242/04, § 60 et s. : *AJDA*, 2009, p. 1936, chron. FLAUS ; *D.*, 2009, p. 2247, note COURET ; *AJ pénal*, 2009, p. 354, note LASSERRE-CAPDEVILLE.

³ V. en ce sens : A. COURET, « La Commission bancaire à l'épreuve de l'article 6, § 1 de la Convention EDH », *D.*, 2009, p. 2247.

⁴ « Nature mixte » qui, selon Martine Lombard, « explique, sans nécessairement les justifier, une partie des difficultés qui ont pu se rencontrer », à propos de la portée de l'article 6 (M. LOMBARD, « Cumul du pouvoir réglementaire et du pouvoir sanctionnateur », *Dr. adm.*, 2003, comm. 233).

relevée¹, qui a conduit à une condamnation de la procédure de sanction suivie devant celle-ci ; la Commission bancaire ne rentre pas, à ce titre, dans le « modèle »² de la régulation. L'ouverture de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité a permis au Conseil constitutionnel d'être saisi de la question de la conformité des dispositions régissant le pouvoir de sanction de la Commission bancaire au principe d'impartialité des juridictions, sur renvoi du Conseil d'État³, après que ce dernier a explicitement intégré la jurisprudence européenne⁴. Le Conseil constitutionnel a alors logiquement considéré, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration, que « les dispositions contestées, en organisant la Commission bancaire sans séparer en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les fonctions de jugement de ces mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanction disciplinaire, méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions et, par suite, doivent être déclarées contraires à la Constitution »⁵. Cette solution est parfaitement logique dès lors qu'elle se fonde sur la particularité organique de la Commission bancaire. Toutefois, le commentaire officiel montre que ce n'est pas cette particularité organique qui a conduit à cette solution, puisqu'il y est indiqué que « même si le Conseil constitutionnel ne l'avait pas encore, jusqu'à présent, expressément jugé, il ne faisait pas de doute que la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'imposait aux autorités administratives indépendantes »⁶.

Dès lors, ce qui constitue un véritable glissement, intervenu peu de temps après, « ne surprend pas »⁷. Glissement, dans la mesure où les principes d'indépendance et d'impartialité, jusque-là « indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles », deviennent « indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative

¹ V. notamment G. ECKERT, « Les autorités de régulation et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : quelle cohérence ? », *Rev. de droit banc. et fin.*, 2010, dossier 18.

² M. BAZEX, « Vers la reconnaissance d'un "Droit public du marché" ? », *Dr. adm.*, 2010, comm. 32.

³ CE, 23 sept. 2011, *Banque populaire Côte d'Azur*, n° 336839, inédit.

⁴ CE, 8 nov. 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*, n° 329384, inédit : *Bull. Joly Bourse*, 2011, p. 76, concl. COLLIN, note CRÉDOT & SAMIN.

⁵ Cons. const., décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur*, *JORF* du 3 décembre 2011, p. 20496, consid. 8 : *JCP E*, 2012, 1034, note PACLOT ; *AJDA*, 2012, p. 578, chron. LOMBARD, NICINSKI & GLASER ; *Constitutions*, 2012, p. 337, obs. LE BOT ; *Bull. Joly Bourse*, 2012, p. 55, note LASSERRE-CAPDEVILLE.

⁶ Conseil constitutionnel, « Commentaire de la décision n° 2011-200 QPC » (disponible sur le site du Conseil constitutionnel).

⁷ F. MARTUCCI, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation... », *art. préc.*, p. 35.

indépendante », par une décision de 2012, relative à l'exercice du pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence¹. Le Conseil constitutionnel procède alors à un ajout au considérant de principe régissant le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes, de manière « étonnante »².

Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant de caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789.³

La portée de ce revirement est importante, eu égard aux effets qui s'attachent à l'office du juge de la constitutionnalité de la loi. Elle conduit à une assimilation plus poussée encore des autorités administratives indépendantes à des juridictions, dans l'exercice de leur pouvoir de sanction⁴. Il illustre une fois de plus la tendance à la « juridictionnalisation »⁵ du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes, à tel point qu'après ce revirement, certains auteurs se sont demandé si ce mouvement vers la juridiction n'était pas achevé⁶.

B. *Des implications constitutionnelles au champ limité*

Le 5 juillet 2013, dans une affaire mettant en cause l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, le Conseil constitutionnel est saisi de la constitutionnalité des dispositions du Code des postes et des communications électroniques régissant son pouvoir de sanction. Le juge considère que ces dispositions, « qui n'assurent pas

¹ Cons. const., décision n° 2012-280 QPC du 12 oct. 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre*, JORF du 13 oct. 2012, p. 16031, consid. 19 : *Dr. adm.*, 2012, comm. 94, note BAZEX ; *RFDA*, 2013, p. 141, chron. ROBLOT-TROIZIER ; *RJEP*, 2013, comm. 2, note GENEVOIS.

² P. IDOUX, « Régulation et procédure... », *art. préc.*, p. 126.

³ *Ibid.*, consid. 16. À comparer avec la dernière formulation avant ce revirement : Cons. const., décision n° 2009-580, *précitée*, consid. 14.

⁴ Assimilation relayée par certains auteurs, qui n'hésitent pas à étudier ces organismes comme des juridictions (v. par ex. C. PICHERAL « L'indépendance et l'impartialité des juridictions spécialisées », *RFDA*, 2012, p. 636 ; H. MOUANNÈS, « L'impartialité juridictionnelle dans le viseur de la QPC », *Constitutions*, 2012, p. 273).

⁵ D. ROUSSEAU, « La juridictionnalisation continue des AAI », *RLC*, n° 34, 2013, n° 2240.

⁶ V. en ce sens F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, p. 113.

la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité¹, et en prononce l'inconstitutionnalité. Le Conseil constitutionnel donne ainsi la mesure des changements impliqués par le revirement jurisprudentiel de 2012. On peut déjà relever que le glissement jurisprudentiel est également sémantique, puisque l'Autorité de régulation est investie de « fonctions de jugement », selon cette décision. De plus, le revirement opéré par la décision *Canal Plus* constitue, pour le Conseil, un « changement de circonstance de droit, justifiant, en l'espèce, le réexamen des dispositions »².

Cette solution implique, pour le législateur, la nécessité de tenir compte du principe d'impartialité, dans la dévolution d'un pouvoir de sanction administrative à une autorité administrative indépendante. L'office du juge constitutionnel, dont le contrôle est « marqué par l'objectivité »³ et par l'abstraction⁴, tout comme l'effet qui s'attache à ses décisions, impliquent un départ complet des circonstances, contrairement à celui du juge ordinaire ou du juge européen⁵. Il n'est nullement question de se demander, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, si le requérant a bénéficié d'un procès équitable, ou, à l'instar du juge administratif, si les circonstances permettaient de douter objectivement de l'impartialité du décideur – doutes qui pourraient être levés, malgré la confusion des fonctions, par l'abstention des personnes ayant participé à la fonction de poursuite des manquements. C'est pourquoi il est malaisé de parler de « casuistique »⁶, ou encore d'appréciation « *in concreto* »⁷. Il semble

¹ Cons. const., décision n° 2013-331 QPC du 5 juill. 2013, *Société Numéricâble SAS et autre*, JORF du 7 juill. 2013, p. 11356, consid. 12 : AJDA, 2013, p. 1953, chron. LOMBARD ; RFDA, 2013, p. 1255, chron. ROBLOT-TROIZIER & TUSSEAU ; Constitutions, 2013, p. 437, obs. LE BOT : RLC, n° 37, 2013, p. 86, note IDOUX.

² *Ibid.*, consid. 8.

³ M. VERPEAUX, « Le Conseil constitutionnel juge de la question prioritaire de constitutionnalité », AJDA, 2010, p. 88. Sur ces caractéristiques du contentieux constitutionnel, v. C. GREWE, « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe », *Droits*, n° 9, 1989, p. 131.

⁴ Pour Julien Bonnet, « dans la conduite de ses deux offices, le Conseil constitutionnel fait preuve d'une continuité en privilégiant une approche plutôt abstraite et objective » (J. BONNET, « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, n° 40, 2013, p. 105).

⁵ Si certains auteurs ont pu considérer que l'introduction de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité allait permettre un contrôle « concret » de la constitutionnalité de la loi, il n'en demeure pas moins que le contrôle « n'est pas pour autant un contrôle de l'application de la loi tel qu'il peut être pratiqué par le juge ordinaire », car il « reste un contrôle de la loi », comportant de ce fait, une part d'abstraction (M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, n° 38, 2013, p. 216).

⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.*, 2013, p. 28, spéc. p. 32.

⁷ F. MARTUCCI, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation... », *art. préc.*, p. 41.

plus pertinent de souligner les « effets très rigoureux »¹ de la jurisprudence constitutionnelle, dans la mesure où le juge constitutionnel ne prend pas en compte la position de l'agent dans la procédure soumise à son examen, mais celle, plus abstraite, de tout agent intervenant dans la procédure, en vertu des dispositions législatives dont il examine la constitutionnalité. La question, des mots mêmes du Conseil, est de s'assurer de l'existence de « garanties légales »² suffisantes pour la protection du principe d'impartialité. S'opère une objectivation complète du principe d'impartialité, dont les implications sont véritablement constitutionnelles, au risque d'une certaine « radicalisation »³.

Le Conseil constitutionnel opère cependant la même disjonction organique que le juge administratif, au sein d'un domaine jusque-là régi par le critère matériel de la nature de la sanction, conditionnant la portée de l'évolution jurisprudentielle à l'existence préalable de la particularité organique de l'autorité : son indépendance. À nouveau, l'impartialité découle de l'indépendance de l'organe, en vertu du même hiatus, éprouvé par la jurisprudence administrative. On ne saurait alors affirmer que « ces décisions témoignent de ce que le principe d'impartialité transcende la distinction entre autorité administrative et juridiction : dès lors qu'une institution exerce une fonction juridictionnelle et quel que soit son statut, elle est soumise au respect de l'exigence d'impartialité »⁴. À ce constat doit en effet s'ajouter que l'institution dont il est question doit être indépendante. Car les principes d'indépendance et d'impartialité n'ont de sens et ne trouvent à s'appliquer qu'aux autorités administratives indépendantes, dans l'exercice de leur pouvoir de sanction. La jurisprudence constitutionnelle reconnaît certes l'« irréductible spécificité de la phase de sanction »⁵, mais elle n'en exige la garantie de son impartialité que lorsqu'une autorité indépendante est compétente pour infliger la sanction.

Exiger d'une autorité administrative classique qu'elle soit indépendante et impartiale lorsqu'elle inflige des sanctions aurait en effet des « conséquences redoutables »⁶. Le Conseil

¹ G. ECKERT, « Le principe constitutionnel d'impartialité... », *art. préc.*, p. 689.

² Cons. const. décision n° 2012-280 QPC, *préc.*, consid. 19.

³ C. PICHERAL, « L'indépendance et l'impartialité des juridictions spécialisées », *art. préc.*, p. 638.

⁴ A. ROBLLOT-TROIZIER & G. TUSSEAU, « Chronique de jurisprudence », *RFDA*, 2013, p. 141.

⁵ F. BRUNET, « De la procédure au procès... », *art. préc.*, p. 113.

⁶ Déjà relevées par Michel Degoffe, à propos de l'impartialité découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : « Admettre l'application de l'article 6 de la Convention européenne à tous les stades de la procédure entraînerait des conséquences redoutables. Que signifierait l'exigence d'impartialité appliquée à une autorité administrative ? » (M. DEGOFFE, « L'ambiguïté de la sanction administrative », *art. préc.*, p. 27).

constitutionnel se garde de les tirer : examinant la constitutionnalité d'une sanction ayant le caractère d'une punition prononcée par l'autorité administrative hiérarchique, il appauvrit son considérant de principe en retranchant les spécificités liées à l'indépendance de l'autorité compétente, pour revenir à sa formulation antérieure à 2012¹. Le revirement opéré en 2012 ne prohibe aucunement l'exercice d'un pouvoir de sanction par une autorité administrative classique, mais introduit seulement un « fossé paradoxal »² des garanties constitutionnelles, applicables en fonction de l'autorité compétente. S'il est « difficile d'admettre que le champ d'application du principe constitutionnel d'impartialité dépende des choix organisationnels faits par le législateur »³, c'est pourtant la voie qu'a choisie le juge constitutionnel, à l'instar des juges ordinaires. Ce choix teinte d'une certaine ironie l'affirmation du commentaire officiel de la décision *Canal Plus* selon laquelle « la protection constitutionnelle dont jouissent les opérateurs soumis au contrôle d'une AAI ne peut varier en fonction du choix opéré par le législateur de qualifier ou non cette institution de juridiction lorsqu'elle exerce un pouvoir de sanction »⁴. L'applicabilité de la garantie de l'impartialité de l'organe de sanction dépend alors du choix d'opportunité du législateur d'opter pour une autorité indépendante. Ainsi, « force est (...) de prendre acte de la naissance d'un droit constitutionnel répressif spécifique aux autorités administratives indépendantes, à contrecourant de l'harmonisation de la matière répressive qui semblait jusqu'ici prévaloir par-delà les frontières organiques »⁵. Le droit au recours juridictionnel effectif, qui est pourtant un droit constitutionnel⁶, et qui, à ce titre, aurait pu permettre à la juridiction constitutionnelle de développer un raisonnement proche de celui du juge de Strasbourg, n'a jamais permis, dans la jurisprudence

¹ Cons. const., décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, *JORF* du 18 mars 2014, p. 5450, consid. 67 : *RTD com.*, 2014, p. 163, note LEGEAIS ; *Dr. pénal*, 2014, comm. 93, note ROBERT. V. également Cons. const., décision n° 2013-341 QPC du 17 sept. 2013, *M. Smain Q. et autre*, *JORF* du 1^{er} oct. 2013, p. 16304, consid. 10 : *AJDA*, 2013, p. 2437, note ACH ; *Constitutions*, 2013, p. 599, note LE BOT. On notera qu'à l'inverse, le Conseil constitutionnel applique le principe constitutionnel d'impartialité à une autorité qui n'est pas expressément qualifiée d'autorité administrative indépendante, la Commission nationale des sanctions, dès lors qu'il peut la qualifier lui-même d'« autorité administrative dotée d'un pouvoir de sanction, qui n'est pas soumise au pouvoir hiérarchique d'un ministre » (Cons. const., décision n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017, *Société Barnes et autres*, *JORF* du 11 mai 2017, texte n° 85).

² P. IDOUX, « Un an de droit de la procédure administrative », *Dr. adm.*, 2014, chron. 6.

³ G. ECKERT, « Le principe constitutionnel d'impartialité... », *art. préc.*, p. 693.

⁴ Conseil constitutionnel, « Commentaire de la décision n° 2012-280 QPC », disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

⁵ P. IDOUX, « Régulation et procédure... », *art. préc.*, p. 126.

⁶ Cons. const., décision n° 99-422 DC, *précitée*, consid. 64 : le Conseil constitutionnel fait découler « le droit à un recours juridictionnel effectif » de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

constitutionnelle, de tempérer l'encadrement de l'exercice du pouvoir de sanction par les autorités administratives indépendantes.

Le Conseil constitutionnel consomme ainsi la rupture entre les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme – telles qu'interprétées par la Cour – et celles imposées par les juges ordinaires, désormais constitutionnalisées dans des termes proches. La rupture est d'autant plus accusée que, suite à la décision *Canal Plus* du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État semble mettre fin à la seule réserve qui le rapprochait de l'esprit de la jurisprudence européenne, consistant en ce que « compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux (...), la circonstance que la procédure suivie (...) ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6-1 (...) n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable »¹.

Ainsi, l'emprise du principe constitutionnel d'impartialité se révèle de faible portée, dans la mesure où celui-ci est confiné dans un champ étroit de l'activité administrative et opposable aux seules autorités qui jouissent d'une indépendance organique. Cela est peu surprenant au regard du contenu de la garantie de l'impartialité de l'Administration, toujours proche des circonstances particulières à chaque procédure de décision. Ce constat n'est que faiblement remis en question dans les systèmes juridiques où la garantie de l'impartialité de l'Administration est expressément inscrite dans la Constitution². L'impartialité étant « subjective par nature »³, son objectivation, certes favorisée par sa constitutionnalisation, est nécessairement limitée.

¹ Issue de l'arrêt *Didier*, cette réserve avait été réaffirmée à maintes reprises pour tempérer les exigences du procès équitable devant les autorités administratives indépendantes (v. notamment CE, 22 nov. 2000, *Crédit agricole Indosuez Cheuvreux*, n° 207697, *Lebon* p. 537 : *AJDA*, 2000, p. 997, chron. GUYOMAR et COLLIN ; *CJEG*, 2001, p.68, concl. SEBAN ; *JCP*, 2000, 10531, note SALOMON ; CE, 22 déc. 2011, *Société mutualiste des étudiants de la région parisienne*, n° 323613, inédit).

² À l'instar du système italien, dont l'article 97 de la Constitution dispose que « les services publics sont organisés suivant les dispositions de la loi, de manière à assurer le bon fonctionnement et l'impartialité de l'administration » (v., sur ce point, J. FOUGEROUSE, *Le statut constitutionnel de l'administration en Italie*, préf. J.-M. RAINAUD, Lille, ANRT, « Thèses à la carte », 2003, p. 107 et s.).

³ H. MOUANNÈS, « L'impartialité juridictionnelle dans le viseur de la QPC », *art. préc.*, p. 273. Pour l'auteur, le Conseil constitutionnel, contrairement aux juges ordinaires ou à la Cour européenne des droits de l'homme, ne peut se livrer à une « interprétation située » du principe.

CONCLUSION DU CHAPITRE

La montée en puissance du principe d'impartialité de l'Administration caractérise la période contemporaine ; elle permet au principe d'impartialité d'accéder à une objectivité et à une généralité jusque-là inconnues en droit français. Toutefois, il ne faut pas oublier les caractéristiques propres de la notion d'impartialité, qui expliquent pour beaucoup les difficultés liées à l'objectivation de la norme. Le contentieux constitutionnel en fournit un exemple typique, en ce qu'il ne constitutionnalise qu'une partie très marginale de la garantie de l'impartialité de l'Administration, à l'instar du travail entrepris par le juge ordinaire, sur le fondement du droit au procès équitable. Partant, la cohérence du contenu et de la valeur du principe peut sembler mise à mal, bien qu'elle puisse trouver une explication rationnelle.

Ce phénomène de montée en puissance présente un caractère essentiellement politique, en ce qu'il résulte d'une prise en compte plus consciente du législateur des enjeux liés à la garantie de l'impartialité apparente de l'Administration. Mais son aspect juridique est également indéniable, dans la mesure où plusieurs normes supra-législatives obligent le législateur à instituer la garantie objective de l'impartialité de l'Administration, selon une logique institutionnelle dont les effets sont autrement plus larges qu'à l'époque où l'impartialité était seulement dotée d'une dimension déontologique.

La garantie institutionnelle de l'impartialité de l'Administration est, assez logiquement, liée à des considérations fonctionnelles : c'est le cumul de certaines fonctions par l'Administration – celles d'opérateur et de régulateur, ou celles d'autorité chargée des poursuites et de sanction – qui heurte le principe d'impartialité. Cela contribue à une régénération du principe d'impartialité, qui va désormais largement au-delà de la dimension personnelle de l'exercice de la fonction administrative. Il est alors plus aisé de discuter de l'impartialité de l'Administration à proprement parler, que de l'impartialité des agents participant à la fonction administrative. C'est aussi toute l'ambiguïté du principe qui se révèle ainsi.

Conclusion du titre second

La révélation du contenu et de la valeur des règles attachées au principe d'impartialité de l'Administration est déterminante pour la compréhension de la signification du principe, en droit administratif. Cette étape aboutit à un constat tout en nuances : quant au contenu du principe, d'abord, variable et tributaire de la volonté des organes du droit aptes à le déterminer ; quant à sa place différenciée dans la hiérarchie des normes, ensuite, mettant en lumière une véritable complexité liée à la pluralité des systèmes juridiques dont le dialogue n'est pas toujours cohérent.

Le noyau dur du principe est, historiquement et logiquement, lié à la personnalité des agents assumant la fonction administrative, modélisée par leurs intérêts personnels. L'attention à ce problème est redoublée avec l'avènement du « moment déontologique »¹, qui conquiert l'ensemble des pouvoirs publics. Mais, même à un stade personnel, le principe d'impartialité peut inclure une dimension fonctionnelle, comme le révèle l'évolution de la jurisprudence administrative, qui procède ainsi à un véritable enrichissement du principe. Cette logique se double d'un aspect institutionnel, caractéristique de la période contemporaine, qui conduit à une refonte de l'organisation administrative, par un enrichissement du principe d'impartialité, particulièrement révélateur de sa signification dans la société actuelle.

L'aspect fonctionnel de la garantie de l'impartialité de l'Administration, en ce qu'elle est plus abstraite et donc moins située, est plus propice à son objectivation et, partant, à l'amélioration de sa position dans la hiérarchie des normes. Elle conduit toutefois à une présomption irréfragable de partialité de l'Administration – et donc de tout administrateur, fût-il personnellement impartial –, d'où la nécessité de ne pas en exagérer la portée. L'exigence qui s'attache à la sauvegarde de l'apparence d'impartialité doit, *in fine*, se concilier avec l'efficacité de l'action administrative.

¹ Selon l'expression de Jean-Marc Sauvé, reprise par Ferdinand Mélin-Soucramanien, déontologue de l'Assemblée nationale, dans son rapport public de 2015 (F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Les progrès de la déontologie à l'Assemblée nationale*, 2015, p. 7).

Conclusion de la première partie

Au terme de cette première partie, la signification du principe d'impartialité s'esquisse, pour en révéler son essence. L'étude du principe sur le temps long, à l'aide d'un cadre théorique dont les enjeux apparaissent clairement, permet de saisir la signification profonde du principe d'impartialité de l'Administration. La dimension purement humaine du phénomène juridique et, partant, de la fonction administrative, une fois identifiée, permet de saisir le sens du principe d'impartialité, appliqué aux agents de l'Administration, dans l'accomplissement d'une tâche toujours plus importante et plus discrétionnaire. Les particularités de la notion, qui porte entièrement sur le for intérieur de l'individu chargé de participer à la décision administrative, est à l'origine de l'autonomie du principe d'impartialité, de par la nécessité de le faire obéir à un régime juridique propre, purement procédural. Émerge alors la garantie objective de l'impartialité de l'Administration, qui peut recouvrir l'ensemble des circonstances créant un doute sur l'impartialité de l'Administration, pour autant que la nécessité de dissiper ce doute apparaisse suffisamment clairement.

Ainsi, la puissante dichotomie entre l'intérêt général et les intérêts particuliers offre une première raison de garantir l'impartialité de l'Administration, face à l'interférence des intérêts personnels des organes administratifs. Cette nécessité, au demeurant fort ancienne, s'instaure progressivement en droit administratif, par un phénomène de maturation du principe d'impartialité, fortement ancré dans le droit de la procédure administrative, et qui prend toute sa mesure grâce à l'interprétation qu'en donne le juge de l'Administration. La remise en question du système administratif dans son ensemble, dans une période plus récente, appelle cependant à pallier les insuffisances de cette première garantie de l'impartialité. On assiste alors à l'émergence d'une garantie d'une autre nature, fonctionnelle, qui se greffe au principe traditionnel d'impartialité. L'inscription de la déontologie administrative sur l'agenda politique permet de renouveler la question, qui prend désormais les atours de la lutte contre les conflits d'intérêts, pour surmonter les obstacles auxquels était confronté le principe jurisprudentiel d'impartialité – le principe d'indisponibilité des compétences, notamment. Les nécessités politiques et juridiques pesant sur le législateur l'invitent également à revisiter l'organisation même de l'Administration, de manière à en garantir l'impartialité de manière plus visible, dans une logique institutionnelle toujours plus

importante. Toutefois, la mesure est de mise, car on comprend aisément que « l'organisation de la défiance mine le présupposé d'une confiance »¹.

Cependant, une étude complète du principe ne saurait se passer de l'analyse minutieuse de sa mise en œuvre concrète en droit administratif, au demeurant fort diversifiée : elle seule permet de saisir l'essence de la réaction juridique du principe, qui permet alors une compréhension complète des enjeux qui lui sont attachés. À cet égard, l'impartialité objective étant fondée sur les apparences, le système juridique ne saurait leur accorder qu'une importance proportionnée à la nécessité de sauvegarder la confiance des administrés. S'ensuit une mise en œuvre nuancée du principe d'impartialité, visant à ne pas céder à la « tyrannie des apparences », dans un système où les juristes « pensent encore que la réalité des choses importe plus que les apparences, et que les apparences sont souvent trompeuses, ce qui est encore plus grave »².

¹ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie*, *op. cit.*, p. 257.

² M. GENTOT, « Débat », *LPA*, 3 juin 2002, p. 70.

Deuxième partie

La mise en œuvre du principe d'impartialité de l'Administration au travers d'un système présomptif

« La prééminence de l'apparence peut être discutée en ce qu'elle modifie le sens même et l'importance que l'on donne au droit et au système normatif dans la régulation sociale. »¹ Ce constat est une des clefs de la compréhension de la mise en œuvre du principe d'impartialité de l'Administration. Celle-ci est en effet susceptible d'être remise en cause de manière systématique, voire automatique, ne serait-ce que pour l'intérêt que présente le moyen, à l'appui d'un recours contentieux contre un acte administratif. Pourtant, il faut garder à l'esprit qu' « il n'est pas d'institution qui rende la partialité (...) impossible »². Loin de décourager le système juridique à imaginer une garantie objective de l'impartialité de l'Administration, cette réalité invite au contraire à imaginer des solutions nuancées. Il apparaît alors nécessaire, pour le juge comme pour le législateur, de prévoir ou de garantir un équilibre satisfaisant entre, d'une part, la sauvegarde de la confiance des administrés et, d'autre part, l'effectivité des missions assumées par l'Administration, qui pourrait être fortement réduite si l'emprise du principe devenait trop importante. L'exercice pourrait relever de la gageure, dans la mesure où il « consiste à traduire des exigences subjectives en normes objectives »³.

C'est alors autour de la preuve de la violation du principe que va se cristalliser la mise en œuvre du principe d'impartialité de l'Administration. Cette « rançon des droits »⁴ qu'est la preuve peut alors avoir un montant variable, en fonction des circonstances. Elle fait apparaître un système présomptif très complexe, lié à l'intensité du risque de partialité de l'Administration. Par ce système présomptif, l'ordre juridique organise une véritable gestion du risque de partialité, en faisant peser sur l'Administration tantôt une présomption d'impartialité, tantôt une présomption de partialité.

¹ S. GANDREAU, *art. préc.*, p. 347.

² JHERING, *L'évolution du droit, op. cit.*, p. 264.

³ J.-B. AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », *art. préc.*

⁴ JHERING, *L'esprit du droit romain...*, t. IV, *op. cit.*, p. 200.

« Présumer, au sens le plus large du mot, c'est poser d'avance comme vrai dans tous les cas ce qui est peut-être vrai d'une manière générale, mais qui, en chaque cas particulier, n'est que probable ou même, parfois, simplement possible. »¹ Les présomptions sont classiquement définies comme « des conséquences qu'on tire d'un fait connu, pour servir à connaître la vérité d'un fait incertain, dont on cherche la preuve »². Il est de l'essence même du principe d'impartialité de reposer sur un système présomptif, puisque le fait dont on cherche la preuve – la partialité de l'agent de l'Administration – présente tous les caractères de l'incertitude, eu égard à la réalité recouverte par la notion d'impartialité³ : « les faits dont il s'agit offrent matière à doute »⁴. C'est alors du risque de partialité que l'on tire une conséquence présumée, à savoir la violation du principe d'impartialité⁵. Un risque de partialité dans le chef de l'Administration peut en effet tenir « pour assuré ce qui est tout au plus probable »⁶, c'est-à-dire la méconnaissance du principe d'impartialité. Il apparaît alors que, dès lors qu'il est question de l'impartialité de l'Administration, diverses présomptions pèsent sur cette dernière, qui constituent les « conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu »⁷. Le recours à la présomption apparaît en effet comme le seul moyen de « transformer les doutes en vérités, les hésitations en certitudes »⁸.

Ce système présomptif présente une certaine complexité, dans la mesure où la preuve, en contentieux administratif, est relativement peu réglementée. Partant, la présomption peut

¹ J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Paris, Sirey, 1935, p. 235.

² DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Paris, Savoye, 1767, Livre III, Titre VI, sect. IV, p. 255.

³ Jean-François Cesaro l'a parfaitement remarqué, en droit judiciaire privé, lorsqu'il affirme que « le mécanisme même de l'impartialité objective est celui des présomptions. De certains faits connus, (...) l'on se prononce sur le fait inconnu, l'impartialité. Lorsque rien ne vient expressément prouver que le juge est effectivement partial mais qu'il existe un risque qu'il le soit, la jurisprudence décide de présumer la partialité » (CESARO, *op. cit.*, p. 50).

⁴ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, p. 273. Gény précise plus loin qu'il s'agit de faits « qu'il est véritablement impossible de saisir dans leur matérialité précise et qu'il est pourtant indispensable de fixer » (*ibid.*, p. 288).

⁵ Pour reprendre la définition de la présomption formulée par Pothier : « On peut définir la présomption, un jugement que la loi ou l'homme porte sur la vérité d'une chose, par conséquence tirée d'une autre chose » (POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, Thomine & Fortic, 1821 ; réimpr. Dalloz, 2011, préf. J.-L. HALPÉRIN, n° 840, p. 408).

⁶ GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, p. 265. Jean Dabin ajoute que « la justification de la preuve par présomptions » réside dans ce que « les faits sont rarement singuliers ; ils sont soumis à des lois de constance relative autorisant la prévision » (DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, *op. cit.*, p. 237).

⁷ Code civil, art. 1349 (avant sa réforme par l'ordonnance n° 2016-131 du février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* du 11 févr. 2016, texte n° 26).

⁸ GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, p. 266.

être posée par le législateur, mais également par le juge ou l'autorité réglementaire¹. La présentation de la mise en œuvre du principe d'impartialité au travers du système présomptif qui lui est attaché permet toutefois de sortir de l'ornière creusée par les distinctions, à certains égards malaisées, entre impartialité subjective et impartialité objective, impartialité personnelle et impartialité fonctionnelle. Elle permet une lecture claire de la mise en œuvre du principe d'impartialité et des problèmes qu'elle soulève². Elle est toutefois tributaire d'une claire distinction entre ce qui relève de la partialité subjective, d'une part, et, d'autre part, ce qui relève de la garantie objective de l'impartialité de l'Administration.

Cette partie s'articulera alors autour de deux titres qui permettent de saisir la mise en œuvre, la concrétisation, du principe d'impartialité de l'Administration :

Titre premier : La présomption d'impartialité : l'Administration structurellement impartiale.

Titre second : La présomption de partialité : l'ouverture à une impartialité objective de l'Administration.

¹ François Gény rappelle, à propos de la présomption, qu' « on la rencontre, plus ou moins consciente d'elle-même, parfois nettement visible, parfois subtilement dissimulée, à la base d'un grand nombre de règles juridiques » (GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, p. 265).

² Certains auteurs ou Commissaires du gouvernement, rares au demeurant, abordent la mise en œuvre du principe d'impartialité au travers d'un système de présomption, ce qui permet une compréhension complète de la distinction entre impartialité subjective et impartialité objective (v., entre autres, R. SCHWARTZ, « Question de l'indépendance et de l'impartialité de la juridiction du contentieux technique de la sécurité sociale », *AJDA*, 1998, p. 445 ; C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, « Manuel », 2016, 4^e éd., p. 200 et s.).

Titre premier

La présomption d'impartialité : l'Administration structurellement impartiale

Il est fréquent de lire que « la partialité ne se présume pas »¹. Cette affirmation doit s'entendre de la partialité subjective, conçue comme un manquement à l'impartialité qui doit être prouvé. Il apparaît alors que l'Administration bénéficie d'une présomption d'impartialité, tant que le principe d'impartialité est réduit à sa dimension subjective. À l'inverse, toute démarche objective conduit à faire peser une présomption contraire sur l'Administration. La mise en œuvre du principe d'impartialité de l'Administration dépend donc de la présomption qui pèse sur celle-ci.

Il apparaît alors nécessaire de déterminer l'étendue de la présomption d'impartialité dont jouit l'Administration dans l'accomplissement de ses missions (chapitre I). Toutefois, il apparaît que la présomption est simple, dans la mesure où elle peut être renversée par la preuve du contraire. C'est ainsi que le principe d'impartialité trouve toujours sa satisfaction dans la sanction de toute forme de partialité avérée de l'Administration (chapitre II).

¹ C. VIGOUROUX, *op. cit.*, p. 158 ; J.-C. HÉLIN & R. HOSTIOU, *Traité de droit des enquêtes publiques*, Paris, Le Moniteur, « Référence juridique », 2014, 2^e éd., p. 134.

CHAPITRE I

L'ÉTENDUE DE LA PRÉSOMPTION D'IMPARTIALITÉ DE L'ADMINISTRATION

À l'instar de la faute lourde, on peut dire que l'histoire de la présomption d'impartialité « est celle de son recul »¹, à mesure que des présomptions inverses sont posées par divers jurislatoeurs. Ce parallèle ne doit toutefois pas tromper : il reste de principe que l'Administration est présumée impartiale ; seulement, l'évolution générale du droit administratif contemporain montre que des présomptions inverses sont posées, par divers moyens, contribuant ainsi à un recul du champ de la présomption d'impartialité. Il est alors important de déterminer l'étendue de cette présomption d'impartialité dont bénéficie l'Administration, car elle apparaît comme la situation originelle, celle dans laquelle l'impartialité se présume, jusqu'à preuve du contraire.

L'exercice apparaît particulièrement délicat, dans la mesure où la présomption d'impartialité apparaît « en négatif », puisqu'elle naît de ce qu'aucune présomption inverse n'a été posée. L'étude des sources de la présomption d'impartialité est alors riche en enseignements, car elle illustre le fonctionnement de cette dernière, ainsi que les mécanismes de la mise en œuvre du principe, en droit administratif. Il semble que la présomption d'impartialité découle en premier lieu de la loi, pour diverses raisons (section 1). Cependant, une étude plus minutieuse montre qu'elle découle également de la jurisprudence, au stade de l'application du principe, par des procédés très variés (section 2).

Section 1 : L'effet de l'absence d'une garantie législative de l'impartialité apparente de l'Administration

Du peu d'attention portée par le législateur à la garantie de l'impartialité de l'Administration découle un système administratif dans lequel il apparaît longtemps impossible de faire peser une quelconque présomption de partialité sur l'agent de l'Administration. D'où l'émergence, en négatif, d'une présomption inverse.

C'est alors du principe de l'indisponibilité des compétences que semble principalement découler la présomption d'impartialité de l'Administration (I). Il faut toutefois

¹ CHAPUS, *op. cit.*, p. 1304.

ajouter que la présomption d'impartialité est renforcée par la position traditionnelle de l'Administration vis-à-vis des intérêts privés, qui semble longtemps à même de garantir implicitement l'impartialité de l'Administration (II).

I. L'indisponibilité de la compétence ou l'impossibilité de faire valoir la partialité d'un agent

Le principe d'indisponibilité des compétences oppose un obstacle aussi décisif qu'implicite à l'émergence d'une présomption de partialité. C'est alors une présomption inverse qui prévaut, de manière logique (A). Cependant, cet obstacle disparaît lorsque les effets du principe d'indisponibilité des compétences ne sont pas aussi rigoureux, notamment dans le cadre de la collégialité (B).

A. La dimension logique de la présomption d'impartialité

« Le procédé véritablement efficace, pour garantir l'impartialité de la procédure est d'en écarter préalablement l'autorité suspectée de partialité. »¹ Théoriquement, la garantie objective de l'impartialité de l'Administration trouve sa satisfaction dans la mise à l'écart de la personne dont l'impartialité est sujette à caution, son abstention de toute participation à la décision administrative. Cela revient, *in fine*, à remettre en cause la compétence que cet agent reçoit de l'ordre juridique objectif. Or, une telle dépossession de la compétence d'un agent doit être prévue par la norme habilitante, en vertu du principe d'indisponibilité des compétences, maintes fois réaffirmé par le juge administratif. À défaut d'une telle norme posant une exception à l'exercice du pouvoir de prendre un acte, il est impossible de faire peser sur l'agent une quelconque présomption de partialité qui constituerait le fondement de l'annulation de l'acte qu'il a pris.

L'agent qui refuserait de prendre une décision au motif que son impartialité pourrait être mise en doute verrait en effet sa décision annulée au motif qu'il « a méconnu sa compétence »². L'abstention n'apparaît dès lors possible que lorsqu'elle ne porte pas atteinte à la répartition des compétences. C'est ainsi que les autorités unipersonnelles dont la

¹ ISAAC, *op. cit.*, p. 422.

² CE, 18 févr. 1955, *Sieur Offner, Lebon* p. 101 : l'espèce concerne une juridiction administrative spécialisée, la Chambre disciplinaire des experts-comptables, mais relève de la même logique, au regard de la compétence, dans la mesure où l'ensemble des juges avait refusé de juger l'un de ses membres.

compétence est régie par la loi sont tenues de prendre les décisions qui relèvent du champ de leur compétence, quand bien même de sérieuses réserves pourraient être opposées à leur impartialité. Dans ce cas de figure, le juge ne peut que se contenter de rechercher si l'agent a manqué à l'impartialité, ce qui pourrait servir de fondement à l'annulation de l'acte : le principe d'impartialité est alors, à proprement parler, réduit à sa dimension subjective.

C'est alors une présomption d'impartialité qui pèse sur ces agents, dans la mesure où aucun risque de partialité n'est de nature à les écarter du processus de décision. C'est dans cette mesure que l'on peut affirmer que l'impartialité de ces agents est présumée, jusqu'à preuve du contraire, cette preuve devant permettre l'établissement d'un manquement subjectif à l'impartialité. Si le moyen est rarement soulevé, eu égard à son infructuosité, son caractère inopérant est parfois rappelé par les juges, au terme d'une analyse de la répartition des compétences. Saisie d'un recours à l'encontre d'une sanction disciplinaire prononcée par un maire, par ailleurs victime des agissements constitutifs de la faute disciplinaire, la Cour administrative d'appel de Marseille a ainsi rappelé « qu'en vertu de l'article L2122-18 du code général des collectivités territoriales, le maire de la commune est la seule autorité compétente en matière disciplinaire », pour rejeter le grief tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité¹. Toute autre solution reviendrait à considérer non seulement qu'une autorité soupçonnée de partialité ne peut prendre une décision, mais également qu'aucune décision ne peut être prise, dès lors qu'un doute peut exister sur l'impartialité de l'organe unipersonnel, dans la mesure où aucun renvoi à une autre autorité n'est prévu par le droit positif. L'impossibilité pratique d'une telle solution apparaît ainsi nettement, en plus de son impossibilité théorique.

La présomption d'impartialité dont jouit l'Administration est alors implicite : elle ne vaut que tant que le système juridique n'a pas posé une présomption inverse. Si la présomption d'impartialité est déduite de la répartition des compétences organisée par le législateur, elle apparaît comme une limite logique à la présomption de partialité, dans la mesure où le principe d'indisponibilité des compétences lui oppose un obstacle déterminant. Elle limite alors le principe d'impartialité quant à son champ d'application : d'origine jurisprudentielle et de valeur législative, son application par le juge ne peut le conduire à remettre en cause les dispositions expresses d'une loi. Le caractère supplétif des principes généraux apparaît ainsi explicitement. La récusation ou le grief consistant à prétendre que la personne suspectée de partialité aurait dû s'abstenir est donc « par définition, impossible pour

¹ CAA Marseille, 6 juillet 2004, *M. M.*, n° 00MA01932, inédit : *AJFP*, 2004, p. 322.

les organes unipersonnels »¹. On comprend dès lors qu'il serait abusif d'affirmer que le principe d'impartialité ne trouve à s'appliquer qu'aux organismes collégiaux, ce que le Conseil d'État se garde de faire lorsqu'il considère que « le principe d'impartialité (...) garantit aux administrés que toute autorité administrative, individuelle ou collégiale, est tenue de traiter leurs affaires sans préjugés ni partis pris »². Toutefois, les effets de l'application du principe diffèrent selon la nature de l'autorité en cause, dans la mesure où l'appréhension objective de l'impartialité d'une autorité unipersonnelle est rendue impossible par le principe d'indisponibilité des compétences.

Dans cette optique, il apparaît que les autorités unipersonnelles dont la compétence est définie par la loi jouissent d'une présomption d'impartialité, tant que le législateur n'a pas posé de présomption inverse. De même qu'un agent ne saurait se dessaisir de sa compétence, quand bien même son impartialité serait sujette à caution, sous peine de voir son acte entaché d'incompétence, le juge de l'Administration ne peut considérer qu'un acte est irrégulier au motif de la partialité alléguée de son auteur, s'il résulte de la répartition des compétences que cet agent est le seul compétent pour prendre l'acte. Il apparaît dès lors que toute autorité unipersonnelle à qui la loi confie le pouvoir de prendre certains actes jouit d'une présomption d'impartialité, dans cette mesure exacte. Tout grief tenant à l'impartialité objective de cette autorité est inopérant, dans la mesure où aucune autre autorité ne peut prendre l'acte en cause. C'est ainsi que les autorités unipersonnelles que sont, notamment, le ministre, le préfet, ou encore le maire, jouissent d'une présomption d'impartialité liée aux pouvoirs qu'elles reçoivent de dispositions législatives.

À l'inverse, la norme habilitante peut parfaitement aménager une réserve dans le pouvoir qu'elle confie à l'autorité unipersonnelle, pour les cas où sa partialité serait sujette à caution. Si le cas a longtemps été rare, une disposition du Code de l'urbanisme illustre parfaitement ce mécanisme, qui permet à la garantie objective de l'impartialité de l'Administration de se déployer vis-à-vis d'une autorité unipersonnelle, le maire en l'occurrence. L'article L. 422-7 du Code de l'urbanisme prévoit en effet que tout maire intéressé à la délivrance d'un permis de construire est incompétent pour le délivrer : c'est à l'organe délibérant qu'il revient de désigner l'un de ses membres pour prendre la décision. Le contentieux lié à cette disposition montre que le débat se déplace au niveau de la compétence

¹ G. DELLIS, *op. cit.*, p. 331. Pour Guy Isaac, le procédé est « plus grave et malaisé » pour les autorités unipersonnelles, dans la mesure où « c'est remettre en cause les règles de compétence, qui sont d'ordre public » (ISAAC, *op. cit.*, p. 423).

² CE, 22 févr. 2008, *Association Air pur environnement d'Hermeville et ses environs, préc.*

de l'auteur de l'acte et confirme que c'est bien le principe d'indisponibilité des compétences qui oppose un obstacle au principe d'impartialité. Ainsi, si un maire intéressé délivre le permis de construire, la décision est entachée d'incompétence¹ ; de même que la décision d'un délégué qui n'aurait pas été désigné par l'organe délibérant², ou dont la délégation ne serait pas entrée en vigueur au moment de la signature de la décision³. En dehors de cette réserve, le juge rappelle que « le maire est tenu d'exercer pleinement sa compétence »⁴ : ainsi, si la condition liée à l'intérêt du maire à la délivrance du permis se révèle inexistante, l'acte pris par le délégué est entaché d'incompétence⁵.

C'est ainsi que, sauf disposition législative expresse, certains agents bénéficient d'une présomption d'impartialité, dans la mesure où le juge ne saurait faire peser la présomption inverse, de par sa position institutionnelle. La situation est tout autre si la norme habilitante prévoit le dessaisissement de l'autorité normalement compétente. Ainsi, la mise en œuvre du principe d'impartialité de l'Administration trouve une première limite, que l'on pourrait qualifier de logique, en ce que l'inopposabilité du principe d'impartialité procède d'une simple déduction de la répartition des compétences. Certains auteurs ont remarqué qu'il est « impossible » de transposer les solutions visant « à faire renoncer le membre suspecté d'un défaut d'impartialité de participer à la prise de décision »⁶ à l'agent détenant seul un pouvoir de décision. S'ils préconisent la délégation ou le renvoi à un homologue, solutions satisfaisant effectivement au principe d'impartialité, encore faut-il que la possibilité soit ouverte par la norme déterminant la compétence de l'agent.

La situation est comparable, en droit britannique, qui oppose la même réserve à l'application du principe d'impartialité lorsqu'il est confronté à une « autorité indivisible »⁷. Si une autorité est seule désignée par la loi pour prendre un acte, « il n'y a aucun moyen

¹ CAA Paris, 29 déc. 1994, *M. Sirot*, n° 94PA00328, *Lebon T.* p. 1252 ; CE, 31 juill. 1996, *Commune de Courpalay*, n° 116500, *Lebon* p. 335.

² CE, 22 nov. 1995, *Comité d'action locale de La Chapelle-Saint-Sépulcre*, n° 95859, inédit ; CAA Bordeaux, 21 oct. 2004, *Préfet de Charente-Maritime*, n° 01BX01593, inédit.

³ CE, 25 juill. 2008, *Commune de Rougon*, n° 299951, inédit.

⁴ CE, 3 juill. 2009, *Mmes Lelin*, n° 321634, *Lebon T.* p. 992 ; *BJDU*, 2009, p. 285, concl. GEFFRAY ; *LPA*, 14 sept. 2009, note DUTRIEUX.

⁵ CE, 3 juill. 2009, *Mmes Lelin*, préc. ; CAA Nancy, 10 mars 2016, *Association Nature, aménagement réfléchi, territoire, environnement, culture sauvegardée*, n° 15NC01873, inédit.

⁶ G. EVEILLARD, « Le principe d'impartialité dans les autorités administratives collégiales », *art. préc.*

⁷ WADE & FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 10^e éd., p. 392.

d'échapper à cette responsabilité »¹, dans la mesure où l'impartialité doit céder le pas à l'efficacité de l'action administrative². Il en va de même dans l'ordre juridique canadien, où le juge considère que « lorsque l'atteinte à l'impartialité résulte d'un conflit entre diverses responsabilités dont un ministre est le seul titulaire, il n'est pas possible de sanctionner de nullité sa décision, même si elle est par ailleurs entachée d'un doute raisonnable de partialité »³. La question se pose alors de savoir si l'on assiste, comme en droit français, à une réduction du principe à sa dimension subjective, consistant en la recherche d'un manquement à l'impartialité, qui fonderait l'annulation de la décision. Certains auteurs n'hésitent pas à affirmer que le « *case of necessity* » n'excuse que les apparences de partialité, ce qui laisse ouverte la possibilité d'une annulation fondée sur la partialité subjective⁴, alors que d'autres auteurs sont plus réservés⁵. L'analyse de la jurisprudence montre que la recherche de la partialité subjective est possible, la rareté de la sanction étant liée à la difficulté à l'établir⁶.

L'obstacle lié à l'indisponibilité des compétences peut être neutralisé de manière très générale, à l'instar du droit allemand : l'article 21 de la loi de procédure administrative permet en effet d'englober tous les cas de partialité présumée, en prévoyant que « s'il existe une raison de nature à faire douter de l'exercice impartial d'une fonction ou si l'une des parties prétend qu'une telle raison existe, celui qui doit agir dans une procédure administrative pour le compte d'une autorité administrative doit en informer le chef du service ou la personne déléguée par lui et, sur son injonction, s'abstenir d'apporter son concours », tout en précisant que « si la suspicion légitime concerne le chef du service, l'injonction est donnée par l'autorité de contrôle, à moins que le chef du service ne s'abstienne lui-même d'apporter son concours ». Ainsi, tout agent, eût-il reçu un pouvoir de dispositions législatives, doit s'abstenir de toute participation à la confection d'un acte administratif, dès lors que son impartialité est sujette à caution.

¹ *Ibid.*, p. 392.

² La « mise en échec » de l'action administrative est souvent présentée comme le fondement de cette exception au principe d'impartialité (v., entre autres, WADE & FORSYTH, *op. cit.*, p. 392 ; DE SMITH, WOOLF & JOWELL, *Principles of Judicial Review*, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 439).

³ S. LAVALLÉE & D. LEMIEUX, « La multiplicité des rôles du ministre de l'Environnement s'oppose-t-elle à l'exigence d'impartialité ? », *Les Cahiers du droit*, 2003, p. 73, spéc. pp. 75-76).

⁴ DE SMITH *et al.*, *ibid.*, p. 441.

⁵ WADE & FORSYTH, *op. cit.*, p. 392.

⁶ V. notamment *Re Manchester (Ringway Airport) Compulsory Purchase Order* [1935] 153 LT 219.

Si le « problème » posé par la mise en œuvre du principe d'impartialité est « plus complexe lorsque l'autorité est collégiale »¹, c'est parce que l'obstacle tiré du principe d'indisponibilité des compétences ne peut plus être opposé à la légalité de l'acte. Alors, le principe d'impartialité peut trouver à s'appliquer dans sa dimension objective. C'est ainsi que la remise en cause de la présomption d'impartialité apparaît possible, en dehors de cette hypothèse.

B. *La remise en cause plus aisée de la présomption d'impartialité en dehors de la réserve liée à la compétence*

Si « les décisions des autorités collégiales ont des caractéristiques spécifiques qui justifient l'existence d'un régime juridique particulier »², c'est à tout le moins parce qu'elles sont le fruit de plusieurs volontés individuelles, ce qui implique une organisation du processus décisionnel, que cette organisation soit juridique ou non.

Or, le principe d'impartialité s'est développé de très bonne heure dans le cadre d'instances collégiales, à tel point que certains auteurs ont pu affirmer que son application se limitait à ces instances³. C'est en raison de ce que l'application du principe d'impartialité ne pose pas les mêmes difficultés, dès lors qu'il est question de ce type d'organisme. En effet, le fait d'exclure un agent du processus décisionnel suivi par ces organismes ne revient pas à remettre en cause les compétences, telles qu'elles sont réparties par la loi. Le Conseil d'État est explicite sur la nature de cet obstacle, lorsqu'il affirme, en 1914, que « si un chef de service ne peut siéger au conseil de discipline appelé à émettre un avis sur son cas, cette circonstance ne fait pas obstacle à la constitution dudit conseil, aucune disposition du règlement précité n'exigeant pour la validité des délibérations la présence de tous les membres, qui en font normalement partie »⁴. En d'autres termes, l'organisme en cause peut régulièrement fonctionner, même en l'absence de l'agent dont l'impartialité est sujette à caution, frappé d'un cas d'exclusion par l'arrêté déterminant sa composition ; son exclusion

¹ MOURGEON, *op. cit.*, p. 449.

² M. GENTOT, « Concl. sur CE Ass., 27 nov. 1971, Agence maritime Marseille-Fret, Compagnie générale Transatlantique et autres », *RDP*, 1971, p. 988, spéc. p. 998.

³ À ce sujet, v. ISAAC, *op. cit.*, p. 423. D'autres auteurs réduisent l'application du principe à la « fonction consultative », telle que définie par Hauriou, ce qui permet d'intégrer certains agents tels que le commissaire enquêteur, sans que cela soit théoriquement plus justifié : v. notamment R. HOSTIOU, *op. cit.*, p. 265 ; R. ODENT, « La procédure d'élaboration des actes administratifs en droit français – Rapport présenté au Colloque des Conseils d'État français et italien », 1966, p. 92, disponible en ligne – juradmin.eu/colloquia/1968/france-2.pdf

⁴ CE, 19 juin 1914, *Dufrêne, Lebon* p. 730.

du processus décisionnel est dès lors régulière. Ce n'est que dans le cas où une instance collégiale refuserait en bloc d'exercer sa compétence que l'on retomberait dans l'hypothèse précédemment évoquée de l'indisponibilité des compétences¹. Guy Isaac avait parfaitement remarqué que « l'introduction de procédés qui tendent à écarter d'une affaire un individu soupçonné de partialité est plus facile au sein des organes collégiaux », dans la mesure où « exclure certains membres d'une commission ne porte pas atteinte à la compétence de l'organe »². Le Conseil d'État rappelle par ailleurs la spécificité du fonctionnement des organismes collégiaux, lorsqu'il considère que l'impartialité de ces derniers est garantie par l'observation des « règles de déontologie qui régissent le fonctionnement de tout organisme collégial »³. Le principe d'impartialité devient alors un élément structurant du « code jurisprudentiel »⁴ développé en matière de collégialité, sans pour autant s'y réduire.

Il faut noter que le juge administratif fait montre d'un effort sensible pour neutraliser l'obstacle de l'indisponibilité des compétences, dans la période récente. Examinant la légalité d'une décision de la commission disciplinaire d'une fédération sportive infligeant une sanction à l'un de ses membres, le juge relève que les poursuites n'ont pas, contrairement aux dispositions des statuts de cette fédération, été engagées par le président de la fédération mais par le conseil fédéral. La raison est simple : le président a été victime des agissements qui ont donné lieu à la sanction. Par une lecture constructive des dispositions réglementant les compétences des divers organes de la fédération, le Conseil d'État considère que « s'il résulte de ces (...) dispositions que la décision à prendre sur l'engagement des poursuites disciplinaires relève en principe de la compétence du président de la fédération et si les statuts ne comportent aucune règle déterminant l'autorité compétente pour se prononcer sur ce point lorsque le président ne peut le faire lui-même, elles ne font toutefois pas obstacle à ce que, s'il estime en conscience devoir s'abstenir, le président laisse au conseil fédéral qui, en vertu de l'article 11 des statuts de la fédération, administre la fédération et exerce l'ensemble des

¹ V. par exemple le cas d'une juridiction administrative spécialisée qui refuse de juger l'un de ses membres, en considérant que son impartialité n'est pas entière. Le Conseil d'État annule sa décision en jugeant qu'elle a « méconnu sa compétence » (CE, 18 févr. 1955, *Sieur Offner, Lebon* p. 101).

² ISAAC, *op. cit.*, p. 423.

³ CE, 17 mai 1999, *Syndicat des avocats de France*, n° 181769, *préc.*

⁴ LETOURNEUR, « Les principes généraux de la procédure administrative non contentieuse en France », *art. préc.*, p. 253.

attributions que les statuts n'attribuent pas à l'assemblée générale, la décision d'engager des poursuites »¹. Alors, la décision de sanction n'est pas entachée d'illégalité.

De même, l'objection tirée du principe d'indisponibilité des compétences ne vaut pas pour certaines autorités unipersonnelles. En effet, les autorités non explicitement désignées par les textes peuvent se voir imposer une présomption de partialité, dans la mesure où l'annulation de l'acte à l'édiction duquel elles ont concouru ne remet pas en cause la répartition des compétences organisée par le droit écrit. C'est ainsi que l'application du principe d'impartialité à certains agents tels que le commissaire enquêteur ou tout fonctionnaire en charge d'une affaire provoque les mêmes effets que lorsqu'il est question d'un organisme collégial : il est possible d'exclure ces agents du processus de détermination de la volonté de l'Administration, dans la mesure où ils ne sont pas, à proprement parler, désignés par les textes. En effet, le commissaire enquêteur doit être désigné préalablement à l'ouverture de la procédure d'enquête publique. Dès lors, il est possible de faire peser sur la désignation de cet agent des présomptions liées à son impartialité, afin qu'aucun doute sur l'impartialité de cet agent ne puisse subsister.

On assiste alors à la neutralisation de l'obstacle lié au principe d'indisponibilité des compétences, ce qui permet à la garantie objective de l'impartialité de l'Administration de s'appliquer dans tous ses effets. Il est courant de lire que l'Administration est soumise à une simple obligation d'impartialité subjective, ce qui est vrai pour les organes unipersonnels dont la compétence est déterminée par la loi ; cela cesse de l'être en dehors de cette hypothèse², pour autant que le juge le veuille. Par ailleurs, la présomption d'impartialité de l'administration traditionnelle, qui a longtemps été liée à l'absence de dispositions législatives expresses, est renforcée par la position institutionnelle de ses agents, propre à garantir l'impartialité de ces derniers.

¹ CE, 21 nov. 2014, *M. D.*, n° 373071, *Lebon* p. 343 : *AJDA* 2014, p. 2280.

² Ainsi, Pascale Idoux relève que s' « il pourrait (...) sembler acquis que seule l'impartialité subjective est requise devant l'administration », « une première nuance doit être apportée à cette affirmation compte tenu du fait que les organismes collégiaux sont assujettis à l'obligation de délibérer hors la présence des membres personnellement intéressés, ce qui relève plutôt de considérations objectives » (P. IDOUX, *op. cit.*, p. 744).

II. Une organisation institutionnelle longtemps considérée comme satisfaisante

« L'éthique de l'intérêt général propre aux grands corps de l'État et diffusée dans toute la fonction publique française, a eu pour effet une réticence très forte à faire participer les personnes privées à la procédure de décision administrative, par crainte des intérêts particuliers. »¹ La position institutionnelle des fonctionnaires, soumis au statut général de la fonction publique, les place dans une position longtemps considérée comme à même de garantir leur impartialité. Elle se traduit par une obligation d'indépendance, qui est en réalité une garantie d'impartialité (A). Toutefois, la présomption d'impartialité dont bénéficient ces agents présente un caractère résiduel (B).

A. *L'indépendance des fonctionnaires statutaires : une garantie partielle d'impartialité*

Les fonctionnaires bénéficient d'une présomption d'impartialité en ce que leur position statutaire a longtemps semblé à même de neutraliser tout risque quant à leur partialité présumée. La particularité de la position statutaire des fonctionnaires déplace le problème de la garantie de leur impartialité, dans la mesure où, pendant longtemps, il n'a pas semblé nécessaire de la réglementer autrement. La réglementation de la position du fonctionnaire par rapport aux intérêts privés est assez complexe, dans la mesure où elle conjugue plusieurs logiques. L'article 25 du premier titre du statut général de la fonction publique, avant sa révision par la loi du 20 avril 2016, pose plusieurs règles à cet égard.

La première est l'obligation faite aux fonctionnaires de se consacrer intégralement à leur fonction publique, qui implique une interdiction d'exercer une activité privée lucrative. On ne saurait trouver, à l'origine des dispositions interdisant les cumuls d'activité, la volonté du législateur de garantir l'impartialité des fonctionnaires de manière consciente. Cela est particulièrement le cas de l'obligation de servir, qui pose l'interdiction des cumuls dans un but de réduction du chômage, comme l'indiquent les motifs de la loi du 20 juin 1936², en

¹ J. ZILLER, *Administrations comparées, op. cit.*, p. 297.

² Loi du 20 juin 1936, apportant des aménagements aux décrets-lois pris en vertu des lois des 28 février 1934 et 8 juin 1935, *JORF* du 21 juin 1936, p. 6482. Les motifs de cette loi sont explicites : « à l'heure actuelle où le chômage sévit cruellement dans la jeunesse intellectuelle, ce cumul doit être tout à fait exceptionnel ».

exécution de laquelle le décret du 29 octobre 1936 a introduit l'interdiction des cumuls¹. Le « fondement social »² ou « financier »³ d'une telle disposition est historiquement indéniable, même s'il ne semble plus désormais être aussi déterminant que par le passé. En effet, le maintien de cette interdiction se justifie aujourd'hui par des considérations déontologiques, ce qui justifierait, pour certains auteurs, une adaptation de cette réglementation à cet enjeu plus récent⁴. La répression des manquements aux règles de non-cumul a longtemps été systématique, dans la mesure où l'article 6 du décret-loi du 29 octobre 1936 introduit l'obligation de réprimer ces manquements, par exception au principe d'opportunité des poursuites, traditionnel en matière disciplinaire⁵.

De plus, cette obligation de non-cumul est renforcée par une obligation plus spécifique, couramment qualifiée d'obligation d'indépendance, introduite à partir de 1946. L'article 25 du statut général prévoit en effet que « les fonctionnaires ne peuvent prendre, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'Administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance »⁶. Cette garantie de l'indépendance des fonctionnaires est complétée par des dispositions plus spécifiques⁷, et toutes les règles visant à

¹ Décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraite, de rémunérations et de fonctions, *JORF* du 31 oct. 1936, p. 11360. Le rapport au Président de la République fait également état du contexte économique à l'origine de ce décret introduisant une disposition qui se maintiendra dans le droit statutaire.

² M. CARIUS, *Cumuls et agents publics*, préf. J.-F. LACHAUME, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 222, 2002, p. 109.

³ D. LEBETTRE, *La question des cumuls*, Paris, Lavigne, 1943, p. 114.

⁴ Pour Roger Grégoire, « la législation sur les cumuls (...) est entièrement à revoir », car « conçue dans le cadre de la lutte contre le chômage, elle tend moins à défendre l'Administration contre les dangers qui pourraient résulter du conflit chez un agent entre les intérêts du service et ceux d'une entreprise privée à laquelle il serait lié (...) qu'à éviter qu'une personne (...) bénéficie d'une seconde rémunération » (R. GRÉGOIRE, *La fonction publique*, Paris, Colin, 1954 ; réimpr. Dalloz, 2005, préf. S. SALON & J.-C. SAVIGNAC, p. 297). Plus récemment, v. J.-D. DREYFUS, « Le conflit d'intérêts en droit public (aspects non contentieux) », *LPA*, 17 juin 2002, p. 5.

⁵ Le texte prévoit en effet que « toute infraction aux interdictions édictées par les articles précédents entraînera obligatoirement des sanctions disciplinaires ». Le décret-loi de 1936 a été abrogé par l'article 23 de la loi n° 2007-148 du 2 févr. 2007 de modernisation de la fonction publique (*JORF* du 6 févr. 2007, p. 2160).

⁶ Cette disposition figure, après la révision du 20 avril 2016, à l'article 25 *septies* du statut général.

⁷ Ainsi, l'article 1^{er} du décret n° 91-109 du 17 janvier 1991 (*JORF* du 29 janv. 1991, p. 1502), pris en application de l'article 72 de la loi du 11 janvier 1984, prévoit que les fonctionnaires mis en disponibilité ne peuvent exercer une activité lucrative lorsque « par leur nature ou leurs conditions d'exercice et eu égard aux fonctions précédemment exercées par l'intéressé, ces activités compromettraient le fonctionnement normal du service ou mettraient en cause l'indépendance et la neutralité du service auquel il appartenait ».

l'assouplissement des règles de non-cumul tendent à la sauvegarder¹. On sait que la notion d'indépendance est bien mal choisie, dans ce contexte, ce que certains auteurs ont remarqué : « L'indépendance du fonctionnaire visé par l'article 25 du Titre I du statut général de la fonction publique est en vérité un devoir d'éviter les conflits d'intérêts »². La disposition relève ainsi, en dernière analyse, de la garantie de l'impartialité du fonctionnaire. Cette interdiction protège, *in fine*, le fonctionnaire « de façon générale contre la tentation de sacrifier ses obligations de service au profit d'activités étrangères à l'intérêt général et prévient particulièrement les conflits d'intérêts »³.

L'interprétation jurisprudentielle des dispositions instituant l'obligation d'indépendance confirme que, plus qu'à la notion d'indépendance, c'est à celle d'impartialité qu'il faut rattacher ces dispositions. Le Conseil d'État, dès 1954, considère que ces dispositions font application du principe général selon lequel « les fonctionnaires ne doivent pas se trouver dans une situation telle que leur intérêt personnel puisse être (...) en contradiction avec les intérêts de l'État »⁴. C'est bien l'impartialité du fonctionnaire qui est ici recherchée, plus que son indépendance, à moins d'en avoir une conception très extensive. Plus récemment, le juge a considéré que c'est la « situation de conflits d'intérêts », constituée par la détention de parts sociales dans une société surveillée par l'administration à laquelle le fonctionnaire appartenait, qui est prohibée par l'article 25 du statut général⁵. D'une manière plus générale, le juge a considéré que ces dispositions interdisent au fonctionnaire d'être administrateur d'une société⁶, ou d'exercer l'activité de commerçant¹. Le juge qualifie parfois

¹ L'article 1^{er} du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires (*JORF* du 3 mai 2007, texte n° 41) prévoit que les agents publics « peuvent être autorisés à cumuler une activité accessoire à leur activité principale, sous réserve que cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service ».

² J.-M. AUBY, J.-B. AUBY *et al.*, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 387. Gustave Peiser reformule l'obligation comme celle d' « être désintéressé » (G. PEISER, *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, « Mémento », 2012, 21^e éd., p. 85).

³ O. DORD, *Droit de la fonction publique*, Paris, PUF, « Thémis – Droit », 2012, 2^e éd., p. 212. Pour Marcel Piquemal, cette obligation, qu'il nomme « obligation de désintéressement » est fondée sur « la nécessité de l'indépendance du service public, la nécessité de sa neutralité et de son impartialité » (M. PIQUEMAL, *Le fonctionnaire : Devoirs et obligations*, Paris, Berger-Levrault, 1979, 2^e éd., p. 142). V. encore J. DOUVRELEUR & O. DOUVRELEUR, « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », *in Mél. J. Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 323, spéc. p. 341.

⁴ CE, avis du 17 févr. 1954, *préc.*

⁵ CE, 31 juill. 2009, *M. Choi*, n° 299959, inédit. V. également CE, 19 mars 1997, *Cannard*, n° 133338, *Lebon T.* p. 900 ; un fonctionnaire qui vend des ouvrages contenant de la publicité pour les professionnels qu'il contrôle, en sa qualité de contrôleur divisionnaire des fraudes, méconnaît l'obligation d'indépendance.

⁶ CE, 15 déc. 2000, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Mme Guichard*, n° 148080, *Lebon* p. 627 : *JCP E*, 2001, p. 792, note JACQUEMONT.

l'interdiction en question d' « obligation de désintéressement »², qui prohibe toute recherche d'un « intérêt personnel »³. La sanction est justifiée dès lors que les faits permettent d'établir une « perte d'indépendance »⁴ du fonctionnaire en situation de cumul. La réglementation des cumuls dans la fonction publique poursuit donc un double objectif : « Assurer le plein emploi de ses hommes et préserver leur indépendance »⁵. Le manquement à l'obligation d'indépendance peut donner lieu à une sanction disciplinaire particulièrement sévère : ainsi, en 2003, le Conseil d'État considère que n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation la radiation d'un fonctionnaire en situation de conflit d'intérêts, bien qu'il eût révélé l'existence de cette situation à ses supérieurs hiérarchiques en leur demandant d'y mettre fin. Le manquement réside dans ce qu'il appartenait au fonctionnaire « d'éviter de traiter personnellement et directement avec la société » en question⁶. Est même entachée d'erreur manifeste d'appréciation l'avis du Conseil de discipline de recours national des officier sapeurs-pompiers qui, pour des faits mettant en cause un manquement à l'obligation d'indépendance, proposait une sanction plus légère que la sanction prononcée par les premières autorités administratives⁷.

Ainsi, l'obligation d'indépendance à laquelle les fonctionnaires sont astreints conduit à faire peser sur ceux-ci une présomption d'impartialité, dans la mesure où la plupart des situations qui seraient de nature à jeter un doute sur leur impartialité est très simplement interdite *a priori*. On comprend dès lors comment la présomption d'impartialité, impliquée par le principe d'indisponibilité des compétences, est renforcée par la position statutaire des fonctionnaires, dans la mesure où tout risque de partialité lié à l'existence d'un intérêt personnel peut sembler inexistant. Ce serait toutefois oublier que cette obligation statutaire ne régit que la situation des fonctionnaires vis-à-vis de l'extérieur, et plus particulièrement vis-à-vis d'intérêts sociaux privés, ce qui n'épuise pas, loin s'en faut, les exigences d'une garantie plus globale de l'impartialité des fonctionnaires.

¹ Cass. civ., 16 févr. 2011, n° 09-71158 : *JCP E*, 2011, 1465, comm. LEBEL.

² CAA Nancy, 6 mai 2004, *M. X*, n° 99NC01091, inédit.

³ CAA Bordeaux, 28 oct. 2008, *M. X*, n° 07BX00061, inédit.

⁴ CAA Douai, 20 nov. 2012, *M. A*, n° 11DA00942, inédit.

⁵ J.-Y. PLOUVIN, « Le cumul d'activités des agents publics », *AIFP*, 1974-1975, p. 147, spéc. p. 148.

⁶ CE, 25 juin 2003, *M. S.*, n° 235118, inédit.

⁷ CE, 26 oct. 2001, *Service départemental d'incendie et de secours du Nord*, n° 193306, *Lebon T.* p. 1024 : *Coll. territ. Interco.*, 2002, comm. 13, obs. MOREAU.

B. *Le caractère résiduel de la présomption d'impartialité*

La présomption d'impartialité dont jouit l'Administration résulte de la combinaison de l'absence de réglementation législative sur la question – qui conduit le principe d'indisponibilité des compétences à rendre impossible toute présomption inverse – et de la position statutaire des agents, à même de placer les fonctionnaires dans une situation dans laquelle leur impartialité semble garantie *a priori* et de manière générale.

Cependant, à mesure que le principe fait l'objet de développements nouveaux, visant à une garantie plus approfondie de l'impartialité de l'Administration, il semble que la présomption d'impartialité s'inverse progressivement, ce qui dévoile son caractère résiduel. Si la « nécessité pour le juge de sanctionner de manière plus énergique le principe d'impartialité »¹ s'est d'abord fait ressentir à l'égard des agents extérieurs à l'Administration, participant à divers titres à la formation de l'acte administratif, cette nécessité a fini par atteindre également les agents statutaires.

Ce mouvement est d'une grande ampleur, dans la mesure où plusieurs facteurs peuvent conduire à l'inversion de la présomption d'impartialité, par un basculement dans le champ de l'obligation de déport, d'une part, ou des incompatibilités, d'autre part. La présomption d'impartialité est alors résiduelle, dans la mesure où elle ne vaut que tant qu'aucun jurislatureur n'a posé de présomption inverse, ce qui en rend sa présentation quelque peu malaisée. L'illustration la plus révélatrice est sans doute le changement induit par la loi du 20 avril 2016, de par la profondeur de son champ d'application. En prévoyant qu'aucun fonctionnaire n'est compétent pour adopter une décision ou participer à son adoption, lorsqu'il est en situation de conflit d'intérêts, la loi conduit à faire peser sur tous les fonctionnaires une présomption de partialité, dans ce cas particulier.

Toutefois, il ne faudrait pas conclure que la présomption d'impartialité ne découle que de la loi. Elle apparaît également liée au à l'interprétation et au contenu du principe d'impartialité que veut bien lui donner son interprète.

Section 2 : La présomption d'impartialité découlant de la jurisprudence

Si la source de la présomption d'impartialité dont bénéficie l'Administration est d'abord à rechercher dans la loi, il apparaît également que la jurisprudence contribue à la

¹ ISAAC, *op. cit.*, p. 423.

renforcer, par des procédés très divers. Le juge est en effet « autant l'artisan que l'interprète »¹ des principes qu'il consacre. Il peut alors agir sur le contenu du principe jurisprudentiel, en refusant de poser certaines présomptions de partialité (II). Mais le juge dispose également d'un pouvoir d'interprétation de la loi, dans sa mise en œuvre. Il apparaît également que, lorsqu'il applique un texte posant une garantie objective de l'impartialité de l'Administration, le juge en livre une interprétation restrictive qui conduit au maintien d'une présomption d'impartialité, à rebours, peut-être, de la lecture littérale des textes (I).

I. L'interprétation restrictive de la garantie d'impartialité par le juge

Certains textes posent, dès le milieu du XIX^e siècle, des normes garantissant de manière objective l'impartialité de certains organes administratifs, en faisant peser sur ceux-ci une présomption de partialité, dans certains cas de figure. Mais il apparaît que l'interprétation de ce texte livrée par la jurisprudence rejette cette présomption, en exigeant la démonstration d'un manquement subjectif à l'impartialité. Si le droit municipal est le terrain le plus propice de cette tendance jurisprudentielle (A), il apparaît plus généralement dans l'étude de la relation qu'entretient le juge avec un texte posant une garantie de l'impartialité de l'Administration (B).

A. *Le droit municipal ou le maintien d'un faisceau d'indices comportant un élément subjectif*

L'interprétation restrictive du principe d'impartialité à laquelle se livre, dans certains cas, le juge administratif, est d'abord caractérisée par l'existence d'une norme posant la garantie objective de l'impartialité d'un organisme. À cet égard, l'article L.2131-11 du Code général des collectivités territoriales dispose actuellement que « sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires ». Cette disposition reprend en substance des normes introduites dès 1855, en droit municipal, reformulées notamment par l'article 64 de la loi municipale de 1884, qui prévoyait, jusqu'en 1982, que « sont annulables les délibérations auxquelles auraient pris part des membres du conseil intéressés, soit en leur nom personnel, soit comme mandataire, à l'affaire qui en a fait l'objet ».

¹ Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 35.

La lecture littérale d'une telle disposition devrait conduire l'autorité compétente à annuler toute délibération à laquelle a participé un conseiller intéressé, dès lors que l'intérêt à l'affaire de ce dernier est établi. Son comportement subjectif ne semble pas devoir être pris en compte par le juge, dans son contrôle de la légalité de la délibération. C'est ce que confirme l'interprétation initiale de l'article 21 de la loi du 5 mai 1855 : saisi d'un recours mettant en cause la délibération d'un conseil municipal à laquelle cinq des dix membres du conseil avaient un intérêt personnel, le Conseil d'État considère que « cette délibération avait été prise en violation de l'article 21 de la loi du 5 mai 1855 », sans s'attacher davantage aux circonstances de l'espèce, ce qui justifiait que le préfet en prononçât l'annulation¹.

Toutefois, les dispositions des lois de 1855 puis de 1884 donnent au préfet la faculté de prononcer l'annulation de la délibération à laquelle un conseiller intéressé a pris part², ce qui place ces délibérations en dehors du champ des délibérations nulles de plein droit, en les faisant obéir à un régime de nullité relative. Le préfet dispose ainsi d'un pouvoir d'appréciation, lorsqu'il doit décider de l'annulation d'une délibération prise dans ces conditions. Les travaux préparatoires de la loi municipale de 1884 sont clairs quant à la portée de ce pouvoir d'appréciation, comme l'exprime le rapporteur de la loi au Sénat : « Si l'intervention (des membres intéressés) ne s'est manifestée que dans des conditions où la volonté du conseil municipal a été absolument libre ou si l'objet de la délibération est d'une clarté si évidente, l'intérêt de la commune si bien démontré, qu'on ne peut pas douter que, même en l'absence de celui qui n'aurait pas dû entrer dans la salle du conseil, la délibération aurait été nécessairement prise dans les mêmes termes, on comprend que dans ces conditions le préfet ait la faculté d'annuler ou de ne pas annuler. La loi s'en réfère à l'appréciation de l'autorité compétente »³. Cette justification est reprise par la doctrine, notamment sous la plume d'Henry Berthélemy, pour qui « il ne serait pas raisonnable d'annuler une délibération sous prétexte qu'un intéressé y a participé s'il était démontré que cette participation n'a eu aucune influence sur le vote »⁴.

¹ CE, 25 juin 1875, *Abribat, Rodondy, Aliès et consorts, Lebon* p. 610 ; v. également CE, 4 mars 1865, *Sieur Fabregat, Lebon* p. 257.

² La loi du 5 mai 1855 n'est pas explicite sur ce point, mais le juge administratif a reconnu la possibilité pour le préfet de prendre un tel arrêté d'annulation, pour assurer l'exécution de la disposition (CE, 4 mars 1864, *Sieur Fabregat, préc.*).

³ Sénat, séance du 4 mars 1884 (cité par L. MORGAND, *La loi municipale : Commentaire de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation et les attributions des conseils municipaux*, t. I, Paris, Berger-Levrault, 1884, pp. 335-336).

⁴ BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.*, p. 196.

Le principe d'impartialité obéit ainsi à la logique du vice de procédure. La nécessité de se garder des annulations excessives conduit alors le juge à développer une jurisprudence propre à cette disposition, qui devient d'un maniement particulièrement délicat, souligné par la doctrine¹. Cette interprétation du juge répond à la nécessité de faire régner un « certain pragmatisme »², eu égard à l'ampleur potentielle du contentieux lié à cette disposition. Il apparaît, *in fine*, que le juge administratif aboutit à la réduction à la dimension subjective du principe d'impartialité.

Pour prononcer la nullité de la délibération d'un conseil municipal sur le fondement de l'article L.2131-11 du Code général des collectivités territoriales, le juge doit d'abord rechercher si les conditions légales sont réunies, à savoir si l'existence d'un intérêt personnel à la délibération est avérée et si le conseiller peut être regardé comme ayant participé à la délibération. Toutefois, la réunion de ces conditions se révèle insuffisante au prononcé de l'annulation, dans la jurisprudence administrative. Il faut à cela ajouter une condition, rendue nécessaire par le juge, liée à la dimension procédurale du vice de partialité : celle de l'influence sur le fond de la décision. Ainsi, « l'effet décisif de la participation sur l'orientation des débats et/ou l'existence d'une influence effective sur la délibération définitive sont des éléments essentiellement issus de la jurisprudence »³. Cette condition n'apparaît pas clairement dans les premiers arrêts faisant application de l'article 64 de la loi municipale de 1884. Elle apparaît progressivement par la stabilisation du raisonnement du juge, scindé en deux moments : l'identification de l'intérêt à l'affaire, d'une part, et, d'autre part, l'évaluation de l'influence du conseiller intéressé sur la délibération⁴.

L'ajout d'une telle condition jurisprudentielle, parfaitement compréhensible au regard de la jurisprudence relative au vice de procédure, ne signifie pas pour autant que le principe

¹ Pour Jean-Marc Maillot, « rares sont les textes d'application aussi délicate que l'article L.2131-11 du Code général des collectivités territoriales » (J.-M. MAILLOT, « La notion d' élu "intéressé" dans le droit des collectivités locales », *JCP G.*, 2000, I, 242), constat déjà dressé, quelques années auparavant, par un auteur de l'*AJDA* resté anonyme (« Les conseillers municipaux personnellement intéressés aux délibérations », *AJDA*, 1962, p. 493) et par certains annotateurs soulignant le « maniement extrêmement complexe » de la disposition (É. PEUCHOT, « Note sous CE, 12 févr. 1986, *Commune d'Ota* », *D.*, 1987, p. 73, spéc. p. 74).

² B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Dalloz, « Précis », 2016, 4^e éd., p. 149.

³ G. KOUBI, « La notion de "conseiller municipal personnellement intéressé" à la délibération », *LPA*, 21 avril 1997, p. 4.

⁴ Jusqu'en 1918, le Conseil d'État, après avoir identifié l'intérêt à l'affaire, se contente d'affirmer que la présence du conseiller intéressé « n'est pas de nature à [...] entraîner l'annulation » de la délibération (v. par ex. CE, 27 déc. 1912, *Gaulay, percepteur-receveur de Saint-Pierre-d'Albigny*, *Lebon* p. 1259), avant de reconnaître plus explicitement que l'« intervention a été de nature à influencer sur la décision prise par l'assemblée communale » (CE, 22 nov. 1918, *Mignard et autres*, *Lebon* p. 1038).

d'impartialité se trouve réduit à sa dimension subjective. Lorsqu'il examine la relation entre la procédure menant à la délibération et le fond de la décision, le juge ne s'attache pas automatiquement à examiner le comportement de l' élu dont l'impartialité est contestée. Toutefois, l'étude de la jurisprudence montre que, lorsqu'il examine cette question, le juge administratif utilise un faisceau d'indices parmi lesquels se trouve l'analyse du comportement subjectif de l' élu. C'est ainsi que la présomption de partialité posée par la loi est inversée par le juge administratif qui, au stade de l'application de la disposition, exige la démonstration d'un manquement subjectif à l'impartialité de la part du conseiller municipal en cause¹. Ce constat est particulièrement difficile à opérer, dans la mesure où les motifs des arrêts sont souvent peu prolixes sur la question, le juge se contentant d'une référence aux « circonstances particulières » dans lesquelles la délibération a été prise. Il apparaît cependant en filigrane de la jurisprudence relative à la question.

Le juge administratif s'attache en effet à reconstituer le schéma délibératif ayant mené à l'acte contesté, dans le but de déterminer quelle a été l'influence du conseiller intéressé sur celui-ci. Alors, « le juge administratif pénètre ici au cœur même du phénomène de la collégialité qui caractérise le conseil municipal, il examine la genèse de la manifestation de volonté, soupèse les influences réellement exercées, voire en apprécie le résultat »². Afin d'évaluer l'influence du conseiller intéressé sur la procédure d'élaboration de la décision administrative, le juge se fonde sur un faisceau d'indices. La position de l' élu par rapport à la délibération est un élément important – selon qu'il en a été à l'origine, a joué le rôle de rapporteur ou a présidé la séance lors de laquelle elle a été adoptée. La majorité avec laquelle la délibération a été adoptée peut également être un indice pris en compte par le juge. Enfin, le comportement de l' élu intéressé tout au long de la procédure menant à la délibération est un indice pris en compte par le juge. Au travers de ces indices, le juge recherche en fait si l' élu a subjectivement manqué à l'impartialité à laquelle il est tenu.

¹ Cela apparaît parfois clairement sous la plume de certains Commissaires du gouvernement, pour qui la disposition « fait peser sur les délibérations auxquelles ont pris part des conseillers personnellement intéressés une sorte de suspicion légitime », qui n'a pourtant rien de systématique dans la mesure où elle peut être écartée par l'examen des circonstances de l'adoption de la délibération (M. GENTOT, « Concl. sur CE Sect., 23 avril 1971, *Commune de Ris-Orangis* », *AJDI*, 1971, p. 654, spéc. p. 656).

² F.-P. BÉNOIT, *Les actes des collectivités locales*, Paris, Dalloz, 1989, p. 187.

En effet, le juge mentionne fréquemment la « part active » prise par l'élu à la délibération, qui dénote nettement l'intention de ce dernier à favoriser ses intérêts¹. Dès lors que le juge constate que l'élu intéressé a joué un rôle prépondérant dans l'adoption de la délibération favorisant ses intérêts, il en prononce l'annulation. Il en est ainsi si l'élu est à l'origine de la proposition ayant mené à la délibération à laquelle il a un intérêt², quand bien même il n'aurait pas participé à la suite de la procédure, notamment au vote³. De même, les « circonstances » auxquelles le juge se réfère pour prononcer l'annulation dénotent l'intention du conseiller municipal intéressé d'influencer la délibération litigieuse⁴ ; le juge rappelle parfois à ce titre que « eu égard aux circonstances de l'affaire, sa participation à la délibération du conseil municipal a été de nature à en altérer la validité »⁵. La notion de participation active est parfois précisée par le juge, qui considère qu'elle est constituée par le fait que l'élu intéressé a « pris une part déterminante dans l'orientation des débats et des votes qui les ont conclu »⁶, ou que l'élu a « activement préparé et mené à terme la cession » qui faisait l'objet de la délibération⁷. Il n'en va pas différemment lorsqu'un élu intéressé, bien qu'il se soit abstenu de prendre part au vote, a participé à la discussion du projet et influencé le résultat du vote⁸, ou lorsque le conseiller, membre de l'exécutif de la commune, a présidé la séance au cours de laquelle la délibération a été adoptée, sa présence étant « de nature à exercer une influence certaine sur le vote »⁹.

Au contraire, l'analyse de l'attitude subjective de l'élu intéressé semble être un critère exonératoire, permettant à la délibération d'échapper à l'annulation, quand bien même le

¹ V., entre autres, CE, 5 juin 1989, *Moreau et Association des professions de santé de la ville de Miramas et de ses environs*, n° 82492, inédit ; CE, 17 févr. 1993, *Desmons*, n° 115600, *Lebon T.* p. 1084 ; CE, 12 juin 1996, *Organisme de gestion de l'école catholique de l'Île d'Elle*, n° 146030, *Lebon* p. 226 ; la participation peut également être qualifiée d' « importante » : CE, 27 juin 1997, *Tassel*, n° 122044, *Lebon T.* p. 700.

² CE, 11 nov. 1892, *Mahé, Ruben de Couder et autres*, *Lebon* p. 740 ; CE, 30 avril 1926, *Sieur Balle*, *Lebon* p. 430 ; CE, 8 févr. 1939, *Sieur Salgas-Limeul*, *Lebon* p. 64 ; CE, 15 mai 1981, *Virey*, n° 11548, *Lebon* p. 356 ; CE Sect., 16 déc. 1994, *Commune d'Oullins c/ Association Léo Lagrange*, n° 145370, *Lebon* p. 559 : *AJDA* 1995, p. 72.

³ CE, 27 mai 1998, *Havard*, n° 121417, inédit.

⁴ CE, 27 déc. 1901, *Sieurs Hubert et Tasd'homme*, *Lebon* p. 924 ; CE, 9 juill. 1930, *Sieur Sedira Ali*, *Lebon* p. 699.

⁵ CE, 26 nov. 1909, *Bouchez*, *Lebon* p. 907.

⁶ CE, 15 avril 1988, *Commune de Saint-Laurent-du-Var*, n° 63609, inédit.

⁷ TA Lyon, 6 juin 2000, *Commune de Saint-Maurice-de-Rémens*, n° 9700512, inédit : *AJDA*, 2000, p. 1046, note TOMASI.

⁸ CE, 22 déc. 1924, *Sieurs Fayolle et Suc*, *Lebon* p. 1051 ; CE, 12 févr. 1986, *Commune d'Ota*, *Lebon* p. 39 : *D.*, 1987, p. 73, note PEUCHOT.

⁹ CE, 21 avril 2000, *Association de chasse communale « la bête noire »*, n° 161530, inédit.

celui-ci y aurait participé, malgré l'interdiction posée par le l'article L.2131-11 du Code général des collectivités territoriales. Ainsi, la participation d'un élu intéressé à une délibération peut ne pas être de nature à en entraîner l'annulation, s'il ressort des circonstances de l'espèce que celui-ci n'a pas recherché à en influencer le contenu¹, « pour des motifs d'intérêt personnel »². Si, là encore, le Conseil d'État renvoie fréquemment aux circonstances de l'adoption de la délibération, un certain nombre d'arrêts montrent que c'est l'attitude de l'élu qui permet au juge de ne pas prononcer l'annulation. Ainsi, le fait que l'élu n'ait, à aucun moment, recherché à influencer le contenu de la délibération à laquelle il est intéressé permet à celle-ci d'échapper à l'annulation³, de même que le fait que l'élu se soit « borné » à présenter une mesure proposée par le préfet, sans rechercher à favoriser l'intérêt qu'il avait à la délibération⁴, ou que sa participation n'a pas été « de nature à exercer une influence décisive » sur l'adoption de la délibération⁵. Le juge relève alors l'absence de prise de « part active » du conseiller intéressé pour écarter l'annulation de la délibération⁶. Le raisonnement du juge est alors le même que lorsque, rejetant un grief de partialité objective, le juge ajoute qu' « il n'est pas établi que les intéressés n'aient pas conservé une attitude impartiale »⁷. Il semble alors qu'en l'absence d'un manquement subjectif à l'impartialité de la part de l'élu intéressé, la délibération ne sera pas annulée.

De plus, il apparaît parfois clairement que la censure prononcée par le juge se rapproche de celle qu'il prononcerait sur le fondement du détournement de pouvoir, pour peu que l'agent en cause eût disposé d'un pouvoir décisionnel. Les mêmes faits sont alors sanctionnés par le juge, non pas sur ce fondement, dans la mesure où le conseiller intéressé ne saurait détourner un pouvoir, mais sur le fondement de la disposition garantissant l'impartialité des conseils municipaux. Il est dès lors question d'impartialité subjective, dans la mesure où le juge se limite à la sanction de la partialité avérée. Ainsi, dans un arrêt de 1918, le juge annule la délibération d'un conseil municipal sur le fondement de l'article 64 de

¹ CE, 27 déc. 1912, *Gaulay, percepteur-receveur de Saint-Pierre-d'Albigny, préc.* ; CE, 4 juill. 1952, *Sieur Decharme, Lebon* p. 362 ; CE, 5 mai 1972, *Sieur Guillebaud, Lebon* p. 340.

² CE, 26 nov. 1993, *SCI du domaine de Maurevert*, n° 82285, *Lebon T.* p. 980 ; CE, 10 févr. 1997, *Association des riverains de la zone industrielle des grandes terres et du Cerf*, n° 139577, inédit.

³ CE, 8 déc. 1916, *Sieur Billardon et autres, Lebon* p. 548.

⁴ CE, 7 juin 1940, *Chassagne, Lebon* p. 102.

⁵ CE, 26 févr. 1982, *Association Renaissance d'Uzès, Lebon T.* p. 549.

⁶ CE, 30 déc. 2002, *Association « Expression Village », n° 229099, Lebon T.* p. 631 : *BJDU*, 2003, p. 176, concl. AUSTRY.

⁷ V., pour la procédure d'élaboration d'un plan d'occupation des sols, CE, 28 jan. 1998, *Merrain*, n° 160042, *Lebon T.* p. 1082.

la loi du 5 avril 1884 en ce que le maire d'une commune a fait adopter une délibération réformant l'attribution des droits de chasses, de manière à les attribuer à lui-même, deux autres conseillers municipaux et à son « compagnon de chasse »¹. Il semble clair que si cette décision relevait de la compétence propre du maire, elle serait entachée de détournement de pouvoir². C'est ainsi que la jurisprudence liée aux conseillers intéressés est fréquemment rapprochée, en doctrine, de celle relative au détournement de pouvoir³. Logiquement, dans la mesure où les mêmes faits sont saisis par le biais de la disposition garantissant l'impartialité des conseils municipaux, disposition violée par un comportement partial d'un élu. Ainsi, la délibération dont le « seul objet » est de favoriser les intérêts d'un conseiller municipal encourt l'annulation sur le fondement de l'actuel article L.2131-11 du Code général des collectivités territoriales⁴.

Par ailleurs, l'attitude subjective du conseiller intéressé semble supplanter, voire neutraliser, les autres critères par lesquels le juge administratif évalue l'influence de celui-ci sur la délibération. En effet, le Conseil d'État a parfois tendance à n'examiner que le résultat du vote et, notamment, la majorité avec laquelle la délibération a été adoptée. Partant, le simple fait de retrancher les votes des conseillers intéressés permettrait d'évaluer l'influence de ces derniers. Ce procédé, parfois qualifié d'« un peu primaire »⁵, cède toutefois lorsqu'il ressort du dossier que le conseiller a cherché à influencer le contenu de la délibération. Ainsi, un certain nombre de délibérations adoptées à l'unanimité ou à une très forte majorité peuvent être annulées dans la mesure où le conseiller intéressé a cherché à en déterminer le contenu⁶.

¹ CE, 22 nov. 1918, *Mignard et autres, préc.*

² Pour des cas similaires, v. encore CE, 2 nov. 1927, *Sieur Bourguignon, Lebon* p. 995 (pour un maire et plusieurs conseillers municipaux qui font adopter une délibération visant à favoriser les intérêts d'une société civile à laquelle ils appartiennent) ; CE, 16 déc. 1936, *Sieur Ray, Lebon* p. 1112 (pour un conseiller municipal qui fait adopter une délibération pour des convenances personnelles) ; CE, 13 févr. 1987, *Commune de Saint-Vivien-de-Monségur*, n° 70331, inédit (pour un maire qui fait voter la résiliation unilatérale d'un contrat en vue de désavantager une association dont l'activité est concurrente de la sienne) ; CE, 28 juill. 1993, *Commune d'Arcangues*, n° 121419, inédit (pour un adjoint au maire qui fait approuver la réalisation d'une zone d'aménagement concerté pour autoriser un projet immobilier qu'il a conçu avec sa famille).

³ Pour Bertrand Faure, « l'hypothèse du conseiller intéressé s'apparente (...) à un détournement de pouvoir expressément et objectivement prévu par la loi, le législateur ayant éprouvé, de longue date, la nécessité d'instituer un tel "contrôle de moralité" sur les décisions des collectivités » (B. FAURE, *op. cit.*, p. 147).

⁴ CE, 2 déc. 1987, *Ministre de l'intérieur et commune de Vocance*, n° 68549, inédit.

⁵ GENTOT, « Concl. sur CE Sect., 23 avril 1971, *Commune de Ris-Orangis* », *préc.*, p. 656.

⁶ V., pour des délibérations adoptées à l'unanimité : CE, 25 nov. 1887, *Commune de Châteauneuf-de-Gardagne, Lebon* p. 741 ; CE, 2 déc. 1987, *Ministre de l'intérieur et commune de Vocance*, n° 68549, *préc.* ; CE, 28 juill. 1993, *Commune d'Arcangues*, n° 121419, *préc.* ; CE, 9 juill. 2003, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Champagne-Bourgogne*, n° 248344, *Lebon T.* p. 677 (AJDA, 2003, p. 2264, note BLAISE ; BJCL, 2003, p. 801, concl. VALLÉE) ; ou à l'unanimité moins une voix : CE, 11 avril 1913, *Sieur Germain Laruas, Lebon* p. 389.

En d'autres termes, l'unanimité du conseil municipal ne saurait couvrir le manquement à l'impartialité du conseiller intéressé¹. Ce n'est qu'en l'absence d'éléments particuliers quant à l'attitude subjective du conseiller intéressé que le juge s'attache à analyser le résultat du vote, afin de déterminer si la délibération eût été adoptée sans la participation des conseillers intéressés. Dans le cas contraire, le Conseil d'État prononce l'annulation en précisant parfois qu'elle doit intervenir « quelle que soit la majorité à laquelle ont été prises les délibérations »². Cela signifie, certes implicitement, mais non moins certainement, qu'un conseiller intéressé qui aurait conservé une attitude parfaitement impartiale tout au long de la procédure, pourrait prendre part au vote, à partir du moment où sa voix n'a pas un caractère départageant – c'est-à-dire que ni la majorité³, ni le quorum⁴ ne sont affectés par son retranchement du décompte⁵. La réduction du principe d'impartialité, posé par l'article L.2131-11 du Code général des collectivités territoriales, à sa dimension subjective apparaît ainsi clairement.

La position du juge administratif est ainsi teintée d'un pragmatisme certain, parfois remis en question par la doctrine. Une telle interprétation restrictive de la disposition vise en effet à limiter les annulations contentieuses aux cas de partialité avérée d'un membre du conseil municipal, au détriment des apparences d'impartialité. La retenue dont fait preuve le Conseil d'État, par le maintien d'une démarche largement casuistique, visant à examiner précisément chaque cas d'espèce, à rebours de l'interprétation littérale de la norme, est en effet guidée par un souci de réalisme. Elle est également liée à l'ancienneté de cette norme particulière, travaillée et appliquée par le juge depuis le XIX^e siècle, à une époque où les enjeux liés à l'apparence d'impartialité étaient moindres. Cette « volonté évidente d'interpréter *a minima* les articles du code », parfois qualifiée de « parti pris "libéral" »⁶, est guidée par le souci de ne pas paralyser le fonctionnement des conseils municipaux, en les enserrant dans des exigences trop strictes et formalistes. C'est ainsi que la démarche du juge « procède d'un certain pragmatisme : une sanction automatique sur seule présence de l'élu

¹ Ce n'est qu'en l'absence d'influence décisive que le Conseil d'État note que « la délibération attaquée a été prise à l'unanimité » (CE, 19 févr. 1993, *Commune de Nevian*, n° 90650, inédit).

² CE, 30 avril 1926, *Sieur Balle*, *préc.*

³ CE, 26 févr. 1975, *Garrigou*, n° 92628, *Lebon* p. 154.

⁴ CE, 19 juill. 1912, *Sieur de Latour*, *Mottes et autres*, *Lebon* p. 839 ; TA Besançon, 29 nov. 2007, *M. Roger Bole-Richard et autres c/ Commune de Déservillers*, n° 0500818, inédit : *BJCL*, 2008, p. 164, concl. TISSOT-GROSSRIEDER.

⁵ CE, 24 juill. 1914, *Junet et Vignon*, *Lebon* p. 908.

⁶ J.-M. MAILLOT, « La notion d'élu "intéressé"... », *art. préc.*

intéressé conduirait à un nombre exagéré d'annulations en encourageant le soupçon sur tout le travail délibératif »¹. Ce souci transparaît à de nombreuses occasions dans les conclusions de commissaires du gouvernement et rapporteurs publics, prompts à rappeler, en droit municipal, qu' « en édictant une stricte règle d'incompatibilité inspirée d'un légitime souci d'objectivité, l'on risque de rendre fort difficile en pratique l'élaboration du POS [le plan d'occupation des sols] »², ou que la démarche subjective est justifiée par « souci de réalisme »³. Ainsi un rapporteur public résume-t-il la jurisprudence en la matière de la manière suivant : « Votre jurisprudence a, de longue date, pris en compte le souci de ne pas paralyser le fonctionnement des assemblées locales »⁴.

La démarche du Conseil d'État a parfois été vigoureusement remise en cause par certains auteurs, qui lui dénie le qualificatif de « libéral » pour lui préférer ceux de « tolérante et permissive »⁵, dans la mesure où cette interprétation trahirait la lettre de la loi. Il est vrai que l'interprétation de la norme retenue par le juge, essentiellement fondée sur l'aspect subjectif du principe d'impartialité, n'est pas de nature à préserver les apparences de l'impartialité, dans la mesure où le conseiller intéressé n'est pas absolument exclu de l'intégralité du processus décisionnel⁶. Toutefois, il faut noter que, par sa démarche minutieuse, le juge tend à traquer et à censurer tout manquement à l'impartialité qui se traduit par l'influence sur la délibération. L'ajout de cette condition de fait, en plus des conditions posées par la loi, permet une adaptation concrète à chaque cas d'espèce⁷. D'autre part, il est certain que le fait de se garder de tout dogmatisme présente nombre d'avantages, eu égard à la réalité du fonctionnement des assemblées municipales. Il est en effet inévitable qu'un certain

¹ B. FAURE, *op. cit.*, p. 149. L'auteur ajoute que « si chaque conseiller municipal est propriétaire dans sa commune, doit-on de ce seul fait suspecter l'impartialité du plan local d'urbanisme et le considérer comme annulable ? C'est la raison pour laquelle le rôle actif du conseiller municipal pour faire adopter la délibération dans un sens conforme à ses intérêts particuliers doit être apprécié concrètement dans chaque cas selon l'ensemble des circonstances qui ont entouré la délibération ».

² D. LABETOUILLE, « Concl. sur CE, 8 déc. 1982, *Marsac et autres* », *JCP*, 1983, II, 20016.

³ L. VALLÉE, « Concl. sur CE, 9 juill. 2003, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Champagne-Bourgogne* », *BJCL*, 2003, p. 801.

⁴ A. LALLET, « Concl. sur CE, 26 oct. 2012, *Commune de Vægtlinshoffen et Département du Haut-Rhin* », *RJEP*, 2013, comm. 6.

⁵ É. PEUCHOT, « Note sous CE, 12 févr. 1986, *Commune d'Ota* », *D.*, 1987, p. 74.

⁶ Certains auteurs relèvent que « la théorie des apparences ne joue pas en matière d'intéressement des élus locaux », ce qui est « problématique » (C.-A. DUBREUIL, « Conseiller intéressé : le Conseil d'État précise la notion d' "intérêt distinct" », *AJDA*, 2013, p. 626).

⁷ Il faut noter que dès lors qu'il est question de contrôle de cassation, l'intérêt à l'affaire relève du contrôle de qualification juridique des faits, alors que l'influence sur la délibération est une question de fait laissée à l'appréciation des juges du fond (CE, 30 déc. 2002, *Association « Expression village* », *préc.*).

nombre d'élus soient non seulement propriétaires dans leur commune, mais également entrepreneurs dans des secteurs liés plus ou moins fortement aux activités du conseil municipal. Partant, une démarche trop rigoriste pourrait facilement conduire à une paralysie du fonctionnement des assemblées.

L'interprétation de cette disposition par le juge a connu certaines évolutions, notamment en matière de définition de l'intérêt à l'affaire¹. Apprécié plus strictement dans la période récente, la jurisprudence liée à l'intérêt fait montre d'une « interprétation rigoureuse »² ou d'une « sévérité accrue »³, qui s'inscrit dans l'évolution historique du principe d'impartialité. Le juge ne renonce cependant pas à une certaine souplesse, comme en témoignent certains arrêts⁴. Toutefois, malgré cette progression vers une tolérance moindre que par le passé, la démarche essentiellement subjective du juge administratif n'a pas fait l'objet d'un revirement. Elle a au contraire été réaffirmée avec une certaine vigueur, dans la période contemporaine, grâce à la stabilisation de la jurisprudence liée au vice de procédure. Le Conseil d'État confirme en effet « le caractère résolument subjectif »⁵ de la sanction du principe d'impartialité, dans l'application de cette disposition, dans la mesure où il décide que c'est « l'influence effective » du conseiller municipal sur la délibération qui constitue le critère déterminant de l'annulation⁶. Le juge précise que la recherche de cette influence peut être effectuée par l'analyse de la manière dont l' élu intéressé a traité ses intérêts particuliers, ce qui procède clairement de la démarche subjective⁷, tout autant que le fait d'écarter l'annulation au motif qu'il ne ressort pas des pièces du dossier « que ces personnes auraient influencé le conseil municipal pour des motifs d'intérêt personnel »⁸. Par ailleurs, le juge pénal, lorsqu'il se livre à un exercice de comparaison, met en lumière le caractère

¹ Les questions liées aux contours de la notion d'intérêt à l'affaire seront abordées dans un chapitre suivant (v. cette partie, titre second, chapitre I, section 1, § I).

² D. BLAISE, « « Une interprétation rigoureuse de la notion de conseiller intéressé », *AJDA*, 2003, p. 2264.

³ MAILLOT, « La notion d' élu "intéressé" ... », *art. préc.*

⁴ Notamment dans l'arrêt, déjà évoqué, *Commune de Vægtlinshoffen*, dans lequel le juge apprécie l'intérêt à l'affaire de manière très pragmatique.

⁵ X. COUTON, « Élu intéressé et élaboration d'une carte communale », *Construction-Urbanisme*, 2013, comm. 3.

⁶ CE, 21 nov. 2012, *M. Chartier*, n° 334726, *Lebon T.* p. 901 : *Construction-Urbanisme*, 2013, comm. 3, note COUTON.

⁷ CE, 15 avril 2016, *M. Murat et SCI SM*, n° 390113, *Lebon T.* p. 986 : *Construction-Urbanisme*, 2016, comm. 83, note COUTON.

⁸ CE, 22 févr. 2016, *Société Entreprise routière du grand sud*, n° 367901, *Lebon T.* p. 616. V., pour une formulation proche, CE, 12 oct. 2016, *M. Kerwer*, n° 387308, *Lebon T.* p. 424 : *JCP Adm.*, 2017, 2070, concl. DECOUT-PAOLINI.

éminemment subjectif de l'impartialité dont il est question, en droit municipal. Ainsi, pour la Cour d'appel de Poitiers, en matière d'élaboration du plan d'occupation des sols, « il ressort de la jurisprudence administrative que les élus locaux peuvent participer aux travaux (...), sous la réserve qu'ils n'aient pas influencé ce groupe pour des motifs d'intérêt personnel ou qu'ils aient conservé une attitude impartiale pendant les travaux (...) auxquels ils ont pris part », car « il demeure évident que toute analyse contraire conduirait à paralyser la vie administrative des petites communes »¹.

La critique de l'interprétation retenue par le juge administratif est aisée. Elle ne convainc pas nécessairement dans la mesure où les nécessités auxquelles le juge de l'Administration est confronté la rendent aisément compréhensible, tout autant que le poids du précédent lié à une disposition plus que centenaire. D'autre part, la démarche casuistique à laquelle se livre le juge dans l'examen de la légalité d'une délibération, parfois dénoncée comme manquant de clarté, traverse toute l'application du principe d'impartialité et, plus largement, celle des vices de procédures, et n'a rien de spécifique à la disposition en cause.

Cette critique trouve cependant une certaine pertinence dès lors qu'il est question d'un problème de cohérence du système juridique, largement en dehors des mains du juge administratif. En effet, lorsque l'on examine plus globalement la question de la mise en œuvre du principe d'impartialité au travers de dispositions diverses, il apparaît que la combinaison des normes concernant la légalité de l'acte avec les incriminations du Code pénal pose un problème de cohérence. Le juge pénal a en effet opté pour une démarche objective, en réduisant l'élément intentionnel à son strict nécessaire². Le juge administratif, pour sa part, accorde une part prépondérante à l'attitude subjective du conseiller, à tel point que l'on peut dire que la disposition du Code général des collectivités territoriales, bien qu'objectivement posée, est réduite à sa portée subjective par son interprétation prétorienne. Il en résulte alors que « le risque pénal paraît (...) beaucoup plus fort en potentialité que le risque administratif »³. Partant, dès lors que les faits sont constitutifs du délit de prise illégale d'intérêts, le juge administratif se fait le gardien de l'impartialité objective des conseils municipaux, dans la mesure où la loi pénale est un élément de la légalité administrative. La question de l'articulation de ces deux normes s'est posée avec une certaine difficulté devant le

¹ CA Poitiers, 16 mai 2013, n° 13/00170 : *JCP Adm.*, 2013, 2319, comm. FLEURY.

² V. *infra*, ce titre, chapitre II, section 2, § 2.

³ É. COLLIN, « Le conflit d'intérêts des élus : vers une conception objective du conseiller intéressé ? », *JCP Adm.*, 2016, 2187.

Conseil d'État, pourtant ouvert à une intégration de la légalité pénale à la légalité administrative. Dans un arrêt de 1957, la Section du contentieux, saisie de la légalité d'une adjudication confiée à un conseiller municipal, considère qu'elle n'est pas contraire à l'article 64 de la loi municipale, mais également « qu'une telle interdiction ne résulte pas davantage de l'article 175 du Code pénal »¹. La lecture des conclusions montre toutefois que la juridiction administrative tend à adapter l'incrimination pénale à sa jurisprudence sur le conseiller intéressé, en faisant correspondre la notion d'influence sur la décision à celles de « contrôle » et de « surveillance », contenues dans le texte de l'incrimination². Toutefois, l'intégration de la légalité pénale à la légalité administrative est plus poussée dans un arrêt rendu peu après la décision *Société Lambda*³ : le Conseil d'État juge « qu'un conseil municipal ne peut adopter une délibération par l'effet de laquelle l'un de ses membres contreviendrait à l'interdiction édictée » par l'article 175 de l'ancien code pénal incriminant la prise illégale d'intérêts⁴. Dans ce type de cas, la juge n'a pas à rechercher quelle a été l'influence subjective de l'élu intéressé, dans la mesure où l'interprétation donnée par le juge judiciaire doit être appliquée par le juge administratif. Ainsi, « beaucoup d'actes qui sont réguliers au regard de l'article L.2131-11 du CGCT ne le sont pas au regard de l'article 432-12 du Code pénal »⁵. Apparaît ainsi une « dissymétrie »⁶ qui met à l'épreuve la cohérence du système juridique, pris dans son ensemble, en matière de prévention et de répression des conflits d'intérêts.

Le droit municipal fournit l'exemple le plus éloquent d'une interprétation jurisprudentielle restrictive d'un texte posant une garantie objective d'impartialité : alors que la loi entend prévenir le risque de partialité, il s'avère que le juge administratif ne sanctionne que la réalisation effective de ce risque. Il semble toutefois que la même tendance se retrouve

¹ CE Sect., 25 janv. 1957, *Société Gracco*, *Lebon* p. 56, concl. CHARDEAU.

² CHARDEAU, « Concl. sur CE Sect., 25 janv. 1957, *Société Gracco* », *Lebon* p. 56, spéc. p. 57.

³ CE Ass., 6 déc. 1996, *Société Lambda*, n° 167502, *Lebon* p. 466, concl. PIVETEAU : GAJA, n° 93 ; *AJDA*, 1997, p. 152, concl. CHAUVAUX & GIRARDOT ; *D.*, 1997, p. 57, note DOBKINE ; *JCP*, 1997, II, 22752, note HÉRISSON, *Rev. adm.*, 1997, p. 155, note DEGOFFE ; *RDP*, 1997, p. 567, note AUBY.

⁴ CE, 7 avril 1999, *Commune de la Crau*, n° 149208, *Lebon T.* p. 660. V., auparavant, CE, 9 nov. 1984, *Mme Laborde-Casteix*, n° 49123, *Lebon* p. 356. V. aussi CAA Lyon, 19 juin 2003, *Commune de Rumilly*, n° 98LY02070, inédit : *BJCL*, 2003, p. 441, concl. BOURRACHOT ; CE, 27 juill. 2005, *Ministre de l'Outre-Mer c/ Commune Hitia'a O Te Ra*, n° 263714, *Lebon T.* p. 761 ; CAA Marseille, 3 juill. 2008, *SCI Planet*, n° 07MA03520, inédit : *BJCL*, 2009, p. 231, note DELIANCOURT.

⁵ É. FATÔME & J. MOREAU, « Prise illégale d'intérêts et "conseiller intéressé" », *Coll. territ. Interco.*, juin 2000, p. 4, spéc. p. 5. V. également F. DIEU, « La sanction par le juge d'un acte administratif constitutif d'une prise illégale d'intérêts », *RLCT*, n° 20, 2007, p. 14, spéc. p. 15.

⁶ *Ibid.*, p. 5.

dans d'autres cas de figure, ce qui teinte la mise en œuvre du principe d'impartialité d'une certaine ambiguïté.

B. *L'interprétation stricte de certains textes particuliers : la possible incomplétude du principe*

Si le juge administratif considère parfois qu'une disposition de droit écrit s'est « bornée à faire application »¹ de l'obligation d'impartialité, qu'elle est « la traduction de l'obligation générale d'impartialité qui incombe à tous les organes administratifs »², ou encore qu'elle « s'inspire »³ du principe d'impartialité, ce n'est pas pour autant qu'il adopte la démarche inverse, qui consisterait à extraire d'une disposition particulière un principe véritablement général d'impartialité. Confronté à une disposition posant une garantie d'impartialité particulière, le juge de l'Administration a en effet tendance à l'interpréter strictement, à rebours, peut-être, de ce qu'exigerait le caractère général du principe.

Cet état du droit prévalait de manière compréhensible, à l'époque où le juge n'avait pas recours aux principes généraux du droit. Ainsi pouvait-il, après examen des dispositions applicables au cas d'espèce, considérer « qu'aucune disposition du décret (...) ne prévoit d'empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance »⁴, pour rejeter un grief de partialité objective, dans la mesure où aucun texte ne le prévoit. De même pouvait-il rejeter tout autre grief de partialité objective, en matière disciplinaire, que le seul cas d'empêchement prévu par le droit écrit – le cas où le membre de l'organe disciplinaire doit lui-même comparaître devant celui-ci⁵. Si les textes sont muets quant à la garantie de l'impartialité d'un organe, le Conseil

¹ CE, 7 juill. 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers*, préc.

² V., entre autres, CE, 1^{er} avril 1998, *Iguacel*, n° 136091, *Lebon T.* p. 985.

³ CE, 12 fév. 2007, n° 290164, *Société Les Laboratoires Jolly-Jatel et autres*, préc. ; CE, 27 avril 2011, *Association FORMINDEP*, n° 334396, *Lebon* p. 168 ; *AJDA*, 2011, p. 1326, concl. LANDAIS ; *JCP Adm.*, 2011, 2321, note MOQUET-ANGER.

⁴ CE, 16 nov. 1900, *Sieur Augustin-Justin*, *Lebon* p. 615.

⁵ CE, 27 juill. 1906, *Sieur Roure*, *Lebon* p. 686 (un membre de l'organe disciplinaire peut siéger, malgré le fait qu'il soit visé par une plainte à laquelle le requérant est associé) ; CE, 12 juill. 1907, *Sieur Jean Prade*, *Lebon* p. 655 (les membres de l'organe disciplinaire peuvent siéger, même s'ils sont visés par les agissements qui ont justifié la traduction du requérant devant le conseil) ; CE, 23 déc. 1910, *Mailler*, *Lebon* p. 992 (le frère de la personne qui comparaît devant le conseil disciplinaire peut siéger) ; CE, 7 août 1911, *Dorange*, *Lebon* p. 970 (l'auteur de la plainte peut siéger).

d'État est logiquement conduit à rejeter le moyen tiré de la méconnaissance objective de l'impartialité¹.

On note toutefois que cette tendance du juge se maintient, parfois, même lorsque le juge utilise le principe d'impartialité comme un principe général du droit. Le droit des enquêtes publiques fournit une illustration de ce qu'on peut considérer comme une incomplétude du principe. Le choix du commissaire enquêteur n'est, dans un premier temps, sujet à aucune restriction en ce qui concerne sa partialité présumée, ce qui conduit simplement le Conseil d'État à considérer comme « regrettable » la désignation de certains commissaires dont l'impartialité est contestable² et à n'annuler une procédure d'enquête qu'en cas de partialité avérée du commissaire enquêteur³. Un décret du 2 mai 1936 régleme le choix du commissaire enquêteur, non pas quant à la garantie de son impartialité, mais sur sa compétence, en prévoyant que « le commissaire enquêteur et les membres de la commission d'enquête sont choisis notamment parmi les propriétaires, négociants, armateurs, chefs d'établissements industriels ». Le Conseil d'État fait toutefois application du principe général du droit, en considérant, en dehors de tout texte écrit, que le commissaire enquêteur ne peut avoir un intérêt personnel à la réalisation du projet⁴. Guy Braibant considérait que cette liste d' « allure quelque peu capitaliste, n'est pas limitative », et que « la désignation du commissaire-enquêteur devait donc être appréciée à l'époque, sur la base non d'un texte précis, mais des principes généraux dégagés par votre jurisprudence »⁵, notamment le principe d'impartialité.

Le droit des enquêtes publiques est réformé par le décret du 6 juin 1959, dont l'article 3 régleme le choix du préfet, en disposant que « les personnes choisies par le préfet ne doivent pas appartenir à l'administration expropriante ni participer à son contrôle et ne

¹ CE, 23 juill. 1938, *Sieur Bouchard*, *Lebon* p. 728 : « Considérant (...) que le conseil de discipline était composé conformément aux prescriptions de l'arrêté du ministre (...) et que la circonstance que deux directeurs avaient été mis en cause par le sieur Bouchard dans un précédent pourvoi au Conseil d'État n'apportait aucun obstacle légal à ce qu'ils fissent partie dudit conseil ».

² CE, 10 févr. 1939, *Syndicat professionnel de défense agricole et viticole de Cassis*, *Lebon* p. 73 ; CE, 5 juill. 1939, *Société Desmarais frères*, *Lebon* p. 448.

³ *A contrario* : CE, 21 oct. 1953, *Sieur Leduc*, *Lebon* p. 446.

⁴ CE, 19 févr. 1964, *Sieur Binet* : *AJDA*, 1964, II, p. 622, note LAPORTE (pour une enquête publique menée avant l'entrée en vigueur du décret du 6 juin 1959). Le juge montre cependant une difficulté à appliquer le principe d'impartialité dès lors que le grief de partialité est lié à l'appartenance du commissaire enquêteur au conseil municipal de la commune bénéficiaire du projet : dans ce cas, seule la partialité subjective du commissaire pourrait être sanctionnée (CE, 21 oct. 1953, *Leduc*, *préc.*).

⁵ G. BRAIBANT, « Concl. sur CE Sect., 20 mai 1966, *Dame veuve Pouvillon et autres* », *Lebon* p. 355.

doivent avoir aucun intérêt à l'opération »¹. Il est alors intéressant d'étudier l'interprétation de ce texte par le juge administratif, dans la mesure où elle montre la possible difficulté à en tirer un principe complet d'impartialité, dans la mesure où sa garantie est en partie figée dans un texte. Cette difficulté s'illustre par deux tendances.

D'une part, le juge administratif fait parfois montre d'une incapacité à rattacher un grief de partialité à l'une des catégories prévues par le texte. Dans ce cas, son contrôle est réduit à celui de la partialité subjective. Ainsi, le Conseil d'État considère, à l'inverse du juge de première instance, que la circonstance que le commissaire enquêteur ait fait l'objet d'une nomination qui pourrait faire douter de l'accomplissement impartial de ses fonctions de commissaire enquêteur, n'est pas de nature à le faire regarder comme ayant un intérêt à l'opération². De la même manière, les liens entre le commissaire enquêteur et les propriétaires dans la zone concernée par l'opération ne sont analysés que pour déterminer si le commissaire a un intérêt à l'opération³. En procédant de la sorte, le juge administratif semble ne pas pouvoir se demander si la circonstance invoquée par le requérant est de nature à créer un doute sur l'impartialité du commissaire enquêteur. Bien au contraire, après avoir rejeté le grief de partialité objective comme n'étant pas de ceux prévus par le décret, le Conseil d'État se contente d'affirmer que le commissaire enquêteur n'a pas manqué à l'impartialité dans la conduite de l'enquête. Il semble ainsi qu'en dehors du texte écrit, tout grief de partialité objective sera écarté et que le principe se retrouve réduit à sa dimension subjective⁴.

D'autre part, le juge administratif semble, dans d'autres arrêts, quelque peu « forcer » les catégories prévues par le décret, afin d'y inclure l'ensemble de la garantie de l'impartialité du commissaire enquêteur. Il en est ainsi de la prise de position préalable, de nature à créer un doute quant à l'impartialité du commissaire enquêteur, que le Conseil d'État assimile à un intérêt à l'opération. Il est bien difficile de voir dans les faits des espèces en question un véritable « intérêt », tel que traditionnellement entendu en jurisprudence ; bien au contraire, c'est la partialité présumée du commissaire enquêteur qui conduit le juge à annuler

¹ Décret n° 59-701, *préc.*

² CE, 17 févr. 1967, *Ville de Cherbourg*, *Lebon* p. 77 ; CE Ass., 31 oct. 1969, *Syndicat de défense des canaux de la Durance et sieur Blanc*, *Lebon* p. 142 ; *CJEG*, 1970, p. 154, concl. MORISOT ; *AJDA*, 1970, p. 254, note LANDON. V. également, pour un cas de pris de position préalable, que le Conseil d'État ne peut rattacher à la notion d' « intérêt à l'opération » : CE Sect., 17 mars 1972, *Sieur Auchier*, *Lebon* p. 231 ; CE, 13 janv. 1984, *Commune de Thiais*, n° 35508, *Lebon* p. 6 ; CE, 9 nov. 2015, *Association France Nature Environnement et Union des fédérations Rhône-Alpes de protection de la nature*, n° 375322, inédit.

³ CE, 26 févr. 1975, *Sieur Banquels de Marque*, n° 92894, *Lebon* p. 161 ; CE, 28 avril 1976, *Foulquier et autres*, n° 98013, *Lebon T.* p. 949.

⁴ V. CE, 2 nov. 1979, *Mme X*, n° 09168, inédit.

l'opération¹. Il arrive cependant à plusieurs occurrences que le Conseil d'État considère que l'implication préalable du commissaire enquêteur constitue un intérêt à l'opération, afin, *in fine*, de garantir l'impartialité de la procédure². Cela apparaît très clairement dans un arrêt de 1996, *Association Quartiers et avenir* : le commissaire enquêteur satisfait à toutes les exigences posées par les textes réglementaires, dans la mesure où il n'appartient plus à l'administration expropriante depuis plus de cinq années ; toutefois, son implication préalable est telle – il a « pris une part importante à l'élaboration du projet soumis à enquête publique », en ce qu'il en a été « l'initiateur »³ – que le Conseil d'État le considère comme « personne intéressée à l'opération »⁴. En réalité, c'est bien parce que l'impartialité du commissaire enquêteur est sujette à caution que le Conseil d'État annule la procédure, bien au-delà de l'intéressement à l'opération. Ainsi, il ressort de la jurisprudence « qu'a un intérêt à l'affaire le commissaire qui a exercé sur une étape préparatoire un pouvoir de décision »⁵, au mépris de la cohérence des notions figurant dans le droit écrit.

Bien plus rarement, le juge recourt directement au principe d'impartialité, notamment lorsque le grief de partialité allégué est difficilement rattachable aux catégories prévues par les textes⁶. Cette tendance illustre ainsi la difficulté pour le juge à extraire un principe complet d'impartialité, à cause de sa fixation dans un texte, tout autant que le risque de dénaturer les catégories prévues par le droit écrit, pour y accueillir la garantie de l'impartialité de l'Administration. L'impartialité étant un principe général du droit, le juge administratif pourrait considérer que les dispositions écrites s'inspirent de ce principe, sans le recouvrir entièrement, pour se demander, dans chaque espèce, si l'impartialité du commissaire

¹ CE, 7 mars 1986, *Ministre de l'urbanisme, du logement et des transports c/ Fourel*, n° 56609, *Lebon T.* p. 754.

² CE, 5 juin 1991, *Consorts Martin*, n° 85127, *Lebon T.* p. 979 ; CE, 8 nov. 1993, *Commune de Valenton*, n° 119021, *Lebon T.* p. 823.

³ C. MOREL & M. DENIS-LINTON, « Procédure préalable à la déclaration d'utilité publique et commission d'enquête », *RDI*, 1996, p. 195.

⁴ CE, 19 janv. 1996, *Association Quartier et avenir*, n° 159392, *Lebon* p. 7 : *AJDA*, 1996, p. 465, note HOSTIOU ; *RDI*, 1996, p. 195, obs. MOREL & DENIS-LINTON.

⁵ P. HUBERT, « Concl. sur CE Sect., 3 juill. 1998, *Mme Salva-Couderc* », *BJDU*, 1998, p. 375, spéc. p. 384.

⁶ V., pour une prise de position publique préalable, qui permet d'établir un manque d'impartialité : CE, 16 nov. 1998, *Association sauvegarde Layon-Hyrome*, n° 183544, inédit ; CAA Nancy, 1^{er} mars 2004, *Société Cedilor*, n° 99NC00932, inédit (*JCP Adm.* 2004, comm. 1339, note BILLET) ; mais également pour un lien d'intérêt avec l'expropriant : CE, 8 juill. 1996, *Association TGV Amiens Picardie et autres*, n° 120275, *Lebon T.* p. 951. Une autre tendance consiste à invoquer la violation des dispositions écrites, sans préciser à quelle notion la violation en question se rattache le défaut d'impartialité du commissaire enquêteur : CE, 13 déc. 1985, *Association de défense des expropriés du projet concernant la suppression du passage à niveau n° 416 à Orange et autres*, n° 34717, *Lebon T.* p. 660 : *RFDA*, 1986, p. 611, note PACTEAU.

enquêteur est ou non douteuse. Alors le principe d'impartialité serait-il parfaitement complet, puisque n'importe quelle circonstance pourrait conduire à l'annulation de l'acte, pour autant qu'elle soit de nature à créer un doute suffisant sur l'impartialité du commissaire enquêteur ou, plus largement, de tout agent.

Outre l'interprétation potentiellement restrictive de certains textes, qui peut étendre le champ de la présomption d'impartialité dont jouit l'Administration, le juge administratif s'illustre également par son refus de poser certaines présomptions, ce qui aboutit au même résultat.

II. Le refus du juge de poser certaines présomptions

La promotion de la présomption d'impartialité par les juges passe également par le refus de ces derniers de poser certaines présomptions de partialité, soit dans l'application du régime général des vices de procédure (A), soit en refusant d'ajouter certaines présomptions au contenu du principe jurisprudentiel d'impartialité (B). Ces tendances contribuent à fragmenter la garantie de l'impartialité de l'Administration, dans ce sens où le principe ne semble pas complet, car certains risques de partialité ne sont pas pris en compte par le juge de l'Administration.

A. *La possible ambiguïté de la sanction du principe dans la jurisprudence*

Le droit municipal n'est pas le seul secteur de la vie administrative à bénéficier de cette sanction ambiguë du principe d'impartialité, qui se traduit par une réduction à sa dimension subjective. En effet, il semblerait que cette ambiguïté traverse la jurisprudence relative au vice de procédure, au prix d'une certaine complexité en la matière. On peut cependant déceler ces cas de figure par le fait que les seules annulations prononcées par le juge le sont eu égard à l'attitude subjective de l'agent.

La prééminence de la dimension subjective du principe d'impartialité est fortement accusée dans la jurisprudence liée au décret du 28 novembre 1983, premier effort vers une codification de l'ensemble jurisprudentiel régissant la procédure administrative¹. L'article 13 du décret, contenu dans un chapitre qui régit le fonctionnement des « organismes consultatifs placés auprès des autorités de l'État et des établissements publics administratifs de l'État »,

¹ Décret n° 83-1025 du 28 nov. 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, *JORF* du 3 déc. 1983, p. 3492.

dispose que « les membres d'un organisme consultatif ne peuvent prendre part aux délibérations lorsqu'ils ont un intérêt personnel à l'affaire qui en fait l'objet », tout en précisant que « la violation de cette règle entraîne la nullité de la décision subséquente lorsqu'il n'est pas établi que la participation du ou des membres intéressés est restée sans influence sur la délibération ». Le décret de 1983 est abrogé et remplacé par le décret du 8 juin 2006, qui maintient en substance la disposition en question, à son article 13¹. Cet article, tout comme l'ensemble du décret, vise à codifier l'ensemble des solutions jurisprudentielles en la matière. Si certains auteurs y voient un « progrès », par rapport à la jurisprudence antérieure, en ce que la « charge de la preuve est inversée »², cette disposition vient en réalité figer un état de la jurisprudence bien plus nuancé. En effet, l'interprétation de la réserve concernant la charge de la preuve fait basculer le principe d'impartialité dans la même interprétation que celle qui prévaut en droit municipal, dans la mesure où la notion d'influence sur la délibération se trouve à nouveau liée au manquement subjectif à l'impartialité.

L'application de cette disposition est rare, eu égard à son champ d'application assez étroit³. Cependant, il ressort des quelques arrêts qui la mettent en œuvre que l'interprétation du principe d'impartialité qui y est donnée ne laisse aucune place au doute sur l'impartialité du membre intéressé, dans la mesure où l'influence sur la délibération doit être prouvée d'une telle manière qu'elle doit permettre d'établir un manquement subjectif à l'impartialité. Ainsi, c'est parce que le membre intéressé d'un sous-comité des transports sanitaires a « pris une part active aux débats, en faisant notamment état, à l'encontre de la société requérante, d'éléments nouveaux, et notamment de plaintes écrites reçues à la caisse primaire d'assurance maladie »⁴, que la décision prise à la suite de cet avis peut être annulée. De même, le membre intéressé d'une commission départementale de la nature, des paysages et des sites peut

¹ Art. 13 du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif (*JORF* du 9 juin 2006, p. 8706) : « Les membres d'une commission ne peuvent prendre part aux délibérations lorsqu'ils ont un intérêt personnel à l'affaire qui en est l'objet. La violation de cette règle entraîne la nullité de la décision prise à la suite de cette délibération lorsqu'il n'est pas établi que la participation du ou des membres intéressés est restée sans influence sur la délibération ».

² H. MAISL, C. WIENER & J.-M. WOEHLING, « Un décret ne fait pas le printemps », *AJDA*, 1984, p. 137, spéc. p. 145.

³ Le décret est ainsi rédigé que « ni toute procédure consultative ni toute procédure collégiale n'est ici réglementée » (P. DELVOLVÉ, « De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux », *D.*, 1984, chron. XXIII, p. 137, spéc. p. 139).

⁴ CAA Paris, 29 juin 1999, *SARL Mazel Ambulances Pédiatrie 93*, n° 97PA00404, inédit.

valablement siéger s'il ressort des pièces du dossier qu'il a conservé une attitude impartiale et que la délibération a été adoptée à une forte majorité¹.

La mise en œuvre du principe d'impartialité est ainsi frappée des mêmes ambiguïtés que sa sanction en droit municipal, par le biais de la notion d'influence sur la décision. Elle ne devrait plus l'être, avec la publication du Code des relations entre le public et l'administration, dans la mesure où son article R133-12, qui abroge l'article 13 du décret du 8 juin 2006, prévoit que « les membres d'une commission ne peuvent prendre part aux délibérations lorsqu'ils ont un intérêt personnel à l'affaire qui en est l'objet ». La disposition implique, *a priori*, une mise en œuvre parfaitement objective du principe, dans la mesure où aucune réserve dans l'application de la disposition n'est prévue. À moins que le juge administratif ne la réintroduise, comme il l'a fait, au XIX^e siècle, en droit municipal, ce qui semble peu probable, eu égard aux enjeux nouveaux attachés au principe d'impartialité de l'Administration.

La recherche d'une influence effective du vice de partialité sur le contenu de la décision conduit presque inmanquablement le juge administratif à réduire le principe à sa dimension subjective, dans la mesure où le manquement à l'impartialité constitue l'élément de preuve le plus pertinent de cette influence : elle permet de considérer, avec le moins de doute possible, que le fond de la décision a été influencé par la position partielle de certains agents ayant participé à son élaboration. Cette recherche est cependant particulièrement délicate, ce qui explique les errances de la jurisprudence.

On ne saurait compter les secteurs de la vie administrative dans lesquels le principe d'impartialité est mis en œuvre d'une manière similaire : dans des cas très nombreux, le Conseil d'État semble n'annuler la décision prise au terme d'une procédure entachée d'un défaut d'impartialité qu'eu égard à l'attitude subjective de l'agent dont l'impartialité est sujette à caution. Ainsi, dans un arrêt de 1973, concernant l'attribution d'une zone d'activité exclusive prise à la suite de l'avis de la commission nationale d'amélioration génétique, le Conseil d'État annule l'arrêté ministériel, dans la mesure où un concurrent du requérant a siégé à la commission. Le juge prend soin de préciser que ce membre intéressé « a pris une

¹ CAA Bordeaux, 14 janv. 2014, *Communauté de communes du Montmorillonais*, n° 12BX02132, inédit.

part active aux délibérations en demandant l'éviction » de son concurrent¹. On est ainsi conduit à se demander si ce manquement subjectif n'est pas l'unique fondement de l'annulation, dans la mesure où si le juge avait apprécié l'impartialité de l'agent de manière purement objective, le simple fait qu'il fût en concurrence avec le requérant devait l'empêcher de siéger. Partant, l'analyse du comportement subjectif de l'agent aurait été superfétatoire et n'aurait pas figuré dans les motifs de l'arrêt. Cela est d'autant plus étonnant que, dans des situations similaires, le Conseil d'État opte parfois pour une mise en œuvre objective du principe d'impartialité, le simple intéressement à la décision suffisant à entacher la délibération d'illégalité². La mise en œuvre du principe d'impartialité est ainsi marquée d'une profonde ambiguïté, dans la mesure où les circonstances particulières à chaque espèce semblent influencer l'appréhension jurisprudentielle du principe³.

Il est en effet difficile, pour le juge administratif, de se demander quelle a été l'influence effective de la partialité alléguée d'un agent, comme l'affirme le commissaire du gouvernement Mosset, dans ses conclusions sur une affaire mettant en cause une procédure d'octroi d'autorisation d'importation.

Ici, l'irrégularité est certaine. On ne saurait dire qu'elle est sans influence puisque le vote de la commission a été dans le sens désiré par le syndicat. On ne saurait dire non plus que c'est la présence des intéressés qui a déterminé ce vote favorable et que l'irrégularité relevée a eu une influence certaine sur la décision prise. Mais la présomption est si grave qu'il n'est pas possible à notre sens de ne pas relever le vice de procédure.⁴

C'est alors l'influence potentielle, plus qu'effective, que le juge examine de cette manière, en la présumant. Ce changement d'optique est à même de faire basculer le principe d'impartialité de sa dimension subjective à son appréhension objective par le juge administratif, puisque la recherche de l'influence potentielle est susceptible de protéger les apparences. Conforme à la jurisprudence *Danthony*, cette conception de l'influence sur le fond de la décision permet alors à la garantie objective de l'impartialité de l'Administration

¹ CE, 28 nov. 1973, *Société coopérative d'élevage et d'insémination de la région de Broglie*, *Lebon* p. 669. V. également CE, 10 déc. 1997, *Société coopérative ouvrière de lamanage*, n° 168238, *Lebon T.* p. 659 ; *a contrario*, CE, 29 juin 1960, *Ministre de l'Éducation nationale c/ École de chirurgie dentaire et de stomatologie*, *Lebon* p. 426.

² CE, 2 avril 1954, *Sieur Ricros*, *Lebon* p. 215.

³ Il en est de même en matière de consultation facultative : confronté à un défaut d'impartialité de la procédure de délivrance d'un permis de construire, pris après consultation d'une commission départementale des sites, le Conseil d'État annule la décision eu égard à l'attitude subjective du membre intéressé (CE, 20 mars 1992, *Époux Prost*, n° 105321, *Lebon T.* p. 684).

⁴ MOSSET, « Concl. sur CE, 2 nov. 1956, *Syndicat des importateurs des centres de consommation et sieur Tranchant* », *AJDA*, 1956, II, p. 442, spéc. p. 444.

de se déployer, comme le montrent les arrêts rendus à la suite de cette décision. Ainsi, en 2015, le Conseil d'État considère qu'un moyen tiré du défaut d'impartialité d'un expert ayant participé à une procédure de radiation de spécialité pharmaceutique peut entraîner l'annulation de la décision si la présence de celui-ci « a pu influencer les positions prises par d'autres membres de l'instance »¹. S'il y a un contrôle « concret » de l'influence sur le fond de la décision, il est difficile de voir dans cette « nouvelle casuistique » la recherche d'une « influence effective »², bien au contraire. En effet, on peut considérer que « toute irrégularité est susceptible d'influencer le résultat final », c'est pourquoi « affirmer, rétrospectivement, que telle irrégularité plus que telle autre avait vocation à produire un effet sur la décision résulte avant tout d'une prise de position »³. Ainsi, « l'impact potentiel du vice ne se constate pas ; il se décide »⁴ ; la nécessité de sauvegarder les apparences de l'impartialité peut alors guider le juge administratif dans ce choix.

Le poids du précédent est alors d'une importance particulière, dans l'élaboration de la mise en œuvre du principe. Le Conseil d'État a, par exemple, consacré de manière solennelle la garantie de l'impartialité des procédures d'avancement, en excluant tout fonctionnaire en situation de concurrence, de manière purement objective, dès 1925⁵. Par la référence à ce précédent, aucun arrêt n'est venu remettre en cause cette appréhension objective, reproduite au fil de la jurisprudence⁶, étendue à certaines espèces proches⁷, et codifiée par l'adoption du statut de 1946⁸. Il apparaît même explicitement que le raisonnement consistant à rechercher si le membre intéressé a exercé une influence sur le sens de la délibération est inopérant⁹. Ce n'est pas pour autant que toute l'activité administrative fait l'objet d'une garantie similaire, pas plus que toute situation de concurrence n'est de nature à créer un doute sur l'impartialité de l'élaboration de la décision, qui conduirait à son annulation. Il apparaît dès lors que

¹ CE Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France*, n° 361962, *préc.*

² J. LESSI & L. DUTHELLET DE LAMOTHE, « Conflits d'intérêts : le déport implique-t-il le départ ? », *AJDA*, 2015, p. 1628.

³ C. BROYELLE, « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », *art. préc.*

⁴ *Ibid.*

⁵ CE, 26 déc. 1925, *Sieur Rodière*, *préc.*

⁶ V., entre autres, CE Sect., 11 jan. 1935, *Varenne*, *Lebon* p. 43 ; CE, 20 janv. 1950, *Sieur Fabre*, *Lebon* p. 48 ; CE, 14 juin 1963, *Sieur Bernardet*, *Lebon* p. 374.

⁷ En matière de composition des commissions d'intégration : CE Sect., 4 mars 1949, *Sieur Trèbes et autres*, *préc.*

⁸ L'article 55 de la loi du 19 oct. 1946 prévoit en effet que « les fonctionnaires ayant vocation à être inscrits au tableau ne pourront prendre part aux délibérations de la commission ».

⁹ CE, 30 oct. 1957, *Sieur Lechêne*, *Lebon* p. 565.

l'avancée de la garantie objective de l'impartialité de l'Administration n'a rien de systématique.

C'est toutefois ainsi que se développe le principe, de manière très progressive : tout manquement subjectif à l'impartialité conduit à l'annulation de l'acte ; cependant, des circonstances créant un doute objectif sur l'impartialité de la procédure d'élaboration de l'acte peuvent aboutir au même résultat, au fil de leur consécration par la jurisprudence ou par le droit écrit. Le passage d'une simple appréhension subjective à une mise en œuvre objective du principe est alors aussi aisé que discret, dans la jurisprudence administrative : il s'opère par la suppression de tout élément circonstanciel lié à l'attitude de l'agent dont l'impartialité est contestée. Cette évolution n'a toutefois rien de systématique, car une lecture chronologique de la mise en œuvre du principe met en lumière des flux vers une appréhension objective de la garantie d'impartialité de l'Administration, tout autant que des reflux sur une lecture subjective du principe. La mise en œuvre du principe d'impartialité n'a alors rien de monolithique, dans la mesure où les avancées de la garantie objective de l'impartialité de l'Administration sont très sectorielles et circonstancielles : consacrées par un arrêt, elles peuvent ne pas être transposées à une espèce concernant un autre secteur de l'activité administrative ; mise en œuvre dans une espèce, elles peuvent ne plus l'être dans un autre cas de figure, pourtant similaire. Le principe d'impartialité apparaît alors morcelé, à l'origine, et fait l'objet d'une consolidation inconstante, au fil des avancées jurisprudentielles et textuelles.

La garantie de l'impartialité des jurys de concours d'entrée ou de recrutement dans la fonction publique fournissent un exemple très illustratif de la discrétion et de l'inconstance de cette évolution. Alors qu'en 1922, le Conseil d'État adopte une appréhension purement objective du principe d'impartialité, en jugeant que le père d'un candidat ne peut siéger dans un jury de concours, sans s'attacher à aucun moment au comportement subjectif de cet agent¹, la suite de la jurisprudence relative au même cas de partialité – les liens de parentés entre candidats et membres du jury – fait l'objet d'une évolution équivoque. Les arrêts font en effet systématiquement mention de cette « part active » du membre dont l'impartialité est sujette à caution, dans l'adoption d'une délibération conforme aux intérêts de son parent² ; de même, le lien familial ne suffit, *per se*, à discréditer l'impartialité du déroulement d'une procédure

¹ CE, 10 févr. 1922, *Sieur Aldeguer et Branlière*, *préc.*

² CE, 5 oct. 1955, *Sieur Bernard et autres*, *Lebon* p. 463 : annulation d'une procédure de recrutement au motif qu'un membre du jury a pris « une part active à la délibération, en soutenant la candidature de beau-frère »

d'avancement¹. Toutefois, quelques années plus tard, il apparaît que tel est le cas, dans la mesure où le juge considère que l'ancien mari d'une candidate ne peut siéger dans une commission de spécialistes, et ce « quelles qu'aient été les modalités pratiques d'organisation des débats » et quelle qu'ait été son attitude².

Le régime contentieux des vices de procédure a été stabilisé par la jurisprudence *Danthony*, selon laquelle « si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie »³. L'adaptation du principe d'impartialité à cette grille de lecture est sujette à certaines difficultés : tantôt, le juge considère que, face à un vice de partialité, il y a lieu de rechercher son influence potentielle sur le sens de la décision⁴ ; tantôt, d'autres juges considèrent que le principe d'impartialité constitue une « garantie » au sens de la jurisprudence *Danthony*, en s'appuyant sur sa formulation, selon laquelle « le principe d'impartialité (...) garantit aux administrés que toute autorité administrative, individuelle ou collégiale est tenue de traiter leurs affaires sans préjugé ni parti pris »⁵. Eu égard à la nature du principe d'impartialité et aux enjeux attachés à sa protection, il semblerait pertinent de considérer qu'il constitue une garantie pour les administrés⁶, à l'instar des principes généraux de la procédure, tels que les droits de la défense⁷ ou le contradictoire¹. Partant, le juge devrait

¹ CE, 8 janv. 1992, *Mme Seronde-Babonaux*, n° 96654, *Lebon T.* p. 685 : le ministre a pu légalement refuser une promotion universitaire en ce qu'avait siégé, au Conseil supérieur des universités, le mari d'une candidate qui « a activement pris part aux délibérations en soutenant la candidature de son épouse ».

² CE, 10 fév. 1995, *Mme Perrin et autres*, n° 109204, *Lebon T.* p. 851.

³ CE Ass., 23 déc. 2011, *Danthony et autres*, *préc.*

⁴ CE Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France*, *préc.* Solution adoptée malgré la position du rapporteur public, pour qui « il ne fait pas de doute que l'impartialité constitue une garantie au sens de votre jurisprudence *Danthony* » (R. DECOUT-PAOLINI, « Concl. sur CE Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France* », *Lebon*, p. 240, spéc. p. 254).

⁵ CAA Marseille, 16 déc. 2014, *SELARL Centre médical subaquatique*, n° 13MA00525, inédit ; CAA Lyon, 23 avril 2015, *Métropole de Lyon c/ Association BUE-A8*, n° 14LY01183, inédit ; *RDI*, 2015, p. 349, note HOSTIOU.

⁶ Pour certains auteurs, l'indépendance et l'impartialité « semblent participer d'une "garantie" pour l'application de la jurisprudence *Danthony* » (J. LESSI & L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *art. préc.*, p. 1630), question qui « ne fait pas de doute », pour certains rapporteurs publics (R. DECOUT-PAOLINI, « Concl. sur CE Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France* », *préc.*).

⁷ CE, 31 janv. 2014, *Mme Picot-Grandjean*, n° 369718, *Lebon T.* p. 715.

examiner le bien-fondé d'un moyen tiré de sa méconnaissance, en se demandant seulement si le principe a été méconnu en l'espèce, ce qui permettrait à ce principe procédural d'être « sanctuarisé »², dans l'esprit de la jurisprudence *Danthony*. Si tel ne semble pas être le cas en droit positif, dans la mesure où le juge administratif tient à rester proche des circonstances de chaque espèce, la garantie objective de l'impartialité peut toutefois être sauvegardée, pour autant que le juge adopte une certaine conception de l'influence sur le fond de la décision.

On comprend aisément les raisons qui guident le juge administratif dans cette démarche, soucieux de ne pas sacrifier l'efficacité administrative à une conception irréaliste de l'impartialité, qui passerait par un détachement complet des circonstances de chaque espèce. C'est en effet par « la précision des considérations d'espèce » dont chaque décision est assortie, que le juge peut se garder d'une « prudence excessive »³ qui entraverait l'activité administrative. Il ressort toutefois d'une lecture d'ensemble de la jurisprudence que le juge fait montre d'une forte inconstance, qui nuit à l'intelligibilité du principe. On comprend dès lors que nombre d'auteurs, qui s'accordent sur l'importance du principe, soulignent la modestie et les incohérences de sa mise en œuvre. « Arlésienne » dont « l'ineffectivité contentieuse est (...) avérée »⁴, mise en œuvre « plus prosaïque » d'un principe dont « on pourrait penser qu'[il] figure parmi les principes supérieurs consacrés dans notre État de droit »⁵; autant de critiques intelligibles, eu égard à l'état de la jurisprudence – bien que ces critiques ne soient elles-mêmes pas exemptes d'objections⁶. Si l'on peut s'accorder sur la prémisse selon laquelle il est nécessaire de concilier la garantie de l'impartialité de l'Administration et l'efficacité de l'action de cette dernière, on ne saurait s'accorder sur le fait que cette conciliation doit nécessairement se faire au détriment des apparences. Il est en effet

¹ CE, 16 déc. 2013, *Département du Loiret*, n° 367007, *Lebon T.* p. 653 ; CE, 24 mars 2014, *Commune du Luc-en-Provence*, n° 356142, *Lebon T.* p. 498 ; *BJDU*, 2014, p. 204, concl. LALLET ; *LPA*, 22 juill. 2014, p. 19, note DUTRIEUX.

² C. BROYELLE, « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », *art. préc.*

³ O. SCHRAMECK, « Contrôle, à travers la composition d'un jury, du principe d'égalité entre les candidats d'un concours », *AJDA*, 1992, p. 163.

⁴ R. HOSTIOU, « Le commissaire-enquêteur ne doit avoir aucun lien personnel ou fonctionnel dans l'opération soumise à enquête publique », *AJDA*, 1996, p. 465.

⁵ J.-L. AUTIN & F. SUDRE, « La dualité fonctionnelle du Conseil d'État en question devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1996, p. 777.

⁶ René Hostiou a une conception éminemment restrictive de l'impartialité, dans la mesure où il rattache le désintéressement du commissaire enquêteur à l'indépendance de ce dernier, plutôt qu'à l'impartialité – comme si toute norme posant objectivement la garantie de l'impartialité d'un agent devait se rattacher à la notion d'indépendance.

possible de garantir l'impartialité apparente de l'Administration sans basculer dans un excès de zèle qui la paralyserait.

La prudence du juge est à l'origine d'une réduction de la mise en œuvre du principe à sa dimension subjective, qui est de nature à étendre le champ de la présomption d'impartialité au-delà de ce qui est impliqué par la loi. Par ailleurs, le juge manifeste également cette tendance par son refus de poser certaines présomptions.

B. Le rejet d'une présomption de partialité fonctionnelle dans la jurisprudence administrative

Le refus du juge de poser certaines présomptions de partialité constitue une autre manifestation de la tendance jurisprudentielle à renforcer la présomption d'impartialité pesant sur l'Administration. Cette tendance est notoire dès lors qu'il est question des griefs de partialité formulés à raison des fonctions de l'administrateur : le juge refuse très largement de faire peser une quelconque présomption de partialité fonctionnelle sur l'agent, à de rares exceptions près.

Il en est ainsi, tout d'abord, de l'exercice du pouvoir disciplinaire dans la fonction publique. En effet, les divers statuts de la fonction publique prévoient traditionnellement que « le pouvoir disciplinaire appartient à l'autorité investie du pouvoir de nomination »¹. Cela laisse peu de place à une organisation de la procédure séparant les diverses fonctions, en dehors des dispositions du statut. On sait pourtant qu'un risque spécifique de partialité existe, dans l'exercice de cette fonction, du fait de la confusion des pouvoirs de poursuite et de prononcé de la sanction. Or, l'aménagement du pouvoir de sanction par la procédure n'a jamais impliqué un démembrement de ces fonctions. C'est alors que le principe d'impartialité est réduit à sa dimension subjective : saisi d'un moyen visant la contestation de l'impartialité d'un agent ayant participé à l'acte, le juge se contente de rechercher si les circonstances de l'espèce permettent de caractériser un manquement à l'impartialité.

Le principe d'impartialité butte en effet sur l'organisation hiérarchique de la fonction publique, malgré son « déclin »² relatif, après 1946. Et cela malgré les réticences de la doctrine, quant à l'organisation impartiale de cette procédure. Ainsi, Marcel Waline relevait qu' « il est impensable que la personne même qui, par sa plainte, a déterminé la poursuite,

¹ Cette disposition figure aujourd'hui à l'article 19 du statut général de la fonction publique.

² P.-M. GAUDEMET, « Le déclin de l'autorité hiérarchique », *D.*, 1947, p. 137.

puisse être totalement et rigoureusement impartiale »¹, tout en regrettant que le principe général d'impartialité n'ait pas été opposé par le juge à la légalité de la décision de sanction. Éliane Ayoub relevait pour sa part la « grande indulgence du Conseil d'État pour ce genre d'irrégularités »², celles qui procèdent de la confusion des fonctions.

Si la concentration du pouvoir disciplinaire semble inscrite dans la loi, il faut toutefois relever que le rejet, par le Conseil d'État, de toute contestation objective de l'impartialité de la procédure, est bien plus large que celui qui découle d'une lecture littérale des dispositions du statut, d'où le scepticisme de ces auteurs³. La raison d'une telle réticence du juge réside dans la relation dialectique entre l'administration et la juridiction, très forte en matière disciplinaire : la séparation des fonctions est en effet à l'origine de la mise en place d'un certain nombre de juridictions administratives spécialisées, qui résultent du démembrement du pouvoir disciplinaire. Dès lors, si la répression n'est pas confiée à une juridiction, le Conseil d'État a tendance à rejeter les moyens tenant à l'impartialité objective de la procédure, au-delà de ce qu'exige l'indisponibilité des compétences. En effet, certains agents doivent être désignés pour intervenir à certains stades de la procédure. Ces agents ne constituent pas une autorité unipersonnelle dont la compétence est fixée par la loi. Pourtant, ils semblent bénéficier de la même réserve dans l'application du principe d'impartialité par le juge. C'est alors au niveau du contenu du principe que les juges font preuve d'une certaine retenue, en montrant une réticence à intégrer une dimension fonctionnelle au principe jurisprudentiel d'impartialité. D'où le départ entre ce qui relève du « cadre des attributions » de l'agent et ce qui en sortirait⁴.

Ainsi, le Conseil d'État reconnaît la légalité de la confusion entre la phase d'instruction et de prononcé de la sanction⁵ ; la possibilité pour le supérieur hiérarchique, à

¹ M. WALINE, « Les Conseils de discipline », *RDP*, 1964, p. 439, spéc. p. 441.

² E. AYOUB, « Le conseil de discipline dans la fonction publique », *RDP*, 1971, p. 1129, spéc. p. 1146.

³ Ainsi, l'étonnement de Marcel Waline résulte d'un arrêt dans lequel le Conseil d'État reconnaît la possibilité, pour l'agent ayant déposé une plainte, d'être désigné pour mener l'enquête disciplinaire, ce qu'aucun texte ne prévoit ni n'interdit explicitement (v. CE, 10 juill. 1963, *Hôpital-hospices Georges Renon, Lebon* p. 422 : *RDP*, 1964, p. 439, note WALINE).

⁴ L'étendue de la présomption d'impartialité dont bénéficie le supérieur hiérarchique va au-delà de son rôle dans la procédure disciplinaire : ainsi, le supérieur hiérarchique à l'origine d'une proposition de licenciement peut valablement siéger à la commission chargée de rendre son avis sur la question, dans la mesure où il est intervenu « dans le cadre de ses attributions » (CE, 5 juin 1959, *Atangana, Lebon T.*, p. 893).

⁵ CE, 14 janv. 1949, *Lamothe, Lebon* p. 551 ; CE, 27 févr. 1959, *Ministre résidant en Algérie c/ Ben Nacer, Lebon T.*, p. 1018 ; il n'en va pas différemment si le supérieur hiérarchique a participé à la phase d'instruction en établissant un rapport sur le comportement de l'intéressé (CE, 27 janv. 1946, *Pétrissans, Lebon T.* p. 691 ; CE, 27 sept. 1991, *Commune de Villeneuve-Lès-Avignon c/ M. Drefous*, n° 117854, inédit).

l'origine des poursuites, de siéger au conseil de discipline¹ ; ainsi que la possibilité, pour le supérieur hiérarchique, d'intervenir à tous les stades de la procédure – engagement des poursuites, instruction et prononcé de la sanction². Aucune hypothèse de cumul des fonctions ne se trouve censurée par le juge administratif, qui sauvegarde ainsi l'indivisibilité du pouvoir disciplinaire en rejetant toute présomption de partialité fonctionnelle³. Autant de cumuls que la nature juridictionnelle de l'autorité chargée de prononcer la sanction interdirait⁴. Ces solutions sont fortement ancrées en droit de la fonction publique et font l'objet d'un rappel constant de la part du Conseil d'État⁵, malgré certaines tentatives des juges du fond visant à garantir une meilleure séparation des fonctions⁶.

La question de la dimension fonctionnelle du principe d'impartialité, appliqué à la procédure disciplinaire, s'est posée de manière assez singulière, en 1988, devant le Conseil d'État⁷. Saisie d'un recours contre une sanction de révocation, la Section du contentieux du Conseil d'État devait répondre à la question de savoir si la procédure était entachée d'irrégularité à raison de ce que le conseil de discipline avait été présidé par le magistrat qui avait présidé le tribunal correctionnel qui s'était prononcé sur les mêmes faits. En l'absence de dispositions écrites interdisant une telle situation, le Conseil d'État, sur l'invitation des conclusions de son commissaire du gouvernement, devait examiner la régularité de ce grief purement fonctionnel « au regard des principes généraux du droit »⁸. Il ressort des circonstances de l'espèce, selon Sylvie Hubac, que le magistrat en cause a agi « dans le cadre

¹ CE, 5 juin 1957, *Cerveaux, Lebon T.* p. 942 ; CE, 11 juill. 1958, *Tordo, Lebon* p. 431 ; CE, 12 juill. 1969, *Le Bris, Lebon* p. 380 ; CE, 24 jan. 1986, *Ministre de l'Éducation nationale c/ M. Perez*, n° 55480, inédit.

² CE, 11 mai 1960, *Ministre de l'Agriculture c/ Sieur Laniez, Lebon* p. 316 : *AJDA*, 1960, p. 279.

³ Ainsi, le membre du conseil de discipline qui s'est prononcé sur l'opportunité des poursuites en tant que membre d'une commission administrative paritaire peut valablement siéger (CE, 8 avril 1959, *Stora, Lebon* p. 213).

⁴ V. notamment CE, 14 janv. 1981, *Putot*, n° 12026, *Lebon* p. 17 : *RDJ*, 1981, p. 794 ; CE, 6 juin 2001, *M. Vienne*, n° 182550, *Lebon T.* p. 960 ; CE, 17 juill. 2013, *Université Paris I-Panthéon-Sorbonne*, n° 361614, inédit. La confusion des rôles dans le chef du recteur d'académie, qui a longtemps prévalu en matière de justice universitaire, a ainsi pu être qualifiée d' « étrangeté théorique » (G. VEDEL, « Réflexions sur la justice universitaire », in *Mél. L. Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 559, spéc. p. 563).

⁵ V. CE, 28 sept. 1994, *M. Bechouche*, n° 124222, *Lebon T.* p. 1013 ; CE, 13 janv. 2002, *M. Faget*, n° 241195, *Lebon T.* p. 724 : *AJDA*, 2003, p. 912. Certaines juridictions du fond procèdent de la même manière : pour un cas de confusion totale des fonctions dans le chef du supérieur hiérarchique, v. CAA Nantes, 6 juin 2014, *M. D.*, n° 12NT02628, inédit.

⁶ CE, 27 sept. 1991, *Commune de Villeneuve-lès-Avignon c/ M. Drefous*, n° 117854, *préc.* ; CE, 7 févr. 2003, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Mme Bizon*, n° 232217, *Lebon T.* p. 836 : *AJDA*, 2003, p. 1238.

⁷ CE Sect., 27 avril 1988, *Sophie, préc.*

⁸ S. HUBAC, « Concl. sur CE, 27 avril 1988, *Sophie* », *Lebon* p. 161, spéc. p. 162.

normal de ses attributions »¹. En l'absence de manquement à l'impartialité, la procédure est régulière, le grief de partialité fonctionnelle n'étant pas appréhendé par le principe d'impartialité de l'Administration. Pèse ainsi sur le fonctionnaire une présomption d'impartialité fonctionnelle, en ce que le cumul de deux fonctions ne saurait, en soi, faire douter de son impartialité. La solution retenue par le Conseil d'État a été critiquée par des auteurs qui reconnaissent cependant qu'une solution inverse « aurait peut-être été difficile à rédiger »². Elle sert toutefois de fondement à une conception restrictive du principe d'impartialité, selon laquelle « l'obligation d'impartialité (...) n'est pas mise en cause lorsque siège dans un conseil de discipline une personne qui a eu à connaître de l'affaire dans d'autres fonctions »³.

Cette « fragilité »⁴ de la procédure de sanction est à l'origine de l'amélioration du contrôle opéré par le juge sur le choix de la sanction disciplinaire : c'est la voie choisie solennellement par le Conseil d'État, en 2013, confirmant ainsi de manière implicite « l'indifférence (...) aux enjeux de l'impartialité »⁵, dans la mesure où la confusion totale des fonctions dans le chef d'une même personne est admise⁶. Cette solution se justifie aisément dans la mesure où, quand bien même l'appréciation de l'autorité administrative prononçant la sanction serait biaisée, du fait de la confusion des fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction – que le rapporteur public qualifie de « risque de partialité »⁷ –, le contrôle de la proportionnalité de la sanction à la faute commise permet d'y remédier, tout autant que la censure traditionnelle de tout manquement subjectif à l'impartialité. Ainsi, la contestation de l'impartialité d'une procédure disciplinaire se réduit au contrôle de la partialité subjective des

¹ *Ibid.*, p. 163.

² M. AZIBERT & M. DE BOISDEFFRE, « Note sous CE Sect., 27 avril 1988, *Sophie* », *AJDA*, 1988, p. 446, spéc. p. 449.

³ M. DE SAINT-PULGENT, « Les sanctions infligées par le Conseil des bourses de valeurs : nature et régime juridique », *RFDA*, 1991, p. 612.

⁴ Selon l'expression de Rémi Keller, dans ses conclusions, qui ancre la solution proposée dans la tradition jurisprudentielle ci-dessus rappelée (R. KELLER, « Concl. sur CE Ass., 13 nov. 2013, *M. Dahan* », *RFDA*, 2013, p. 1175).

⁵ C. FORTIER, « Le couronnement de l'arrêt *Lebon* : le choix de la sanction disciplinaire fait l'objet d'un contrôle plein du juge administratif », *AJFP*, 2014, p. 5.

⁶ CE Ass., 13 nov. 2013, *M. Dahan*, n° 347704, *Lebon* p. 279 : *RFDA*, 2013, p. 1175, concl. R. KELLER ; *AJDA*, 2013, p. 2342, chron. BRETONNEAU & LESSI ; *AJFP*, 2014, p. 5, concl. KELLER, note FORTIER ; *JCP G.*, 2014, n° 149, note VAUTROT-SCHWARTZ ; *JCP Adm.*, 2014, 2093, note JEAN-PIERRE.

⁷ R. KELLER, « Concl. sur CE Ass., 13 nov. 2013, *M. Dahan* », *préc.* p. 1175.

agents qui y ont participé, qui se révèle par l'existence d'une animosité notoire ou d'un parti pris public préalable¹.

Le rejet par le juge de toute présomption de partialité fonctionnelle dépasse largement la matière disciplinaire². Le Conseil d'État a été saisi pour avis de la question de savoir si la composition d'une commission de titre de séjour était conforme au principe d'impartialité, eu égard à la présence de deux fonctionnaires dont la fonction était, selon les requérants, de nature à créer un doute quant à leur impartialité³. Dans cet avis, le Conseil d'État rejette très explicitement toute dimension fonctionnelle du principe d'impartialité, en rappelant qu'il oblige les agents à « s'abstenir de participer aux délibérations lorsqu'ils ont un intérêt personnel à l'affaire qui en est l'objet »⁴. Le rejet est net, dans la mesure où, suivant son rapporteur public, le Conseil d'État n'examine pas le grief de partialité, mais le rejette purement et simplement, conformément à l'idée selon laquelle « en matière administrative, le principe d'impartialité n'a pas les mêmes rigueurs qu'en matière juridictionnelle », car « c'est la dimension personnelle du principe »⁵ qui importe. Le principe d'impartialité est alors amputé de toute dimension fonctionnelle, dans cette logique : plutôt que de rejeter le grief, après examen, en considérant qu'il n'est pas de nature à créer un doute quant à l'impartialité d'une procédure, le juge administratif l'exclut du contenu même du principe jurisprudentiel d'impartialité. Apparaît alors une large présomption d'impartialité fonctionnelle, dès lors qu'il est question de la mise en œuvre du principe d'impartialité de l'Administration.

Cette incomplétude du principe jurisprudentiel d'impartialité, liée à la « retenue »⁶ du juge dans la définition du contenu du principe d'impartialité, peut s'expliquer de diverses manières. On peut y voir le souci du juge de ne pas désorganiser une procédure, pour en

¹ V., entre autres, CE, 23 mai 2001, *Gobry*, n° 206102, inédit. Le juge du fond qui considérerait que le contrôle de l'impartialité de la procédure peut se passer de l'examen de l'attitude subjective de l'agent entache sa décision d'une erreur de droit : CE, 7 février 2003, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Mme Bizon*, n° 232217, *préc.*

² Le Conseil d'État se refuse largement, dans des hypothèses variées, à examiner le grief de partialité qui découlerait de la connaissance d'une affaire dans le cadre d'autres fonctions (v. par ex. CE, 11 juill. 1956, *Sieur X.*, *Lebon* p. 318).

³ Il s'agissait, en l'espèce, d'un fonctionnaire de la police aux frontières et d'un fonctionnaire de l'Office français de l'immigration et de l'intégration. Il est important de noter que l'objection tirée de l'indisponibilité des compétences ne s'applique pas au cas d'espèce, dans la mesure où ces agents ont été nommés par le Préfet, au titre des « personnalités qualifiées », conformément à l'article L 312-1 du Code de l'entrée et du séjour et du droit d'asile.

⁴ CE avis, 8 avril 2013, *M. Rajhi*, n° 364558, *Lebon T.* p. 409.

⁵ D. BOTTEGHI, « Concl. sur CE avis, 8 avril 2013, *M. Rajhi* », *base Ariane*.

⁶ J. LESSI & L. DUTHELLET DE LAMOTHE, *art. préc.*, p. 1627.

sauvegarder l'efficacité : on a vu que cette préoccupation, visant à « ne pas rendre malaisé l'exercice par un même organe administratif (...) de fonctions diverses qui lui sont dévolues par la loi »¹, traverse la jurisprudence administrative. Pour Guy Isaac, « il est impossible de concevoir une autre solution sous peine de désorganiser totalement les procédures »². Admettre une dimension fonctionnelle dans le contenu du principe conduit en effet à des conséquences bien plus larges qu'en matière de griefs personnels, dans la mesure où tout fonctionnaire placé dans la même situation serait écarté du processus décisionnel. On peut également considérer que la raison réside dans le manque de constructivisme jurisprudentiel du juge administratif : une annulation « sèche » de la procédure en raison du vice de partialité dû à l'intervention d'un agent particulier semble peu satisfaisante ; il faudrait alors que le juge dévoile un programme normatif permettant de satisfaire au principe, ce qu'il rechigne à faire, dans la mesure où le droit écrit établit un cadre des attributions de l'agent. Le principe d'impartialité, même s'il s'impose aux actes des autorités administratives, ne peut servir que difficilement à un réaménagement des compétences prévues par ces textes, fussent-ils de valeur réglementaire, bien que l'hypothèse soit théoriquement envisageable. Quelle qu'en soit la raison, il semble qu'un certain nombre d'agents bénéficient d'une présomption d'impartialité fonctionnelle, visant à sauvegarder l'efficacité des diverses procédures administratives, parce que « la jurisprudence s'est montrée plutôt réticente à importer l'approche fonctionnelle dans la matière administrative »³, en dehors des textes à tout le moins.

Ainsi, la nécessité de ne pas bouleverser l'organisation de la fonction publique semble guider le juge de l'Administration, qui refuse de faire peser certaines présomptions de partialité sur certains agents, le supérieur hiérarchique en premier lieu. C'est alors le champ d'application de la présomption d'impartialité, qui ne devrait connaître de limites que logiquement déduites de la répartition des compétences par la loi, qui voit son champ élargi, au niveau du contenu du principe. On peut parler d'incomplétude du principe, dans le sens où un principe « complet » d'impartialité amènerait le juge à examiner tout grief de partialité, quel qu'il soit, pour se demander s'il est de nature à faire douter de l'impartialité de l'agent qui a participé à l'acte. Il faut toutefois noter que, de par le caractère résiduel de la présomption d'impartialité, certaines présomptions inverses ont pu être posées par diverses

¹ A. LOUVARIS, « Impartialité des organes de régulation (à propos de la Commission bancaire) », *D.*, 2001, p. 2665.

² ISAAC, *op. cit.*, p. 435.

³ LESSI & DUTHEILLET DE LAMOTHE, *art. préc.*, p. 1627.

autorités, de manière très pointilliste, faisant ainsi basculer la mise en œuvre du principe d'impartialité dans le champ des incompatibilités ou de l'obligation de départ. On peut ainsi parler d'un déclin progressif de la présomption d'impartialité, même dans sa dimension fonctionnelle.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'étude de l'étendue de la présomption d'impartialité dont jouit l'Administration dans l'accomplissement de ses missions a quelque chose de malaisé, du fait de son caractère résiduel. Il est difficile, en effet, d'en tracer les limites, dans la mesure où sa formation résulte d'un nombre important de facteurs et qu'elle ne vaut que tant qu'une présomption inverse n'a pas été posée. Toutefois, cette étude permet de mettre en lumière les sources de la présomption d'impartialité : elle découle en premier lieu de la loi, de manière certes implicite, mais décisive. Elle est également le résultat de l'interprétation du principe d'impartialité à laquelle se livre le juge de l'Administration, dans la mise en œuvre de celui-ci. Apparaît alors une intention assez nette de ne pas donner une prise trop importante à la contestation de l'impartialité de l'Administration, toujours prompte à être remise en cause, eu égard au fonctionnement du moyen au contentieux. C'est alors par des moyens fort variés que le juge administratif crée un équilibre entre une contestation légitime de l'impartialité de l'Administration et la nécessité d'un accomplissement effectif de ses missions par cette dernière. Le caractère procédural de l'appréhension objective de l'impartialité d'un agent invite en effet le juge à la prudence dans le maniement du grief de partialité, prudence tempérée par la nécessité de garantir l'impartialité de l'Administration « en soi », qui caractérise la période la plus récente.

Cette étude se révèle utile, dans la mesure où elle permet d'identifier les situations dans lesquelles toute contestation objective de l'impartialité de l'Administration se révèle vaine. Elle permet également de faire un départ clair entre ce qui relève d'une simple obligation d'impartialité subjective et ce qui tient à la garantie objective de l'impartialité de l'Administration. Il ne faut cependant pas oublier que la présomption d'impartialité de l'Administration est simple, dans ce sens qu'elle peut être reversée par la preuve du contraire, à savoir un manquement subjectif à l'impartialité de la part de l'agent. C'est alors à l'étude de ce socle minimal de la garantie de l'impartialité de l'Administration qu'il faut s'attacher.

CHAPITRE II

LA LIMITE DE LA PARTIALITÉ AVÉRÉE DE L'ADMINISTRATION

Quand bien même aucune présomption de partialité ne pourrait être opposée à un agent de l'Administration, pour les diverses raisons évoquées, le principe d'impartialité trouve une satisfaction indirecte dans la sanction de toute forme de partialité subjective. La présomption d'impartialité est simple, dans la mesure où elle peut être renversée par la preuve d'un comportement partial. Cette partialité avérée correspond au manquement subjectif à l'impartialité. S'illustre ainsi le double visage du principe d'impartialité : sa dimension objective, procédurale, ne peut pas toujours trouver de satisfaction ; toutefois, sa dimension subjective, déontologique et comportementale, peut faire l'objet d'une réaction juridique d'une autre nature, lorsqu'un manquement est établi. Ainsi, on peut généraliser l'affirmation selon laquelle « c'est (...) seulement dans le cas où la partialité d'un membre n'est pas établie ou ne semble pas suffisamment grave pour justifier son retrait, que le Conseil [d'État] examine quelle a été en fait son attitude et son influence sur la délibération »¹.

La sanction de la partialité avérée apparaît ainsi comme le seuil minimal de la garantie de l'impartialité de l'Administration, car elle vient sanctionner les risques réalisés de partialité. Il apparaît alors que le droit administratif sanctionne toute forme de partialité avérée (section 1). Mais la réaction du système juridique ne se limite pas à cette sanction, dans la mesure où le droit pénal vient également régir le comportement de l'administrateur, de manière quelque peu insolite (section 2).

Section 1 : La sanction de toute forme de partialité en droit administratif

L'étude du droit administratif positif montre que toute forme de partialité subjective de la part d'un agent public est sanctionnée, de diverses manières. C'est ainsi qu'est assurée l'effectivité de l'obligation déontologique qui pèse sur les agents de l'Administration. Cette sanction existe de longue date et constitue, au fil du temps, une jurisprudence cohérente, malgré la diversité des outils utilisés par le juge pour parvenir à réprimer les manquements des agents.

¹ A.-M. LE POURHIET, *art. préc.*, p. 61. Il faut simplement préciser que le juge procède de la sorte lorsque la partialité objective n'est pas établie, ou ne peut être opposée à l'agent en cause.

Il apparaît d'une part que la sanction de la partialité subjective occupe une place importante en contentieux administratif de la légalité (I). Mais un manquement à l'impartialité entraîne également des conséquences en droit disciplinaire de la fonction publique ainsi qu'en droit de la responsabilité administrative (II).

I. La sanction diverse du parti pris dans le contentieux de la légalité

« La décision prise par un agent dont le parti pris est prouvé peut toujours être annulée. »¹ Parce que tout manquement à l'impartialité constitue une irrégularité dans l'application du droit, il est, lorsqu'il est établi, susceptible d'être sanctionné par le juge de l'Administration, dans l'examen de la légalité de l'acte. Le fonctionnement de la norme est alors le suivant : après avoir écarté les présomptions de partialité, pour diverses raisons, le juge recherche systématiquement si l'agent dont l'impartialité est contestée a « manqué à son obligation d'impartialité »². Si tel est le cas, l'acte administratif sera annulé sur ce fondement. Il apparaît alors que certains faits, constitutifs d'un manquement à l'impartialité, peuvent être saisis à divers titres par le juge, dans le contentieux de la légalité. La partialité de l'Administration est d'abord saisie par le détournement de pouvoir (A), mais également par l'irrégularité procédurale (B). Il résulte de cet ensemble de solutions jurisprudentielles un principe d'interdiction des comportements partiels, vigoureusement sanctionné par le juge de l'Administration, au titre de son contrôle de la légalité des actes administratifs.

A. *Le détournement de pouvoir : la censure de la partialité d'une autorité décisionnelle*

Historiquement et au regard de l'approfondissement progressif de la légalité administrative, il apparaît que les attitudes partiales ont trouvé une première forme de sanction dans l'un des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir présentant à cet égard une certaine commodité. Il s'agit du détournement de pouvoir, dont on peut considérer qu'il « a pour principal objectif la censure des attitudes partiales »³, dès lors que l'on s'interroge sur

¹ DE SMITH, WOOLF & JOWELL, *Principles of Judicial Review*, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 418.

² V., pour le dernier état du droit : CE, 22 juill. 2016, *Syndicat mixte d'études et de programmation de l'agglomération lyonnaise*, n° 390496, inédit ; CE, 8 janv. 2016, *Association de défense des propriétaires fonciers et des exploitants agricoles et autre*, n° 373058, inédit.

³ DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, *op. cit.*, p. 223.

les voies par lesquelles le juge administratif parvient à la sanction de la partialité des agents de l'Administration.

Ce moyen permet effectivement de censurer une partie des manquements subjectifs à l'impartialité. Toutefois, sa nature éminemment subjective est à la source de toutes les difficultés auxquelles la mise en œuvre de ce cas d'ouverture est confrontée. La doctrine a, dans son ensemble, mis en lumière les difficultés résultant du caractère « essentiellement subjectif »¹ de la preuve nécessaire à l'établissement du détournement de pouvoir, qui conduit le juge à une recherche « particulièrement délicate »². Si « la théorie de la preuve constitue la clé de tout système procédural »³, son maniement est particulièrement complexe, dès lors qu'il est question d'une allégation de détournement de pouvoir, *a fortiori* lorsque ce détournement découle de la partialité de l'auteur de l'acte. Quand bien même les moyens de preuves deviendraient plus larges⁴, moins exigeants⁵, et plus objectifs, le juge butte inéluctablement sur la particularité de ce moyen.

Le juge administratif fait preuve d'un effort constant pour censurer les actes résultant du parti pris de leur auteur. Ainsi, à l'époque où la légalité administrative se réduisait à la sanction de l'incompétence de l'Administration, le Conseil d'État a pu considérer qu'un acte pris dans « un intérêt purement privé » était entaché d'incompétence⁶. Avec le développement d'un cas d'ouverture plus spécifique, progressivement appelé détournement de pouvoir, il apparaît que cet effort du juge pour traquer la partialité se confirme. Cette censure, pour ancienne qu'elle soit, traverse la jurisprudence administrative, jusqu'à la période

¹ LEMASURIER, *art. préc.*, p. 43. De la même manière, pour d'autres auteurs, il s'agit d'un « vice subjectif de l'acte », qui induit un « contrôle de même type de la part du juge » (M. GROS, « Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir », *RDJ*, 1997, p. 1237).

² SOTO, *op. cit.*, p. 148.

³ P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, Paris, Pedone, 1952, p. 3.

⁴ C'est ainsi que la preuve du détournement de pouvoir peut ne pas résulter directement de l'acte lui-même, mais également de l'aveu de l'administrateur (CE, 22 mars 1901, *Sieur Roz, Lebon* p. 322), ou dans des documents annexes (CE, 16 nov. 1900, *Sieur Maugras, Lebon* p. 617). La preuve du détournement de pouvoir est ainsi facilitée en ce qu'elle « doit résulter du dossier », dossier que le juge peut enrichir, de par le caractère inquisitoire de la procédure (v. L. GOLDENBERG, *op. cit.*, p. 169).

⁵ L'assouplissement de la preuve peut résulter du fait que « tous les moyens sont légitimes qui procurent au Conseil d'État non pas même la preuve du détournement de pouvoir, mais du moins la conviction qu'il a été commis » (ALIBERT, *op. cit.*, p. 258).

⁶ CE, 30 mai 1821, *Sieur Gay-Lugny, Rec.* p. 602 : le ministre de l'intérieur est incompétent pour modifier le règlement des eaux d'une rivière non navigable dans un intérêt purement privé (v. également CE, 27 févr. 1862, *Sieur Gougis, Lebon* p. 150).

contemporaine. Différentes formes de partialité peuvent ainsi être censurées par le juge de l'excès de pouvoir.

Tout d'abord, les actes par lesquels le dépositaire du pouvoir de prendre un acte favorise son intérêt personnel sont constitutifs d'un détournement de pouvoir. Il en est ainsi d'un maire qui prend un arrêté mettant des travaux à la charge d'un administré alors qu'ils devraient être à la charge des riverains, dont il faisait partie¹. Constitue également un détournement de pouvoir l'acquisition par une commune d'une parcelle, destinée à « satisfaire le seul intérêt personnel du maire »², ou encore la décision de classement en zone d'urbanisation future, prise dans le but de permettre la vente à un prix supérieur d'une parcelle appartenant au maire de la commune³.

De plus, les actes par lesquels le dépositaire d'un pouvoir favorise certains administrés sont également constitutifs d'un détournement de pouvoir. Les situations contentieuses sont, à ce titre, très variées. Le juge ne les réprime pas moins dès lors que le parti pris du décideur est établi. Ainsi, un arrêté « pris non pour un des motifs d'intérêt public prévu par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, mais en vue de donner satisfaction aux débitants de boissons, concurrencés par l'entreprise » du requérant est susceptible d'être annulé par le juge administratif⁴. De même, tout acte administratif créant un « régime de faveur », que le juge décèle dans l'intention discriminatoire de l'agent, constitue un détournement de pouvoir⁵. Le Conseil d'État est parfois très explicite, lorsqu'il considère qu'un acte entaché de détournement de pouvoir a été pris par un maire qui « a agi dans un but (...) uniquement destiné à satisfaire aux intérêts particuliers » d'un administré⁶. Constituent également un détournement de pouvoir les actes pris en vue de favoriser certains intérêts, notamment ceux

¹ CE, 26 mars 1910, *Sieur Nast*, *Lebon* p. 347.

² CE, 26 mai 1995, *Commune de Flammerecourt*, n° 137577, inédit.

³ CE, 6 nov. 2006, *Association les amis du Château d'Hénonville*, n° 277829, inédit : *BJDU*, 2007, p. 146, concl. DEVYS.

⁴ CE, 15 déc. 1926, *Sieur Taran*, *Lebon* p. 1106.

⁵ CE, 3 août 1927, *Stade olympique Chabanais*, *Lebon* p. 917 (pour une autorisation délivrée à une association, alors que la société requérante s'est vu refuser cette autorisation) ; CE, 4 mai 1928, *Sieur Beau et autres*, *Lebon* p. 548 (arrêté municipal interdisant les quêtes publiques, sauf celles au profit d'une association particulière) ; CE, 14 déc. 1932, *Sieur Haincourt*, *Lebon* p. 1073 (pour un refus d'autorisation visant à protéger le bénéficiaire d'une autorisation similaire) ; CE, 23 déc. 1932, *Société « L'Éveil de Contres »*, *Lebon* p. 1129 : *D.* 1936, III, p. 9, note DUCLOS (autorisation de police favorisant une société au détriment d'une autre, sans motifs tirés de la protection de l'ordre public). V. également, dans la jurisprudence plus récente : CE, 8 déc. 1989, *Ville de Brest*, n° 71171, inédit ; CE, 2 avril 1993, *M. Klaus X.*, n° 97417, inédit ; CE, 9 juill. 1997, *M. Ben Abdulaziz Al Saoud*, n° 123368, inédit (*BJDU*, 1997, p. 250, concl. TOUVET).

⁶ CE, 11 mai 1984, *Maire de Calacuccia*, inédit : *RDP*, 1986, p. 275.

des commerçants locaux¹ ; *a fortiori* lorsque l'intérêt favorisé est celui d'un administré en particulier, que celui-ci soit un commerçant², un membre du conseil municipal³, une société implantée sur le territoire de la commune⁴ ou un proche de l'agent⁵. Si les actes pris par le maire font souvent l'objet de ce type de censure, il n'en va pas différemment, même si l'hypothèse est plus rare, du préfet qui, en modifiant le plan d'occupation des sols qu'il est chargé d'approuver, favorise les intérêts du maire et de sa famille⁶, ou encore du gouvernement qui adopte un décret modifiant les conditions d'accès à un emploi public dans le seul but de « permettre la nomination (...) d'une personne déterminée »⁷.

Enfin, les actes qui manifestent une forme de défaveur pour un administré ou un agent peuvent également être annulés sur le terrain du détournement de pouvoir. Si le juge demeure assez laconique quant aux circonstances qui lui ont permis de déceler la partialité de l'autorité administrative, en renvoyant aux résultats de l'instruction, il reconnaît le détournement de pouvoir dans les mesures visant une société en particulier⁸, les autorisations soumises à des conditions manifestant un parti pris défavorable envers un administré⁹, les actes manifestant une animosité de la part de l'autorité¹⁰, ou encore les actes pris dans un but vindicatif¹¹.

¹ CE, 8 nov. 1932, *Sieur Clapier*, *Lebon* p. 922 ; CE, 9 juin 1937, *Sieur Barbier*, *Lebon* p. 573 ; CE, 2 nov. 1939, *Sieur Bouglione*, *Lebon* p. 549 ; CE, 22 janv. 1975, *Commune de Vallon-Pont-d'Arc*, n° 91135, *Lebon* p. 43 ; CE Sect., 25 jan. 1991, *Brasseur*, n° 80969, *Lebon* p. 23, concl. STIRN : RFDA, 1991, p. 594, note DOUENCE ; *JCP G*, 1991, II, 21654, note MOREAU ; CE, 23 avril 1997, *Commune de Gets*, n° 115523, *Lebon T.* p. 662.

² CE, 23 mars 1938, *Société des transports Citroën*, *Lebon* p. 304.

³ CE, 2 févr. 1938, *Sieur Rulhe*, *Lebon* p. 127.

⁴ CE, 4 mars 1964, *Dame veuve Borderie*, *Lebon* p. 157.

⁵ CE, 19 juin 1991, *Johannet*, n° 68885, *Lebon* p. 245.

⁶ CE, 3 avril 1987, *Commune de Viry-Châtillon*, n° 63945, inédit : LPA, 22 avril 1988, p. 10, note MODERNE.

⁷ CE, 13 janv. 1995, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration*, n° 145384, *Lebon* p. 23. V. également, pour le gouverneur de l'Inde française, qui ne peut procéder de la même manière sans commettre un détournement de pouvoir : CE, 4 janv. 1936, *Association amicale des contributions de l'Inde française*, *Lebon* p. 10. V. encore CE, 25 juin 1952, *Sieurs Sammarcelli et Ollier*, *Lebon* p. 333.

⁸ CE, 1^{er} juill. 1898, *Société la Seynoise*, *Lebon* p. 498 ; CE, 6 déc. 1933, *Société de gymnastique L'Avenir d'Oyonnax*, *Lebon* p. 1135 : D., 1936, III, p. 13.

⁹ CE, 14 janv. 1910, *Sieur Géraud*, *Lebon* p. 23.

¹⁰ CE, 13 mars 1930, *Abbé Petit*, *Lebon* p. 1171 (interdiction d'une manifestation cultuelle prise par animosité personnelle) ; CE, 21 juin 1939, *Sieur Dominique*, *Lebon* p. 416 (*a contrario*, en ce qui concerne « l'inimitié personnelle ») ; CE, 16 févr. 1972, *Ministre de l'équipement c/ Baron*, *Lebon* p. 139 (procédure d'expropriation engagée au motif d'une animosité personnelle envers le nouveau propriétaire du terrain) ; CE, 2 avril 1971, *Sieur Zimmermann*, *Lebon* p. 269 (modification des horaires d'ouverture d'une mairie adoptée pour permettre l'éviction du requérant de son emploi) ; CE, 31 oct. 1973, *Dame Gille*, *Lebon* p. 605 (décision de mutation d'office inspirée par une animosité personnelle de l'autorité compétente pour la prononcer).

¹¹ CE, 28 mai 1937, *Sieur Cortès*, *Lebon* p. 535.

Cependant, ce type d'annulation pour détournement de pouvoir intervient lorsque la poursuite d'un but entaché de partialité est à l'origine de l'acte : la circonstance liée à l'existence d'un élément de partialité n'a rien d'accidentel, dans la mesure où elle a déterminé la prise de décision de l'Administration. Le juge est très clair sur ce point, dans certaines espèces : ainsi, la décision du conseil d'administration d'un centre d'action social de transformer un emploi dans le seul but de permettre de recruter l'épouse du président de ce conseil est entachée de détournement de pouvoir, alors que le juge prend soin de rappeler qu' « aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe général du droit ne fait obstacle à la nomination par une autorité territoriale d'un membre de sa famille »¹. En cas de décision complexe, cela suppose que le décideur adopte les buts entachés de partialité de celui qui entend mésuser le pouvoir, ce qui pose une difficulté supplémentaire dans le maniement de ce cas d'ouverture. C'est pourquoi le détournement de pouvoir est essentiellement opposable aux actes simples, dont le schéma décisionnel se situe entièrement dans le chef d'un seul agent. Le cas des organes collégiaux investis d'un pouvoir décisionnel, tels que les jurys de concours illustre cette difficulté : si le Conseil d'État reconnaît, *a contrario*, que la partialité d'un jury serait constitutive d'un détournement de pouvoir, il ne prononce pas l'annulation d'un concours sur ce fondement².

B. *L'irrégularité procédurale : la censure de la partialité dans la formation de l'acte*

Un manquement à l'impartialité peut vicier l'acte administratif à d'autres titres, lorsque l'acte administratif est procéduralisé. Il peut en effet vicier les étapes préalables, dont l'accomplissement aboutit à la décision administrative, résultat de plusieurs manifestations de volonté. C'est ainsi que les mêmes griefs de partialité sont opposables, en dehors de tout détournement de pouvoir, à la procédure d'élaboration de l'acte. Ils ne peuvent servir à l'établissement d'un détournement de pouvoir, dans la mesure où l'agent qui a manqué à l'impartialité ne dispose pas du pouvoir de prendre l'acte. Cependant, le même fait, la

¹ TA Limoges, 7 déc. 1989, *Mlle Pachaud et autres*, *Lebon T.* p. 732.

² V. CE, 20 janv. 1989, *Mme X.*, n° 88730, inédit. Le détournement de pouvoir peut être retenu, dans le cas d'un concours, mais il n'est pas constitué par la partialité du jury (CE, 15 févr. 1978, *Plantureux*, n° 00968, *Lebon* p. 73). Un l'inverse, des faits constitutifs de partialité peuvent conduire à l'annulation, sans que le détournement de pouvoir soit retenu (CE, 27 oct. 1965, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Sudaka et Lamas*, *Lebon* p. 557 : *D.*, 1966, p. 146, note GILLI).

partialité de l'agent, peut être sanctionné par le juge, à un autre titre¹. Le moyen est d'autant plus facilement accueilli que le juge n'a pas à rechercher si le manquement à l'impartialité est constitutif du but dans lequel l'acte a été pris : il s'attache seulement à examiner la régularité de la procédure qui a conduit à la décision administrative. Le juge administratif s'applique alors à purger tout manquement à l'impartialité en annulant, sur le terrain du vice de procédure, l'acte entaché de partialité². L'annulation est prononcée au terme d'une analyse largement casuistique des circonstances particulières dans lesquelles la décision a été prise.

Tout acte administratif pris à l'issue d'une procédure juridique peut être annulé si un agent participant à l'édition de l'acte a manqué à l'impartialité à laquelle il est tenu. Ce manquement subjectif à l'impartialité doit être prouvé, ce qui pose les difficultés désormais connues en matière d'établissement de la partialité subjective, qui sont les mêmes qu'en matière de détournement de pouvoir³. La preuve doit être suffisante pour permettre au juge de se forger son « intime conviction »⁴, dans un système où l'administration de la preuve est relativement libre⁵, tout en restant exigeant⁶. Le juge administratif est, en dernière analyse, le « maître de la preuve »⁷ et fait preuve, à cet égard, d'une « sollicitude discrète mais efficace

¹ Certains auteurs, tels qu'Éric Mitard, considèrent que dès lors que le grief de partialité est examiné au titre de la régularité de la procédure, il faut parler d'impartialité objective (É. MITARD, *art. préc.*, spéc. p. 483 et s.). Toutefois, l'analyse de la jurisprudence conduit à opérer une distinction entre le manquement subjectif à l'impartialité, qui peut être un vice de procédure, de l'examen de l'impartialité objective d'un agent, dont le défaut constitue également un vice de procédure.

² Ainsi, toute forme de partialité est « de nature à entacher la régularité de la procédure » (CE, 12 avril 1995, *Paisnel*, n° 33744, inédit).

³ S'agissant de la partialité du commissaire enquêteur, Hostiou et Hélin reconnaissent que « l'établissement de ce manquement s'avère particulièrement délicat » (J.-C. HÉLIN & R. HOSTIOU, *Traité de droit des enquêtes publiques*, *op. cit.*, p. 135). Le premier considère encore que l'administration de la preuve de la partialité est « infiniment délicate » (HOSTIOU, « Le commissaire-enquêteur ne doit avoir aucun lien... », *art. préc.*, p. 465). Pour Jean-Gabriel Sorbara, « la preuve de la partialité du juge pose la même difficulté » qu'en matière de détournement de pouvoir, « parce que l'objet de la preuve, le *fact probandum*, a un caractère subjectif qui le rend insaisissable » (J.-G. SORBARA, « L'affaire *Beausoleil* : la publicité comme preuve de la partialité du juge », *AJDA*, 2017, p. 180, spéc. p. 182).

⁴ V. A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1967, 4^e éd., p. 456. Pour Jean-Marie Auby et Roland Drago, le requérant doit apporter « au moins un commencement de preuve », ce qui atténue le principe selon lequel la charge de la preuve incombe au requérant (AUBY & DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. I, Paris, LGDJ, 1975, 2^e éd., p. 747).

⁵ V. PACTET, *op. cit.*, p. 135 et s. : pour l'auteur, le principe de la liberté de la preuve repose sur son caractère essentiellement moral, en contentieux administratif, dans la mesure où elle repose sur l'intime conviction du juge. Plus récemment, v. C. FOULQUIER, *La preuve et la justice administrative française*, préf. J.-A. MAZÈRES, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2013, spéc. p. 35 et s.

⁶ Si la circonstance invoquée par le requérant n'est pas suffisante, le juge considère qu'elle ne fait « apparaître aucun manquement au principe d'impartialité » (CE, 19 oct. 2012, *M. Sayah*, n° 344061, *Lebon T.* p. 785 : *AJDA*, 2013, p. 190, note LEGRAND), ou que le requérant « n'apporte aucune précision de nature à permettre de justifier du bien fondé de ce moyen » (CE, 8 févr. 1965, *Sieur Tremblay*, *Lebon* p. 89).

⁷ AUBY & DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 545.

en faveur des administrés »¹. Ainsi, pour autant que la partialité soit établie par divers éléments composant le dossier, le juge peut prononcer l'annulation de la décision prise à l'issue de la procédure². Le Conseil d'État a récemment rappelé l'étendue des attributions respectives des parties et de ses propres pouvoirs, en matière d'établissement d'un manquement à l'impartialité.

Considérant (...), d'une part, que si, en vertu des règles gouvernant l'attribution de la charge de la preuve devant le juge administratif, applicables sauf loi contraire, il incombe, en principe, à chaque partie d'établir les faits nécessaires au succès de ses prétentions, les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci ; que, d'autre part, il appartient au juge administratif, dans l'exercice de ses pouvoirs généraux de direction de la procédure, d'ordonner toutes les mesures d'instruction qu'il estime nécessaires à la solution des litiges qui lui sont soumis (...); qu'il lui incombe ainsi de mettre en œuvre ses pouvoirs d'instruction pour apprécier le bien fondé d'un moyen tiré de l'absence d'impartialité alléguée de l'agent.³

Ainsi, les manifestations de toute forme de partialité au cours de la procédure peuvent conduire le juge à prononcer l'annulation de la décision finale. Partant, la décision prise suite à l'avis émis par une commission au sein de laquelle « deux agents avaient manifesté à l'égard du requérant des sentiments empreints d'une animosité personnelle » doit être annulée dans la mesure où elle contrevient à l'exigence d'impartialité⁴. De la même manière, la décision faisant suite à une opération de concours peut être annulée si l'un des membres du jury a, par son attitude, privé le requérant des garanties d'impartialité auxquelles il avait droit⁵. Un commissaire enquêteur qui, par son attitude, aurait exprimé une certaine hostilité à l'endroit d'associations ayant déposé des observations, manque à son obligation

¹ L. CADOUX-TRIAL, « La charge de la preuve devant le Conseil d'État », *EDCE*, 1953, p. 85, spéc. p. 86.

² Le juge peut fonder sa conviction sur le procès-verbal d'une réunion (TA Orléans, 14 avril 1972, *Sieur Rosanvallon, Lebon* p. 867), ou encore sur l'audition de témoins, pour décider que « des présomptions graves, précises et concordantes permettent de regarder comme établie » l'existence du manquement à l'impartialité (CE, 27 oct. 1965, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Sudaka et Lamas, préc.*).

³ CE, 19 juill. 2016, *SAS Fruitofood, préc.*

⁴ CE Sect., 20 avril 1951, *Sieur Barthe, Lebon* p. 205.

⁵ CE, 19 nov. 1958, *Butori, Lebon*, p. 565 : *AJDA*, 1958, II, p. 450, concl. BERNARD. Si l'arrêt est quelque peu laconique quant à la teneur de l'attitude du membre du jury dont l'impartialité est contestée, la lecture des conclusions nous apprend qu'elle était constituée par une animosité notoire, doublée de menaces publiques de faire échouer le requérant au concours. V., pour la procédure de nomination à un poste de professeur de chirurgie dentaire nécessitant l'avis d'une commission dont la composition est irrégulière à raison de la présence d'un agent en « conflit personnel particulièrement vif » avec les requérants, qui prend « une part active aux délibérations » : CE, 13 nov. 1989, *Ministre de l'Éducation nationale*, n° 73896, *Lebon T.*, p. 719 ; pour la procédure de recrutement d'un professeur des universités, alors que siégeaient au sein de la commission de spécialistes « plusieurs personnes ayant manifesté leur hostilité à la personne » du requérant : CE, 22 juin 1994, *M. Lukan*, n° 131232, inédit.

d'impartialité, ce qui entraîne l'annulation la procédure d'enquête¹ ; il en serait de même s'il était établi que l'avis rendu par le commissaire enquêteur contenait des appréciations « tendancieuses ou inexactes »², ou des « erreurs faisant ressortir le manque d'impartialité du commissaire »³. Le Conseil d'État précise parfois que cette manifestation d'une animosité personnelle constitue « un manquement à l'obligation d'impartialité qui s'impose » à tout agent⁴. Il n'en va pas différemment de la décision de sanction prise à la suite de l'avis d'un conseil de discipline, au sein duquel siégeait un agent qui « avait précédemment manifesté dans l'exercice de ses fonctions, une animosité notoire envers le requérant »⁵, que le juge parvient parfois à établir lorsqu'il ressort du dossier que l'agent a fait état « d'éléments extérieurs au dossier »⁶, ou en examinant la nature des rapports entre le requérant et la personne dont l'impartialité est contestée⁷.

À l'inverse, le parti pris favorable à un administré peut également constituer une irrégularité, s'il apparaît que l'agent a manqué d'impartialité dans le traitement du cas de cet individu⁸. Sera également constitutif d'une irrégularité procédurale le fait, pour un agent

¹ CAA Lyon, 27 avril 2004, *Commune des Vans*, n° 03LY01009, inédit.

² V., *a contrario*, CE, 10 févr. 1939, *Syndicat professionnel de défense agricole et viticole de Cassis*, préc.

³ V., *a contrario*, CE, 21 oct. 1953, *Leduc*, *Lebon* p. 446.

⁴ CE, 28 avril 2004, *M. Brangier*, n° 257385, inédit.

⁵ CE, 16 févr. 1979, *Baillet*, n° 05928, *Lebon T.* p. 603 ; CE, 10 mai 1996, *Office public départemental d'habitation à loyer modéré de la Vienne*, n° 115303, inédit.

⁶ CE, 22 avril 1961, *Fraunié*, *Lebon T.* p. 1077.

⁷ Le juge administratif se fonde à plusieurs reprises sur l'état des relations entre les agents pour juger que manque à son obligation d'impartialité l'agent qui siège malgré l'existence d'un « violent conflit » qui l'opposait au requérant (CE, 17 nov. 2003, *M. Achibet*, n° 232154, inédit), ou d'un « différend » lourd de conséquences (CE, 29 juill. 2002, *M. X*, n° 223148, inédit).

⁸ V. par exemple, pour le recrutement d'un professeur de dessin à l'école Polytechnique suite à la délibération d'une commission au sein de laquelle le beau-frère d'un candidat a « pris une part active à la délibération en soutenant la candidature de son beau-frère » : CE, 5 oct. 1955, *Sieur Bernard et autres*, *Lebon* p. 463 ; v. également, pour une procédure d'avancement, CE, 8 janv. 1992, *Mme Seronde-Babonaux*, préc.

participant à une procédure, de chercher à favoriser ses propres intérêts¹, ou ceux d'un tiers², situation fréquente en droit municipal³.

Plus intéressante encore est la jurisprudence liée à une autre forme de partialité qu'est le préjugement⁴, le parti pris préalable à la décision définitive. Elle illustre en effet toute l'ambiguïté du maniement du principe, entre l'appréhension subjective de l'impartialité ou son appréciation objective. Par ailleurs, elle concerne un fait particulier, celui de manifester une opinion dès avant la décision finale, prise à la suite d'une procédure visant à établir une situation. Ce fait n'est pas constitutif d'un détournement de pouvoir, ce qui contribue à une première singularisation du principe, dans la mesure où ce dernier présente alors un intérêt purement procédural, car il vise à sauvegarder l'effectivité de la procédure. Le caractère subjectif de l'appréhension de ce grief de partialité conduit le juge à rechercher un manquement à l'impartialité, au cours d'une procédure. Dans cette mesure, le préjugement doit, dans la jurisprudence administrative, présenter un certain nombre de caractéristiques de nature à établir un manquement. Toutefois, un préjugement peut également apparaître au cours du déroulement normal de la procédure, en dehors de tout manquement subjectif à l'impartialité, d'où un basculement aisé vers une appréhension objective.

Le juge censure, dans un premier temps, la manifestation d'un préjugement là où il est expressément interdit. Ainsi, le fait, pour le rapporteur d'un conseil d'enquête, de faire connaître son opinion sur les faits reprochés, alors que le texte instituant la procédure disciplinaire l'interdit formellement, entache la procédure d'irrégularité⁵. Puis, le juge administratif tend à sanctionner la manifestation d'un préjugement en dehors de l'exercice

¹ CE, 10 mars 1978, *Ministre de l'Agriculture*, n° 02284, *Lebon T.* p. 702 : un géomètre participant à la préparation d'une opération de remembrement qui a acheté plusieurs parcelles au sein du périmètre de l'opération ne présente pas les « garanties d'objectivité indispensables », ce qui justifie l'annulation de la décision de la commission départementale de remembrement. V. également CAA Paris, 29 juin 1999, *SARL Mazel Ambulances Pédiatrie 93*, n° 97PA00404, inédit.

² CE Sect., 25 janv. 1991, *Vigier*, n° 104497, *Lebon* p. 29 : *AJDA*, 1991, p. 389, concl. LEROY : pour le cas d'un vice président de fédération sportive qui exerce des pressions sur les membres du jury du championnat de France de culturisme afin que le requérant soit rétrogradé au profit d'un autre candidat.

³ V., parmi un contentieux abondant, CE, 27 déc. 1901, *Sieurs Hubert et Tasd'homme*, *Lebon* p. 924 ; CE, 26 nov. 1909, *Bouchez*, *Lebon* p. 907 ; CE, 19 juill. 1912, *Sieur de Latour, Mottes et autres*, *Lebon* p. 839 ; CE, 12 fév. 1986, *Commune d'Ota, préc.* ; CE, 28 juill. 1993, *Commune d'Arcangues*, n° 121419, inédit ; CE, 22 fév. 1995, *Commune de Ménotey*, n° 150713, inédit.

⁴ Si ce néologisme ne figure pas dans les dictionnaires linguistiques, il est utilisé par le Conseil d'État, depuis 2003, dès lors qu'il est question de ce grief spécifique de partialité (v., entre autres : CE, 30 déc. 2003, *Mme Richard*, n° 251234, inédit : *RFDA*, 2004, p. 365, concl. GUYOMAR).

⁵ CE, 3 août 1900, *Sieur Bonfaute*, *Lebon* p. 523 ; CE, 20 juin 1913, *Channelière*, *Lebon* p. 702.

normal des fonctions. Il faut alors que l'opinion de l'agent ait été manifestée publiquement¹, en dehors de l'exercice normal des fonctions², préalablement à la décision, et qu'elle ait eu une chance raisonnable d'influencer son contenu. Un arrêt rendu par la Section du contentieux du Conseil d'État, en 1966, illustre parfaitement les caractéristiques que doivent revêtir le manquement à l'impartialité reproché à l'Administration : au cours d'une procédure de recrutement d'un secrétaire de mairie, le maire de la commune manifeste, dans les mesures d'organisation du concours ainsi que dans une lettre adressée à la requérante, une position de principe hostile au recrutement d'une femme pour occuper cet emploi. Le Conseil d'État annule l'opération, dans la mesure où le maire de la commune a présidé le jury du concours, ce qui a privé la requérante des garanties d'impartialité nécessaires. Le Conseil d'État prend soin de noter le caractère public et préalable de cette prise de position pour prononcer l'annulation, qu'il fonde sur le principe d'impartialité, autonomisé par le fait qu'il semble le mieux à même de saisir ce type d'agissement³. Le caractère public de la prise de position est essentiel à la qualification du manquement⁴. Le préjugement d'une affaire peut également être

¹ Le fait, pour un membre d'une commission d'épuration, d'avoir « publiquement pris parti contre le requérant » est de nature « à lui retirer l'indépendance nécessaire pour siéger » au sein de la commission (CE, 18 févr. 1949, *Sieur Viet, Lebon* p. 84). De la même manière, un commissaire enquêteur qui exprimerait publiquement des opinions de caractère général qui se révèlent être celle de l'association de protection de l'environnement à laquelle il appartient, manque à son obligation d'impartialité (TA Amiens, 30 oct. 1997, *SA Compagnie des sablières de la Seine*, n° 932400, inédit : *Dr. adm.* 1998, n° 9).

² Ainsi, la présence, au sein d'une commission départementale des impôts directs, d'un interlocuteur départemental qui « ne s'était pas borné auparavant à recevoir » à la demande du requérant pour le renseigner sur l'état de son dossier, mais « avait, par un courrier (...), expressément pris parti sur le fond du litige », entache la procédure d'imposition de partialité (CE, 9 mars 1990, *Consorts Dupré*, n° 52260, *Lebon T.* p. 670). De même, le membre d'une commission de discipline ne peut siéger sans méconnaître le principe d'impartialité, dès lors qu'il a déposé une plainte pénale contre le requérant (CE, 30 nov. 1994, *Bonnet*, n° 136539, *Lebon T.* p. 1206) ; s'il s'est exprimé sur la le fond de l'affaire dans un entretien publié dans un quotidien (CE, 27 oct. 1999, *Fédération française de football*, n° 196251, inédit : *JCP G*, 2000, II, 10377, note PIASTRA ; CE, 11 juill. 2012, *SARL Média Place Partners*, n° 351159, *Lebon* p. 583 : *RJEP*, 2013, comm. 11, note FRIBOULET).

³ CE Sect., 9 nov. 1966, *Commune de Clohars-Carnoët, Lebon* p. 591 : *D.*, 1967, II, p. 92, concl. BRAIBANT ; *RDP*, 1967, p. 334, note WALINE ; *AJDA*, 1967, p. 34, chron. MASSOT & LECAT.

⁴ Dans un arrêt de 2003, le Conseil d'État considère que le rapporteur devant la Commission nationale d'aménagement foncier a pris parti contre le requérant, dans un courrier adressé au maire d'une commune ; il ajoute cependant que « cette prise de position a été rendue publique », dans le cadre d'une instance contentieuse, pour retenir le manquement à l'obligation d'impartialité (CE, 30 juill. 2003, *MM. Berriot*, n° 228230, *Lebon T.* p. 650). Le caractère public de la prise de position peut également être retenu lorsque les membres d'une commission ont pris position sur une affaire dans une autre instance, préalablement à la décision finale (CAA Nantes, 19 déc. 2006, *Société Expan Lanvallay*, n° 05NT01988, inédit : *AJDA*, 2007, p. 683, note ARTUS). V. aussi TA Marseille, Ord., 21 déc. 2009, *M. R. c/ Recteur de l'académie d'Aix-Marseille*, n° 0908370, inédit : *Dr. adm.*, 2010, comm. 78, note TAILLEFAIT : les propos tenus « publiquement et préalablement » à la tenue d'un conseil de discipline par son président, « traduisant un parti pris » à l'encontre du requérant, sont de nature à établir un manquement à l'impartialité.

décelé par l'adoption, par un agent, d'une « position de principe », donc inflexible, sur une question liée à l'examen de l'affaire¹.

Dans ce type d'espèces, le manquement à l'impartialité est constaté lorsque le préjugement est exprimé de manière anormale : il ne doit pas découler de l'exercice des fonctions conférées par les règles habilitantes et se décèle toujours par l'analyse du comportement de l'agent, dans la mesure où il s'agit d'établir un manquement subjectif². Il soulève cependant un certain nombre de questions dans les procédures de sanction, dans la mesure où les conditions relatives à la constatation d'un préjugement de l'affaire peuvent se trouver réunies, dès lors que les fonctions de poursuite et de sanction se trouvent cumulées. C'est alors l'autosaisine qui serait mise en cause, ce qui relève de l'impartialité fonctionnelle, dont on connaît l'appréhension mesurée par le juge administratif. Toutefois, au stade subjectif, le juge recherche des éléments de nature à qualifier un manquement à l'impartialité. Il en est ainsi, dans un premier temps, de la procédure de sanction de la Commission des opérations de bourse : saisie d'un recours contre une sanction prononcée par cette autorité, la Cour d'appel de Paris considère que la procédure est entachée d'irrégularité, dans la mesure où, quelques jours après la notification des griefs, la Commission avait diffusé un communiqué indiquant notamment que les informations diffusées par la société en cause « étaient trompeuses pour le public »³. D'une manière similaire, le fait, pour la même autorité, d'avoir pris position sur les faits, dans son rapport public annuel et avant la délibération finale, constitue un manquement à l'obligation d'impartialité⁴. La question de savoir si la notification des griefs est, en soi, constitutive d'un préjugement n'est, à ce stade, pas posée. Bien au contraire, le Conseil d'État, lorsqu'il examine la régularité d'une décision de sanction

¹ Il en est ainsi d'un commissaire enquêteur trop favorable, par principe, au développement des énergies éoliennes (CAA Marseille, 28 juin 2007, *SHF Energies France*, n° 05MA01042, inédit : *RJE*, 2008, p. 109, obs. HÉLIN ; TA Rennes, 14 août 2013, *Association Environnement et Paysage en Haute-Bretagne et Ille-et-Vilaine*, n° 1104359, inédit). L'emploi des termes tenus pour partiels ne doit pas seulement être « regrettable et maladroit », il doit permettre d'établir un parti pris, au risque, pour le juge du fond, de dénaturer les pièces du dossier (CE, 11 mai 2016, *Les carrières de Saint-Lubin*, n° 387908, inédit).

² Ainsi, les « prises de position initiales » d'une inspectrice du travail ne justifient l'annulation de la décision de licenciement que parce que cette inspectrice avait « d'emblée admis la position de l'employeur quant à la réalité des faits reprochés » au requérant, ce qui révèle un manquement à l'impartialité (CAA Paris, 14 juin 2010, *M. A.*, n° 08PA03680, inédit : *JCP Adm.*, 2011, 2000, chron. EVEN) ; de même, une commission de recrutement universitaire ne peut accueillir en son sein un professeur qui avait déjà été rapporteur sur le dossier de la candidate, que parce que celui-ci avait fait état, à l'encontre de la requérante, de « considérations extérieures à l'appréciation de ses mérites scientifiques et mettant en cause son comportement privé » (CE, 26 janv. 2007, *Mme Berthet-Cahuzac*, n° 280955, inédit : *AJDA*, 2007, p. 711).

³ CA Paris, 15 janv. 1993, n° 92-14779, *Derveloy c/ Agent judiciaire du Trésor* : *JCP E*, 1993, II, n° 414, p. 71, note DOBKINE ; *Bull. Joly Bourse*, 1993, p. 151, note VIANDIER.

⁴ *A contrario* : CA Paris, 2 juill. 1999, *Dubus* ; LPA, 15 oct. 1999, p. 5 note DUCOULOUX-FAVARD ; *RGDP*, 1999, p. 721 note IDOT.

prise à la suite de l'autosaisine d'une autorité, ne prononce l'annulation que lorsqu'il relève un manquement à l'impartialité, tenant à ce que les faits seraient « d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible (...) [serait] d'ores et déjà reconnu »¹, ou lorsque l'autorité a « pris nettement position » sur le caractère fautif des faits visés². Ces espèces illustrent la ténuité de la distinction entre l'impartialité objective et l'impartialité subjective, dès lors qu'il est question de ce grief particulier³, tout autant que la fragilité de la solution, fortement critiquée et remise en cause par la suite⁴.

À l'inverse, un manquement allégué à l'impartialité peut ne pas être retenu par le juge, faute pour le requérant d'apporter la preuve suffisante d'un parti pris réel de l'agent qui aurait influencé la décision. Il en est ainsi lorsque la circonstance invoquée n'est pas de nature à faire ressortir une véritable prise de position⁵, ou lorsque la circonstance invoquée est sans lien avec la décision contestée devant le juge⁶. Le Conseil d'État précise souvent qu'il rejette le moyen au terme d'une analyse de « l'attitude »⁷ de l'agent, qui aurait « révélé un manque

¹ CE Sect., 20 oct. 2000, *Société Habib Bank Limited*, n° 180122, *Lebon* p. 433, concl. LAMY : *AJDA*, 2001, p. 1001, chron. GUYOMAR et COLLIN et p. 1071, note SUBRA DE BIEUSSES ; *D.*, 2001 ; p. 2665, note LOUVARIS. La solution concerne la Commission bancaire, juridiction administrative spécialisée, mais le Conseil d'État prend soin de préciser que le principe dégagé s'applique « à une juridiction ou à un organisme administratif ». Pour son application à des autorités administratives, v. CE, 22 juin 2001, *Société Athis*, n° 193392, *Lebon* p. 276 (*AJDA*, 2001 p. 634, chron. GUYOMAR et COLLIN ; *RFDA*, 2002, p. 509, concl. LAMY) ; CE, 4 fév. 2005, *Société GSD Gestion et M. Gautier*, n° 269001, *Lebon* p. 28 ; CE, 9 nov. 2011, *Benzoni*, n° 341658, *Lebon* p. 547 ; CE 11 juill. 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 347146, *Lebon T.* p. 759.

² CE, 28 oct. 2002, *M. Laurent*, n° 222188, *Lebon* p. 361 : *RDP*, 2002, p. 1607, note PRÉTOT ; *AJDA*, 2002, p. 1492, note COSTA.

³ La lecture des conclusions montrent que c'est bien le manquement subjectif à l'impartialité qui est visé, dans la mesure où le commissaire du gouvernement prend soin de préciser que le parti pris résulte de l'attitude de l'Administration, car « à aucun moment le conditionnel n'est employé », dans la lettre de notification des griefs (F. LAMY, « Concl. sur CE Sect., 20 oct. 2000, *Société Habib Bank Limited* », *Lebon* p. 433).

⁴ V. *infra*, cette partie, titre second, chapitre II, section 2, § 2.

⁵ N'est pas constitutif d'un manquement à l'impartialité le fait, pour un chef de service qui siège au conseil de discipline, d'annoter le rapport, dans la mesure où rien ne dénote un parti pris de la part de cet agent (CE, 4 juin 1958, *Ministre des Anciens combattants c/ Vielle*, *Lebon T.* p. 816) ; le simple fait qu'un membre d'une commission d'enquête « se serait exprimé avant la conclusion de la procédure » ne constitue pas un manquement à l'impartialité, dans la mesure où il ne ressort pas de cette circonstance un quelconque parti pris (CE, 16 nov. 1998, *Association sauvegarde Layon-Hyrome*, n° 183544, inédit).

⁶ Le fait, pour un membre d'une commission consultative, d'avoir signée une plainte déposée devant le procureur de la République n'est pas de nature à entacher la procédure d'irrégularité, « eu égard à la nature, à la composition et au rôle » de cette commission, qui n'a pas le caractère d'une instance disciplinaire (CE Sect., 23 juin 1972, *Syndicat des métaux (C.F.D.T.) (C.F.T.C.) des Vosges et autres et S.A. Perrin-Électronique*, *Lebon* p. 473, concl. BERNARD). De même, la déclaration prématurée du président de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers – préalable à la notification de la sanction – est sans incidence sur la régularité de la procédure, dans la mesure où elle est intervenue après la délibération (Cass. com., 19 déc. 2006, *Société Vivendi Universal*, n° 05-18919 : *D.*, 2007, p. 132).

⁷ CE, 10 mars 1971, *Jannès*, *Lebon* p. 203 ; CE, 28 jan. 1998, *Merrain*, n° 160042, *Lebon T.* p. 1082.

d'impartialité de sa part »¹. Dans la majeure partie des cas, le juge se contente de rejeter le grief de partialité subjective en considérant simplement qu' « il ne ressort pas des pièces du dossier » que l'agent ait « fait preuve de partialité »².

Les conséquences de la partialité de l'Administration ne sont pas seulement tirées sur le terrain de la légalité de l'acte administratif, pris dans un but irrégulier ou à la suite d'une procédure entachée par un manquement à l'impartialité de l'un de ses participants. Le manquement subjectif de l'agent public entraîne en effet certaines conséquences en droit disciplinaire et en droit de la responsabilité de l'Administration.

II. Le droit disciplinaire et la faute personnelle découlant des comportements partiels

Le comportement partiel d'un agent entraîne d'autres conséquences en droit administratif. L'agent ayant manqué subjectivement à son obligation d'impartialité s'expose à une sanction disciplinaire, hypothèse extrêmement rare dans le contentieux disciplinaire (A). C'est sur le terrain de la responsabilité personnelle de l'agent que les conséquences sont les plus riches, illustrant de manière incidente la nature du manquement à l'impartialité (B).

A. La rareté du contentieux disciplinaire

Un manquement à l'impartialité est constitutif d'une faute disciplinaire, susceptible de faire l'objet d'une sanction. Toutefois, si « le contentieux administratif portant sur la partialité est volumineux (...), la jurisprudence relative à des sanctions disciplinaires prononcées sur ce motif est rare »³, eu égard à la discrétion du contentieux disciplinaire. Ainsi, la sanction disciplinaire de la partialité d'un agent « se révèle (...) quasiment absente du contentieux disciplinaire »⁴. On peut cependant relever l'existence d'un certain nombre de sanctions

¹ CE, 17 avril 1970, *Rey, Lebon* p. 253.

² V., pour des formulations génériques de ce genre : CE, 7 avril 2016, *M. B.*, n° 385891, inédit ; CE, 9 nov. 2015, *M. B.*, n° 373321, inédit.

³ É. MITARD, *art. préc.*, p. 494.

⁴ A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, préf. J.-C. FORTIER, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 767.

prononcées à l'encontre d'agents ayant manqué à leur obligation d'impartialité¹, dans toute sa variété². Les sanctions peuvent, à ce titre, se révéler très lourdes : ainsi, un agent national du contrôle laitier qui, dans l'exercice de ses contrôles, a fait preuve d'une animosité envers un éleveur, peut être licencié³, de même que l'agent qui fait bénéficier un tiers de sa position⁴. Toutefois, le « difficile établissement du fait de partialité »⁵, tout autant que les particularités de ce contentieux, sont, en droit disciplinaire, à l'origine d'une certaine rareté de la sanction disciplinaire de la partialité avérée. L'obligation subjective d'impartialité n'en est pas moins rappelée, dans certains cas, par les guides déontologiques régissant l'exercice de certaines fonctions publiques, obligation dont le manquement peut entraîner une sanction disciplinaire⁶.

D'autant que la faute disciplinaire découlant d'un manquement à l'impartialité peut parfois être caractérisée comme un manquement à une obligation plus objective, notamment l'obligation de désintéressement. Un agent peut alors être sanctionné pour manquement à cette obligation, indépendamment de son comportement subjectif, qui importe peu dès lors que l'interdit a été édicté par une disposition objective. Le fait de s'enrichir personnellement⁷, de favoriser un proche⁸, qui sont des manquements à l'impartialité, ne sont pas sanctionnés en tant que tels, mais en tant que méconnaissance de l'obligation d'indépendance des fonctionnaires.

B. L'abondance du contentieux de la responsabilité

La sanction de la partialité est plus visible sur le terrain de la responsabilité de l'Administration, dans la mesure où l'administré, en demandant réparation d'un préjudice qu'il estime avoir subi, joue un rôle majeur, contrairement à la situation qui prévaut en droit

¹ Un « comportement partial » peut ainsi être constitutif d'une faute disciplinaire (*à contrario* : CE, 4 mars 1994, *Lascombes*, n° 115997, inédit) ; de même que la consultation de fichiers à des fins liées à une vindicte personnelle (*a contrario* : CAA Bordeaux, 30 mai 2013, *M. G.*, n° 12BX00987 : *AJDA*, 2013, p. 1510, note LA TAILLE).

² CE, 4 janv. 1936, *Sieur Trolez, Lebon* p. 17 : pour un vérificateur des poids et mesures qui incite les personnes vérifiées à confier la réparation de leurs instruments au concurrent du requérant.

³ CE, 21 févr. 1994, *Bourges*, n° 124117, inédit.

⁴ CAA Versailles, 12 nov. 2009, *Mme A.*, inédit.

⁵ G. DE LA TAILLE, « La discipline et l'impartialité », *AJDA*, 2013, p. 1510.

⁶ V. par exemple, le *Guide de déontologie des agents de la direction générale des finances publiques*, 2012, p. 16 et s.

⁷ CE, 19 mars 1997, *Cannard*, n° 133338, *préc.*

⁸ CE, 31 juill. 2009, *M. Choi*, n° 299959, inédit.

disciplinaire¹. On relève alors une adéquation entre certaines formes de partialité subjective et faute personnelle. Cette dernière est, depuis son introduction dans le droit de la responsabilité de l'Administration, conçue comme la faute de « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences »². Dans cette optique, il est parfaitement concevable que la partialité de l'agent fasse perdre son « caractère administratif » à l'acte qu'il a pris, ce qui « ne fait plus obstacle à la compétence judiciaire »³. Certains manquements à l'impartialité entrent en effet dans la définition canonique de la faute personnelle, dans la mesure où ils sont parfaitement détachables de l'exercice des fonctions, car ils révèlent pleinement « l'individualité »⁴ de l'agent. Car, au fond du manquement à l'impartialité, réside un élément intentionnel, caractéristique de la faute personnelle⁵. Cependant, les difficultés à caractériser le manquement à l'impartialité, ainsi que l'interprétation restrictive de la notion de faute personnelle, dans l'esprit de sa jurisprudence inaugurale⁶, conduisent le juge à rattacher la faute au service, dans certains cas⁷.

C'est ainsi que les actes pris en considération de buts entachés de partialité constituent des fautes personnelles⁸. Le juge du conflit de compétence considère, dès le début du XX^e siècle, qu'un acte motivé par une hostilité personnelle constitue une faute personnelle⁹, dans la mesure où « la passion malveillante à laquelle il [l'agent] a obéi suffit à pervertir l'acte

¹ L'administré auquel le comportement d'un agent aurait porté préjudice n'a pas de « droit (...) à obtenir qu'il fasse l'objet d'une sanction disciplinaire » ; en revanche, « la victime d'un dommage causé par un agent public dans l'exercice de ses fonctions a la possibilité d'engager une action en réparation » (CE, 6 avril 2016, *Blanc et autres*, n° 380570, *Lebon* p. 118 : *Dr. adm.*, 2016, comm. 50, note EVEILLARD ; *Constitutions*, 2016, p. 307, note DOMINGO).

² LAFERRIÈRE, « Concl. sur TC, 5 mai 1877, *Laumonier-Carriol* », *Lebon* p. 437.

³ *Ibid.*, même page.

⁴ G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Dupont, 1906, p. 122.

⁵ Pour le juge judiciaire, « une faute essentiellement intentionnelle (...) exclut nécessairement l'idée d'un acte administratif » (CA Amiens, 24 mai 1951, *Reibel c/ Ziwès, D.*, 1951, p. 773).

⁶ TC, 30 juill. 1873, *Pelletier, Lebon*, 1^{er} suppl., p. 117, concl. DAVID : *GAJA*, n° 2.

⁷ V. notamment CE, 4 janv. 1936, *Sieur Trolez, préc.* ; CE, 2 juin 2010, *Fauchère et Mille*, n° 307772, *Lebon T.* p. 973 : *AJDA*, 2010, p. 2165, note DEFFIGIER.

⁸ Henri Dupeyroux relève, à propos des fautes personnelles non délictuelles, que « le partage de la responsabilité entre le fonctionnaire et l'Administration se fait d'après le but poursuivi, et uniquement d'après ce critérium » (H. DUPEYROUX, *Faute personnelle et faute du service public*, Paris, Rousseau, 1922, p. 104) ; le but poursuivi est, à ce jour, un critère déterminant du caractère personnel de la faute, pour le juge administratif (CE, 11 févr. 2015, *Ministre de la Justice*, n° 372359, *Lebon* p. 61 : *AJDA*, 2015, p. 944, concl. VON COESTER ; *JCP Adm.*, 2015, 2112, note JEAN-PIERRE ; *Dr. adm.*, 2015, comm. 43, note FORT).

⁹ TC, 8 nov. 1902, *Sieur Grosson c/ Sieur Souhet, Lebon* p. 644 : pour les refus d'accès à un abattoir « manifestement inspirés par l'hostilité dont [le maire] est animé à l'égard du Sieur Grosson » ; TC, 7 déc. 1907, *Vauriot c/ Crouzet, Lebon* p. 925 : pour la diffusion, par un maire, d'une note enjoignant les agents de police de ne pas requérir les services d'un médecin régulièrement inscrit sur la liste des médecins chargés du service de l'assistance de nuit.

administratif et à le faire dégénérer en une faute personnelle dont l'auteur doit porter toute la responsabilité »¹. Le Tribunal des conflits juge que si le préjudice naît d'une simple imprudence, la faute a le caractère d'une faute de service, alors que son imputation à « l'animosité personnelle » d'un agent lui confère un caractère de faute personnelle². Le juge judiciaire n'en décide pas différemment, dès lors qu'il décèle des sentiments malveillants, à l'origine de l'acte³. De la même manière, tout acte visant à favoriser un administré, au détriment d'un autre, créant en cela un préjudice, constitue une faute personnelle⁴. L'expression publique de propos dénotant un parti pris en défaveur d'un administré constitue également une faute personnelle⁵, tout autant que le dénigrement, de la part d'un fonctionnaire, à destination de son chef de service, auprès de personnes extérieures au service⁶.

Il faut relever que les critères de distinction utilisés par le juge pour qualifier l'agissement de faute personnelle sont les mêmes que ceux retenus pour caractériser un manquement à l'impartialité. Dans un arrêt de 1977, le Tribunal des conflits considère que les appréciations défavorables d'un chef de service à l'égard de son subordonné ont été émises dans l'exercice des fonctions et ne dénotent aucune animosité personnelle, dès lors qu'elles n'ont eu aucune publicité en dehors du service⁷. À l'inverse, des propos injurieux « injustifiés au regard des pratiques administratives normales » et révélant « une certaine animosité », ne peuvent constituer qu'une faute personnelle⁸. Plus encore, les mêmes propos peuvent être un agissement constitutif d'une faute de service, s'ils sont proférés au sein du service, alors qu'ils constituent une faute personnelle, s'ils sont ensuite proférés en dehors du service, dès lors que ce fait révèle un but différent⁹. Le lien entre partialité subjective et faute personnelle est

¹ DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 106.

² TC, 5 juin 1947, *Consorts Brun c/ Lieutenant Herlem, Lebon* p. 504. V. également TC, 14 déc. 1925, *Navarro, Lebon* p. 1007 ; TC, 12 juin 1961, *Dordet c/ Bareyre, Lebon T.* p. 1170. Implicitement, v. TC, 4 déc. 1897, *Préfet de la Gironde c/ Lalande, Lebon* p. 758 ; TC, 9 mai 1908, *Dame veuve Gérôme c/ Gerbault, Lebon* p. 501.

³ Cass. civ., 26 mai 1897 : *D.*, 1897, I, p. 578 ; Cass. civ., 19 oct. 1982, *Zipfel* : *JCP*, 1983, IV, p. 11.

⁴ CE, 7 juill. 1922, *Sieur Le Gloahec, Lebon* p. 597.

⁵ TC, 17 juill. 1952, *Sieur Parey, Lebon* p. 638.

⁶ TC, 12 juin 1961, *Sieur Picot c/ Sieur Lachèze, Lebon T.* p. 973 : *RDP*, 1961, p. 1075, chron. M. WALINE.

⁷ TC, 28 févr. 1977, *Sieur X. c/ Sieurs Jouvent et Fifis*, n° 02050, *Lebon* p. 663, concl. MORISOT.

⁸ TC, 26 oct. 1981, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ cour d'appel d'Aix-en-Provence*, n° 02213, *Lebon* p. 657. V. aussi TC, 14 janv. 1980, *Techer*, n° 02154, *Lebon T.* p. 504 ; Cass. civ., 19 oct. 1982, *Zipfel, préc.*

⁹ TC, 9 juill. 1928, *Sieur Thomas c/ Ruaux, Lebon* p. 871.

parfaitement illustré par la Section du contentieux du Conseil d'État, en 1989 : saisi d'une demande d'indemnité liée au préjudice subi par le refus d'autoriser un licenciement jugé illégal, le Conseil d'État considère que ce refus constitue une faute de service, dans la mesure où l'inspecteur du travail « n'a pas fait preuve de partialité à l'égard de la société », ce qui permet d'écarter tout caractère personnel de la faute¹. De la même manière, le juge judiciaire considère que c'est le manquement personnel à l'impartialité qui permet de considérer que la faute est détachable des fonctions exercées par l'agent². Il juge en outre qu'un manquement à l'impartialité au cours de la procédure de sanction suivie devant la Commission des opérations de bourse constituerait une faute lourde³.

La situation est plus complexe lorsque le requérant a subi un préjudice du fait du manquement à l'impartialité d'un agent, mais que cet agent n'aurait pas dû participer à l'acte en cause, d'après les textes en vigueur. L'acte est alors illégal et son illégalité constitue une faute de nature à entraîner la responsabilité de l'État⁴. C'est alors la méconnaissance objective du principe d'impartialité qui est à l'origine du préjudice, dans la mesure où, au-delà du manquement subjectif, l'agent en question n'aurait pas dû participer au processus de décision, étant donné que son impartialité était sujette à caution et que l'ordre juridique objectif avait prévu son exclusion de la procédure. La solution retenue par le juge est, ici, exactement similaire à celle qui prévaut lorsque seule une méconnaissance de l'impartialité objective est à l'origine du préjudice : l'irrégularité de la décision est une faute de nature à engager la responsabilité de l'État⁵.

Le droit de la responsabilité, plus que le droit disciplinaire, est riche en enseignements quant à la mise en œuvre du principe d'impartialité, dans la mesure où il confirme le caractère déontologique du manquement à l'impartialité, de par les conséquences qui s'y attachent, sur le terrain de la responsabilité. La sanction de la partialité avérée déborde le contentieux administratif, dans la mesure où un certain nombre de comportements constitutifs d'un manquement à l'impartialité font l'objet de sanctions pénales.

¹ CE, 6 janv. 1989, *Société Automobiles Citroën*, n° 84757, *Lebon* p. 5 : *RFDA*, 1989, p. 871, concl. TUOT.

² Cass. civ., 15 avril 1964, *Ministre des armées et autres c/ Société Filmorex*, n° 62-12973, *Bull.* n° 195.

³ *A contrario*, CA Paris, 15 janv. 1993, n° 92-14779, *Derveloy c/ Agent judiciaire du Trésor*, *préc.*

⁴ CE, 6 nov. 2000, *M. Gregory*, n° 289398, *préc.*

⁵ V., pour une violation purement objective du principe d'impartialité et les conséquences qui s'y attachent : CAA Bordeaux, 25 oct. 2004, *M. Lignereux*, n° 00BX02321, inédit (*JCP Adm.*, 2004, 1837).

Section 2 : La pénalisation de certains comportements partiiaux

« Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. »¹ La lecture de cette disposition générale du Code pénal laisse à penser que la pénalisation de certains comportements partiiaux correspondrait, de par la nécessité d'un élément intentionnel, à la répression de la partialité avérée. En effet, la conséquence juridique du manquement à l'impartialité est également à rechercher dans le droit pénal, dans la mesure où la tradition française pénalise assez largement les comportements traduisant la partialité de l'autorité publique. Car la loi « considère la partialité comme une forfaiture »², d'où une répression pénale vigoureuse des manquements à l'impartialité, organisée autour d'une infraction particulière (I). Toutefois, l'évolution du droit pénal en la matière illustre également l'épuisement des catégories traditionnelles ainsi que leur inadaptation aux changements impliqués par la conversion à une garantie objective de l'impartialité de l'Administration (II).

I. Le noyau de la répression pénale : le délit de prise illégale d'intérêts

« Étant donné la compétence dont ils sont investis, les agents publics ont l'occasion, que des particuliers n'ont pas, de commettre des infractions pénales. Il y a donc des infractions pénales spéciales aux agents publics : c'est ce qu'on appelle les crimes et délits des fonctionnaires publics. »³ Parmi ces délits des fonctionnaires publics, un certain nombre d'entre eux viennent réprimer la partialité du fonctionnaire, sous tous ses aspects (A). Toutefois, un délit particulier tend progressivement fédérer l'ensemble de la répression de la partialité administrative : le délit d'ingérence, remplacé par le délit de prise illégale d'intérêts (B).

A. La répression pénale de la partialité des agents publics

La partialité est d'abord, d'après le Code pénal de 1810, une forfaiture, c'est-à-dire un « crime commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions », en vertu de l'ancien article 183, qui disposait que « tout juge ou administrateur qui se sera décidé par

¹ Code pénal, art. 121-3.

² GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français*, t. I, Paris, Nève, 1829, p. 79.

³ JÈZE, *Cours de Droit public*, Paris, Giard, 1921, p. 230.

faveur pour une partie, ou par inimitié contre elle, sera coupable de forfaiture et puni de la dégradation civique ». Cette disposition n'a jamais été appliquée et est rapidement tombée en désuétude, d'où son abrogation par la loi du 19 décembre 1992, introduisant le nouveau Code pénal¹. La raison principale réside dans la preuve nécessaire à l'établissement d'un tel crime, comme le notait Rogron, dès 1834 : « En prouvant que tel juge portait intérêt ou avait de l'inimitié pour telle partie, on ne prouvera pas encore que c'est ou la faveur ou l'inimitié qui ont dicté sa décision. La preuve de ce fait est (...) à peu près impossible, puisqu'en admettant même que, dans certains cas, de graves présomptions s'élevassent, elles ne suffiraient pas, parce que des présomptions ne peuvent jamais servir de base à des condamnations pénales »². Par ailleurs, la répression de la partialité des agents publics pourrait être mise en œuvre au travers des infractions pénalisant la discrimination, particulièrement celle commise par les agents publics³. Toutefois, ce délit est à la fois marqué par une certaine étroitesse de ses composantes matérielles, tout autant que par une difficulté à prouver l'existence d'une intention coupable⁴.

C'est alors autour d'un autre délit, plus objectif, que la répression de la partialité des agents publics s'organise progressivement.

B. *Le délit d'ingérence, principale source de la répression pénale de la partialité des agents publics*

La nécessité de réprimer la partialité de l'Administration demeure, malgré les difficultés auxquelles cette répression est confrontée. Elle emprunte alors d'autres voies, ouvertes par une incrimination dont la preuve est plus objective : le délit de prise illégale d'intérêts. Introduit dès 1810, à l'article 175 de l'ancien Code pénal, qui incriminait « l'ingérence » du fonctionnaire public, ce délit se fondait sur « la position spéciale des fonctionnaires publics [qui] peut aussi et doit même, en plusieurs circonstances, leur faire

¹ Loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, *JORF* du 23 déc. 1992, p. 17568.

² J.-A. ROGRON, *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples*, Bruxelles, H. Tarlier, 1834, p. 59. Le même obstacle est avancé par Carnot, à la même époque : « Le législateur n'a pu poser de règles fixes sur la manière de constater le genre de crime que punit l'article 183, et il sera toujours difficile, pour ne pas dire le plus souvent impossible, d'en acquérir la preuve ; car Dieu seul peut lire dans le cœur de l'homme » (CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal*, t. I, Paris Nève, 1836, 2^e éd., p. 553).

³ Code pénal, art. 432-7.

⁴ V. A. FITTE-DUVAL, « Le fonctionnaire et la discrimination », *AJFP*, 2003, p. 6.

interdire ce qui est permis à d'autres personnes »¹. Ce délit a été reformulé dans le nouveau Code pénal, dont l'article 432-12 dispose aujourd'hui que « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat public électif, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction ».

C'est donc la partialité résultant de la confusion d'un intérêt public et d'intérêts privés qui est incriminée par cette disposition. S'il est courant de lire que ce délit vise à protéger la probité des agents publics, et cela conformément à l'intitulé de la section du Code pénal contenant la disposition, il faut relever dès lors que le délit peut être constitué quand bien même l'auteur n'aurait tiré aucun bénéfice de l'opération prohibée². De plus, il serait difficile de concevoir l'assouplissement de la règle pour les communes de moins de 3500 habitants, prévu au deuxième alinéa de l'article 432-12, comme une autorisation, pour les élus de ces communes, à manquer à la probité : il faut, au contraire, y voir une gestion du risque de partialité découlant de la réalité de la vie de ces communes. Ainsi peut-on considérer que « le respect du principe d'impartialité de la puissance publique commande (...) seul la répression »³.

De plus, la nature même de la répression pénale porterait à croire que ce délit réprime les manquements subjectifs à l'impartialité, de par la nécessité d'un élément moral, nécessaire à la constitution d'un délit. Ce serait alors l'intention frauduleuse du fonctionnaire, profitant de sa position pour favoriser des intérêts particuliers, qui serait sanctionnée. Telle était la conception que la doctrine du XIX^e siècle se faisait de ce délit, fidèle, à ce qu'il semble, à l'esprit de la loi⁴, autant qu'à sa lettre¹. Ainsi, pour Chauveau et Hélie, « il ne s'agit (...) pas

¹ C^{TE} BERLIER, « Exposé des motifs du Code pénal, séance du 6 février 1810 », in L. RONDONNEAU, *Corps de Droit français, civil, commercial et criminel*, Paris, Garnery, 1811, p. 515.

² Cass. crim., 23 févr. 1988, n° 87-82801, inédit ; Cass. crim., 30 juin 2010, n° 09-84040, inédit.

³ M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », *Rép. droit pén. et proc. pén.*, 2014, § 8.

⁴ Berlier, dans l'exposé des motifs, affirmait que « tout fonctionnaire qui se sera souillé d'une telle turpitude sera donc justement privé d'emprisonnement, et déclaré indigne d'exercer désormais des fonctions dans lesquelles il se serait avili » (BERLIER, *in op. cit.*, p. 27).

d'une simple infraction qui, exécutée sans fraude, n'entraînerait après elle aucun dommage : c'est le délit moral, c'est, suivant l'expression du législateur lui-même, l'abus de confiance, la turpitude du fonctionnaire que la disposition pénale a voulu punir »². « L'intention de fraude »³ est donc, dans cette optique, un élément constitutif du délit, ce qui laisse à penser que cette incrimination réprime la partialité subjective, en ce sens que l'élément intentionnel doit permettre de mettre en lumière un manquement de l'agent à son obligation d'impartialité et de désintéressement. La jurisprudence pénale confirme ces analyses, en exigeant la démonstration de la mauvaise foi⁴ ou de l'intention frauduleuse⁵ de l'autorité publique, pour retenir la constitution du délit.

Toutefois, le juge pénal opère rapidement un revirement d'une grande ampleur, dès l'année 1905. La question centrale, qui se pose « avec la plus grande netteté », est, selon le rapporteur Mercier, celle de savoir si « la mauvaise foi, l'intention de nuire à l'administration dont fait partie le fonctionnaire »⁶ est nécessaire à la caractérisation du délit. En considérant que la bonne foi du prévenu et l'absence de préjudice ne sont pas des causes exonératoires justifiant la relaxe du prévenu, la chambre criminelle de la Cour de cassation apporte une solution nouvelle⁷. Les motifs d'une telle solution, à en lire le rapport, résident dans la nécessité de mettre les fonctionnaires publics à l'abri de tout soupçon, ce que la solution qui prévalait antérieurement ne permettait que difficilement⁸. L'élément moral du délit se réduit alors au caractère intentionnel de la prise d'intérêt, au regret de certains auteurs qui

¹ Roux voit dans la rédaction même de la disposition la nécessité d'une intention frauduleuse, dans les expressions « par actes simulés ou par interposition de personnes », ce qui dénote l'intention de dissimuler la fraude, autant que dans la peine associée au délit – emprisonnement, amende et incapacité perpétuelle à exercer une fonction publique –, dont la lourdeur empêche « de penser qu'on ait voulu ainsi punir la simple légèreté, celle qui n'entache pas l'honneur » (ROUX, « Note sur CA Rouen, 18 juill. 1896, *Mazier* », *S.*, 1898, II, p. 272, spéc. p. 273.

² CHAUCHEAU & HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, t. II, Paris, Cosse, 1852, 3^e éd., p. 571.

³ *Ibid.*, p. 571.

⁴ V. notamment Cass. crim., 23 juin 1904, *Martin* : *S.*, 1906, I, p. 244.

⁵ CA Rouen, 18 juill. 1896, *Mazier* : *S.*, 1898, II, note ROUX ; *D.*, 1896, II, note APPLETON : « Attendu qu'il est de principe, en matière de délits et de crimes, que l'intention frauduleuse est une condition de l'imputabilité pénale ; que le contraire ne résulte pas explicitement du texte de l'article 175 ».

⁶ MERCIER, « Rapport sur Cass. crim., 15 déc. 1905, *Lanoix* », *D.*, 1907, I, p. 195, spéc. p. 196. Le Rapporteur relève à ce sujet l'ambiguïté des travaux préparatoires et les désaccords de la doctrine sur la nécessité du caractère frauduleux de l'intention.

⁷ Cass. crim., 15 déc. 1905, *Lanoix*, *Bull. crim.* n° 554 : *D.*, 1907, I, p. 195, rapp. MERCIER.

⁸ Pour Mercier, « s'il était admis qu'un maire peut faire des fournitures à l'hospice de sa commune dès lors qu'il est de bonne foi et ne lui cause aucun préjudice, un grand nombre d'ingérences ne manqueraient pas de se produire (...). Les inconvénients prévus par le législateur ne tarderaient pas (...) à se manifester : critiques et soupçons dirigés contre le fonctionnaire, déconsidération de ce dernier » (*rapp. préc.*, p. 200).

considèrent que « l'intention coupable devrait être requise »¹. Partant, le caractère frauduleux de l'activité, qui caractériserait un manquement subjectif à l'impartialité, est superfétatoire, dans la mesure où il ne sert qu'à déterminer la lourdeur de la peine. Dès ce moment, l'élément moral du délit de prise illégale d'intérêts se « réduit (...) comme peau de chagrin »², dans la mesure où le but du législateur est désormais interprété comme celui de « soustraire les fonctionnaires à la tentation de se servir de leur pouvoir pour la satisfaction de leur cupidité et de les mettre à l'abri des soupçons qui affaibliraient leur autorité morale »³.

Cette jurisprudence inaugurale amorce une évolution du délit non dépourvue d'ambiguïtés, dans la mesure où l'on peut remarquer que cette incrimination tend à s'adapter à une garantie objective de l'impartialité de l'Administration, dans une matière où, plus qu'ailleurs, l'importance de l'élément subjectif devrait être primordiale.

II. L'évolution ambiguë des délits réprimant la partialité de l'Administration

Si « le droit des "conflits d'intérêts" en France apparaît dominé par le cadre pénal »⁴, c'est en raison de ce que le délit de prise illégale d'intérêts tend à s'adapter à la nécessité d'une garantie objective de l'impartialité de l'Administration. Cette tendance se manifeste par la réduction de l'élément moral constitutif de l'infraction (A), ce qui pose la question de la nature de la répression organisée par le droit pénal (B).

A. L'objectivation de la répression par la réduction de l'élément moral

La réduction de l'élément moral à ce qui est strictement nécessaire pour établir le délit de prise illégale d'intérêts tend à transformer cette incrimination en un « délit de prévention »⁵. Dans la jurisprudence moderne, ce délit « se consomme par le seul abus de la fonction, indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel »⁶.

¹ R. VOUIN & M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, t. I, Paris, Dalloz, « Précis », 1976, 4^e éd., p. 513.

² J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « La prise illégale d'intérêts : un délit au champ d'application élargi », *AJCT*, 2011, p. 344.

³ C. RABANY, « Note sous CE, 20 déc. 1912, *Sieurs Bost et Meunier* », *Rev. gén. d'adm.*, 1914, t. II, p. 35.

⁴ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *rapport préc.*, p. 30.

⁵ Y. MULLER, « Prise illégale d'intérêts », *Jcl. pénal*, fasc. 20, § 1.

⁶ Cass. crim., 21 juin 2000, n° 99-86871, *Bull.* n° 239.

Ainsi, « l'intention coupable est caractérisée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit reproché »¹. Il s'agit bien d'un délit de prévention, car le texte, en fin de compte, interdit l'acte considéré, comme nuisible, qu'est la prise d'intérêt : le délit se détache alors de l'intention de l'auteur comme du préjudice qui en découle². La prise illégale d'intérêts, comme tout délit de prévention, ne suppose « qu'un élément psychologique simple : la conscience lors de l'accomplissement de l'acte interdit »³. Elle est ainsi parfois qualifiée d' « infraction "objective" »⁴. Il s'ensuit que le délit de prise illégale d'intérêts présente un caractère véritablement objectif, dans la mesure où la recherche de l'infraction se passe de l'analyse du comportement subjectif du fonctionnaire⁵. Partant, c'est une obligation spécifique qui pèse sur l'agent public, explicitée en ces termes par la Cour de cassation : celle de « vérifier la régularité des engagements » qu'il prend⁶. Cette évolution est permise par un « amenuisement »⁷ constant de l'élément moral de l'infraction, dont certains se demandent s'il n'a pas disparu⁸, ce qui transformerait le délit de prise illégale d'intérêt en infraction matérielle, en ce qu'elle serait « dépourvue de toute composante morale »⁹. Si la jurisprudence de la chambre criminelle ne va pas jusque-là, il est certain que l'élément moral de l'infraction est particulièrement réduit. Une preuve supplémentaire du caractère objectif de la répression pénale peut être trouvée dans le fait que certains textes interdisant à des agents de siéger en cas de conflit d'intérêts assortissent la méconnaissance de cette interdiction des peines prévues par l'article 432-12 du Code pénal¹⁰.

¹ Cass. crim., 21 nov. 2001, n° 00-87532, *Bull.* n° 243.

² V. J.-P. DOUCET, « Les incriminations de prévention », *Gaz. pal.*, 1973, II, p. 764.

³ *Ibid.*, p. 765.

⁴ D. TRUCHET, « Note sous CA Rennes, 21 mai 1979, *Ducassou* », *Rev. jur. de l'Ouest*, 1980, p. 90, spéc. p. 97.

⁵ V. E. DUPIC, « La prise illégale d'intérêt ou le mélange des genres », *JCP G.*, 2009, 44 ; B. FLEURY, « Nul ne peut servir deux maîtres à la fois. La prise illégale d'intérêts redéfinie : vrai problème, fausses solutions ? », *JCP Adm.*, 2010, act. 539. Pour certains auteurs, le délit présente un « caractère quasiment objectif » (A. LÉVY, « Le délit d'ingérence et la responsabilité pénale des maires et des élus municipaux », *LPA*, 15 févr. 1995, p. 10).

⁶ Cass. crim., 25 juin 1996, n° 95-80592, *Bull.* n° 273 : *Dr. pénal*, 1996, n° 264, obs. VÉRON.

⁷ J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Chronique de jurisprudence », *RSC*, 1988, p. 83.

⁸ V. Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *rapport préc.*, p. 32.

⁹ *Ibid.*, p. 84.

¹⁰ Il en est ainsi de l'article L. 1451-1 du Code de la santé publique, qui dispose que « les personnes mentionnées (...) ne peuvent, sous les peines prévues à l'article 432-12 du code pénal, prendre part ni aux travaux, ni aux délibérations, ni aux votes de ces instances si elles ont un intérêt, direct ou indirect, à l'affaire examinée ».

Par ailleurs, il faut relever un élargissement continu des composantes matérielles du délit. De la notion d'intérêt, tout d'abord, nécessaire à l'incrimination : la Cour considère que le délit « est caractérisé par la prise d'un intérêt matériel ou moral direct ou indirect »¹, ce qui inclut la plupart des hypothèses où l'impartialité de l' élu pourrait être suspectée. La Cour de cassation considère ainsi que la simple participation d'un élu au vote des subventions accordées par la commune à diverses associations constitue pour celui-ci un délit de prise illégale d'intérêts, dès lors qu'il préside une des associations subventionnées². De la nature de l'activité publique qui place le prévenu en infraction, ensuite : pour la Cour, « la participation, serait-elle exclusive de tout vote, d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant de celle-ci, lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration de l'opération au sens de l'article 432-12 du code pénal »³. Plus largement encore, la simple participation à la préparation de la décision vaut administration, au sens de la disposition⁴. Dans cette logique, il importe peu que le prévenu « ne disposât d'aucun pouvoir de décision »⁵.

Le même constat peut être dressé en ce qui concerne un autre délit, réprimant une forme plus spécifique de partialité : le délit de favoritisme ou délit d'octroi d'avantage injustifié. Introduite dans le droit des marchés publics par la loi du 3 janvier 1991⁶, cette incrimination figure aujourd'hui à l'article 432-14 du Code pénal. La nature exacte de l'élément intentionnel nécessaire à la qualification de l'infraction a été sujette aux mêmes incertitudes qu'en matière de prise illégale d'intérêts. La question de la nécessité d'un « dol spécial », c'est-à-dire d'une intention du prévenu de favoriser un candidat, a été sujette à discussion⁷, même s'il semble que, dès l'origine, « ce texte n'exige pas *l'iter criminis*, l'intention frauduleuse »⁸. Si cet élément se révèle nécessaire, on peut véritablement parler de

¹ Cass. crim., 5 nov. 1998, n° 97-80419, *Bull.* n° 289 : *JCP*, 1999, II, 10182, note JEANDIDIER.

² Cass. crim., 22 oct. 2008, n° 08-82068, *Bull.* n° 212 : *Dr. pénal*, 2009, comm. 3, obs. VÉRON, *BJCL*, 2009, p. 203, obs. JANICOT.

³ Cass. crim., 14 nov. 2007, n° 07-80220, *Bull.* n° 279.

⁴ Cass. crim., 7 oct. 1976, n° 75-92246, *Bull.* n° 285 : *RSC*, 1977, p. 325, obs. VITU.

⁵ Cass. crim., 27 févr. 2002, n° 01-86024, *Bull.* n° 48.

⁶ Loi n° 91-3 du 3 janv. 1991, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, *JORF*, du 5 janv. 1991, p. 236.

⁷ À ce sujet, v. T. DAL FARRA, « Délit de favoritisme : l'existence d'un avantage injustifié résulte-t-elle de la seule violation des règles garantissant la liberté et l'égalité d'accès des candidats ? », *BJCP*, 1999, p. 139 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (marchés publics) », *Rép. de dr. pénal et de proc. pénale*, 2010, § 95 et s.

⁸ J.-P. GROHON, « Le délit de favoritisme », *AJDA*, 1994, n° spécial, p. 104.

répression de la partialité subjective de l'Administration. Dans le cas contraire, c'est le manquement à l'impartialité objective qui serait sanctionné, dans la mesure où l'intention du prévenu est indifférente, dès lors qu'il est conscient d'avoir enfreint certaines règles. Or, à l'instar du délit de prise illégale d'intérêts, les juges ont, après une période d'incertitude¹, opté pour la deuxième solution, en réduisant l'élément moral à sa forme la plus simple. La Cour de cassation considère en effet que « l'élément intentionnel du délit prévu par l'article 432-14 du Code pénal est caractérisé par l'accomplissement, en connaissance de cause, d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public »².

C'est ainsi que le droit pénal comporte une garantie d'impartialité de l'Administration, dont on peut interroger le caractère idoine.

B. *La garantie de l'impartialité objective de l'Administration par le juge pénal*

Par cette évolution de la jurisprudence pénale, les autorités publiques sont « astreintes à un désintéressement absolu afin de faire échec à toute suspicion de partialité »³. La Cour de cassation adhère pleinement à ce constat doctrinal, en considérant que « les dispositions légales de l'article 432-12 du code pénal ont pour finalité de faire échec à toute suspicion de partialité à l'égard des personnes dépositaires de l'autorité publiques (...) ; elles imposent non seulement la probité mais aussi l'apparence de la probité »⁴. De cette manière, le délit de prise illégale d'intérêts contient une garantie assez insolite de l'impartialité objective de l'Administration, dans la mesure où « la situation délictueuse s'arrête là où le soupçon n'a plus cours »⁵. Ainsi, « le délit de prise illégale d'intérêts vise également à réprimer ceux qui

¹ V. notamment Cass. crim., 2 avril 1998, n° 97-84191, *Bull.* n° 131. Interrogé sur ce point, le Garde des sceaux considérait, en 2000, que le délit nécessite « la recherche d'une intention frauduleuse » (*Rép. min.*, n° 23486, *JO Sénat*, 25 mai 2000, p. 1881).

² Cass. crim., 14 janv. 2004, n° 03-93396, *Bull.* n° 11 : *Dr. pénal*, 2004, comm. 50, obs. VÉRON ; *RTD com.*, 2004, p. 623, obs. BOULOC.

³ M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », *art. préc.*, § 10.

⁴ Cass. crim., 17 déc. 2008, n° 08-82318, *Bull.* n° 258 : *Dr. pénal*, 2009, comm. 36, obs. VÉRON.

⁵ X. SAMUEL, « Panorama de la jurisprudence de la chambre criminelle en matière de prise illégale d'intérêts », in Cour de Cassation, *Rapport annuel 1999*, Paris, La documentation française, 2000, p. 217.

s'exposent au soupçon de partialité »¹, dans la mesure où « l'ingérence est constituée aussitôt que le coupable a eu un comportement inconciliable avec l'exercice objectif de sa mission, en s'impliquant (...) dans l'affaire soumise à son pouvoir de surveillance »². Le délit de prise illégale d'intérêts apparaît alors comme cette « tunique de Nessus en ce que ni la bonne foi, ni l'absence d'enrichissement personnel ne permettent à la personne concernée de se déprendre de cette confusion d'intérêts »³. Les dernières évolutions de la jurisprudence sont très claires à ce sujet, dans la mesure où le juge pénal considère que la « situation potentielle de conflit d'intérêt » faisant « naître un doute sur l'impartialité » de l'agent suffit à exposer ce dernier à une condamnation au titre de la prise illégale d'intérêts⁴.

Une série de remarques découle de ce constat d'une répression pénale des manquements tant subjectifs qu'objectifs à l'impartialité. La première est que la jurisprudence révèle l'existence d'un véritable droit pénal des conflits d'intérêts dans la sphère publique, malgré une absence sémantique de la notion, dans la mesure où l'évolution du délit de prise illégale d'intérêts consiste en une appréhension objective des situations de conflits⁵. Ainsi, on peut affirmer, avec certains auteurs, que malgré « une ignorance formelle de la notion », le droit pénal organise une « large répression des situations de conflits d'intérêts »⁶. Plus encore, la prise illégale d'intérêts constitue un « véritable délit de partialité » – objective, serait-on tenté d'ajouter –, dont « s'infère une définition implicite du conflit d'intérêts », dans la mesure où « la suspicion de partialité que ferait naître l'agent public (...) [suffit] à consommer le délit de prise illégale d'intérêts »⁷.

¹ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *rapport. préc.*, p. 31. Ainsi, « bien avant que le législateur ne ressente la nécessité de définir positivement le conflit d'intérêts, la chambre criminelle de la Cour de cassation a su faire la démonstration que le délit d'ingérence, hier, et le délit de prise illégale d'intérêts, aujourd'hui, n'étaient rien d'autre que des délits de partialité » (M. SEGONDS, « L'apport de la loi du 11 octobre 2013 n° 2013-907 à la définition du conflit d'intérêts », *L'ENA hors les murs*, 2014, n° 44, p. 11, spéc. p. 12).

² P. CONTE, « Le délit d'ingérence (et spécialement sa commission par un maire ou par un conseiller municipal) », *Gaz. Pal.*, 25 janv. 1992, p. 70, spéc. pp. 71-72.

³ É. FATÔME & J. MOREAU, *art. préc.*, p. 5.

⁴ Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 14-88382, inédit : *AJCT*, 2016, p. 410.

⁵ La situation n'est pas différente en droit des sociétés : la notion de conflit d'intérêts est formellement absente des textes pénaux ; toutefois, elle est saisie indirectement au travers du délit d'abus de biens sociaux (v. notamment Cass. crim., 30 juin 2010, n° 09-82062, inédit).

⁶ D. REBUT, « Les conflits d'intérêts et le droit pénal », *Pouvoirs*, n° 147, 2013, p. 123, spéc. p. 124 et 127.

⁷ M. SEGONDS, « La loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence dans la vie publique... ou la préservation des délits de prise illégale d'intérêts », *RSC*, 2013, p. 877.

La seconde série de remarques tient à la question de l'adaptation de la voie pénale à la garantie objective de l'impartialité de l'Administration. Si, dès 1905, le juge judiciaire semble s'être engagé dans cette voie, un certain nombre de voix se sont élevées contre l'opportunité de ce choix, à mesure que l'impartialité de l'Administration devenait un enjeu politique. Il apparaît d'abord clairement que le délit de prise illégale d'intérêts poursuit un objectif de « moralisation de la fonction publique »¹, de par sa dimension objective, dans la mesure où l'incrimination « ouvre (...) la possibilité aux Tribunaux de contribuer à restaurer l'image de l'homme politique dans l'opinion publique »². Il s'inscrit alors dans ce « droit un peu particulier, celui de la "moralité publique" »³. Cependant, si le délit poursuit un but préventif, il n'en reste pas moins une incrimination pénale, qui ne peut intervenir qu'*a posteriori*.

De plus, le fait que l'intention du prévenu ne soit prise en compte qu'au titre des circonstances atténuantes confère un caractère vexatoire à l'incrimination, dans la mesure où les agents publics sont assimilés dans la même culpabilité, qu'ils soient ou non de bonne foi – c'est-à-dire qu'ils soient subjectivement partiaux ou non⁴. S'il est malaisé d'être condamné pour favoritisme sans intention de favoriser, tel est pourtant l'état du droit pénal en la matière, d'où un caractère stigmatisant pour les agents, fréquemment relevé⁵. Et ce d'autant qu'il s'agit du procès fait à un agent public, non pas à l'acte qu'il aurait pris ou auquel il aurait participé.

Car, enfin, si la démarche objective à laquelle se livre le juge est louable, eu égard au but de l'incrimination, qui vise à anéantir tout soupçon, on peut se demander si elle n'est pas plus adaptée à la recherche de la légalité d'un acte administratif qu'à celle d'une infraction pénale. D'une part, elle semble en contradiction avec l'objectif de ce délit, dans la mesure où elle laisse une trop grande prise au soupçon, en facilitant la qualification du délit⁶ ; d'autre part, la démarche du juge ne laisse pas d'étonner certains auteurs, qui voient un délit « de

¹ Y. MULLER, « Prise illégale d'intérêts », *fasc. préc.*, § 3. V. aussi E. DUPIC, *art. préc.*

² P. CONTE, *art. préc.*, p. 73.

³ TRUCHET, « Note sous CA Rennes... », *art. préc.*, p. 98.

⁴ Certains auteurs évoquent le « drame personnel » lié aux poursuites sur le fondement de ce délit (M.-P. PRAT & C. JANVIER, « Les conflits d'intérêts chez les élus », *Pouvoirs*, n° 147, 2013, p. 53, spéc. p. 56), ou encore le « cauchemar » qui « empoisonne la vie des élus » (W. JEANDIDIER, « La prise illégale d'intérêts indirecte par un élu », *JCP G.*, 2003, II, 10093). Pour d'autres auteurs, il faudrait « éviter la condamnation de personnes dont l'honnêteté est proclamée par leurs juges eux-mêmes » (TRUCHET, « Note sous CA Rennes... », *art. préc.*, p. 98). Les associations d'élus dénoncent souvent cette assimilation, qui fragilise l'exercice du mandat des élus.

⁵ M. VÉRON, « Le favoritisme sans intention de favoriser », *Dr. pénal*, 2004, comm. 50.

⁶ Dans cette mesure, le délit de prise illégale d'intérêts « fragilise le lien de confiance entre les administrés et leurs représentants » (M.-P. PRAT & C. JANVIER, *art. préc.*, p. 56).

caractère stalinien en ce que la prise illégale d'intérêts n'est pas vraiment définie : le juge apprécie au regard du dossier qui lui est soumis si l'intéressé s'est bien ou mal comporté »¹. Il s'ensuit une certaine « mutation » du droit pénal, de par l'infiltration de la déontologie dans les qualifications pénales : en effet, le délit de prise illégale d'intérêts « consacre ce qu'il est possible d'appeler des "infractions déontologiques" obligeant à une interprétation souple de la légalité pénale. L'élément matériel fait l'objet d'une interprétation (très) large tandis que l'élément intentionnel est réduit, par le biais des présomptions, à une exigence formelle »². Cela pose, une fois de plus, la question du caractère idoine de la répression pénale en matière de conflits d'intérêts³.

La troisième série de remarques, qui découle de la précédente, concerne la grande sévérité du juge pénal en la matière⁴, qui fait preuve d'une « application implacable »⁵ de l'article 432-12. Sévérité potentielle, dans la mesure où elle peut être atténuée par la pratique judiciaire, dans la mise en œuvre de cette disposition⁶. Toujours est-il que la nature objective de l'infraction et l'interprétation élargie de ses composantes matérielles conduisent le juge à pouvoir prononcer une sanction pénale dans un grand nombre de cas. Cette rigueur du juge pénal a été particulièrement dénoncée à l'occasion de deux affaires : la première, déjà évoquée, concernant la participation de conseillers municipaux au vote de subventions à des associations dont ils sont membres⁷ ; la seconde concernant la participation d'un ministre de Polynésie française à une délibération sur un projet d'occupation du domaine public maritime qu'il sollicitait⁸. Ces deux espèces posent, bien entendu, un problème très classique

¹ G. CARCASSONNE, « Audition par le Groupe de travail sur la prévention des conflits d'intérêts », Assemblée nationale, 9 déc. 2010, *Compte-rendu* n° 1.

² Y. MULLER, « Le droit pénal des conflits d'intérêts », *Dr. pénal*, 2012, étude 1.

³ Pour Jean-Marc Sauvé, le délit de prise illégale d'intérêts tel qu'il est actuellement conçu est « emblématique » des « imperfections » de l'encadrement juridique des conflits d'intérêts, en ce qu'il ne prend pas en compte le « comportement effectif » ou la « motivation subjective » de l'agent, ce qui conduit à une quasi-inapplicabilité du dispositif (J.-M. SAUVÉ, « Les règles françaises en matière de conflits d'intérêts sont-elles satisfaisantes ? », *L'ENA hors les murs*, 2014, n° 444, p. 8).

⁴ Sur la question, v. notamment R. SALOMON, « La rigueur du droit pénal de la probité publique », *Dr. pénal*, 2012, étude 2.

⁵ W. JEANDIDIER, « La prise illégale d'intérêts indirecte par un élu », *art. préc.*

⁶ La plupart des auteurs insistent sur le caractère « mesuré » de la répression, impliqué par le nombre relativement faible de condamnation prononcées sur le fondement de l'article 432-12 du Code pénal (v. notamment B. FLEURY, « Nul ne peut servir deux maîtres à la fois... », *art. préc.* ; Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *rapport préc.*, p. 35 : la « mise en œuvre concrète » du délit de prise illégale d'intérêts « atténue la sévérité du dispositif »).

⁷ Cass. crim., 22 oct. 2008, *préc.* : sur la sévérité de cette décision, v. notamment F. LINDITCH, « Un an de droit pénal des marchés publics », *Dr. pénal*, 2009, chron. 9.

⁸ Cass. crim., 3 déc. 2008, n° 08-83532, inédit : *Dr. pénal*, 2009, comm. 38, note VÉRON.

d'impartialité de l'Administration. Cependant, la critique adressée au rigorisme de la Cour consiste en ce que la décision administrative aurait certainement n'aurait pas été différente, si elle avait été prise en l'absence des intéressés. Cette circonstance, qui peut être de nature à écarter tout grief quant à la légalité de la mesure, est sans incidence sur la situation des prévenus, en droit pénal. Ce décalage, fréquemment évoqué, entre la sanction administrative et la sanction pénale de la partialité de l'Administration pose la question de son maintien en l'état, en droit pénal.

C'est ainsi que plusieurs propositions tendant à réformer le délit de prise illégale d'intérêts ont été formulées, de manière à en atténuer la rigueur et à en améliorer la cohérence. La première proposition émane du Sénat¹, naturellement vigilant dès lors qu'il est question d'un délit mettant majoritairement en cause les élus locaux, et se veut une réaction directe à l'arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 2008. Elle vise, très simplement, à remplacer la notion d' « intérêt quelconque » par celle, plus précise, d' « intérêt personnel distinct de l'intérêt général », dans le sillon de la jurisprudence administrative relative aux conseillers intéressés². Adoptée à l'unanimité par le Sénat, cette proposition vise, selon son auteur, « à éviter aux élus honnêtes d'être importunés »³ ; elle a été transmise à l'Assemblée nationale, qui ne s'en est pas saisie à ce jour⁴. On peut s'interroger sur la véritable portée de cette modification, dans la mesure où elle substitue à une notion vague une autre notion, certes plus précise, mais dont la détermination dépend également de la volonté du juge : l'intérêt général⁵. La seconde proposition est issue du Rapport Sauvé et vise à remplacer la notion d' « intérêt quelconque » par celle d' « intérêt de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité » de l'agent. Elle vise, *in fine*, à harmoniser les dispositifs de lutte contre les conflits d'intérêts, pour une plus grande cohérence de l'arsenal juridique en la matière, entre l'aspect déontologique et l'aspect répressif. Soumise à discussion au détour de débats parlementaires sur la loi du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, la proposition n'a pas été retenue, faute d'accord entre les chambres.

¹ Sénat, proposition de loi n° 133, adoptée le 24 juin 2010.

² V. notamment CE, 30 juill. 1941, *Sieur Chauvin, Lebon* p. 152 ; CE Sect., 16 déc. 1994, *Commune d'Oullins c/ Association Léo Lagrange*, n° 145370, *Lebon* p. 559. Sur la consistance de l'intérêt en droit administratif, v. *infra*, cette partie, titre second, chapitre I, § 1.

³ B. SAUGEY, *in* « Compte-rendu – Séance du 24 juin 2010 »,

⁴ La proposition de loi a été redéposée au bureau de l'Assemblée nationale le 6 juillet 2017 et renvoyée à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

⁵ En ce sens, v. J.-M. BRIGANT, « Affaires, conflits d'intérêts, probité,... Cachez cette prise illégale d'intérêts que je ne saurais voir », *Dr. pénal*, 2012, étude 3 ; B. FLEURY, « Nul ne peut servir deux maîtres à la fois... », *art. préc.*

Elle avait pourtant le mérite de préciser la portée de l’incrimination pénale, en ce qu’elle n’a pour fonction que de réprimer les atteintes à l’impartialité, qu’elles soient objectives ou subjectives.

La dernière série de remarque permet d’expliquer les hésitations précédentes, quant à l’utilité de l’incrimination de prise illégale d’intérêts. En effet, l’existence de ce délit, tel qu’il est conçu par la jurisprudence pénale, retarde d’autant l’émergence d’une véritable démarche préventive, fondée sur une approche déontologique intervenant *a priori*. En effet, la prévention des conflits d’intérêts « a été pendant très longtemps négligée au bénéfice de la seule répression »¹, et ce par un lien de causalité évident. Il a souvent été relevé que l’incrimination actuelle distingue la France, au sein des pays de l’Organisation de coopération et de développement économiques². Quelles que soient les contorsions auxquelles est soumis le délit de prise illégale d’intérêts, celui-ci n’est pas adapté à un système résolument converti à une démarche préventive. Partant, ce passage à un système préventif implique de consolider les dispositions déontologiques et les dispositifs de contrôle, intervenant en amont, en les intégrant pleinement aux conditions de la légalité des actes administratifs, de manière plus affermie qu’autrefois. La mise en place d’un tel système pourrait justifier l’abandon du délit, tel qu’il est conçu actuellement, en différenciant la nature des infractions selon qu’il y a une simple violation objective des obligations déontologiques, ou une intention frauduleuse de la part de l’agent. Le délit de prise illégale d’intérêts, dont l’amende maximale a récemment été multipliée par près de sept³, serait dès lors prévu pour les élus dont l’intention frauduleuse serait manifestée ; il faudrait alors introduire la notion de mauvaise foi ou d’intention frauduleuse dans la définition de l’incrimination, par disposition législative expresse ou par revirement jurisprudentiel. Une infraction plus légère pourrait être prévue pour les élus qui, de bonne foi, auraient manqué à leurs obligations déontologiques, la sanction principale devant être, *in fine*, recherchée sur le terrain de la légalité des actes pris par les agents dont l’impartialité est sujette à caution, voire sur le terrain disciplinaire.

¹ D. JEAN-PIERRE, « Les prises illégales d’intérêts des fonctionnaires », in C. FORTIER (dir.), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2014, p. 291, spéc. p. 298.

² Commission de réflexion pour la prévention des conflits d’intérêts dans la vie publique, *rapport préc.*, p. 33 : « Cette infraction n’a (...) pas d’équivalent dans les pays de l’OCDE ».

³ Art. 6 de la loi n° 2013-1117 du 6 déc. 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF* du 7 déc. 2013, p. 19941.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'étude de la sanction de toute forme de partialité en droit administratif met en lumière son caractère implacable : un acte administratif entaché de partialité est illégal, au titre du détournement de pouvoir ou de l'irrégularité procédurale. Le juge administratif fait montre d'une grande sévérité, dès lors que le manquement est établi, dans ce sens où aucune circonstance ne permet d'excuser un tel manquement. Cette sévérité se prolonge sur le terrain de la responsabilité : rarement disciplinaire, la responsabilité de l'agent est plus fréquemment civile, dès lors que l'administré a subi un préjudice du fait de la partialité d'un agent de l'Administration.

Toutefois, il ressort de cette étude un certain embarras. En effet, si le manquement à l'impartialité est systématiquement réprimé, il ressort également de l'analyse de la jurisprudence que la répression est plus aisée dès lors qu'il est question, non plus d'un comportement subjectif, mais d'une simple infraction à des normes objectives garantissant l'impartialité. La preuve de la partialité avérée est tellement difficile à apporter, que le juge se réfugie volontiers sur le terrain d'interdictions objectives, que ce soit en droit disciplinaire ou en droit de la responsabilité. Le même mouvement est observable dans l'examen de la légalité, notamment en matière du grief particulier qu'est le préjugement d'une affaire.

Le droit pénal manifeste au mieux cette « conversion » à un système purement objectif, débarrassé du problème de la preuve du comportement partial de l'agent de l'Administration. Si l'on peut interroger la cohérence du système pris dans son entier, il est à souhaiter que le juge de l'Administration adopte une démarche similaire, qui semble plus appropriée à sa mission qu'à celle du juge répressif. Si le juge de l'Administration procède de la sorte dans de nombreux cas, il manque en la matière un esprit de système, dans la mesure où la sanction du principe apparaît fortement sectorisée.

Conclusion du titre premier

L'étude de la mise en œuvre du principe d'impartialité de l'Administration révèle un système présomptif complexe, dont il résulte, dans un premier temps, que l'Administration est présumée impartiale, dans une mesure certes large, mais qui tend constamment à se réduire. Elle met en lumière la pluralité d'acteurs qui façonnent cette présomption d'impartialité dont jouit l'Administration, dans l'accomplissement de ses missions. Elle fait également apparaître une mise en œuvre tronquée du principe d'impartialité, qui nuit à sa cohérence tout autant qu'à sa complétude. La démarche la plus logique consisterait en effet, en dehors de la réserve liée à l'indisponibilité des compétences, à apprécier objectivement l'impartialité de l'Administration pour se demander, dans chaque cas d'espèce, s'il existe un doute suffisant sur son impartialité. Ce régime, parfaitement autonome, pourrait être affiné en fonctions des exigences d'efficacité de l'Administration : le juge porterait alors son attention sur le doute, pour se demander s'il est suffisant et raisonnable, plutôt que de rejeter la présomption, comme il a tendance à le faire.

Cette présomption, dont on a pu saisir l'étendue, est toutefois largement compensée par une répression systématique de toute forme de partialité avérée de l'Administration. Les conséquences de la partialité de l'Administration sont en effet très diverses et marquent la mise en œuvre du principe : il semble que la garantie minimale de l'impartialité de l'Administration réside dans la répression de la partialité avérée des agents de l'Administration. On est alors parfaitement fondé à affirmer que la partialité, si elle est avérée, rend tout acte administratif illégal, tout autant qu'elle entraîne de conséquences potentiellement lourdes pour l'auteur du manquement.

Cependant, l'étude de la présomption d'impartialité de l'Administration montre aussi les difficultés auxquelles la répression de la partialité est confrontée, du fait de la difficulté à connaître avec certitude le « fait coupable », la partialité de l'agent. Il est dès lors plus aisé d'inverser la présomption, afin de ne pas risquer une certaine licence quant aux agissements bien dissimulés de l'Administration, de nature à remettre en cause la confiance des administrés. De cette manière, la mise en œuvre du principe se passerait de l'analyse du comportement subjectif de l'agent, à l'instar de la démarche du juge pénal.

Si la mise en œuvre du principe d'impartialité de l'Administration se réduisait à la censure de la partialité avérée, on serait fondé à affirmer, avec certains auteurs, que le

principe d'impartialité est une « forme "allégée" de détournement de pouvoir »¹. Cependant, la mise en œuvre du principe est sensiblement plus riche, dans la mesure où de fortes présomptions de partialité pèsent sur l'Administration. En effet, on ne saurait affirmer que « l'obligation déontologique d'impartialité (...) est un principe d'action dont la finalité est simplement curative »², dès lors que la mise en œuvre du principe va bien au-delà de la censure de la partialité avérée. Il faut alors se tourner vers l'étude de la présomption de partialité de l'Administration, plus à même, de par sa dimension objective, de garantir les apparences d'impartialité. En effet, s'il est vrai que nul ne « pourrait se satisfaire d'une décision partielle »³, il est également vrai, et de plus en plus, que personne ne saurait se satisfaire d'une décision apparemment partielle, ce qui, sur le plan de la technique juridique, est très différent.

¹ P. CASSIA, « Conflit d'intérêts et passation des contrats de la commande publique », *AJDA*, 2012, p. 1040.

² M. CARIUS, *op. cit.*, p. 157.

³ G. ECKERT, « Le principe constitutionnel d'impartialité... », *art. préc.*, p. 681.

Titre second

La présomption de partialité : l'ouverture à une impartialité objective de l'Administration

L'obligation d'impartialité subjective à laquelle les agents de l'Administration sont tenus – ce qui ressort clairement de la jurisprudence – n'épuise pas la mise en œuvre du principe d'impartialité, qui se révèle beaucoup plus riche. En effet, le droit positif met en lumière une importante ouverture de l'Administration à l'exigence d'impartialité objective, apparente.

Il faut rappeler que l'appréhension objective de l'impartialité se distingue d'une appréhension subjective en ce qu'elle n'est plus fondée sur la recherche d'un manquement subjectif d'impartialité, mais sur l'appréciation du doute pesant sur l'impartialité. Partant, la partialité peut-être présumée, si le doute est suffisant, quand bien même l'impartialité réelle – difficilement connaissable – serait intacte ; c'est dans cette mesure que l'on peut parler de présomption de partialité pesant sur les agents de l'Administration. Ce système est tout entier fondé sur l'idée que « la preuve de la partialité ou de l'impartialité (...) présente un certain nombre de particularités qui la rendent difficile à appréhender »¹.

La nécessité d'une garantie objective de l'impartialité est ancienne. On la retrouve sous la plume de Jhering, pour qui « la société est intéressée à ne pas exagérer la dose de force morale qu'elle exige du juge ; l'héroïsme, l'esprit de martyr, ne doivent pas être érigés en conditions des fonctions judiciaires, et l'on peut se contenter des forces moyennes de l'humaine nature » ; en conséquence de quoi « il faut éviter au père la torture de condamner ses propres enfants au supplice, comme Brutus ; le juge ne doit pas être appelé à statuer sur le sort de sa femme, de son fils ; s'il le voulait même, la loi doit le lui interdire (...) ». Car, *in fine*, « nul ne peut être juge en sa propre cause (...). Le droit doit soustraire le juge à toutes les tentations, toutes les séductions possibles, dans son intérêt tout autant que dans celui de la société »².

¹ J.-G. SORBARA, « L'affaire *Beausoleil* : la publicité comme preuve de la partialité du juge », *AJDA*, 2017, p. 180, spéc. p. 182.

² JHERING, *L'évolution du droit*, *op. cit.*, p. 266.

C'est cette logique qui a progressivement conquis la sphère administrative. Le résultat en est une véritable gestion du risque de partialité au sein de l'Administration, parfaitement objective et assurée par diverses techniques. Une étude nuancée du droit positif permet de dégager deux mécanismes de gestion du risque de partialité, qui se distinguent assez clairement l'un de l'autre, encore qu'il soit parfois permis d'hésiter sur les frontières respectives de chacun. Ils semblent se distinguer de par la « force variable » de la présomption qu'ils font respectivement peser sur l'Administration, dont, parfois, « l'effet peut aller jusqu'à exclure toute tentative d'une démonstration contraire »¹. Il s'agit, d'une part, de l'obligation d'abstention (chapitre I), qui peut se voir doubler de la mise en place d'incompatibilités entre diverses fonctions (chapitre II).

¹ GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, pp. 268-269.

CHAPITRE I

L'OBLIGATION D'ABSTENTION : LA PRISE EN CHARGE OBJECTIVE DU RISQUE PONCTUEL DE PARTIALITÉ

« Droit commun » de la mise en œuvre du principe d'impartialité objective, l'obligation d'abstention tend à se généraliser en droit public, particulièrement en droit administratif. En effet, la présomption de partialité, dont l'obligation d'abstention n'est que le résultat concret, tend à s'imposer, à mesure que le système juridique va au-delà de la stricte sanction de la partialité subjective, qui résulte de la présomption inverse. Cependant, cette obligation d'abstention apparaît comme la composante nucléaire d'un réseau d'obligations bien plus large : on découvre une pluralité de règles juridiques qui sont secrétées par le principe d'impartialité, qui joue à cet égard un rôle fédératif.

L'obligation d'abstention se singularise essentiellement par son caractère ponctuel : un agent, normalement compétent, se voit obligé à ne pas participer à un acte administratif particulier, à raison du doute qui peut exister sur son impartialité, relativement à l'affaire dont l'acte est l'objet. Cela signifie surtout que l'appréciation de l'impartialité objective est laissée à la charge de l'Administration, sous le contrôle du juge. Elle se distingue alors de l'incompatibilité, qui se caractérise par un fonctionnement très différent, à la fois plus abstrait et permanent et qui retire toute possibilité de discussion casuistique. Cette particularité est à l'origine de son attrait, dans le droit contemporain. Elle permet en effet la mise en œuvre concrète d'un principe devenu central – l'impartialité apparente –, tout en offrant une souplesse recherchée dans l'application des solutions découlant de ce principe, dont on peut facilement avoir une conception trop rigide.

Il faut dès lors montrer comment l'obligation d'abstention permet la garantie concrète de l'impartialité de l'Administration (section 1), avant d'étudier les règles complémentaires qui concourent à sa mise en œuvre effective (section 2).

Section 1 : La garantie concrète de l'impartialité de l'Administration

L'obligation d'abstention, de par son fonctionnement intrinsèque, permet d'englober une garantie complète et souple de l'impartialité des agents de l'Administration. Une fois levé l'obstacle lié à l'indisponibilité des compétences, qui caractérise un système juridique peu

ouvert à la question de l'impartialité apparente des organes du droit, il paraît nécessaire d'organiser une garantie rationnelle de l'impartialité administrative – sous peine de paralyser un système administratif qui devrait faire face à une suspicion aussi permanente qu'injustifiée. C'est précisément ce que rend possible la mise en œuvre d'une obligation d'abstention, puisqu'elle permet de prendre en compte les risques de partialité dans toute leur variété (I) tout en offrant une garantie de l'impartialité proche des circonstances, de par son caractère concret (II).

I. La variété des risques de partialité à l'origine de la mise en œuvre de l'obligation d'abstention

« Élément déclencheur » de l'obligation d'abstention, le risque de partialité réside dans la situation créant un doute sur l'impartialité d'un agent. Il faut rappeler qu'un certain nombre de circonstances sont de nature à créer un doute quant à l'impartialité d'un agent. Partant, leur objectivation totale dans une règle simple et intelligible peut s'assimiler à la recherche de la quadrature du cercle. Il s'avère cependant que ce défi est partiellement relevé, pour les risques de partialité qui se rattachent à la notion d'intérêt à l'affaire – qui, de ce fait, présente un caractère hégémonique – (A), au risque de masquer une prise en compte plus discrète, mais autrement révélatrice, des autres risques de partialité (B).

A. L'hégémonie de l'intérêt à l'affaire

L'intérêt à l'affaire est devenu la cause principale de déclenchement de l'obligation d'abstention, tant par la fréquence de son occurrence que son caractère objectivable dans une règle de droit écrit. La garantie de l'impartialité administrative apparente est ainsi souvent cristallisée, dans le droit écrit, au travers de cette notion. Cependant, il ne faudrait pas en avoir une conception monolithique, dans la mesure où l'étude de la jurisprudence montre que si l'identification de l'intérêt pécuniaire est aisée, la question présente une certaine complexité dès lors que l'intérêt à l'affaire perd cette qualité.

La mise en œuvre de l'obligation d'abstention en cas de suspicion de partialité est dominée par la condition liée à l'intérêt d'un agent à l'affaire qui est l'objet de la décision à laquelle il participe, et ce pour plusieurs raisons. Il apparaît en effet que cette notion, de par sa prévisibilité, est la plus à même de fixer une garantie d'impartialité dans un texte écrit. À ce titre, l'étude du droit positif montre qu'un nombre grandissant de texte pose la garantie de

l'impartialité de l'Administration au travers – et uniquement au travers – de cette notion d'intérêt à l'affaire¹. Elle est nécessairement indéterminée, puisque par-delà cette notion, c'est le doute sur l'impartialité de l'agent que le juge cherche à établir, car il est bien entendu que « tout intérêt n'est pas maudit par le droit »². C'est le mérite du législateur, en définissant le conflit d'intérêt, d'avoir rappelé l'utilité de la notion, puisque la situation « d'interférence » n'est problématique que lorsqu'elle est « de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ». Tout effort de définition plus précise se heurte à cette portée fonctionnelle de la notion d'intérêt conflictuel³. Cette notion est donc particulièrement marquée par les circonstances, propres à l'adoption de chaque décision soumise au juge administratif, d'où une importante relativité.

Les auteurs qui se sont penchés sur la notion d'intérêt à l'affaire, de manière sectorielle ou plus généralement, mettent en avant l'absence d'une « doctrine de l'intérêt »⁴, conséquence directe des remarques qui précèdent. Il apparaît cependant que l'intérêt obligeant un agent à s'abstenir de participer au processus de décision doit présenter un certain nombre de caractéristiques, d'après la jurisprudence, très riche en la matière.

Le droit municipal constitue le creuset de la définition jurisprudentielle de l'intérêt : bien que le juge ait tendance à réduire la mise en œuvre du principe à sa dimension subjective⁵, la condition déclenchant l'obligation d'abstention, l'intérêt à l'affaire, est appréciée de la même manière. Cependant, à mesure que le principe d'impartialité se développe, l'intérêt d'agents participant à d'autres types de décisions conduit également à déclencher l'obligation d'abstention. C'est ainsi qu'il semble nécessaire d'étudier cette question de manière transversale, conformément au caractère général du principe d'impartialité, plutôt que d'opter pour une étude sectorielle, qui distinguerait selon la

¹ Le recensement exhaustif de telles dispositions peut sembler vain, ne serait-ce parce que malgré leur absence, le principe général du droit viendrait combler cette lacune. Il est toutefois intéressant de relever que la « norme-type » posée par les textes est généralement ainsi formulée : « Aucun membre de l'autorité ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt » (v. par exemple les articles L.461-2 et L. 751-3 du Code de commerce, qui régissent respectivement le fonctionnement de l'Autorité de la concurrence et des commissions départementales d'aménagement commercial).

² LESSI & DUTHEILLET DE LAMOTHE, *art. préc.*, p. 1628.

³ Certains textes s'essaient à une précision de la notion de conflit d'intérêts, pour plus de prévisibilité, mais la notion reste intimement liée à la mise en cause de l'impartialité de l'agent (v. par ex., l'art. 2 du décret n° 2013-413 du 21 mai 2013 portant approbation de la charte de l'expertise sanitaire prévue à l'article L. 1452-2 du code de la santé publique, *JORF* du 22 mai 2013, p. 8405).

⁴ ISAAC, *op. cit.*, p. 431. C'est également l'avis de l'auteur d'une étude restée anonyme sur la question de l'intérêt personnel des élus, qui souligne également le peu de « logique » de la jurisprudence en la matière (« Les élus personnellement intéressés aux délibérations », *art. préc.*, p. 495).

⁵ V. *supra*, cette partie, titre premier, chapitre I, section 2, § 1.

personne administrative en cause. À cet égard, l'identification de l'intérêt à l'affaire semble varier, selon que celui-ci présente un caractère pécuniaire ou non.

- L'identification certaine des intérêts pécuniaires.

L'intérêt « conflictuel », créant un doute sur l'impartialité de l'agent, suppose un antagonisme avec l'intérêt général vers lequel la décision administrative est orientée. Cela implique qu'il puisse être aisément identifié comme tel. On peut alors s'attacher à regrouper les intérêts des agents qui, reconnus comme étant de nature à influencer leur impartialité, conduisent au déclenchement de l'obligation d'abstention. Ainsi, les intérêts pécuniaires des agents et, *a fortiori*, leurs intérêts sociaux, sont les plus facilement pris en compte, dans la mesure où leur identification est certaine et qu'il est aisé de présumer que l'agent pourra être tenté de les privilégier – sans que la question de savoir si cela a été effectivement le cas se pose, dans une démarche objective. Ces intérêts constituent alors la première catégorie de ce que l'on peut nommer l'intéressement « fautif »¹, en ce sens qu'il déclenche l'obligation d'abstention.

C'est ainsi que l'agent qui a un intérêt pécuniaire social à la décision à prendre doit s'abstenir de participer à la procédure d'élaboration de celle-ci. Cet intérêt peut facilement être singularisé, dans la mesure où il s'identifie avec celui de l'entreprise avec laquelle l'agent entretient une relation, intérêt qui se distingue facilement de l'intérêt général – sans qu'il ne soit jamais question de définir ce dernier, pour le juge administratif. Ainsi, si la décision administrative a pour objet ou pour effet de favoriser les intérêts d'une société, aucun agent dont les intérêts peuvent s'identifier avec ceux de cette société ne peut prendre part à cette décision. Sont placés dans cette situation les dirigeants d'une société², mais également les

¹ Certains auteurs utilisent cette notion, de manière à faire le départ entre les intérêts qui déclenchent l'obligation d'abstention et ceux qui, pour diverses raisons, ne le déclenchent pas (v. notamment J.-M. MAILLOT, « La notion d'élus "intéressés"... », *art. préc.*).

² CE, 11 nov. 1892, *Mahé, Ruben de Couder et autres*, *Lebon* p. 740 (pour le directeur d'une compagnie) ; CE, 27 déc. 1901, *Sieurs Hubert et Tasd'homme*, *Lebon* p. 924 et CE, 6 mai 1994, *Gindreau*, n° 115612, *Lebon T.* p. 826 (pour un entrepreneur) ; CE, 2 nov. 1927, *Sieur Bourguignon*, *Lebon* p. 995 (pour les membres du comité de direction d'une société) ; CE, 13 mars 1937, *Syndicat des agents généraux d'assurance de Nevers*, *Lebon* p. 320 (pour un agent d'assurance) ; CE, 9 juill. 1930, *Sieur Sedira Ali*, *Lebon* p. 699 (pour le trésorier d'une société) ; CE, 2 déc. 1987, *Ministre de l'intérieur et commune de Vocance*, n° 68549, inédit et CE, 27 mai 1998, *Havard*, n° 121417, inédit (pour le gérant d'une société).

actionnaires ou associés¹, ou les membres du conseil d'administration², dès lors, bien entendu, que la décision administrative concerne cette société³. Le Conseil d'État semble considérer que l'agent est intéressé dès lors qu'il occupe un poste suffisamment élevé au sein de la société en cause⁴ : à l'inverse, la simple qualité de salarié d'une compagnie ne suffit pas toujours à considérer qu'un agent est intéressé⁵, *a fortiori* s'il s'agit d'un ancien salarié⁶. Cette distinction est toute relative dans la mesure où la simple qualité de salarié peut faire regarder l'agent comme intéressé à la décision, eu égard à son attitude subjective qui dénote une intention de favoriser la société dont l'agent est salarié⁷ et que d'autres circonstances peuvent conduire le juge à adopter la position inverse⁸. L'interférence d'intérêts sociaux est courante en droit municipal, dans la mesure où les conseillers municipaux exercent une activité professionnelle. Elle se retrouve toutefois dans d'autres secteurs de la vie administrative, particulièrement ceux dans lesquels les professionnels du secteur sont amenés à participer à la

¹ CE, 11 nov. 1892, *Mahé, Ruben de Couder et autres, préc.* ; V. également CE, 24 mars 1899, *Sieur Petit pour la Compagnie des eaux de Romorantin*, *Lebon* p. 243 ; CE Sect., 23 avril 1971, *Commune de Ris-Orangis*, *Lebon* p. 289 ; *AJDI*, 1971, p. 654, concl. GENTOT ; CE, 8 juin 1994, *M. Mas*, n° 141026, inédit : *RDI*, 1994, p. 656, obs. LLORENS & TERNEYRE ; CE, 31 juill. 1996, *Commune de Courpalay*, n° 116500, *Lebon* p. 335 ; CE, 22 oct. 2010, *Société agricole de Francières*, n° 323896, *Lebon T.* p. 748 ; CE, 17 nov. 2010, *SCI Domaine de la Rivoire*, n° 338338, inédit : *JCP Adm.*, 2011, 2003, note VIDELIN & YOLKA ; CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, n° 355756, *Lebon* p. 213 ; *AJDA*, 2012, p. 972 ; p. 1404, note DREYFUS ; *RDI*, 2012, p. 400, note BRACONNIER ; *Contrats-marchés publ.*, 2012, comm. 210, note ZIMMER.

² CE, 30 avril 1926, *Sieur Balle, préc.*

³ Que la décision concerne directement ou indirectement la société : les hypothèses, très variées, peuvent aller de l'octroi d'une garantie par une personne publique ou d'une augmentation de capital (v., entre autres, CE, 11 nov. 1892, *Mahé, Ruben de Couder et autres, préc.* ; CE, 30 avril 1926, *Sieur Balle, préc.*), à la décision affectant indirectement les intérêts de la société concernée (CAA Paris, 29 déc. 1994, *M. Sirot*, n° 94PA00328, *Lebon T.* p. 1252).

⁴ Le juge mentionne systématiquement la position de l'agent au sein de la société, afin de déterminer s'il doit être regardé comme intéressé (v. CE, 9 janv. 1952, *Sieur Vidal*, *Lebon* p. 22 ; CE, 25 mars 1966, *Ville de Royan et Société anonyme de Royan et sieur Couzinet*, *Lebon* p. 237 ; CE, 26 févr. 1982, *Association Renaissance d'Uzès*, *Lebon T.* p. 549).

⁵ CAA Bordeaux, 5 nov. 1998, *Compagnie générale des matières nucléaires*, n° 98BX01320, inédit.

⁶ V., pour l'impartialité d'une commission d'appel d'offres : CE, 27 juill. 2001, *Société Degrémont, Syndicat intercommunal d'assainissement et de protection de l'environnement de Toulon, La Valette, La Garde, Le Pradet*, n° 232820 et 232950, *Lebon* p. 413 ; *BJCP* 2001, p. 512, concl. PIVETEAU ; *RDI*, 2002, p. 63, obs. DEGOFFE.

⁷ CE, 5 juin 1989, *Moreau et Association des professions de santé de la ville de Miramas et de ses environs*, n° 82492, inédit : le Conseil d'État prend explicitement en compte l'attitude d'un conseiller municipal, salarié d'une société, pour considérer que cette personne « doit être regardée comme intéressée ».

⁸ Le Conseil d'État considère qu'un élu, employé par son père, est intéressé au marché que la commune s'appête à passer, dans la mesure où la société avait soumissionné pour plusieurs lots (CE, 3 nov. 1997, *Préfet de la Marne c/ Commune de Francheville*, n° 148150, *Lebon* p. 411 ; *AJDA* 1998, p. 281, obs. MICHON ; *D.*, 1998, p. 359, obs. TERNEYRE).

décision administrative¹. Ainsi, tout intérêt social est de nature à faire douter de l'impartialité de l'agent qui le détient, l'obligeant de ce fait de s'abstenir de participer à la décision administrative qui pourrait favoriser cet intérêt.

Les risques inhérents à la nature de l'intérêt social, aisément identifié comme un obstacle à la poursuite de l'intérêt général, ont amené le législateur français à sécuriser les relations entre les élus et les sociétés d'économie mixte dans lesquelles ils exercent la fonction de représentant d'une collectivité publique. Dans ce cas particulier, l'accomplissement des missions de l'Administration est médiatisé par la constitution d'une société anonyme dont l'intérêt social est clairement identifiable et dont la poursuite pourrait se heurter à la mise en œuvre du principe d'impartialité de l'Administration. Le Conseil d'État n'a jamais considéré par principe que la qualité de mandataire d'une collectivité au sein d'une société d'économie mixte est de nature à faire regarder un élu comme intéressé, au sens du Code général des collectivités territoriales, dans l'exercice de ses fonctions électives². Toutefois, la fragilité de cette solution jurisprudentielle, assez largement casuistique, a amené le législateur à inscrire une véritable exception à la notion d'intéressement fautif, dans les dispositions régissant le fonctionnement des sociétés d'économie mixte locales, par la loi du 2 janvier 2002³. L'article L.1524-5 du Code général des collectivités territoriales prévoit désormais que les élus agissant en tant que mandataires d'une collectivité au sein d'une société d'économie mixte locale « ne sont pas considérés comme intéressés à l'affaire au sens de l'article L.2131-11, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale ». Pour autant, ces élus « ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres ou aux commissions d'attribution de délégations de service public (...) lorsque la société d'économie mixte locale est candidate à l'attribution » d'un contrat de la commande publique, disposition interprétée comme ne concernant que la phase

¹ Notamment dans le cadre des professions réglementées par les professionnels sur secteur. C'est ainsi qu'un ordre professionnel ne peut, dans ses attributions administratives, rendre un avis régulier, si siège en son sein un membre en concurrence avec le destinataire de la décision (CE, 2 avril 1954, *Sieur Ricros, Lebon* p. 215). La solution est transposable en cas d'un retrait d'agrément pris sur avis d'un comité comprenant en son sein un concurrent du destinataire (CAA Paris, 29 juin 1999, *SARL Mazel Ambulances Pédiatrie 93*, n° 97PA00404, inédit). Elle s'applique également à une commission de remembrement, dès lors qu'un de ses membres possède des actions dans la société réclamante (CE, 22 oct. 2010, *Société agricole de Francières, préc.*). V. encore, pour des situations variées d'interférence d'intérêts sociaux de professionnels : CE, 28 nov. 1973, *Société coopérative d'élevage et d'insémination de la région de Broglie, Lebon* p. 669 ; CE, 16 nov. 1998, *Mme Bastard-Valentini*, n° 181041, *Lebon* p. 414 ; TA Nantes, 13 oct. 2005, *Société Guintoli*, n° 014520, inédit : *Env.*, 2006, comm. 29, obs. GILLIG.

² CE, 22 mars 1978, *Groupement foncier agricole des Cinq Ponts*, n° 01713, *Lebon T.* p. 722.

³ Loi n° 2002-1 du 2 janv. 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, *JORF* du 3 janv. 2002, p. 121.

de sélection de l'attributaire¹. Le législateur offre ainsi une « protection législative »² aux élus, face au risque d'une mise en œuvre trop stricte du principe d'impartialité inscrit dans le Code général des collectivités territoriales – sans que le risque pénal soit pour autant explicitement écarté.

Toutefois, l'intérêt purement social n'est pas le seul type d'intérêt pécuniaire qui exige que l'agent qui le détient s'abstienne de participer à la décision administrative qui le favoriserait. En effet, l'intérêt pécuniaire créant un doute quant à l'impartialité de l'agent est entendu bien plus largement, dans la jurisprudence administrative. Cette idée, fortement ancrée en droit administratif, est largement régénérée par l'émergence de la notion de conflits d'intérêts dans la sphère publique. En effet, une attention plus vigoureuse est portée à ces intérêts potentiellement moins directs que les précédents, mais qui nuisent de la même manière à la confiance envers l'Administration. Il semble nécessaire de distinguer deux cas de figure, en ce qui concerne ces intérêts pécuniaires.

D'une part, les intérêts en question peuvent être liés à un intérêt social non directement détenu par l'agent. Dans ce cas, l'agent tirerait un bénéfice indirect, « par ricochet », de la décision administrative qui pourrait favoriser cet intérêt – ou lui nuire. Tel est le cas lorsque l'agent est en relation d'affaires avec la société affectée par la décision administrative. L'obligation d'abstention qui pèse sur l'agent est alors fonction de l'intensité de ces liens et des rapports qu'ils entretiennent avec la décision administrative en cause. Les hypothèses recouvertes par ce type d'intéressement fautif, plus indirect, sont très variées. Elles se retrouvent d'abord en droit municipal, lorsque, par exemple, le conseiller municipal exerce des fonctions de notaire³, ou de gestionnaire de biens⁴, pour le compte d'une société affectée dans ses intérêts par la délibération contestée. Cependant, il ressort de la jurisprudence administrative que toute relation d'affaire peut être saisie au titre du déclenchement de l'obligation d'abstention, fût-elle moins directe – ce qui peut créer une difficulté quant à la possibilité, pour le requérant, d'avoir connaissance d'une telle situation. Il en est ainsi du

¹ CE, 10 déc. 2012, *M. Auclair*, n° 354044, *Lebon T.* p. 843 ; *BJCL*, 2013, p. 23, concl. PELLISSIER ; *Contrats-Marchés publ.*, 2013, comm. 46, note DEVILLERS ; *JCP Adm.*, 2013, 2014, note BRAMERET ; *AJDA*, 2013, p. 1059, note DEVÈS.

² C. DEVÈS, « Société d'économie mixte locale et conseiller intéressé à l'affaire », *AJDA*, 2013, p. 1059. D'autres auteurs voient dans cette disposition une « protection (...) renforcée contre les risques d'intéressement » (S. BRAMERET, « Le statut des élus locaux administrateurs de sociétés d'économie mixte locales : entre ombre et lumière », *JCP Adm.*, 2013, 2014).

³ CE, 29 juill. 1994, *SA Diffusion, Informations, Fabrication, Orientation et Publicité (DIFOP)*, n° 129877, *Lebon* p. 386 ; CAA Nantes, 15 avril 1998, *M. Breton*, n° 96NT00781, inédit.

⁴ CE, 27 juin 1997, *Tassel*, n° 122044, *Lebon T.* p. 700.

commissaire enquêteur qui aurait exercé certaines fonctions pour le compte du bénéficiaire de la procédure d'expropriation¹, du maire qui accorde un permis de construire à une société, alors que la société dont il est actionnaire a participé à la construction en question², ou du membre d'une commission chargée de donner un avis sur la délivrance d'un agrément, qui entretiendrait des « liens commerciaux » avec le demandeur de l'agrément³.

Cette espèce d'intéressement fautif est d'une importance particulière dès lors qu'il est question des autorités administratives indépendantes, qui se singularisent, pour la plupart, par la large place qu'elles laissent aux professionnels du secteur dit « régulé » dans l'élaboration des décisions administratives. La compétence professionnelle est en effet recherchée parmi les praticiens du secteur, appelés, à ce titre, à jouer un rôle déterminant dans l'édiction des actes de ces autorités. Le risque de partialité est alors particulièrement élevé, dans ce sens où les secteurs en question sont relativement étroits et les intérêts de ces personnes potentiellement liés. Cette particularité a donné lieu à un contentieux abondant, dans deux secteurs notamment : le secteur financier, par l'annulation retentissante de plusieurs décisions de sanction, à raison des liens existant entre un membre de la commission des sanctions et les professionnels du secteur⁴ ; le secteur de la santé, par l'annulation de certaines décisions prises à la suite d'avis d'autorités de santé comportant en leur sein un membre trop étroitement lié aux professionnels du secteur⁵, ou faute, pour la Haute Autorité de santé,

¹ CE, 5 juin 1991, *Consorts Martin*, n° 85127, *Lebon T.* p. 979 ; CE, 21 oct. 1992, *Ville de Narbonne*, n° 126259, *Lebon T.* p. 1370 ; CE, 8 juill. 1996, *Association TGV Amiens Picardie et autres*, n° 120275, *Lebon T.* p. 951 ; CAA Lyon, 23 avril 2015, *Communauté urbaine de Lyon*, n° 14LY01183, inédit : *RDI*, 2015, p. 349, note HOSTIOU. ; cassé pour erreur de qualification de l'intérêt du commissaire enquêteur par CE, 20 juin 2016, *Métropole de Lyon*, n° 391274, inédit.

² CAA Paris, 29 déc. 1994, *M. Sirot*, n° 94PA00328, *préc.*

³ CE, 12 juin 1998, *Association française de producteurs de films et de programmes audiovisuels*, n° 170344 et 170349, *Lebon T.* p. 698.

⁴ L'annulation peut être prononcée à raison des liens entre le membre de l'Autorité des marchés financiers et la personne poursuivie (CE Sect., 27 oct. 2006, *Parent c/ AMF*, n° 276069, *Lebon* p. 454 : *RTD com.*, 2007, p. 406, note RONTCHEVSKY ; *AJDA*, 2007, p. 80, note COLLET ; *LPA*, 2006, n° 237, p. 18, note GLATT ; n° 253, p. 4, concl. GUYOMAR ; *Dr. sociétés*, 2007, comm. 55, note BONNEAU ; *JCP E.*, 2007, 1218, obs. DONDERO) ou ses concurrents (CE, 30 mai 2007, *Société Europe, Finance et Industrie*, n° 288538, *Lebon T.*, p. 695 : *Bull. Joly Bourse*, 2007, p. 371, concl. GUYOMAR), le juge n'hésitant parfois pas à se montrer particulièrement strict, à propos de liens passés (CE, 26 juill. 2007, *Piard*, n° 293908, *Lebon T.* p. 657 : *AJDA*, 2007, p. 80, note COLLET ; *Bull. Joly Bourse*, 2007, p. 645, concl. GUYOMAR ; *RTD com.*, 2007, p. 803, note RONTCHEVSKY ; *Banque et Droit*, n° 115, 2007, p. 32, note VAUPLANE, DAIGRE, SAINT-MARS & BORNET). Le juge judiciaire adopte la même position, lorsque la contestation de la sanction ressortit à sa compétence (Cass. com., 23 juin 2009, n° 08-17723, 08-16973 et 08-16644, *Altran technologies c/ AMF*, inédits).

⁵ Annulation à raison « des liens (...) entretenus par deux membres du comité d'experts spécialisés (...) avec une société ayant développé (...) un brevet d'invention concurrent » de l'invention à évaluer (CE, 11 févr. 2011, *Société Aquatrium*, n° 319828, *Lebon* p. 42 : *RJEP*, 2011, comm. 37, note FRIBOULET ; pour une espèce proche, v. aussi CE, 12 fév. 2007, n° 290164, *Société Les Laboratoires Jolly-Jatel et autres*, *préc.*).

d'avoir soumis les déclarations d'intérêts, pourtant obligatoires, au débat contradictoire, lors de l'instruction¹. Un conflit d'intérêts de même nature empêche également les agents concernés de participer aux enquêtes de l'Autorité des marchés financiers comme, d'ailleurs, de toute procédure administrative².

Toutefois, il faut garder à l'esprit que la sanction du principe d'impartialité est la même, pour les autorités de régulation, que pour les autorités administratives traditionnelles, pour ce qui est des conflits d'intérêts personnels. Il ne saurait y avoir une quelconque originalité de ces autorités en la matière, si ce n'est que c'est en leur sein qu'ont été mises en œuvre, pour la première fois, certains outils de prévention. En effet, les risques de partialité augmentent dès lors que l'Administration fait appel à une expertise externe, comme le montre l'exemple de la commande publique. Il est fréquent que l'Administration ait recours à l'assistance de personnes extérieures, au cours de la procédure de passation. Les liens d'intérêts entre l'expert et les entreprises soumissionnaires sont alors régis par les mêmes règles découlant du principe général d'impartialité³, principe invocable dans la procédure de référé précontractuel⁴. Le juge examine alors la nature de ces liens de la même manière, quelle que soit l'autorité administrative dont la décision est contestée.

D'autre part, certains intérêts disqualifient l'agent en ce que, sans être liés à un intérêt social, ils présentent un caractère pécuniaire simple. Ce type d'intérêt est majoritairement lié à la qualité de propriétaire de l'agent, intérêt qui pourrait être affecté par une décision administrative. Le caractère pécuniaire de l'intérêt est souvent crucial à l'identification de son caractère fautif. Ainsi, un conseiller municipal est intéressé à la délibération par laquelle il cède un terrain à sa commune, mais cet intérêt disparaît dès lors qu'il s'agit d'une cession à titre gratuit⁵. L'intérêt pécuniaire des agents de l'Administration se rencontre très

¹ CE, 27 avril 2011, *Association FORMINDEP*, n° 334396, *Lebon* p. 168 : *AJDA*, 2011, p. 1326, concl. LANDAIS ; *JCP Adm.*, 2011, 2321, note MOQUET-ANGER.

² V., *a contrario* : CE, 15 mai 2013, *Société Alternative Leaders Finance*, n° 356054, *Lebon T.* p. 453 : *RJEP*, 2013, n° 714, comm. 49, comm. BROYELLE ; CE, 12 juin 2013, *Société Natixis*, n° 349185, *Lebon T.* : *RSC*, 2014, p. 94, note BRIGANT ; *Bull. Joly Bourse*, 2013, p. 517, MARTIN-LAPRADE ; *RDBF*, 2013, comm. 218, obs. PAILLER ; *Banque et droit*, n° 151, 2013, p. 25, note DAIGRE.

³ TA Nice, 7 oct. 2005, *Société Signoret*, n° 9904141, inédit : *AJDA* 2006, p. 98, note DIEU ; *a contrario*, CE, 11 août 2009, *Société Maison Comba*, n° 303517, *Lebon T.* p. 833 : *AJDA*, 2010, p. 954, note SUBRA DE BIEUSSE ; *Contrats-Marchés publ.*, 2009, comm. 364, note ECKERT ; *Dr. adm.*, 2009, comm. 147, note IDOUX ; *RJEP*, 2010, comm. 8, note BRENET ; *JCP Adm.*, 2009, 2261, note VILA.

⁴ CE, 24 juin 2011, *Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement*, n° 347720, *Lebon T.* p. 1008 : *Contrats-marchés publ.*, 2011, comm. 261, note ECKERT ; *RJEP*, 2011, comm. 54, note FRIBOULET ; CE, 22 oct. 2014, *Société EBM Thermique*, n° 382495, inédit : *Contrats-marchés publ.*, 2014, comm. 36, note ZIMMER ; CE, 14 oct. 2015, *SA Applicam et Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 390968, *préc.*

⁵ CE, 15 févr. 1901, *Ville de Gap*, *Lebon* p. 178.

fréquemment en droit municipal, sous des formes très diverses, dans la mesure où l'intéressement peut être considéré comme fautif dès lors que la décision affecte la situation de l'agent, positivement ou négativement. Est ainsi intéressé à la délibération le propriétaire d'un bien qui en fait l'objet¹ ou qui pourrait être affecté indirectement par l'adoption de la délibération² ou encore l'acheteur d'un bien communal³. D'une manière similaire, le commissaire enquêteur est fréquemment placé dans la même situation, dans la mesure où il peut être concerné, de manière personnelle, par l'opération projetée, notamment s'il possède un bien situé dans le périmètre de cette opération⁴, ou qui le jouxte⁵. L'intérêt pécuniaire n'est toutefois pas uniquement lié à la qualité de propriétaire, puisque l'agent peut être considéré comme intéressé pécuniairement à une décision à d'autres titres⁶. Le juge exige simplement que cet intérêt soit suffisamment propre à l'agent, dans la mesure où l'intérêt peut également être celui d'un large nombre d'autres personnes, ce qui peut écarter toute présomption de partialité à cet égard⁷, dans un souci de réalisme⁸.

¹ CE, 26 nov. 1909, *Bouchez, préc.* ; CE, 19 juill. 1912, *Sieur de Latour, Mottes et autres, préc.* ; CE, 20 janv. 1922, *Grasset, Lebon* p. 53 ; CE, 17 févr. 1993, *Desmons*, n° 115600, *Lebon T.* p. 1084 ; CE, 22 nov. 1995, *Comité d'action locale de La Chapelle-Saint-Sépulcre*, n° 95859, inédit.

² CE, 24 juill. 1914, *Junet et Vignon, préc.* ; CE, 11 août 1922, *Sieur Beauclou, Lebon* p. 744 ; CE, 15 mai 1981, *Virey*, n° 11548, *préc.* ; CE, 30 déc. 2002, *Association « Expression Village »*, n° 229099, *préc.* ; CE, 21 nov. 2012, *M. Chartier*, n° 334726, *préc.*

³ CE, 22 déc. 1924, *Sieurs Fayolle et Suc, Lebon* p. 1051 ; CE, 12 fév. 1986, *Commune d'Ota*, n° 45146, *Lebon* p. 39 : *D.*, 1987, p. 73, note PEUCHOT.

⁴ CE Sect., 25 juill. 1930, *Legros, préc.* ; CE, 23 févr. 1966, *Sieur Le Penven, Lebon* p. 141 ; CE, 21 juill. 1995, *Sieur Vautrin*, n° 131653, *Lebon T.* p. 651. La même règle est applicable au géomètre-expert chargé de la préparation d'une opération de remembrement (CE, 13 nov. 1970, *Sieur Moreau et autres, préc.* ; CE, 10 mars 1978, *Ministre de l'Agriculture*, n° 02284, *Lebon T.* p. 702), tout autant qu'au maire qui doit l'approuver (CE, 22 nov. 1995, *Comité d'action locale de La Chapelle-Saint-Sépulcre*, n° 95859, inédit).

⁵ TA Orléans, 1^{er} juill. 1969, *Dames Plumet et Soudée, Lebon* p. 645.

⁶ L'agent est ainsi intéressé à la délibération par laquelle le conseil municipal le recrute comme agent de service (CE, 22 févr. 1995, *Commune de Ménotey*, n° 150713, inédit)

⁷ Cela est fréquent lorsqu'il s'agit d'une décision de large portée : le maire qui bénéficierait, comme d'autres habitants, de certaines modifications du plan d'occupation des sols de sa commune ne peut être regardé comme intéressé (CE, 20 janv. 1989, *Association des Amis de Chérence*, n° 75442, *Lebon T.* p. 511), tout comme le fait que deux conseillers municipaux résident dans un hameau ne les empêche pas de prendre part à la délibération qui décide de son raccordement au réseau d'eau potable (CE, 10 janv. 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, n° 97476, *Lebon* p. 13). V. déjà, pour un intérêt pécuniaire commun à « un grand nombre d'habitants de la commune », CE, 10 mai 1918, *Commune de Ramerupt et sieur Champy, Lebon* p. 441.

⁸ V. notamment CE, 26 oct. 2012, *Commune de Vœgtlinshoffen et Département du Haut-Rhin*, n° 351801, *Lebon T.* p. 604 (*RJEP*, 2013, comm. 6, concl. LALLET ; *AJDA*, 2013, p. 626, note DUBREUIL) : le juge considère que l'intérêt pécuniaire d'un certain nombre d'élus de la commune est partagé par une majorité des habitants de la commune, eu égard à ses particularités. Pour le rapporteur public, « l'intérêt litigieux doit être (...) suffisamment spécifique au conseiller municipal en cause au regard des intérêts des habitants de la commune » (A. LALLET, *concl. préc.*).

L'ordre juridique britannique connaît une rigueur particulière à l'égard des intérêts appartenant à la catégorie des intérêts pécuniaires, du fait de leur identification plus certaine que les intérêts moraux. Outre qu'historiquement, l'existence d'un intérêt pécuniaire a été la première circonstance à amener les juges à douter de l'impartialité de l'agent¹, les juges britanniques lui réservent un traitement particulier, dans la mise en œuvre du principe d'impartialité, à tel point que la notion d'intérêt (*interest*) n'a longtemps semblé recouvrir que l'intérêt pécuniaire, la notion de « *favor* » étant préférée pour renvoyer à l'intérêt moral². Car l'existence d'un intérêt pécuniaire à la décision déclenche pour son porteur l'obligation d'abstention, indépendamment de toute autre circonstance : « Il ne fait pas de doute que tout intérêt pécuniaire direct, aussi minime soit-il, (...) empêche une personne d'être juge de cette décision »³. Ainsi une majorité d'auteurs voient-ils un « standard plus strict » pour les intérêts pécuniaires que pour les intérêts non pécuniaires, pour lesquels le juge serait « plus indulgent »⁴, bien qu'il ne renonce pas pour autant à une appréhension objective de l'impartialité des agents en dehors des cas d'intéressement pécuniaire⁵. Le caractère systématique de la sanction de la méconnaissance du principe d'impartialité en cas d'intéressement pécuniaire s'explique seulement par la nature de ce dernier⁶, puisqu'il permet de saisir aisément la « claire » violation du principe d'impartialité⁷. Quelle que soit son intensité, sa simple existence permet de matérialiser le manquement présumé à l'impartialité⁸. La sévérité de la *common law* en matière d'intérêt pécuniaire est telle, qu'elle a pu amener le

¹ Les juges britanniques reconnaissent, dès le XVII^e siècle, la distinction entre l'intérêt pécuniaire, de nature à créer un doute sur l'impartialité d'un agent, et l'intérêt moral – familial en l'espèce –, qui ne l'est pas (*Brookes v. Earl of Rivers* [1668] Hardr. 503; 145 ER 569).

² V., par ex., F. SCHAUER, « English Natural Justice and American Due Process : An Analytical Comparison », *William & Mary Law Rev.*, 1976, p. 47, spéc. p. 56 ; J. FRANK, « Disqualification of Judges », *Yale Law Journal*, 1947, p. 605, spéc. p. 610.

³ BLACKBURN, in *R. v. Rand* [1866], 1 QB 230, spéc. p. 232 (« There is no doubt that any direct pecuniary interest, however small, (...) does disqualify a person from acting as judge in the matter »). V. aussi *R. v. Camborne Justice, ex. p. Pearce* [1955] 1 QB 41.

⁴ SCHAUER, *art. préc.*, p. 56. V. également DE SMITH, *op. cit.*, p. 251.

⁵ V. *infra*, cette section, § 2.

⁶ Dans la jurisprudence contemporaine, c'est bien la « nature de cet intérêt » – l'intérêt pécuniaire –, qui conduit le juge à poser une présomption de partialité (v. *R. v. Gough* [1993] AC 646).

⁷ DE SMITH, WOOLF & JOWELL, *op. cit.*, p. 418.

⁸ La faiblesse de l'intérêt n'est pas prise en compte par les juges, dès lors que l'existence de l'intérêt pécuniaire est certaine (v. LUSH, in *Serjeant v. Dale* [1877] 2 QB 558, spéc. p. 567).

législateur à intervenir, afin d'autoriser expressément certains agents à siéger, là où les rigueurs du principe jurisprudentiel leur interdisait toute participation à certaines décisions¹.

À l'inverse, le statut des fonctionnaires européens prévoit une disposition objective, à l'article 11 *bis*, empêchant le fonctionnaire de traiter une affaire dans laquelle « il a, directement ou indirectement, un intérêt personnel, notamment familial ou financier ». Par là, la norme ne semble pas opérer de distinction dans l'identification des types d'intérêts de nature à faire douter de l'impartialité du fonctionnaire, alors que des dispositions sectorielles visent plus particulièrement les intérêts pécuniaires². L'interprétation juridictionnelle des dispositions statutaires montre que tout type d'intérêt est susceptible de déclencher l'obligation d'abstention, dès lors que les circonstances sont telles que « le fonctionnaire qui est amené à se prononcer sur une affaire doit raisonnablement [les] comprendre comme étant de nature à apparaître, aux yeux de tiers, comme une source possible d'affectation de son indépendance en la matière »³. La règle est sanctionnée dès lors que les circonstances de l'espèce permettent au juge de considérer que « l'existence d'un conflit d'intérêt (...) est (...) établie »⁴.

Ainsi, il est relativement aisé pour le juge d'identifier la cause de l'obligation d'abstention lorsqu'elle réside dans l'existence d'un intérêt pécuniaire de l'agent à la décision administrative. Il n'en va pas de même des intérêts qui ne présentent pas de caractère pécuniaire.

- La difficile identification des intérêts moraux.

Il pourrait sembler vain de tenter d'identifier les intérêts non pécuniaires qui déclenchent l'obligation d'abstention, tant la jurisprudence semble casuistique, au risque, parfois, de faire preuve d'inconstances, dans la mesure où leur identification pose un

¹ Il en est ainsi de la législation sur les indigents : un agent ne pouvait décider, d'après la *common law*, de l'allocation d'une aide financière s'il était contribuable dans la même « paroisse civile » (*Great Charter v. Kennington* [1730] 2 Str. 1173). Cela a obligé le Parlement britannique, en 1743, à autoriser expressément les juges de paix à siéger dans ces instances, malgré leur qualité de contribuable (v. FRANK, *art. préc.*, p. 611 ; TRACEY, *art. préc.*, p. 629).

² V. par ex. l'art. 63-2 du règlement CE n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments, *JOUE* du 30 avril 2004, I, 136, p. 1.

³ TPICE, 11 sept. 2002, *C. Willeme c/ Commission*, aff. T-89/01, *Rec.* p. II-803.

⁴ Pour la participation à une procédure d'enquête de l'Office européen de lutte antifraude, d'un membre susceptible d'être mis en cause, à raison de ses fonctions précédentes, par les faits de l'enquête : TPICE, 6 avril 2006, *Camos Grau c/ Commission*, T-309/03, *Rec.* p. II-1173.

problème « déconcertant »¹. Toutefois, la jurisprudence fait apparaître, en filigrane, un certain nombre de critères permettant d'identifier l'intérêt moral qui doit conduire au déclenchement de l'obligation d'abstention. Ces critères apparaissent comme variant, suivant que l'intérêt est strictement personnel ou qu'il se rapporte à une tierce personne, physique ou morale – dès lors que cette dernière ne poursuit pas un but lucratif.

L'intérêt personnel, entendu strictement, est l'avantage qu'un agent peut espérer retirer d'une décision administrative, relativement à sa situation particulière. Il est aisé de présumer qu'un agent, confronté à une décision pouvant potentiellement améliorer sa situation personnelle, sera tenté de faire prévaloir cet intérêt sur toute autre considération. Si cet intérêt personnel présente souvent un caractère pécuniaire, il est parfois difficile de le qualifier ainsi : l'intérêt est alors moral, dans ce sens où ce n'est pas nécessairement un avantage pécuniaire que l'agent entend retirer de la décision administrative. Cette situation se retrouve majoritairement en droit de la fonction publique, du fait du principe de gestion paritaire, qui implique que certains agents participent à des décisions qui peuvent les concerner de manière personnelle. La jurisprudence est abondante, qui concerne la composition des instances paritaires chargées de prendre des décisions ou de rendre des avis affectant la situation des agents publics. Ainsi, la commission qui propose un tableau d'avancement ne peut voir siéger en son sein une personne susceptible d'être inscrite sur ce tableau, du fait de l'intérêt personnel de cet agent. Cette règle, affirmée avec vigueur par le Conseil d'État dès 1925², est inscrite dans les dispositions statutaires relatives aux commissions paritaires³. Réaffirmée à de nombreuses reprises, dans le silence des textes⁴, ou pour leur interprétation⁵, cette règle implique également que s'abstienne de participer à l'élaboration d'un tableau d'avancement la personne qui était inscrite à ce tableau, avant son annulation contentieuse⁶, ou tout membre

¹ FRANK, *art. préc.*, p. 611 (« perplexing »).

² CE, 26 déc. 1925, *Rodière, préc.*

³ D'abord à l'article 55 de la loi du 19 oct. 1946, qui prévoit que « les fonctionnaires ayant vocation à être inscrits au tableau ne pourront prendre part aux délibérations de la commission », puis à l'article 38 du décret du 28 mai 1982, relatif aux commissions administratives paritaires (*JORF* du 30 mai 1982, p. 1731), qui précise aujourd'hui que si tous les représentants d'un grade ont vocation à être inscrits au tableau, il est procédé à un tirage au sort pour désigner des fonctionnaires non susceptibles d'être inscrits au tableau.

⁴ CE Sect., 11 jan. 1935, *Varenne, Lebon* p. 43.

⁵ D'une disposition qui prévoit qu'un représentant du personnel ne peut siéger s'il est « personnellement en cause », le Conseil d'État considère qu'elle implique l'impossibilité de siéger pour une personne ayant vocation à être inscrite au tableau (CE Sect., 14 juin 1963, *Sieur Bernardet, Lebon* p. 374). V. aussi CAA Bordeaux, 18 nov. 2002, *Mme Marchand et Syndicat CFDT des services de la santé et des services sociaux de la Gironde c/ Centre hospitalier universitaire de Bordeaux*, inédit : *RFDA*, 2003, p. 721, concl. CHEMIN.

⁶ CE, 20 janv. 1950, *Sieur Fabre, Lebon* p. 48.

appelé à siéger à titre consultatif¹ ; elle ne se satisfait pas de la circonstance que les personnes intéressées se seraient retirées au moment de l'examen de leur cas², dans la mesure où elle implique que l'agent ne puisse délibérer « sur son propre cas et sur celui de ses concurrents »³. « Traduction (...) de l'obligation générale d'impartialité », cette règle s'étend aux autres procédures concernant la gestion du personnel dans la fonction publique, dès lors que la « situation personnelle [de l'agent] est directement en cause »⁴. L'intérêt personnel de l'agent l'empêche également de siéger dans un conseil de discipline si, poursuivi pour les mêmes faits, il s'apprête lui-même à comparaître devant cette instance⁵. Le droit municipal, comme tout secteur de l'activité administrative⁶, connaît également des cas d'application de l'obligation d'abstention pour intérêt personnel non pécuniaire : le Conseil d'État prend alors en compte le caractère exclusif de l'intérêt, pour juger qu'il est « distinct de l'intérêt général des habitants de la commune »⁷ et, partant, qu'il empêche l' élu de délibérer.

L'examen du caractère fautif de l'intéressement est plus complexe, dès lors qu'il est question, non plus de l'intérêt moral personnel d'un agent, mais de l'intérêt moral d'une personne tierce. En effet, la présomption selon laquelle l'agent sera tenté de favoriser cet intérêt est plus difficile à concevoir, de manière générale et absolue. D'où la tendance du juge à préférer l'examen de l'attitude subjective de l'agent dont l'impartialité est contestée. Toutefois, on peut constater une objectivation progressive de l'appréciation de l'impartialité des agents de l'Administration, dans ces cas de figure. Il est alors nécessaire de distinguer l'identification de l'intéressement fautif selon que la personne tierce est une personne physique ou morale.

¹ CE, 30 oct. 1957, *Sieur Lechêne*, *Lebon* p. 565.

² CE, 14 nov. 1980, *Nemorin*, n° 11800, *Lebon T.* p. 768.

³ CE Sect., 13 juill. 1967, *Sieur Bouiller*, *Lebon* p. 312.

⁴ Pour une procédure de notation : CE, 1^{er} avril 1998, *Iguacel*, 136091, *Lebon T.* p. 985. Pour une procédure d'intégration : CE Sect., 4 mars 1949, *Sieur Trèbes et autres*, *préc.*

⁵ CE, 9 juill. 1956, *Gouverneur général de l'Algérie*, *Lebon* p. 315 : *AJDA* 1956, II, 383, concl. LONG. Cet arrêt illustre en outre la rareté de l'hypothèse d'un intérêt personnel, dans le cadre d'une procédure disciplinaire. L'agent est considéré comme personnellement intéressé lorsqu'il s'apprête à comparaître devant le conseil de discipline, les faits reprochés fussent-ils différents (CE, 14 oct. 2002, *Cunuder*, n° 201138, *Lebon T.* p. 800 : *JCP Adm.* 2002, 1228, note JEAN-PIERRE).

⁶ V., pour une procédure d'attribution de logement de service, prise sur avis d'une commission au sein de laquelle des potentiels bénéficiaires de la mesure ont siégé : CAA Marseille, 7 mars 2006, *M. X c/ Département des Bouches-du-Rhône*, n° 02MA00434, inédit.

⁷ *A contrario*, CE, 30 juill. 1941, *Sieur Chauvin*, *Lebon* p. 152. V. aussi CE, 24 nov. 1997, *M. et Mme Merrain*, n° 159190, *Lebon T.* p. 1134.

Le défaut objectif d'impartialité d'un agent à raison de l'existence d'un intérêt moral rattaché à une personne physique tierce se rencontre, dans l'immense majorité des cas de figure, dans le droit des concours et examens de la fonction publique. La mise en œuvre du principe d'impartialité est en effet confrontée aux liens existant entre les candidats et les membres du jury. Le clair départ entre les liens qui constituent un intéressement fautif et ceux ne sont pas de nature à créer un doute quant à l'impartialité de la procédure de sélection a été opéré de manière très progressive, dans la jurisprudence administrative. Le juge est en effet confronté à l'extrême variété des liens existant entre les agents chargés participer à la procédure d'examen et les candidats eux-mêmes, tout autant qu'à la nécessité de ne pas adopter une règle trop rigide, qui risquerait de ne pas être adaptée aux circonstances particulières de chaque procédure.

C'est d'abord à propos des liens familiaux que le Conseil d'État a été amené à poser une présomption de partialité pesant sur le membre d'un jury, aidé en cela par des dispositions de droit écrit anciennes¹. Dans le sillon d'une jurisprudence remontant à 1922², qui faisait peser sur le père d'un candidat une obligation d'abstention, du fait de sa partialité présumée, le Conseil d'État a progressivement purgé l'organisation des concours d'entrée dans la fonction publique de toute suspicion quant à la sincérité de ces procédures, dès lors que le lien unissant le candidat et le membre du jury est de nature familiale³. L'intérêt moral de nature familiale peut également être à l'origine de l'obligation d'abstention dans d'autres champs de l'activité administrative⁴, notamment en droit municipal. Le juge peut parfois décider qu'est intéressé à l'affaire le conseiller municipal qui participe à une délibération favorisant les intérêts d'un membre de sa famille⁵. Il demeure toutefois rare que le juge considère que sa

¹ Un certain nombre de dispositions régissant l'organisation de concours prévoient, dès la fin du XIX^e siècle, l'impossibilité, pour un membre du jury, de siéger en cas de lien de parenté avec un candidat (v. *supra*, première partie, titre second, chapitre I, section 1, § 1).

² CE, 10 févr. 1922, *Aldeguer et Branlière, préc.*

³ V. notamment CE, 5 oct. 1955, *Sieur Bernard, préc.* ; CE, 10 févr. 1995, *Mme Perrin et autres, préc.*

⁴ V., pour l'impartialité d'une commission électorale dont l'impartialité peut être rendue douteuse par la présence de l'épouse du maire sortant, candidat à sa réélection : CE, 6 mai 2015, *M. Brothers et autres*, n° 383286, *Lebon T.* p. 685 ; pour une procédure d'enquête publique, v., *a contrario* : CE Sect., 3 juill. 1998, *Mme Salva-Couderc*, n° 172736, *Lebon* p. 297 (*BJDU*, 1998, p. 375, concl. HUBERT) ; pour une procédure de vérification fiscale, v., *a contrario* : CE, 26 janv. 2000, *Bergerault*, n° 169626, inédit (*Dr. fisc.*, 2000, comm. 899, concl. GOULARD).

⁵ Qu'il s'agisse du conjoint (CE, 8 déc. 1916, *Sieur Billardon et autres*, *Lebon* p. 548 ; CE, 23 févr. 1990, *Commune de Plouguernevel*, n° 78130, inédit), d'un simple « lien d'alliance » (CE, 26 févr. 1975, *Garrigou*, n° 92628, *Lebon* p. 154), ou de « parenté » (CE, 19 juin 1991, *Johannet*, n° 68885, *Lebon* p. 245). Toutefois, tout reste affaire de circonstances, puisque dans d'autres cas, un étroit lien de parenté peut ne pas conduire à faire regarder le conseiller municipal comme intéressé à l'affaire (v. pour le défaut d'intérêt du frère d'une personne potentiellement intéressée : CE, 22 juill. 1992, *Consorts Canton*, n° 88549, *Lebon T.* p. 794).

simple existence déclenche, à elle seule, l'obligation d'abstention du conseiller municipal¹, car « l'existence d'un lien familial (...) ne conduit pas nécessairement à qualifier l'intéressement de fautif »². L'intérêt moral de nature familiale n'en constitue pas moins une cause assez certainement identifiable du déclenchement de l'obligation d'abstention, dans la mesure où ces liens sont « placés sur un terrain familial et affectif socialement reconnu »³.

L'appréciation à laquelle le juge doit se livrer lorsque les intérêts en cause ne sont pas familiaux est plus délicate et plus subtile, en ce qu'ils « posent les difficultés les plus redoutables »⁴. Le juge admet que certains liens « tenant à la vie personnelle ou aux activités professionnelles »⁵ empêchent un agent de prendre part à la décision à laquelle il aurait normalement vocation à participer. Cette solution a notamment été développée en droit des concours et examens professionnels de la fonction publique, au terme d'une lente évolution. Elle concerne en premier lieu les concours universitaires, qui présentent la particularité d'accorder une place variable à l'appréciation des travaux de recherche des candidats. En 1983, après avoir longtemps rejeté la présomption de partialité découlant de l'existence de lien non familiaux entre les candidats et un membre du jury, la Section du contentieux du Conseil d'État annule une opération de concours au motif que siégeaient, parmi les membres du jury, deux chefs de service d'un centre de recherche au sein duquel plusieurs candidats avaient effectué les travaux de recherche appréciés par le jury⁶. Le Conseil d'État adopte alors une appréhension purement objective de l'impartialité d'un jury, à raison de ce type d'intérêt, comme le souligne Daniel Labetoulle : les membres du jury dont l'impartialité est douteuse « n'avaient (...) adopté (...) une attitude conduisant à douter de leur impartialité » ; cependant, « ce doute peut résulter d'autres données : ainsi, en l'espèce de ce que ces deux

¹ Notamment lorsque le lien unissant le conseiller à un administré est plus distendu (v. notamment CE, 4 févr. 1921, *Sieur Roy, Lebon* p. 129 ; CE, 15 nov. 1978, *Dame veuve Baldacci et consorts Baldacci*, n° 99343, *Lebon T.* p. 727 ; CE, 12 fév. 1986, *Commune d'Ota, préc.*), il peut devenir problématique s'il se double d'un intérêt pécuniaire à l'affaire (CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, n° 355756, *préc.*).

² C.-A. DUBREUIL, « Conseiller intéressé : le Conseil d'État précise la notion d' "intérêt distinct" », *art. préc.*, p. 628.

³ A. ZARCA, *op. cit.*, p. 231. L'auteur distingue la présomption « quasi-irréfragable » de partialité, qui découle de l'existence d'un lien familial, présomption qui ne vaut plus dès lors que les liens personnels ne sont pas de cette nature (v. ZARCA, *op. cit.*, p. 230 et s.).

⁴ F. RAYNAUD, « Note sous CE, 8 juin 2015, *Zegdi* », *Cah. fonction publ.*, n° 356, 2015, p. 91, spéc. p. 92.

⁵ CE Sect., 18 juill. 2008, *Mme Baysse, préc.*

⁶ CE Sect., 18 mars 1983, *Spina*, n° 33379, *Lebon* p. 125 : *RDSS*, 1984, p. 86, concl. LABETOULLE ; *AJDA*, 1983, p. 527, chron. LASSERRE et DELARUE.

membres du jury étaient en quelque sorte juges et parties pour apprécier la valeur des travaux qu'ils avaient dirigés »¹.

Le Conseil d'État réaffirme cette solution, quelques années plus tard, en annulant la délibération d'un jury d'admission d'un concours de recrutement au Centre national de la recherche scientifique, au motif que les deux candidats admis travaillaient dans le laboratoire du président du jury². Il conserve cependant une appréciation souple de la règle d'impartialité, qui ne saurait être invocable face à toute circonstance démontrant l'existence d'un tel lien³, et reste très liée aux cas d'espèce⁴. Le principe d'impartialité n'est opposable qu'en tant que les liens en cause « révèlent l'existence d'un conflit d'intérêts personnels ou professionnels de nature à jeter un doute » sur l'impartialité du membre du jury⁵. Le Conseil d'État entreprend par la suite d'objectiver au maximum la règle d'impartialité, applicable aux jurys de concours et d'examen, dans l'arrêt *Baysse*⁶ – pour un examen professionnel –, puis en étendant la solution retenue aux concours⁷, démentant provisoirement les pronostics des auteurs qui

¹ D. LABETOULLE, « Concl. sur CE Sect., 18 mars 1983, *Spina* », *RDSS*, 1984, p. 86, spéc. p. 90.

² CE, 20 sept. 1991, *Blazsek*, n° 100225, *Lebon T.* p. 990 : *AJDA*, 1992, p. 163, note SCHRAMECK. V. également CE, 15 mai 2002, *Chevet*, n° 224701, inédit.

³ La présence, au sein d'un jury, d'un ancien chef de service ne prive pas les candidats des garanties d'impartialité requises (CE, 7 oct. 1983, *Mlle Limoge*, n° 35249, *Lebon* p. 403 ; CE, 20 oct. 1999, *Bailleul*, n° 181732, *Lebon* p. 323 : *Dr. adm.*, 2000, comm.13, note MONIOLLE ; CE, 2 février 2005, *Mme X.*, n° 266967, inédit), tout autant que la présence d'un membre appartenant au même service qu'un candidat (CE, 25 mars 1988, *Toutain*, n° 90324, inédit), fût-il son supérieur hiérarchique (CE, 4 févr. 2004, *Mme Bata*, n° 239219, *Lebon T.* p. 715), de même que la présence d'anciens membres d'un jury de concours auquel le requérant a échoué (CE, 24 mars 1995, *Bouthemy*, n° 122219, inédit ; CE, 27 sept. 2000, *Zuber*, n° 310376, inédit ; CE, 11 juin 2003, *M. X.*, n° 247031, inédit), ou de membres avec qui certains candidats ont de simples « relations professionnelles » (CE Sect., 22 juin 2007, *M. Lesourd*, n° 288206, *Lebon* p. 253 : *RFDA*, 2007, p. 1077, concl. OLSON).

⁴ Ainsi, si le fait qu'un membre du jury ait dirigé les recherches d'un candidat viole le principe d'impartialité lorsque les opérations de concours portent essentiellement sur l'appréciation de ces travaux, cela cesse d'être le cas si les épreuves du concours ne se basent que partiellement sur l'appréciation de ces travaux (CE, 28 avril 2004, *M. Frank Attar*, n° 254012, *Lebon* p. 179) ; de même, la circonstance que la majorité des membres d'une commission de spécialistes d'une université soient membres du même laboratoire de recherche « n'est pas, à elle seule, de nature à établir le manque d'impartialité de la commission » (CE, 9 nov. 1994, *Marion*, n° 114763, inédit).

⁵ CE, 22 juin 2011, *Roche et Gambini*, n° 336757, *Lebon T.* p. 749.

⁶ CE Sect., 18 juill. 2008, *Mme Baysse*, *préc.* : « Considérant que la seule circonstance qu'un membre d'un tel jury d'examen professionnel connaisse un candidat ne suffit pas à justifier qu'il s'abstienne de participer aux délibérations qui concernent ce candidat ; qu'en revanche le respect du principe d'impartialité exige que s'abstienne de participer, de quelque manière que ce soit, aux interrogations et aux délibérations qui concernent un candidat un membre du jury qui aurait avec celui-ci des liens, tenant à la vie personnelle ou aux activités professionnelles, qui seraient de nature à influencer sur son appréciation (...) ; qu'en dehors de ces hypothèses, il incombe aux membres des jurys d'examen de siéger dans les jurys auxquels ils ont été nommés en application de la réglementation applicable ».

⁷ CE, 8 juin 2015, *Zegdi*, n° 370539, *Lebon T.* p. 704 : *Cah. fonction publ.*, 2015, p. 91, note RAYNAUD.

affirmaient que cette solution ne pouvait être transposée aux jurys de concours, en raison du principe d'unicité du jury¹. Il fait suite en cela à un certain nombre d'annulations d'opérations de concours, prononcées à raison des trop grandes précautions prises par le jury, dans l'examen des candidats, ce qui a pour effet de rendre le jury incomplet, alors même que l'impartialité du membre manquant n'était pas douteuse². Le Conseil d'État adopte brièvement une position plus stricte en interdisant, *in fine*, à tout membre d'un jury dont l'impartialité est douteuse de participer à l'ensemble des opérations de concours, afin de préserver les « principes d'unicité du jury et d'égalité des candidats devant celui-ci »³, avant de revenir sur sa décision, quelques mois plus tard, pour des raisons pratiques⁴. L'intérêt moral d'une personne tierce conduit également au déclenchement de l'obligation d'abstention lorsqu'il est suffisamment identifiable, en droit municipal : tel est notamment le cas d'un exécuteur testamentaire qui participerait à une délibération en lien avec les dispositions prises par le mandant⁵.

Enfin, l'intérêt moral d'une personne tierce peut également déclencher l'obligation d'abstention, lorsque la personne tierce en cause est une personne morale poursuivant un but non lucratif. L'intérêt en cause, dans ce cas, ne présente pas de nature pécuniaire, ce qui rend son identification moins aisée. Toutefois, quelle que soit la nature de l'intérêt poursuivi par cette personne morale, le juge considère qu'il doit conduire l'agent à s'abstenir dès lors qu'il « ne se confond pas avec l'intérêt »⁶ de la personne administrative que l'agent représente. C'est alors l'exclusivité de l'intérêt poursuivi par l'organisme dépourvu de but lucratif qui permet au juge de faire le départ entre un intéressement fautif et un intéressement non fautif :

¹ Pour Fabrice Melleray, la solution dégagée par l'arrêt *Mme Baysse*, applicable aux jurys d'examens professionnels, « n'est pas vraiment transposable aux jurys de concours », car « le concours, contrairement à l'examen, repose en effet sur un principe d'unicité du jury, corolaire du principe d'égalité » (F. MELLERAY, « Les modalités d'application du principe d'impartialité aux jurys d'examen professionnel », *Dr. adm.*, 2008, comm. 136). Yann Aguila considérait de même, dans ses conclusions, que la solution « ne serait bien sûr pas transposable aux concours » (Y. AGUILA, « Concl. sur CE Sect., 18 juill. 2008, *Mme Baysse* », *AJDA*, 2008, p. 2124).

² CE, 9 juill. 1997, *Thoubert*, n° 170334, *Lebon T.* p. 880.

³ CE, 17 oct. 2016, *Université de Nice-Sophia Antipolis*, n° 386400, *Lebon T.* p. 618 : *AJDA*, 2016, p. 1955 ; *AJFP*, 2017, p. 16, note ZARCA ; *Cah. fonction publ.*, n° 372, 2016, p. 79, obs. VEYRET.

⁴ CE, 7 juin 2017, *M. D.*, n° 382986, *Lebon T.* (à paraître) : *JCP Adm.*, 2017, act. 442, obs. TOUZEIL-DIVINA ; *AJDA*, 2017, p. 1449, comm. ODINET & ROUSSEL. Le Conseil d'État revient ainsi à la solution antérieure en exigeant simplement du membre d'un jury dont l'impartialité est douteuse de s'abstenir de participer aux opérations de concours qui concernent le candidat qui est la cause du défaut d'impartialité.

⁵ CE, 28 avril 1887, *Commune de Châteauneuf-de-Gardagne*, *préc.* ; CE, 11 avril 1913, *Sieur Germain Laruas*, *Lebon* p. 389.

⁶ CAA Marseille, 20 juin 2011, *Commune de Sainte-Maxime*, n° 08MA01415, inédit. V. également CE Sect., 16 déc. 1994, *Commune d'Oullins c/ Association Léo Lagrange*, n° 145370, *Lebon* p. 559.

le juge administratif rappelle à ce titre que le principe d'impartialité ne saurait être violé dans le cas où l'agent poursuivrait un but non « distinct de celui poursuivi par la personne morale qu'il représente »¹. Il est fréquent que le juge soit confronté à ce type d'interférences en droit municipal², lorsque des élus appartiennent à des associations poursuivant un but d'intérêt général³. L'obligation d'abstention ne commence que dès lors que l'association « poursuivait des intérêts qui ne se confondent pas avec ceux de la généralité des habitants de la commune »⁴, car il est impossible de « reconnaître une coïncidence pure et simple entre l'activité de l'association et l'intérêt communal »⁵. C'est ce même type d'intérêt qui a conduit, en application de la loi du 11 octobre 2013, à l'amputation du titre de compétence de deux ministres, à raison de leurs liens avec un organisme de recherche⁶ ou un groupement d'intérêt public⁷.

Ainsi, l'intérêt de toute nature d'un agent à la décision administrative est susceptible de déclencher l'obligation d'abstention de ce dernier. Si la majorité des cas d'espèce concernant l'obligation d'abstention a pour cause l'intérêt d'un agent, il n'en demeure pas moins que d'autres risques de partialité font partie du contenu du principe d'impartialité, fût-ce de manière plus discrète.

¹ CAA Versailles, 23 oct. 2014, *M. G. et autres*, n° 12VE02236, inédit.

² Toutefois, l'interférence provoquée par ce type d'intérêt dépasse le cadre municipal et se retrouve, potentiellement, dans tous les secteurs de l'activité administrative (v. notamment CE, 28 déc. 2007, *Association des sylviculteurs du Sud-Ouest*, n° 282921, inédit).

³ Gilles Pellissier rappelle à ce titre que « dès lors que l'intérêt du groupement ne se confond pas avec celui de la commune, même s'il s'agit d'un intérêt général, le conseiller est susceptible d'être intéressé » (G. PELLISSIER, « Concl. sur CE, 10 déc. 2012, *M. Auclair* », *BJCL*, 2013, p. 23, spéc. p. 24).

⁴ CE, 9 juill. 2003, *CRCA mutuel de Champagne-Bourgogne*, n° 248344, *préc.*

⁵ L. VALLÉE, « Concl. sur CE, 9 juill. 2003, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Champagne-Bourgogne* », *préc.*, p. 801.

⁶ Le décret n° 2014-865 du 1^{er} août 2014 interdit au secrétaire d'État chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche, Geneviève Fioraso, de connaître des actes intéressant la direction de la recherche technologique du Commissariat à l'énergie atomique (*JORF* du 3 août 2014, p. 12867). Cet exemple illustre parfaitement le processus d'objectivation de l'impartialité administrative, dans la mesure où le tribunal administratif de Grenoble avait jugé que cette interférence d'intérêts ne méconnaissait pas l'article L.2131-11 du Code général des collectivités territoriales, faute pour les requérants de ne pas établir l'« influence effective » du conseiller intéressé sur la délibération contestée (TA Grenoble, 16 mai 2011, *M. Vincent C.*, n° 0905771, inédit).

⁷ Le décret n° 2015-1667 du 14 décembre 2015 interdit au secrétaire d'État chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche, Thierry Mandon, de connaître des actes intéressant le groupement d'intérêt public « Genopole », dont il avait été le président (*JORF* du 15 déc. 2015, p. 23083).

B. *Les autres risques de partialité plus discrètement pris en compte*

L'intérêt à l'affaire présente un caractère hégémonique, tant quantitativement que qualitativement, comme élément déclencheur de l'obligation d'abstention. Mais l'étude de la jurisprudence met au jour des causes différentes du déclenchement de l'obligation, résidant également dans le doute qu'elles créent quant à l'impartialité de l'agent et indépendamment de tout intérêt à l'affaire. Il est alors possible de distinguer trois cas de figure qui conduisent à l'obligation, pour l'agent, de s'abstenir de prendre part à la décision administrative.

Tout d'abord et même si le cas est relativement rare, est présumée partielle la personne qui serait subordonnée au bénéficiaire de la décision. L'hypothèse est très rare, dans la mesure où elle suppose un lien de subordination hiérarchique et que l'organisation institutionnelle de la fonction publique vise très largement à l'éviter. Ainsi, en matière disciplinaire, le Conseil d'État prend soin de rappeler qu'il résulte des dispositions du statut de 1946 que « lorsque les commissions administratives paritaires assument le rôle de Conseils de discipline, leur composition doit être modifiée de telle sorte que ne soient pas appelés à siéger des fonctionnaires d'un grade hiérarchiquement inférieur à celui de l'agent dont le cas est examiné »¹. Ainsi, la « position de subordination hiérarchique »² fait peser sur le fonctionnaire une présomption de partialité qui l'oblige à s'abstenir de toute participation à la décision, solution par la suite codifiée³. Cette obligation d'abstention est sanctionnée par le juge dans toutes les hypothèses où elle peut se produire, notamment le droit des concours : la circonstance qu'une personne « placée sous l'autorité de l'un des candidats » est « de nature à priver les candidats des garanties d'impartialité auxquelles ils ont droit »⁴. Cette présomption de partialité permet de pallier l'absence de consécration d'une indépendance statutaire, propre aux juridictions, qui soustrait les membres de ces dernières de « toute subordination hiérarchique »⁵.

Puis, les cas ayant trait à l'animosité entre l'administrateur et l'administré peuvent également faire l'objet d'une appréhension objective par le juge. Celle-ci est déjà en germe

¹ CE, 25 mars 1960, *Sieur Gamiette*, *Lebon* p. 227. La solution avait déjà été dégagée de manière prétorienne, en 1929 (CE, 5 juin 1929, *Dallennes*, *Lebon* p. 543).

² CE, 25 mars 1960, *Sieur Gamiette*, *préc.*

³ Article 35 du décret n° 82-451 du 28 mai 1982 relatif aux commissions administratives paritaires (*préc.*).

⁴ CE, 4 févr. 2004, *Attar*, n° 248824, *Lebon T.* p. 716.

⁵ CE, 7 janv. 1998, *Trany*, n° 163581, *Lebon* p. 1 : *AJDA*, 1998, p. 445, concl. SCHWARTZ. V. également, pour le lien entre la dépendance et la partialité présumée : CE Ass., 6 déc. 2002, *Trognon*, n° 240028, *Lebon* p. 427 : *RDSS*, 2003, p. 92, concl. FOMBEUR ; *JCP Adm.*, 2003, 380, note JEAN-PIERRE.

dans la jurisprudence considérant que l'agent qui a fait preuve d'une animosité notoire, préalablement à la décision, ne peut participer à son édicton. En effet, s'il y a manquement subjectif à l'impartialité de la part d'un agent, ce manquement se situe parfois très en amont de la décision contestée. La censure juridictionnelle ne prend dès lors pas en compte l'attitude subjective de l'agent dans la seule procédure aboutissant à la décision, ce qui vient relativiser la frontière entre impartialité subjective et objective, puisque la circonstance d'un manquement passé peut être considérée comme un élément entachant objectivement l'impartialité de la décision contestée. La jurisprudence se rapproche constamment de cette idée, dans la mesure où, dans les arrêts les plus récents, le Conseil d'État considère que l'existence d'un différend antérieur, entre un agent et un administré, « était de nature à mettre en doute le caractère impartial »¹ d'un avis, ou qu'il a « privé [le requérant] des garanties d'impartialité »² qu'il est en droit d'attendre. La présomption de partialité découle alors de ce que l'agent a décidé de ne pas s'abstenir de participer à la décision, malgré l'existence de cette circonstance, de nature à mettre en doute son état d'esprit à l'endroit de l'administré. Le Conseil d'État confirme explicitement cette appréhension objective, en 2008, dans une affaire mettant en cause une procédure de vérification fiscale : il considère que l'existence d'un conflit de voisinage entre la vérificatrice et le contribuable a pour résultat que la procédure « ne pouvait être regardée par les tiers comme ayant présenté toutes les garanties d'impartialité requises »³. Il débarrasse ainsi son appréciation de l'impartialité de l'agent de toute recherche d'un manquement préalable à l'impartialité, pour analyser plus simplement les circonstances qui entourent l'adoption de la décision contestée⁴. Le passage à une appréhension objective n'empêche pas le juge de continuer à exiger un niveau de preuve exigeant⁵.

Enfin, le cas le plus fréquent de partialité présumée, en dehors de tout intérêt à l'affaire, est ce qu'il est possible d'appeler l'implication préalable de l'agent dans l'affaire qui fait l'objet de la décision administrative. À ce titre, la sanction du principe d'impartialité apparaît, au travers de présomptions de partialité très variées. En effet, l'implication préalable

¹ CE, 29 juill. 2002, *M. X.*, n° 223148, inédit.

² CE, 17 nov. 2003, *M. Achibet*, n° 232154, inédit.

³ CE, 1^{er} déc. 2008, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SCI Strasbourg*, n° 292166, *préc.* V. également CAA Paris, 13 févr. 2009, *Adam*, n° 07PA04783, inédit.

⁴ Le Conseil d'État précise que les circonstances qui permettraient de considérer qu'il n'y a pas eu de manquement à l'impartialité de la part de la vérificatrice ne sauraient établir l'absence de violation du principe d'impartialité.

⁵ CAA Versailles, 2 déc. 2014, *SAS Altlease Finance*, n° 14VE0025, inédit : *RJF*, 2015, n° 233.

d'un agent, si elle est telle qu'il est à craindre que son opinion soit déjà formée sur une affaire, peut amener l'administré à douter de l'utilité de la procédure dont il est censé bénéficier. Partant, l'agent placé dans cette situation devrait s'abstenir de participer à la décision finale¹. Le juge censure d'abord toute prise de position préalable à la décision, pour autant qu'elle révèle un manquement à l'impartialité, décelé notamment en ce que le parti pris est exprimé en dehors de l'exercice normal de ses fonctions par l'agent². Toutefois, la mise en œuvre du principe d'impartialité peut aller beaucoup plus loin, en prenant en compte l'implication fonctionnelle de l'agent dans la procédure de décision. Si elle atteint une certaine généralité, cette présomption de partialité peut conduire à la mise en place d'une incompatibilité, qui se distingue par son caractère permanent³. Plusieurs types d'implications fonctionnelles sont, à ce titre, susceptibles d'être sanctionnés par le juge, comme autant de méconnaissances objectives du principe d'impartialité. Le juge considère en effet que, dans certains secteurs de l'activité administrative, l'implication d'un agent dans la préparation de la décision est telle qu'il devrait s'abstenir de participer à son édicton finale. La jurisprudence est ici fortement sectorisée, dans la mesure où elle résulte d'une interprétation particulière de l'exigence d'impartialité, répétée au fil des cas d'espèce similaires. Elle est tributaire du degré de formalisation de la décision et de la volonté du juge de garantir l'impartialité du processus décisionnel.

Une présomption de partialité de ce type a d'abord posée en matière d'épuration, berceau des principes généraux du droit et notamment du principe d'impartialité, consacré en 1949⁴. Il ressort de la jurisprudence que, précédemment à la consécration de ce principe général, les griefs tirés de la méconnaissance objective et fonctionnelle de l'impartialité d'un membre d'une commission d'épuration étaient rejetés par le juge⁵, à moins qu'un texte

¹ Ce grief particulier de partialité a été très étudié en ce qui concerne le juge, ou encore l'administrateur « devenu juge », comme l'exprime Guy Braibant : « même si, devenu juge, [l'administrateur] change d'attitude et de réflexes, même s'il est capable s'assumer un tel dédoublement de la personnalité, il ne pourra jamais persuader le justiciable qu'il est totalement impartial et indépendant ; il sera toujours soupçonné de ne pas vouloir se critiquer et se désavouer lui-même, et les parties n'auront pas le sentiment que la justice leur a été rendue » (BRAIBANT, « Concl. sur CE Sect., 2 mars 1973, *Demoiselle Arbousset* », *RDP*, 1973, p. 1072).

² V. *supra*, première partie, titre second, chapitre I, section 2, § 2.

³ V. *infra*, cette partie, titre second, chapitre II, section 1.

⁴ CE Sect., 29 avril 1949, *Sieur Bourdeaux*, *préc.*

⁵ Pour la circonstance qu'un membre d'une commission centrale a déjà siégé, sur les mêmes faits, en commission locale : CE, 22 oct. 1947, *Mayer, Lebon* p. 383 ; CE, 16 janv. 1948, *Spinner, Lebon* p. 22 ; pour la circonstance qu'un membre a participé à la formulation des griefs à l'encontre de l'intéressé : CE, 29 oct. 1947, *Parésy, Lebon T.* p. 600.

n'instaure cette « garantie supplémentaire »¹ pour certains fonctionnaires. Puis, le Conseil d'État considère que doit s'abstenir de siéger au sein d'une commission d'épuration toute personne qui a pris part à la formulation des griefs, notamment en dénonçant certains faits². L'application du principe d'impartialité à la procédure d'épuration est alors riche et parfaitement objective, comme le soulignent les annotateurs de l'époque, à propos d'une décision « particulièrement remarquable » en ce que « le Conseil d'État y affirme le souci de maintenir l'œuvre administrative dans un climat d'impartialité » ; impartialité appréhendée objectivement, puisque « la décision attaquée est annulée parce que l'avis qui la précédait avait été donné par une Commission dont on pouvait craindre que l'un de ses membres nourrît un ressentiment à l'égard du requérant (...). L'annulation est prononcée alors même que l'on ignore si, en fait, ce membre nourrissait quelque ressentiment et si, en fait, le mécontentement partial de ce membre a eu quelque influence sur l'avis de la Commission »³. Ainsi, le Conseil d'État garantit que l'avis est pris par une instance au sein de laquelle aucun membre n'ayant préalablement pu connaître de l'affaire ne peut siéger⁴.

Le Conseil d'État manifeste, à certains égards, une tendance à extrapoler la portée de cette solution, en la transposant à la matière disciplinaire, de manière toutefois très modeste. Il faut rappeler qu'avant l'adoption d'un statut général de la fonction publique, certains statuts particuliers prévoyaient des garanties très avancées de l'impartialité de la procédure disciplinaire. Ces textes prévoyaient notamment l'interdiction de siéger plusieurs fois sur la même affaire⁵ ou encore l'exclusion du fonctionnaire sur la plainte duquel la poursuite a été décidée⁶. C'est l'application d'un texte de cette espèce que demandait le requérant, dans

¹ Pour les fonctionnaires de l'Éducation nationale : CE, 19 mars 1948, *Guillon, Lebon T.* p. 596. Cette garantie est prévue par un arrêté du 26 octobre 1944, que le Conseil d'État interprète expressément comme devant prévenir la « partialité [de] la composition » de ces instances (CE, 29 janv. 1954, *Cazamian : RDP*, 1954, p. 553).

² CE Sect., 29 avril 1949, *Sieur Bourdeaux, préc.*

³ J. COPPER-ROYER, « Note sous CE, 12 mars 1954, *Deullin* », *AJDA*, 1955, II, p. 60.

⁴ Notamment lorsqu'un membre de la commission a été témoin à charge (CE, 12 janv. 1951, *Gstalter, Lebon T.* p. 735), qu'il a travaillé sous les ordres du requérant et fait l'objet d'une enquête que ce dernier a eu à connaître (CE, 12 mars 1954, *Deullin, Lebon T.* p. 804 : *AJDA*, 1955, II, p. 60, note COPPER-ROYER), ou qu'il a siégé dans une commission d'épuration alors que la commission est chargée de se prononcer sur la révision de la sanction (CE, 1^{er} juin 1951, *Sieur Blondeau, Lebon* p. 307).

⁵ Pour le rappel de ces règles, applicables à certains fonctionnaires, v. CE, 12 déc. 1884, *Brunaud, Lebon* p. 893 ; CE, 22 mai 1935, *Dame Teissier, Lebon* p. 579.

⁶ V. art. 21 du décret du 30 août 1912 réglant l'avancement et la discipline dans le personnel des agents et des préposés domaniaux des eaux et forêts, *JORF* du 19 sept. 1912, p. 8181. Pour le rappel de ces règles, applicables à certains corps, v. CE, 7 juill. 1932, *Sieur Lévy, Lebon* p. 683 ; CE, 15 mars 1939, *Sieur Falchi, Lebon* p. 163).

l'arrêt *Laniez*¹ – systématiquement rappelé, par la suite, comme étant l'arrêt qui consacre le rejet de toute impartialité fonctionnelle de la procédure disciplinaire, dans la fonction publique. Le Conseil d'État considère que les dispositions ont été abrogées et que ni le droit écrit alors en vigueur, ni le principe d'impartialité n'obligent à une quelconque abstention, en cas de connaissance préalable de l'affaire ou de participation aux fonctions d'accusation. L'adoption du statut général marque ainsi un fort recul de l'exigence d'impartialité, en matière disciplinaire. Le Conseil d'État assure cependant, dans des arrêts isolés et rendus à propos de circonstances très particulières, une garantie objective de l'impartialité de la procédure en présumant la partialité de certains membres de l'instance disciplinaire². Plus récemment, le juge administratif confirme cette tendance, en obligeant le membre de la commission des recours du conseil supérieur de la fonction publique hospitalière à s'abstenir de siéger dès lors qu'il aurait siégé dans la commission administrative paritaire qui avait proposé la sanction³. Cependant, cette affirmation de l'impartialité objective et fonctionnelle de la procédure disciplinaire s'inscrit difficilement dans le droit positif, dans la mesure où le Conseil d'État censure systématiquement les tentatives du juge du fond visant à la garantir⁴ et où il réaffirme avec vigueur la solution de principe de l'arrêt *Laniez*⁵.

La jurisprudence fiscale offre, dans le même ordre d'idée, un exemple très illustratif et assez unique, à propos de la composition des diverses commissions des impôts, instituées pour « renouer le dialogue avec le contribuable »⁶, notamment la commission départementale

¹ CE, 11 mai 1960, *Ministre de l'Agriculture c/ Sieur Laniez*, préc.

² V. notamment CE, 19 janv. 1951, *Facchinetti, Lebon* p. 33 : le membre du conseil de discipline qui avait fait l'objet d'une enquête diligentée par le requérant ne pouvait valablement siéger, la circonstance étant « de nature à [le] priver de l'indépendance nécessaire pour siéger ». La solution est fortement inspirée par les arrêts rendus, à la même époque, en matière d'épuration. V. aussi CE, 19 févr. 1969, *Ministre des Affaires étrangères c/ Tellier*, RDP, 1969, p. 1162 : le membre d'un conseil de discipline ne peut valablement siéger si le requérant a proféré des menaces de mort à son encontre.

³ CE, 26 sept. 2008, *Assistance publique - Hôpitaux de Paris*, n° 306922, préc.

⁴ CE, 27 sept. 1991, *Commune de Villeneuve-Lès-Avignon c/ M. Drefous*, n° 117854, inédit ; CE, 7 février 2003, *Min. de l'éducation*, n° 232217, préc.

⁵ CE Ass., 13 nov. 2013, *M. Dahan*, n° 347704, préc. Plus spécifiquement, est inopérant le moyen selon lequel l'autorité investie du pouvoir disciplinaire aurait participé, en tant que témoin, à l'enquête : CE, 25 janv. 2016, *Parent*, n° 391178, *Lebon T.* p. 642. Le Conseil d'État, contrairement à ce qu'avait décidé le juge d'appel, réaffirme que le rapporteur d'une affaire peut faire « état de son opinion sur l'opportunité de prononcer une sanction et, le cas échéant, sur la sanction qui lui paraissait adaptée aux faits », dès lors qu'il « n'a pas manifesté envers l'intéressé une animosité particulière révélant un défaut d'impartialité » : CE, 31 mars 2017, *Ministre des affaires sociales et de la santé*, n° 388099, *Lebon T.* (à paraître). V., pour la solution contraire, cassée pour erreur de droit : CAA Nancy, 18 déc. 2014, *M. D. A.*, n° 13NC01485, inédit : *AJDA*, 2015, p. 614. Ainsi, la jurisprudence *Dahan* peut se concevoir comme une résistance « à la tentation du durcissement généralisé de l'exigence d'impartialité en matière répressive » (P. IDOUX, « Les procédures disciplinaires », in AFDA, *Les procédures administratives*, op. cit., p. 175, spéc. p. 189)

⁶ M. COLLET & P. COLLIN, *Procédures fiscales*, Paris, PUF, « Thémis-droit », 2014, 2^e éd., p. 138.

des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires. Ces commissions exercent en effet une mission de « conciliation précontentieuse »¹, qui singularise leur régime juridique. Le droit écrit et, notamment, l'article 1651 du Code général des impôts, prévoit seulement que la commission est présidée par un magistrat administratif et qu'elle comprend deux représentants de l'Administration et trois représentants des contribuables. Or, l'interprétation de ces dispositions par le juge a conduit ce dernier à considérer que les représentants de l'Administration ne peuvent avoir « participé à l'instruction de l'affaire »², dans l'exercice de leurs fonctions. Ainsi, le supérieur hiérarchique du vérificateur qui « ne s'est pas borné à viser les notifications de redressement », mais « s'est rendu lui-même au cabinet du comptable (...) pour consulter ses écritures et documents comptables », doit s'abstenir de siéger à la commission départementale, contrairement aux préconisations du commissaire du gouvernement Guillenchmidt³. Le rattachement de cette solution au principe d'impartialité n'est pas explicite, pendant longtemps. Toutefois, la finalité de cette obligation réside dans le principe d'impartialité, dans la mesure où le juge doit considérer que « participe à l'instruction de l'affaire tout agent qui (...) a été appelé à examiner l'affaire et à manifester une opinion claire résultant du dossier en faveur ou au détriment du contribuable »⁴. Ainsi, dès lors qu'une décision préalable « emporte nécessairement une prise de parti sur les questions soumises à l'avis de la commission départementale »⁵, l'agent qui a pris cette décision doit s'abstenir de siéger, car « le contribuable peut penser que celui qui a [ainsi] décidé ne sera pas impartial dans l'examen du différend de la commission, ne voudra pas se déjuger »⁶. Toutefois, le Conseil d'État maintient une stricte portée de cette jurisprudence, en refusant de la transposer à l'appréhension de l'impartialité de l'interlocuteur départemental : le juge du fond qui verrait dans l'exercice de fonctions précédentes de l'interlocuteur une

¹ É. CRÉPEY, « Concl. sur CE, 18 nov. 2015, *SARL Mosaiques*, n° 368820 », *Dr. fisc.*, 2016, comm. 168.

² CE, 13 juill. 1968, *Malherbaud, Lebon T.* p. 947.

³ CE, 17 févr. 1986, *M. Talon*, n° 44504, *Lebon T.* p. 468 : *Dr. fisc.*, 1986, comm. 913, concl. GUILLENCHMIDT.

⁴ RACINE, « Concl. sur CE, 9 mars 1990, *Consorts Dupré* », cité par D. HEDARY, « Concl. sur CE, 3 oct. 2012, *Polesello*, n° 338974 », *Dr. fisc.*, 2012, comm. 537.

⁵ CE, 3 oct. 2012, *Polesello*, n° 338974, *préc.*

⁶ HEDARY, *concl. préc.* La même approche est retenue pas le juge judiciaire : l'impartialité d'une commission départementale n'est mise en cause qu'à la condition que l'implication préalable d'un agent fasse ressortir une prise de parti (Cass. com., 31 mai 2005, n° 02-17025, *Bull. civ.*, IV, n° 121 : *AJDI*, 2006, p. 297, note MAUBLANC).

quelconque prise de parti commet une erreur de droit¹. Il s'écarte en cela de la position du juge judiciaire, qui tend à garantir l'impartialité de l'interlocuteur départemental en empêchant la désignation d'un agent qui aurait préalablement manifesté son opinion sur l'affaire².

L'implication préalable d'un agent, nommé par la suite commissaire enquêteur, peut également faire obstacle à la légalité de cette désignation, au regard du principe d'impartialité. Le Conseil d'État manifeste une tendance à rattacher ce risque de partialité à la notion d'intérêt à l'affaire³. Il n'en demeure pas moins que certaines circonstances permettent de douter de l'état d'esprit du commissaire enquêteur, en ce que son avis a de fortes chances d'être déjà arrêté, dès avant la procédure d'enquête, qui serait en cela dépourvue d'effectivité. Ainsi, le commissaire enquêteur qui, par le passé, aurait participé, en tant que conseiller municipal, à une délibération portant sur le projet, ne saurait être désigné commissaire enquêteur⁴. Cette solution s'inscrit dans « une perspective de renforcement contemporain de cette rationalisation (voire une certaine "moralisation") des enquêtes en pourchassant non seulement les enquêtes effectivement faussées, mais encore celles dont l'organisation prête *a priori* le flanc à la critique »⁵. Si ce type d'espèces est rare, dans la jurisprudence sur les enquêtes publiques, un certain nombre d'arrêts mentionnant faussement un intérêt à l'affaire relèvent du même mouvement, dans la mesure où c'est l'implication préalable du commissaire enquêteur qui est censurée par le juge, fût-ce au travers de la notion d'intérêt⁶.

Enfin, c'est également l'implication préalable de l'agent qui, dans un premier temps, a conduit à la consécration de l'obligation d'abstention du rapporteur, dans la procédure d'infliction d'une sanction par une autorité administrative indépendante. La Cour de cassation considère en effet, en 1999, que le membre de la Commission des opérations de bourse qui, « nommé rapporteur, a été chargé de procéder à une instruction (...) ne pouvait pas participer

¹ CE, 5 mai 2010, *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique c/ SCI Agora Location*, n° 308430, *préc.*.

² Cass. com., 23 avril 2003, *Société civile immobilière Les Capucins*, n° 00-19539, *Bull. civ.*, IV, n° 61. Cette solution n'empêche pas la souplesse – qui semble recherchée par le juge administratif – puisque la Cour considère qu'en l'espèce, l'opinion de l'interlocuteur « n'était pas arrêtée au moment de sa désignation ».

³ V. *supra*, cette partie, titre premier, chapitre I, section 2, § 1.

⁴ CE, 13 déc. 1985, *Association de défense des expropriés du projet concernant la suppression du passage à niveau n° 416 à Orange et autres*, *préc.*

⁵ B. PACTEAU, « Note sous CE, 13 déc. 1985, *Association de défense des expropriés du projet concernant la suppression du passage à niveau n° 416 à Orange et autres* », *RFDA*, 1986, p. 611, spéc. p. 612.

⁶ V. notamment CE, 19 janv. 1996, *Association Quartier et avenir*, n° 159392, *préc.*

au délibéré »¹. La Cour précise par la suite que tout membre d'une autorité administrative indépendante doit s'abstenir de participer au délibéré, dès lors qu'il a participé à l'instruction de l'affaire². Le Conseil d'État, prônant une approche plus souple de l'impartialité du rapporteur, considère qu'il ne devrait pas se déporter, dès lors qu'il n'a pas participé à la fonction d'accusation³. Le Conseil d'État renoue ainsi clairement avec la jurisprudence *Bourdeaux*, longtemps « cantonnée »⁴ à l'épuration administrative, en encadrant de manière similaire l'exercice d'un pouvoir de sanction non disciplinaire par une instance collégiale⁵. Quelles que soient les divergences de ces solutions jurisprudentielles, il ressort de ces arrêts que c'est par la consécration d'une obligation d'abstention que le juge entend, dans un premier temps, garantir l'impartialité de cette procédure, avant que le droit positif ne s'oriente vers un modèle de séparation des fonctions, fondé sur une incompatibilité⁶.

C'est par une logique similaire que la Cour de cassation considère que l'agent du Conseil de la concurrence impliqué préalablement dans une affaire, par la prise d'une mesure provisoire, ne peut participer à la procédure de sanction, dès lors qu'il est possible de considérer qu'il a été amené à prendre parti sur le fond de l'affaire. Un certain nombre d'autorités administratives indépendantes disposent du pouvoir de prendre des mesures conservatoires, ce qui pose la question de l'impartialité des agents siégeant dans la formation qui prendra la décision définitive, dans la même affaire⁷. Pour la Cour, l'obligation d'abstention ne vaut qu'autant que le membre du Conseil, au cours de la procédure de prononcé d'une mesure conservatoire, « s'était prononcé sur le caractère prohibé des faits qui lui étaient dénoncés », circonstance qui empêche le Conseil de « statuer à nouveau au fond ».

¹ Cass. Ass. plén., 5 février 1999, *Commission des opérations de bourse c/ Oury*, n° 97-16440, *préc.*

² Cass. com., 5 oct. 1999, *SNC Campenon Bernard SGE*, n° 97-15617, *préc.*

³ CE Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, n° 207434, *préc.*

⁴ ISAAC, *op. cit.*, p. 434.

⁵ C'est ainsi qu'il n'est pas déraisonnable de penser que la solution est fondée dans une jurisprudence interne ancienne, même si elle a été peu appliquée, quels que soient les sarcasmes exprimés par une partie de la doctrine quant à l'emploi de l'adjectif « rappelé », pour qualifier le principe d'impartialité par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt *Bourdeaux* est constamment cité au soutien des solutions proposées par les commissaires du gouvernement, à partir du revirement de l'arrêt *Didier*.

⁶ V. *infra*, ce titre, chapitre II, section 2, § 1.

⁷ L'Autorité de la concurrence jouit ainsi de cette prérogative, au titre de l'art. L. 464-1 du Code de commerce. Cette possibilité est également ouverte, dans certains cas, à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (art. L. 36-8 et L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques) ainsi qu'à la Commission de régulation de l'énergie (art. L. 134-22 du Code de l'énergie).

« dans une formation comportant des membres ayant statué dans cette procédure »¹. De cette manière, le juge judiciaire met en œuvre la même approche nuancée de l'impartialité objective qu'en matière juridictionnelle, pour ce qui est du cumul de fonctions au fond et au provisoire², qui exclut en principe la violation du principe d'impartialité, à moins que les circonstances ne révèlent un risque de parti pris sur le fond. Ainsi, dès lors qu'il ressort de l'implication préalable qu'elle « ne préjuge (...) pas au fond », la violation du principe d'impartialité ne saurait être retenue au titre de la participation de l'agent impliqué dans la décision conservatoire³. Si cette hypothèse n'a pas été tranchée par le juge administratif à propos d'une autorité administrative, la solution adoptée à propos de certaines juridictions administratives spécialisées laisse apparaître un raisonnement proche de la part du Conseil d'État⁴.

L'élément déclencheur de l'obligation d'abstention apparaît ainsi dans toute son hétérogénéité : majoritairement constitué par l'existence d'un intérêt à l'affaire, la jurisprudence ou le droit écrit consacrent également d'autres causes d'auto-récusation, dont le point commun réside, en dernière analyse, dans le doute qu'elles créent quant à l'impartialité de l'agent et, partant, de l'Administration. Les fortes nuances de cette jurisprudence, esquissées jusqu'ici, trouvent leur explication dans ce que la consécration de cette obligation permet une mise en œuvre tout en souplesse du principe d'impartialité.

¹ Cass. com., 9 oct. 2001, *Société Unibéton et autres*, n° 98-21987, *Bull. civ.*, IV, n° 160 : *D.*, 2001, p. 3530, obs. CHEVRIER ; *RTD com.*, 2002, p. 292, obs. CLAUDEL ; *Contrats-conc.-conso.*, 2001, 174, obs. MALAURIE-VIGNAL ; *Dr. adm.*, 2002, comm. 42, note LOMBARD.

² La violation du principe d'impartialité dépend de l'étendue des pouvoirs du juge des référés ; ainsi, lorsque ce dernier doit prononcer l'attribution d'une provision « en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation », la nécessaire prise de parti sur le fond l'empêche de statuer ensuite sur le fond du litige lié à cette obligation (Cass. Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 94-17709, *Bull.*, n° 4 : *D.*, 1999, p. 1, concl. BURGELIN ; *RTD civ.*, 1999, p. 193, note PERROT) ; la Cour considère, dans un arrêt du même jour, qu'en principe, « la circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement » (Cass. Ass. plén., 6 nov. 1996, n° 95-11006, *Bull.*, n° 4).

³ Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-17852, inédit : *Contrats-conc.-conso.*, 2007, comm. 308, note DECOCQ. Ainsi, il n'y a pas de violation « en soi » du principe d'impartialité qui pourrait être déduite de ce que « des membres du Conseil examinent le fond d'une affaire dans laquelle ils ont pris également une mesure conservatoire » (CA Paris, 4 févr. 2003, *SA Sogec Gestion et autre*, inédit : *Bull. officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, 31 mars 2003, n° 4).

⁴ V. notamment CE Ass., 4 juill. 2003, *Dubreuil*, n° 234353, *Lebon* p. 413 : *RFDA*, 2003, p. 713, concl. GUYOMAR. Dans ses conclusions, Mattias Guyomar établit trois conditions cumulatives permettant d'identifier le préjugement d'une affaire et qui rejoignent les modalités du contrôle opéré par le juge judiciaire : « les fonctions successivement exercées doivent l'avoir été à propos de la même affaire » ; « l'exercice de la première fonction doit avoir révélé l'existence d'un parti pris sur l'issue de cette affaire » ; « la part prise par le juge, dans l'exercice de sa première fonction, doit légitimement laisser à penser qu'il a personnellement pris position sur l'affaire » (M. GUYOMAR, « Le principe d'impartialité et la Cour de discipline budgétaire et financière », *RFDA*, 2003, p. 713, spéc. p. 716).

II. La souplesse recherchée au travers de l'obligation d'abstention

Si la jurisprudence liée au régime de l'obligation d'abstention semble, à de nombreux égards, teintée d'impressionnisme, voire de pointillisme, c'est en raison de ce qu'elle permet une appréciation juridictionnelle particulièrement souple de l'impartialité de l'Administration. En effet, elle permet au juge d'être au plus proche des circonstances de chaque espèce, au risque, peut-être, de l'éloigner de toute systématisation du régime de cette obligation, qui peut sembler variable, tant il diffère selon les espèces. Toujours est-il que cette approche circonstanciée est recherchée par les juges (A) et qu'elle conduit à la reconnaissance d'une obligation implicite qui pèse sur l'Administration : celle de veiller à l'impartialité apparente de la composition de ses organes (B).

A. *L'annulation casuistique de la décision entachée de partialité objective*

La jurisprudence liée à la mise en œuvre du principe d'impartialité au travers de l'obligation d'abstention apparaît fondée sur l'idée selon laquelle « l'outrance peut perdre une idée juste »¹. Au-delà du fait que cette obligation émerge progressivement, dans la jurisprudence administrative, avant d'être progressivement intégrée dans le droit écrit, elle présente certaines caractéristiques qui la rendent particulièrement adaptée à une mise en œuvre souple du principe d'impartialité objective de l'Administration.

En effet, la conversion à une appréhension objective de l'impartialité de l'Administration est certes de nature à protéger les apparences et, partant, la confiance envers l'Administration. Toutefois, elle peut également être la source de difficultés, liées à la trop grande part laissée au doute dans la contestation de l'action administrative. Elle peut facilement impliquer un départ complet des circonstances, qui serait source de grandes rigidités dans l'accomplissement de ses missions par l'Administration. Il est alors clair que « la quête de l'impartialité de l'action administrative doit, comme souvent en matière de déontologie de la vie publique, naviguer entre deux écueils : celui des interdictions rigides et absolues, source de soupçon généralisé, gage de discrédit plus que de protection, et celui d'une casuistique floue entièrement déléguée à l'appréciation de chaque individu, ferment

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, Paris, PUF, « Thémis – Droit privé », 1998, 21^e éd., p. 219.

d'impuissance du principe »¹. Dans ce contexte, l'obligation d'abstention, telle qu'elle est façonnée par les juridictions, offre une souplesse et une adaptabilité particulièrement opportunes. Elle fait en effet partie de ces « dispositifs pragmatiques »², qui permettent une garantie de l'impartialité apparente de l'Administration, tout autant que de l'efficacité de l'accomplissement de ses missions. De plus, aucune norme objective ne peut prévoir de manière exhaustive la consistance du doute sur l'impartialité qui devrait conduire à l'annulation d'une décision entachée de partialité objective. Les circonstances propres à l'adoption de chaque décision occupent dès lors une place importante dans l'appréciation à laquelle le juge doit se livrer, afin de déterminer s'il y a eu violation du principe d'impartialité. En effet, poser une obligation d'abstention pour cause de partialité signifie que le risque de partialité doit être évalué au cas par cas, par l'Administration, sous le contrôle du juge.

Il est alors dans la nature de cette obligation d'être marquée par une forte relativité : elle n'a pas, à proprement parler, de caractère absolu, dans la mesure où l'agent ne doit s'abstenir de participer à une décision administrative particulière que lorsqu'il a un intérêt à cette affaire. En dehors de cette affaire, l'accomplissement de sa mission n'est en rien remis en cause. Ainsi, l'obligation d'abstention permet une ouverture considérable de l'Administration vers l'extérieur, tout en permettant une garantie de l'impartialité de l'Administration, par la gestion du risque de partialité, organisée par cette obligation. L'évolution du statut des membres de la Commission nationale de l'informatique et des libertés fournit un exemple illustratif : la loi du 6 janvier 1978, en son article 8, posait une stricte incompatibilité entre la qualité de membre de la Commission et la détention de tout intérêt dans le secteur de l'informatique et des télécommunications³. Cette incompatibilité était une première réponse à la nécessité de « concilier la présence de professionnels, très souhaitable et très souhaitée, et l'indépendance à l'égard des marchés »⁴. Toutefois, une interdiction aussi largement entendue était source d'inefficacités, dans la mesure où les compétences techniques dont disposent les professionnels du secteur ne pouvaient que très difficilement être mises au service de la Commission. Fort de ce constat, le législateur a

¹ LESSI & DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conflits d'intérêts : le déport implique-t-il le départ ? », *art. préc.*, p. 1626.

² N. BOULOUIS, « Le contrat de partenariat relatif à l'éco-taxe poids lourds a-t-il été attribué régulièrement ? », *BJCP*, 2011, p. 365, spéc. p. 369.

³ Art. 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF* du 7 janv. 1978, p. 227.

⁴ M. GENTOT, « Marchés et autorités administratives indépendantes », *LPA*, 17 sept. 2001, p. 10.

réformé, en 2004, le statut des membres de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, pour introduire une obligation d'abstention beaucoup plus souple, car seulement relative à l'affaire, objet de la décision administrative. Cette évolution peut être perçue comme une mise au diapason de l'impartialité administrative classique, qui repose essentiellement sur cette obligation¹. La même logique s'est retrouvée lors du travail parlementaire sur l'adoption du statut général de ces autorités : alors que le projet initial prévoyait une stricte incompatibilité entre les fonctions de membre d'une autorité administrative indépendante et la détention d'un intérêt dans le secteur contrôlé², la proposition a été amendée pour faire place à une approche casuistique plutôt qu'à une incompatibilité trop stricte³.

La convergence du droit positif vers la consécration d'une obligation d'abstention, lorsque les circonstances du cas d'espèce permettent d'établir un doute suffisant sur l'impartialité de l'agent, est beaucoup plus générale. Elle est en effet le fruit de l'évolution de la jurisprudence de nombre de juridictions dont l'office est concret.

Les hésitations de la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'appréhension de l'impartialité objective illustrent parfaitement cette tendance. Dès l'arrêt *Piersack*, la Cour de Strasbourg s'engage dans une appréciation exigeante et « rigoureuse »⁴ de l'impartialité objective du tribunal, en écartant explicitement les circonstances concrètes du cas d'espèce, pour conclure à une violation de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵. La Cour réitère cette méthode dans l'arrêt *De Cubber*, dans la mesure où elle se

¹ Art. 3 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *JORF* du 7 août 2004, p. 14063. « L'enjeu principal » est alors le même que dans d'autres secteurs, tels que la santé publique : « prévenir les conflits d'intérêts sans pour autant entraver l'indispensable recours à l'expertise » (Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *rapport préc.*, p. 57).

² Sénat, « Proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes », 7 déc. 2015, *Doc. parl.* n° 225, art. 11.

³ Loi n° 2017-55 du 20 janv. 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF* du 21 janv. 2017, texte n° 2.

⁴ J. VAN COMPERNOLLE, « Impartialité du juge et cumul des fonctions au fond et au provisoire : réflexions sur des arrêts récents », *art. préc.*, p. 936. Cette conception de l'impartialité apparente est parfois qualifiée d'« extensive » (M.-L. GÉLY, *art. préc.*, p. 536).

⁵ CEDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack c/ Belgique, préc.*, § 31 : « Il importe peu de savoir si (...) M. Piersack en ignorait tout à l'époque. Il n'y a pas lieu non plus d'essayer de mesurer l'ampleur exacte de ce rôle (...). Il suffit de constater que l'impartialité du "tribunal" auquel il incombait de décider "du bien-fondé de l'accusation" pouvait paraître sujette à caution ». Il ressort de cet arrêt, pour certains auteurs, que « sans égard à son impact effectif sur l'espèce, la Cour avait considéré que pareil cumul d'exercice de fonctions judiciaires créait, de soi, une apparence de partialité contraire à l'article 6 de la Convention » (J. VAN COMPERNOLLE, « Évolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective », *art. préc.*, p. 442), ou encore comme une « dispense de s'interroger sur le rôle effectivement joué par le juge au cours de la procédure » (MILANO, *op. cit.*, p. 437).

livre à une analyse abstraite de la position fonctionnelle du magistrat cumulant des fonctions de juge d'instruction et de juge du fond, pour conclure à ce que « l'impartialité du tribunal (...) pouvait sembler au requérant sujette à caution »¹, sans se demander si, dans le cas d'espèce, ce cumul de fonctions emportait une prise de parti. Confrontée à une contestation grandissante de l'impartialité des juridictions nationales, la Cour admet une première fois, en 1989, que les doutes sur l'impartialité d'une juridiction ne sauraient être considérés « comme objectivement justifiés dans tous les cas », car, et l'évolution est sensible, « la réponse varie suivant les circonstances de la cause »². Et de conclure à la violation du principe d'impartialité uniquement parce que l'implication préalable du juge faisait ressortir, dans les circonstances concrètes, un parti pris sur la culpabilité du requérant. On peut dès lors considérer que les apparences d'impartialité sont prises en compte de manière « constructive »³, dans la mesure où elles ne sont plus considérées *per se*, mais uniquement dans le but d'établir un doute raisonnable sur l'impartialité.

Ainsi et dès lors, pour apprécier l'impartialité d'une procédure juridictionnelle qui aurait été méconnue en raison de l'implication préalable d'un juge, « ce qui compte est la portée et la nature des mesures en question »⁴. La Cour s'oriente alors vers une appréhension concrète de l'impartialité, en laissant une place importante aux circonstances de chaque affaire, pour se demander, dans chaque cas, si les doutes du requérant sont objectivement justifiés⁵. D'où l'« assouplissement de la notion d'impartialité objective », relevé par la doctrine⁶, parfois vu comme un retour à la réalité, par rapport à une jurisprudence qui laissait

¹ CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique*, *préc.*, § 30.

² CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, n° 10486/83, *Rec.*, série A, n° 154, § 49.

³ M.-L. GÉLY, *art. préc.*, p. 536.

⁴ CEDH, 24 août 1993, *Nortier c/ Pays-Bas*, n° 13924/88, *Rec.*, série A, n° 267, § 33 : *RTDH*, 1994, p. 437, note VAN COMPERNOLLE. À l'inverse, la Cour rappelle parfois qu'« il importe peu de déterminer le rôle exact joué (...) par les juges », en se fondant sur la décision *Piersack*. Mais il apparaît que, après l'arrêt *Hauschildt*, elle ne procède de cette manière qu'en présence d'une disposition nationale garantissant l'incompatibilité de différentes fonctions (CEDH, 25 févr. 1992, *Pfeifer et Plankl c/ Autriche*, n° 10802/84, *Rec.*, série A, n° 227, § 36).

⁵ Ce revirement trouve sa source dans le constat, parfois exprimé dans des opinions séparées de juges de la Cour, selon lequel « on peut se demander (...) si, quant à l'indépendance et à l'impartialité des tribunaux, la Cour ne se montre pas parfois plus sensible aux apparences qu'aux réalités », du fait de l'appréciation abstraite (J. DE MEYER, « Opinion concordante sur CEDH, 26 févr. 1993, *Padovani c/ Italie*, n° 13396/87 », *Rec.*, série A, n° 257).

⁶ V. notamment P. LAMBERT, « Vers un assouplissement de la notion d'impartialité objective ? », *JT*, 1993, p. 390 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Évolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective », *art. préc.* ; Laure Milano considère que cette évolution de la position de la Cour conduit à une jurisprudence « considérablement infléchie » (*op. cit.*, p. 445). Pour Jean Pradel, cette évolution montre que la Cour européenne « applique de plus en plus libéralement le principe séparatiste » (PRADEL, « Le magistrat qui, en qualité de membre de la chambre d'accusation... », *art. préc.*, p. 259).

trop d'importances aux seules apparences¹. Ainsi, d'une approche abstraite, conduisant nécessairement à une incompatibilité de principe entre différentes fonctions, la Cour aboutit à une approche concrète, selon laquelle le juge doit seulement s'abstenir de participer à la décision finale, dans le cas où son implication préalable pourrait faire naître un doute sur son impartialité. La violation du principe d'impartialité est alors entièrement tributaire des circonstances particulières de l'espèce². Toutefois, cela n'empêche pas la Cour de Strasbourg de se départir, dans certaines affaires, de cette appréciation objective et concrète : ainsi, dans l'arrêt *Procola*, la Cour considère, sans égard aux circonstances concrètes, que « ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question »³. C'est alors que les reproches adressés à la Cour refont surface, consistant, en substance, en la prise en compte excessive des apparences, au détriment de la réalité⁴, loin de ses méthodes habituelles.

C'est de la même manière que la Cour de cassation fait le départ entre les doutes légitimes des justiciables sur l'impartialité du juge et les circonstances ne créant pas un tel doute. La condamnation par la Cour de Strasbourg de la procédure suivie devant le Cour de cassation⁵ a amené cette dernière à s'emparer, « avec une certaine frénésie »⁶, du texte de l'article 6, à partir de l'année 1998. Toutefois, en dehors des incompatibilités posées par le droit écrit, la Cour de cassation semble privilégier l'appréciation concrète de l'impartialité des

¹ Pour Jean-François Renucci, « contrairement aux principes dégagés par les arrêts *Piersack* et *De Cubber*, (...) l'apparence ne suffit plus, et il faut prendre en compte les réalités », car « les faits de chaque espèce doivent être analysés puisqu'il faut apprécier *in concreto* si les inquiétudes subjectives de la personne en cause peuvent passer pour objectivement justifiées » (J.-F. RENUCCI, « La composition de la juridiction compétente en matière d'enfance délinquante : juge des enfants intervenant à différents stades de la procédure », *D.*, 1995, p. 105).

² L'arrêt *Sainte-Marie c/ France*, rendu en 1992, est à ce titre emblématique : saisie de la question de savoir si l'impartialité de certains juges d'appel est sujette à caution, du fait de leur participation à la formation de la chambre d'accusation qui avait refusé l'élargissement du prévenu, dans une autre affaire, la Cour considère que « seules des circonstances particulières » peuvent permettre de considérer que l'impartialité a été méconnue ; la Cour apprécie alors concrètement l'implication préalable de ces juges – et se fonde notamment sur le fait que le refus d'élargissement a été rendu sur la base des déclarations du prévenu, non extorquées –, pour considérer que « les appréhensions du requérant ne [peuvent] passer pour objectivement justifiées » (CEDH, 16 déc. 1992, *Sainte-Marie c/ France*, n° 12981/87, *Rec.*, série A, n° 253, § 32 et s.).

³ CEDH, 28 sept. 1995, *Procola c/ Luxembourg*, n° 14570/89, *Rec.*, série A, n° 326, § 45 : *RFDA*, 1996, p. 777, note AUTIN & SUDRE ; *RTDH*, 1996, p. 271, note SPIELMANN.

⁴ V. notamment P. MARTENS, « La tyrannie des apparences », *art. préc.* : cette note, rédigée sous un arrêt dans lequel la Cour met en œuvre une appréciation concrète (CEDH, 22 févr. 1996, *Bulut c/ Autriche*, n° 17358/90 : *RTDH*, 1996, p. 627), est en fait une réaction à l'arrêt *Procola* et aux opinions dissidentes qui remettent en cause la pertinence de la méthode concrète adoptée par la Cour, depuis 1989.

⁵ CEDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Sliman-Kaïd c/ France*, n° 23043/93.

⁶ J.-P. MARGUÉNAUD, « La Cour de cassation multiplie les applications dévastatrices de l'exigence d'impartialité objective au sens de l'article 6 § 1 de la CEDH », *art. préc.*, p. 494.

magistrats, au regard des circonstances de l'espèce, qui doivent révéler une prise de parti de l'affaire, antérieurement à la décision. En cela, le juge judiciaire semble consacrer une « règle de raison »¹ dans la mise en œuvre du principe d'impartialité objective, conformément à l'inflexion de la position de la Cour européenne des droits de l'homme. Cela n'empêche pas la Cour de se montrer stricte, en certaines occasions, notamment à l'égard de la participation du rapporteur au délibéré, dans la procédure de sanction menée par les autorités administratives indépendantes soumises à son contrôle². Le juge judiciaire rapproche sa position de celle du juge administratif, en 2000, en considérant que le rapporteur ne doit s'abstenir de participer au délibéré que lorsqu'il tient de ses attributions un pouvoir de participer à la fonction d'accusation³. Dès lors, la mise en œuvre du principe d'impartialité est assouplie, en ce qui concerne les autorités administratives indépendantes, pour les questions non réglées à cette époque – notamment la question du cumul du prononcé de mesures conservatoires et de sanctions⁴.

¹ P. SARGOS, « Le juge des référés peut-il connaître de l'appel dirigé contre le jugement sur le fond », *JCP G.*, 1998, II, 10198 : Pour l'auteur, une « "règle de raison" s'impose », afin d'éviter une démarche trop abstraite. Ainsi, « hormis les situations spécifiques intrinsèquement contraires à l'exigence d'impartialité, un juge ne méconnaît pas ce principe directeur du procès par le seul fait qu'il intervient deux fois dans une même affaire. Il faut encore que sa première intervention lui ait fait prendre une position ou émettre une appréciation qui apparaît objectivement comme pouvant avoir une influence sur sa seconde intervention ». Pour une critique de cette méthode, v. P. COLLET, « La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *RSC*, 2016, p. 485. Roger Perrot l'analyse de l'impartialité esquissée à partir de 1998, « tout en étant concrète, ne cesse pas d'être objective » (R. PERROT, « Impartialité du juge et cumul de fonctions », *RTD civ.*, 1999, p. 193).

² Dans les arrêts *COB c/ Oury et Campenon Bernard (préc.)*, la Cour semble considérer que le fait, pour le rapporteur de la Commission des opérations de bourse et du Conseil de la concurrence, d'avoir « procédé aux investigations utiles » suffit à déclencher l'obligation d'abstention. La question se pose alors de savoir si une telle obligation provient de ce que cette circonstance est de nature à révéler concrètement une prise de parti – ce que l'adjectif « utile » pourrait laisser penser – ou si elle tient à une vision plus abstraite de la séparation des fonctions dans une procédure de sanction, question que les motifs de l'arrêt ne permettent pas d'éclaircir de manière univoque. Dans ses conclusions, Marc-Antoine Lafortune semble fonder, dans un premier temps, la solution dans la lignée de la jurisprudence mettant en œuvre une appréciation concrète de l'impartialité, telle que développée par la Cour quelques mois auparavant ; toutefois, il considère, dans un second temps, que la sanction devrait être prononcée sur le terrain de l'égalité des armes, ce en quoi il est explicitement suivi par la Cour, dans le deuxième arrêt (v. respectivement LAFORTUNE, « Concl. sur Cass. Ass. plén., 5 févr. 1999 », *Gaz. Pal.*, 24-25 févr. 1999, p. 8 ; *idem*, « Concl. sur Cass. com., 5 oct. 1999 », *Gaz. Pal.*, 1^{er}-2 déc. 1999, p. 9). La même question est parfois examinée au prisme du principe d'impartialité, sans qu'il y ait lieu de rechercher l'implication concrète de l'agent qui a participé à l'instruction (Cass. com., 9 juin 2004, n° 03-16668, *Bull. civ.*, IV, n° 117).

³ Cass. civ., 23 mai 2000, n° 97-19169, *Bull. civ.*, I, n° 257: *AJDA*, 2000, p. 762, obs. SARGOS. Pierre Sargos considère que cette solution a pour but de « prohiber le cumul de fonctions de poursuite et de jugement, et non de mettre en œuvre un "intégrisme procédural" étranger à la notion même de procès équitable » (P. SARGOS, « Article 6-1 de la Convention européenne des droits et rôle du bâtonnier de l'ordre des avocats », *AJDA*, 2000, p. 762, spéc. p. 764).

⁴ V. notamment Cass. Com. 9 oct. 2001, *Société Unibéton et autres, préc.* V. *supra*, cette section, § 1.

Les richesses et les nuances de la mise en œuvre du principe d'impartialité, dans sa dimension objective, apparaissent avec éclat en droit britannique. Les juges de *common law* ont en effet, de longue date, formalisé la méthode d'appréhension des doutes soulevés par les requérants, quant à l'impartialité d'un agent, au travers de la notion de « test de partialité » (*test of bias*), qui constitue la traduction du principe d'impartialité en « règles opératoires »¹. Il est en effet nécessaire de « tracer une ligne entre les contestations authentiques et les contestations fantasmées »² de l'impartialité des juges. Il apparaît ainsi que la question de la sensibilité du droit positif aux apparences de partialité est susceptible de degrés. Le juge prend en effet en compte l'intensité du risque de partialité, tout autant que la perception de celui-ci par le public. En dehors des cas où le risque de partialité est constitué par l'existence d'un intérêt pécuniaire direct – hypothèse qu'une majorité d'auteurs considèrent comme déclenchant *per se* l'obligation d'abstention³ –, les juges doivent se demander si le risque allégué de partialité est tel qu'il aurait dû conduire l'agent à s'abstenir de participer à la décision. L'obligation d'abstention est ainsi « la garantie la plus efficace » de l'impartialité, en ce qu'elle permet « l'examen de toutes les circonstances pertinentes », propres à chaque décision⁴.

Les juges britanniques considèrent, dans un premier temps, que « rien ne doit être fait qui crée ne serait-ce qu'un soupçon d'interférence dans l'administration de la justice »⁵. Aussi, un agent doit s'abstenir de participer à une décision dès lors qu'il existe un « doute raisonnable » (*reasonable suspicion*) quant à son impartialité. D'autres arrêts font, d'un autre

¹ K. MALLESON, « Safeguarding Judicial Impartiality », *Legal Studies*, 2002, p. 53, spéc. p. 54 (« Workable rules »).

² WADE & FORSYTH, *op. cit.*, p. 385 (« A line must be drawn between genuine and fanciful cases »).

³ L'intérêt pécuniaire direct constitue un cas de « disqualification automatique », qui rend vain l'application d'un « test » (WADE & FORSYTH, *op. cit.*, p. 382) ; on peut également considérer que le test est systématiquement concluant, dès lors que le risque de partialité est constitué par l'existence d'un intérêt pécuniaire direct – de par l'objectivation aisée de ce type d'intérêt, précédemment étudiée. C'est ce que montre l'évolution de la jurisprudence, plus tolérante vis-à-vis d'intérêts pécuniaires très ténus : il n'y a alors pas de « disqualification automatique », mais un test de partialité non concluant, en vertu d'une « règle de *minimis* » (v. MALLESON, *art. préc.*, p. 56 ; *Locabail (UK) Ltd v. Bayfield Properties* [2000] 2 WLR 870 ; *Weatherill v. Lloyds TSB Banks PLC* [2000] CPLR 584). Un certain nombre d'auteurs considèrent par ailleurs qu'il est aujourd'hui inadapté, dans la mesure où le test concret offre plus de souplesses (v. notamment, A. OLOWOFOYEKU, « The *Nemo Judex Rule* : The Case Against Automatic Disqualification », *Public Law*, 2000, p. 456, spéc. p. 472 et s. : pour l'auteur, « la disqualification automatique est draconienne, disproportionnée et non nécessaire » ; J. BEATSON, M. H. MATTHEWS & M. ELLIOTT, *Administrative Law : Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 4^e éd., p. 298 : les auteurs relèvent la « rigidité » et le « peu d'égard aux circonstances » impliqués par la disqualification automatique).

⁴ *Locabail (UK) Ltd v. Bayfield Properties* [2000], *préc.* (« The most effective guarantee » ; « examination of all the relevant circumstances »).

⁵ *R. v. Sussex Justices ex p. McCarthy* [1924], *préc.* (« Nothing is to be done which creates even a suspicion that there has been an improper interference with the course of justice »).

côté, mention de la « réelle probabilité de partialité »¹ (*real likelihood of bias*), comme fondement de l'obligation d'abstention. Afin de préciser la portée de cette obligation de déport, le juge admet par la suite que, pour se livrer à cette appréciation, « le tribunal n'analyse pas l'esprit du juge lui-même (...). Il apprécie l'impression que pourrait être donnée aux tiers ». Ainsi, « les hypothèses ou les conjectures ne suffisent pas (...). Il doit y avoir des circonstances desquelles un homme raisonnable pourrait penser qu'il est possible, ou probable, que le juge (...) favorise une partie aux dépens d'une autre »². En procédant ainsi, les juges britanniques rappellent le double enjeu lié à l'appréciation objective de l'impartialité d'un agent : au-delà de la facilitation de la preuve, elle sert aussi à garantir la confiance des citoyens dans le système judiciaire et, plus largement, dans l'exercice du pouvoir³. S'ensuivirent alors de riches discussions quant à la place des tiers, dans l'appréciation de l'impartialité d'un agent par un tribunal et sur la potentielle équivalence des différents tests, au-delà des variations sémantiques⁴. Il ressort de la jurisprudence ultérieure que les différents types de tests varient quant à la place qu'ils accordent à l'apparence de partialité : le « doute raisonnable » serait entièrement fondé sur l'apparence, alors que la « réelle probabilité de partialité » est une inférence basée sur le risque de partialité avérée de l'agent – qui prendrait certes en compte les apparences, mais dans une moindre mesure⁵. Ils forment en cela un « éventail »⁶, dans la mesure où la mise en œuvre du principe d'impartialité peut varier de la simple censure de la partialité subjective à la prise en compte d'un doute raisonnable sur la partialité de l'agent. La Chambre des Lords penche pour la seconde approche, reformulée en « réel danger de partialité »⁷ (*real danger of bias*). À cette occasion, Lord Goff récuse l'utilité

¹ *R. v. Rand* [1866], *préc.*

² *Metropolitan Properties (F.G.C.) Ltd. V. Lannon* [1969], *préc.* (« The court looks at the impression which would be given to other people » ; « Surmise of conjecture is not enough. (...) There must be circumstances from which a reasonable man would think it likely or probable that the justice (...) would, or did, in fact favour one side at the expense of the other »).

³ Il a maintes fois été affirmé, dans la jurisprudence classique, que les juges sont non seulement tenus à une obligation subjective d'impartialité, mais également « tenus de ne pas être juges lorsque les circonstances sont telles que les citoyens (...) pourraient croire qu'ils sont partiaux » (*Eckersley v. Mersey Docks and Harbour Board* [1894] 1 QB 667, spéc. p. 671 : « They ought not act as judges in a matter where the circumstances are such that people (...) would suspect them from being biased »).

⁴ V. notamment F. ALEXIS, « Reasonableness in the Establishing of Bias », *Public Law*, 1979, p. 143. Pour une recension chronologique de ces discussions, dans diverses décisions juridictionnelles, v. BEATSON, MATTHEWS & ELLIOTT, *op. cit.*, p. 292 et s. Beaucoup d'auteurs relèvent une « considérable confusion » sur ce sujet (CRAIG, *op. cit.*, p. 422).

⁵ MALLESON, *art. préc.*, p. 56. V. notamment *R. v. Inner West London Coroner, ex parte Dallaglio* [1994] 4 ER 139 ; *Locabail (UK) Ltd v. Bayfield Properties* [2000] *préc.*

⁶ DE SMITH, WOOLF & JOWELL, *op. cit.*, p. 420 (« Spectrum »).

⁷ *R. v. Gough* [1993] AC 646.

du recours à la perception des tiers : « Je ne pense pas qu'il soit nécessaire, en appliquant le test pertinent, d'exiger que le tribunal examine l'affaire à travers les yeux d'un homme raisonnable, car le tribunal, dans ces cas, personnifie l'homme raisonnable »¹.

Critiqué en ce qu'il laisse une moindre place à l'apparence d'impartialité², le test du réel danger de partialité a été amendé, dans une optique de convergence avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³. Il est désormais établi que, confronté à une allégation de partialité, « le tribunal doit d'abord évaluer l'ensemble des circonstances qui prêtent à penser que le juge pouvait être partial. Il doit ensuite se demander si ces circonstances conduiraient un observateur raisonnable et informé (*a fair-minded and informed observer*) à conclure qu'il y avait une réelle possibilité (...) que le tribunal pût être partial »⁴. Ainsi, la Chambre des Lords confirme l'ouverture du système juridique britannique à l'apparence de partialité, après une période d'incertitude, en acceptant de se placer du point de vue d'un tiers, dans l'esprit de la jurisprudence ancienne. Cette démarche est parfois celle de la Cour de Strasbourg, qui considère que « pour se prononcer sur l'existence, dans une espèce donnée, d'une raison légitime de craindre d'une juridiction un défaut d'impartialité, le point de vue du ou des intéressés entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif »⁵. Si les interrogations quant à la place de l'observateur extérieur continuent à se poser⁶, à mesure que

¹ *Idem* (« I think it unnecessary, in formulating the appropriate test, to require that the court should look at the matter through the eyes of a reasonable man, because the court in cases such as these personifies the reasonable man »).

² Pour certains juges, le test du réel danger de partialité, parce qu'il prend insuffisamment en compte les apparences, invalide l'aphorisme de Lord Hewart, selon lequel « il est d'une importance primordiale, que la justice soit non seulement rendue, mais qu'il apparaisse qu'elle est manifestement et indubitablement rendue » (v. notamment Bingham, dans l'arrêt *R. v. Inner West London Coroner, ex parte Dallaglio, préc.*, p. 162).

³ Beaucoup d'auteurs notent à ce titre la « divergence » (*discrepancy*) dans la mise en œuvre du principe d'impartialité (v. notamment WADE & FORSYTH, *op. cit.*, p. 384).

⁴ *Porter v. Magill* [2002] 2 AC 357 (« The court must first ascertain all the circumstances which have a bearing on the suggestion that the judge was biased. It must then ask whether those circumstances would lead a fair-minded and informed observer to conclude that there was a real possibility, or a real danger, the two being the same, that the tribunal was biased »). Le test dévoilé par cet arrêt est toujours celui auquel les juges se réfèrent, dès lors qu'il est question de l'impartialité objective d'un agent (v. notamment *O'Neill v/ Her Majesty's Advocate* [2013] UKSC 36).

⁵ CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France, préc.*, § 42.

⁶ V. notamment S. ATRILL, « Who is the "fair-minded and informed observer"? Bias after *Magill* », *Cambridge Law Journal*, 2003, p. 279. Certains auteurs considèrent que le recours à l'observateur raisonnable est « une étape analytique inutile », dans la mesure où l'évaluation du risque de partialité est circonstanciée : il ressort alors que « le tribunal devrait se livrer à sa propre évaluation des faits de l'espèce » (P. HAVERS & A. HENDERSON, « Recent Developments (and Problems) in the Law of Bias », 2011, disponible en ligne sur le site du *One Crown Office Row* : http://www.1cor.com/1158/?form_1155.replyids=1358 – consulté le 5 décembre 2016).

ses caractéristiques se « densifient »¹, l'appréciation privilégiée par les juges britannique est alors concrète et objective. Les efforts de « décentrement » des juges, suggérés par le recours à un tiers, dans l'évaluation du risque de partialité, permettent certes de formaliser, voire de perfectionner, la méthode d'appréhension de l'impartialité objective². Toutefois, il n'en demeure pas moins que cette appréciation reste celle des juges eux-mêmes, ce qui vient relativiser l'utilité du recours à ce tiers, qui ne semble pas aussi extérieur que ce que les juges voudraient qu'il fût.

L'appréciation concrète de l'impartialité des agents de l'Administration est assez naturellement privilégiée par le juge administratif, lorsqu'il accepte le principe de la démarche objective. L'évolution générale de la mise en œuvre du principe d'impartialité, dans la jurisprudence administrative facilite cette méthode : le juge manifeste d'abord une tendance à n'annuler une décision que lorsqu'elle est entachée de partialité avérée, subjective. Partant, la même démarche casuistique est suivie, lorsque le juge apprécie l'impartialité d'un agent d'un point de vue objectif. Il n'est alors que peu question, dans la jurisprudence administrative, de retour d'une démarche concrète sur une démarche abstraite, comme dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ou de transposition de dispositions écrites à l'exercice d'une fonction administrative particulière, comme dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Au contraire, la stabilisation de la mise en œuvre du principe d'impartialité selon une appréciation objective et concrète semble constituer l'aboutissement d'une conversion totale à l'impartialité apparente.

Dès l'instant où le Conseil d'État met en œuvre le principe d'impartialité de manière parfaitement objective, la pertinence de ce choix fait l'objet de commentaires doctrinaux. Ainsi, dans l'affaire *Trèbes*, dont le retentissement médiatique fut important du fait de son ampleur, Georges Liet-Veaux écrivait que la censure de la composition de la commission d'intégration avait été prononcée « en des termes probablement trop généraux »³, tout en

¹ D. NEUBERGER, « "Judge not, that ye not judged" : judging judicial decision-making », 2015, n° 34 (disponible en ligne sur le site de la *Supreme Court* : <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-150129.pdf> – consulté le 7 février 2017). Pour le président de la Cour suprême, « de toute la ménagerie des fictions juridiques (...) l'observateur raisonnable et informé est peut-être la plus dense ». La jurisprudence découlant de l'arrêt inaugural a en effet précisé le standard qui découle du recours à cette fiction (v. notamment, outre l'article de Neuberger, *Helow v. Secretary of State for Home Department* [2008] 1 WLR 2416).

² Le recours à la fiction de l'observateur permet également une sensibilité variable à l'impartialité apparente. Il est important de relever que, pour le Président de la Cour suprême, l'observateur est « sceptique quant à l'idée qu'un juge puisse être partial » (NEUBERGER, *art. préc.*, n° 35).

³ G. LIET-VEAUX, « Note sous CE Sect., 4 mars 1949, *Sieur Trèbes et autres* », *Rev. adm.*, 1949, p. 260, spéc. p. 262.

fustigeant l'absence prise en compte d'un éventuel parti pris subjectif, dans la motivation de l'arrêt du Conseil d'État. Comme tout juge, le Conseil d'État doit décider de ce qui suffit à annuler une décision comme entachée de partialité apparente. Il jouit alors d'une marge d'appréciation considérable, dans la mise en œuvre du principe d'impartialité objective. Il peut d'une part saisir l'ensemble des risques de partialité, dans toute leur diversité, ce qui permet une évolution constante des contours du principe. D'autre part, il peut décider souverainement si la circonstance alléguée par les requérants suffit à faire douter de l'impartialité d'un agent, en prononçant l'annulation ou non sur ce fondement. À cet égard, la méthode par laquelle le Conseil d'État apprécie objectivement l'impartialité d'un agent apparaît très peu formalisée. Elle n'est pas sans rappeler l'esprit plus général de la jurisprudence liée au vice de procédure, décrit par René Hostiou.

La théorie des formalités substantielles (...) a depuis toujours constitué le "rideau de fumée" derrière lequel le juge entend exercer – parfois dans une totale opacité et au vu des "circonstances de l'espèce" – son "office" et ce en fonction de critères dont il entend demeurer le seul maître. Et loin de constituer (...) "le parent pauvre" du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation, le vice de procédure a toujours, au contraire, assumé le rôle de "l'oncle d'Amérique", immensément riche et infiniment dévoué, à qui l'on peut tout demander, de "se faire tout petit" chaque fois que le juge considère qu'il serait inconvenant de procéder à l'annulation d'un acte pour une simple irrégularité de procédure compte tenu du caractère majeur des enjeux dont est porteur ledit acte (...) et, à l'inverse, de "jouer à l'important" lorsqu'en présence d'un projet qu'il considère comme inabouti, le juge se sert de ce moyen pour renvoyer aux autorités en charge du dossier une copie qu'il estime devoir être améliorée sur le fond.¹

En matière d'impartialité objective de l'Administration, la méthode utilisée par le juge administratif est toutefois résolument casuistique, dans la mesure où elle est concrète². On peut cependant considérer que l'épaisseur du « rideau de fumée » ne s'atténue qu'en de rares occasions. Toutefois, il faut relever une tendance notable du juge à préciser les critères qui fondent le prononcé de la sanction de la méconnaissance de l'impartialité apparente. En effet, en rejetant trop sommairement un grief de partialité objective, le juge risque de créer un amalgame entre la cause de partialité, pourtant valable en soi, et l'absence de doute qu'elle

¹ R. HOSTIOU, « Au sujet de la "danthonyisation" du droit des enquêtes publiques », in *Mél. P. Bon*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2014, p. 897, spéc. pp. 904-905.

² Qu'il s'agisse de l'impartialité administrative ou juridictionnelle, les auteurs qui ont étudié la question mettent en avant le caractère « pragmatique » d'une « ligne jurisprudentielle bien établie » (H. MOUANNÈS, « L'impartialité devant le Conseil d'État : La continuité d'une jurisprudence liée à l'office du juge du concret », in H. SIMONIAN-GINESTE (dit.), *La (dis)continuité en droit*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, « IFR Mutations des normes juridiques », vol. 20, 2014, p. 281, spéc. p. 282). La méthode privilégiée par le juge administratif est qualifiée plus loin de contrôle des atteintes « au cas par cas » (*ibid.*, p. 286).

crée quant à l'impartialité de l'agent, qui est la raison pour laquelle le moyen est rejeté¹. Mais, dans la jurisprudence récente, le juge administratif prend en compte l'intensité des liens d'intérêts et leur relation à la décision administrative, pour décider qu'ils sont « de nature à affecter objectivement » l'impartialité de l'agent². À l'inverse, l'existence de liens ténus entre l'Administration et une personne extérieure ne constitue pas une violation de l'impartialité³. Le Conseil d'État adopte, à ce point de vue, une approche extrêmement réaliste, dans la mesure où il excuse les situations de conflit « inévitables »⁴, au terme d'une analyse très concrète de l'ensemble des circonstances ayant entouré l'élaboration de la décision, en considérant « qu'au demeurant, la spécificité des prestations d'assistance technique en cause peut rendre inéluctable l'existence de relations d'affaires antérieures »⁵.

Le Conseil d'État se fait ainsi le gardien mesuré de l'apparence d'impartialité de l'Administration, par une appréciation systématiquement concrète de tout grief de partialité objective, dès lors qu'il accepte de le placer dans le champ de la présomption de partialité⁶. Il

¹ C'est ainsi que, dans un premier temps, le juge se contentait de considérer que l'agent dont l'impartialité était contestée « n'avait pas dans l'affaire un intérêt personnel » au sens de la disposition invoquée, alors même que cet intérêt pouvait exister (v. notamment CE, 13 mars 1885, *Simon, Lebon* p. 300 ; CE, 18 juill. 1884, *Guiches*, p. 600).

² CE, 12 févr. 2007, *Les Laboratoires Jolly-Jatel et autres, préc.*

³ V. notamment CE Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France, préc.* : le Conseil d'État met en œuvre une analyse différenciée et concrète de la situation de chaque membre de la commission de transparence dont l'impartialité est contestée. Ainsi, deux membres pouvaient régulièrement siéger car leur lien avec le bénéficiaire de la décision était respectivement trop indirect et trop ancien. Pour les autres membres dont l'impartialité pouvait être douteuse, le Conseil d'État relève qu'ils n'ont participé ni aux débats ni au vote, pour écarter la violation du principe d'impartialité. Le caractère « suffisant » de l'intérêt, justifiant l'annulation d'une décision, est déjà rendu nécessaire par le juge administratif, en droit municipal, en 1888 (CE, 6 juill. 1888, *Breillaud et Bassinet, Lebon* p. 607).

⁴ V. notamment N. BOULOUIS, « Le contrat de partenariat relatif à l'éco-taxe poids lourds a-t-il été attribué régulièrement ? », *préc.*, p. 369. Le même rapporteur public préconise une conception du conflit d'intérêts « tenant compte de la réalité économique » (*ibid.*, p. 369). Pour une même appréciation concrète qui conduit à écarter toute violation du principe d'impartialité, au terme de l'analyse concrète des particularités de l'autorité qui a pris la décision contestée, v. A. LALLET, « Intérêt personnel et légalité de la délibération du conseil municipal », *concl. préc.* Le caractère inéluctable de situations de conflits d'intérêts est pris en compte de longue date, en droit municipal : dans une décision ministérielle de 1891, le ministre de l'Intérieur avait considéré qu'« il paraît impossible, en raison de la nature même du droit d'affouage, de composer un conseil municipal de membres non intéressés sur la question » (*Rev. gén. d'adm.*, 1892, t. 2, p. 79), ce qui permet au Conseil d'État de considérer que l'intérêt en question ne saurait être regardé comme un intérêt à l'affaire, au sens de la loi municipale (CE, 30 juill. 1940, *Sieur Chauvin, Lebon* p. 152).

⁵ CE, 24 juin 2011, *Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, préc.* Le Conseil d'État suit ainsi son rapporteur public, qui considérait qu'« il convient (...), sans renoncer à l'application, dans le droit des marchés, de l'idée d'impartialité objective, notion pourtant éminemment subjective, d'en avoir une conception adaptée aux particularités et de ce droit et de chaque contrat » (BOULOUIS, « Le contrat de partenariat relatif à l'éco-taxe... », *concl. préc.*, p. 374).

⁶ Certains rapporteurs publics rappellent à ce titre « l'appréciation très concrète portée par le juge administratif » sur l'impartialité des agents de l'Administration (R. DECOU-PAOLINI, « Concl. sur CE Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France* », *préc.*).

confirme en cela que « la prévention des conflits d'intérêts suppose (...) une certaine "intensité" des intérêts en question, une "consistance" et une pertinence susceptibles de faire naître un doute raisonnable sur l'impartialité de l'agent »¹, ce qui ne peut être déterminé qu'au terme d'une analyse concrète. C'est ainsi que les termes de « pragmatisme » ou d'« efficacité »² deviennent les maîtres-mots de la démarche du juge administratif, pour qualifier la méthode utilisée pour examiner un grief de partialité. La teneur des griefs de partialité objective soulevés dans les requêtes, parfois extrêmement faible³, confirme « qu'on ne saurait accueillir sans discernement des accusations souvent légères, malveillantes et dilatoires de harcèlement, discrimination ou conflit d'intérêts »⁴, car « il faut poser des limites à la suspicion, sinon à la paranoïa »⁵.

La méthode utilisée par les juges dont l'office est concret offre ainsi une certaine souplesse dans la mise en œuvre du principe d'impartialité et, partant, dans la protection de l'impartialité apparente. Elle n'est cependant pas exempte de critiques. En effet, beaucoup d'auteurs ont relevé le caractère « "impressionniste" »⁶ d'une jurisprudence qui « se laisse difficilement systématiser »⁷. Cela viendrait de ce que le juge aurait versé « dans une

¹ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *rapport préc.*, p. 11. Nombre de rapporteurs publics préconisent la même approche, lorsqu'ils affirment qu'« il convient d'éviter une conception trop large de la notion de "conflit d'intérêts" ou "d'intérêt personnel" qui risquerait d'entraver le bon fonctionnement » de l'Administration (GUYOMAR, « Concl. sur CE, 27 oct. 2006, *Parent* », *préc.*, p. 18).

² V., parmi de nombreux autres, G. EVEILLARD, « Le principe d'impartialité dans les autorités administratives collégiales », *Dr. adm.*, 2015, comm. 79.

³ Il ressort de la jurisprudence la plus récente que certains requérants ont soutenu que la circonstance que le même service soit en charge de l'envoi de différents courriers était contraire au principe d'impartialité (CE, 11 déc. 2015, *Société Arkeon Finance*, n° 382829, inédit), ou encore que la désignation d'un correspondant à la protection des données personnelles suscitait un doute quant à l'impartialité du traitement des plaintes par la Commission nationale informatique et libertés (CE, 15 oct. 2015, *M. A.*, n° 281223, inédit). Pour d'autres risques de partialité, trop faibles pour emporter une quelconque réaction du principe, v., parmi de nombreux autres : CE, 11 févr. 1970, *Ministre de l'Intérieur c/ conjoints Péquignot*, *Lebon T.* p. 1072 ; CE Sect., 3 juill. 1998, *Mme Salva-Couderc*, n° 172736, *Lebon* p. 207 ; CE, 4 nov. 2015, *Société Vortex*, n° 374183, inédit.

⁴ PACTEAU, « La preuve par trois dans le procès administratif », *D.*, 2016, p. 2104. Le constat est le même, en droit judiciaire, dans la mesure où l'histoire de la récusation met en lumière « le souci constant du législateur de ne pas laisser libre carrière tant à la chicane qu'aux abusives mises en cause de l'honneur des juges » (J. KRYNEN, « Préface », in B. BERNABÉ, *La récusation des juges, étude médiévale, moderne et contemporaine*, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit privé », vol. 514, 2009, p. vi).

⁵ A. LALLET, « Concl. sur CE, 8 avril 2015, *Laboratoires Genevrier et autres* », *base Ariane* (consulté le 28 février 2017).

⁶ R. HOSTIOU, « Le commissaire enquêteur ne doit avoir aucun intérêt personnel ou fonctionnel dans l'opération soumise à enquête publique », *AJDA*, 1996, p. 465, spéc. p. 467.

⁷ I. MULLER-QUOY, « Théorie de l'apparence et mise en scène de l'impartialité : à propos de l'application de l'article 6 CESDH par la Cour européenne des droits de l'homme », *art. préc.*, p. 117.

casuistique qui pourrait ôter à l'application du principe beaucoup de sa prévisibilité »¹. D'autres relèvent le « "flou terminologique" qui règne sur notre droit », dès lors qu'il est question de se demander ce que signifie la « "situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention" »². D'aucuns regrettent ainsi, en ce qui concerne l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'abandon d'une « ligne de jurisprudence peut-être assez rigoureuse, mais en tout cas nette et claire »³, celle suivie dans les arrêts mettant en œuvre une appréciation abstraite de l'impartialité.

Ce qui n'est pas dit, à propos de « ces nuances trop subtiles, génératrices d'incertitude et de confusion »⁴, c'est que le juge se pose en gardien d'une mise en œuvre réaliste de l'impartialité, exempte d'un dogmatisme chimérique, qui se révélerait vain⁵. L'impartialité est, par nature, aisément soupçonnable : il apparaît dès lors capital de ne pas céder à cette « tyrannie des apparences », qui serait par trop fondée sur les impressions subjectives des justiciables ou des administrés, face à une Administration constamment suspectée⁶. Dès lors, « il ne faut pas (...) que l'impartialité soit comprise comme trop absolue, par référence à un idéal de neutralité abstraite et désincarnée, qui relèverait de l'utopie »⁷. L'analyse casuistique de chaque grief de partialité objective permet ainsi de prévenir le « parti pris de soupçon et d'une quête absolutiste de la transparence (...) qui ne pourrait que déboucher que sur des

¹ COMPERNOLLE, « Impartialité du juge et cumul des fonctions au fond et au provisoire... », *art. préc.*, p. 937.

² J.-D. BREDIN, « La révélation : remarques sur l'indépendance de l'arbitre en droit interne français », in *Mél. J.-F. Poudret*, Lausanne, Faculté de droit, 1999, p. 349, spéc. p. 361. L'auteur utilise les termes propres à la jurisprudence liée à la garantie de l'impartialité de l'arbitre, appréciée selon une méthode similaire. Il éclaire ainsi la signification de « ces formules gonflées de vent » : « Elles signifient que le juge se réserve, par le précieux secours de formules très vagues, la faculté de vérifier "au cas par cas" si l'arbitre satisfait aux exigences de l'indépendance, de l'impartialité ». Il conclut alors qu'« il ne peut en être autrement, et cette jurisprudence était sans doute inévitable » (*ibid.*, p. 361).

³ J. DE MEYER, « Opinion séparée dans CEDH, 22 févr. 1996, *Bulut c/ Autriche* », *préc.* À l'inverse, la jurisprudence par laquelle la Cour s'oriente vers une démarche concrète est assez naturellement qualifiée comme manquant « de cohérence aussi bien que de clarté ».

⁴ *Ibid.*

⁵ La démarche du juge a parfois été qualifiée d'« approche raisonnable » (A. LALLET, « Concl. sur CE, 8 avril 2015, *Laboratoire Genevrier et autres* », *préc.*).

⁶ Serge Guinchard relève cette « tendance contemporaine, qui s'apparente à une sorte de frénésie, de fuite en avant et de chasse à la partialité, [qui] est de voir, comme au café-théâtre, des causes de partialité partout » (S. GUINCHARD, « Indépendance et impartialité du juge... », *art. préc.*, p. 39).

⁷ R. DE GOUTTES, « L'impartialité du juge... », *art. préc.*, p. 64. Pour l'auteur, « une telle conception maximaliste, une telle "mystique de l'impartialité", conduirait à tous les malentendus » (*ibid.*, p. 64).

"procès d'intention permanents" »¹. Denys de Béchillon affirme ainsi que « l'individu lambda ne doit jamais entrer dans son procès sans une confiance suffisante dans la neutralité de ceux qui trancheront sur son cas », tout en ajoutant qu' « il importe qu'elle [cette exigence] ne se commue pas en droit inconditionnel de voir n'importe quel fantôme pris pour argent comptant », car, en fin de compte, « c'est le doute "légitime" que l'on veut éradiquer »². Seule une appréciation concrète permet de trancher le caractère légitime ou raisonnable de ce doute, conformément à l'idée selon laquelle « le bienfait est dans la nuance »³.

La jurisprudence est le lieu privilégié de cette appréciation concrète, puisqu'aucune norme de droit écrit ne peut prévoir l'ensemble des circonstances qui pourraient faire naître un doute sur l'impartialité d'un agent. Au contraire, le droit écrit peut enfermer le juge dans des catégories prédéterminées, dont il aurait peine à se dégager alors même qu'une appréciation concrète ferait ressortir un doute sur l'impartialité de l'agent⁴. De plus, en procédant de cette manière, le juge rappelle que l'impartialité objective n'est pas déconnectée de son substrat réel, qui est la partialité subjective, le parti pris avéré d'un agent. Il peut certes le présumer au regard des circonstances d'une affaire, mais il n'en demeure pas moins que cette présomption présente une certaine gravité et ne doit être consacrée que dans des circonstances particulières, dès lors que le juge peut déceler le risque d'une attitude inacceptable de la part de l'agent, de nature à nuire à la confiance nécessaire entre l'Administration et les administrés. De cette manière, le Conseil d'État régule la mise en œuvre du principe d'impartialité objective, en censurant, par les divers moyens à sa disposition, l'application trop rigoriste du principe par les juges de première instance⁵.

¹ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *rapport préc.*, p. 9.

² D. DE BÉCHILLON, « Le président de la République, partie civile à un procès impartial », *AJDA* 2012, p. 1369. Daniel Labetoulle affirmait déjà, en 1983, que « le crédit d'impartialité qui s'attache normalement au membre d'un jury ne doit lui être retiré que pour des raisons suffisantes » (LABETOULLE, « Concl. sur CE, 18 mars 1983, *Spina* », *préc.*, p. 89).

³ D. DE BÉCHILLON, « Le président de la République, partie civile à un procès impartial », *art préc.*, p. 1369. Pour l'auteur, l'appréciation « concrète, construite au cas par cas » permet à la juridiction d'être « au plus juste de l'intérêt porté aux "apparences" » (*ibid.*, p. 1369).

⁴ V. *supra*, cette partie, titre premier, chapitre I, section 2.

⁵ La conception trop large de l'intérêt à l'affaire peut ainsi être censurée sur le fondement de l'erreur de qualification juridique (pour l'intérêt d'un commissaire enquêteur inexactly considéré comme fautif par une cour administrative d'appel, v. CE, 30 juin 2016, *Métropole de Lyon*, n° 391274, inédit) ; tout autant que l'appréciation de l'intérêt peut être censurée au moyen de la dénaturation des pièces du dossier (*a contrario*, CE, 11 août 2009, *Société Maison Comba*, *préc.*), de même que l'influence du grief de partialité sur la décision contestée (*a contrario*, CE, 30 déc. 2002, *Association « Expression Village »*, *préc.*).

Par ailleurs, la souplesse offerte au juge dans la sanction de la méconnaissance du principe d'impartialité est liée au caractère purement procédural du grief, lorsqu'il est pris dans sa dimension objective. L'annulation prononcée sur ce fondement ne détermine en rien le fond de la mesure, qui pourrait théoriquement être identique, au terme d'une régularisation procédurale. C'est ainsi que, lorsque l'acte d'une autorité administrative est annulé pour méconnaissance de l'obligation d'abstention, l'autorité en question peut parfaitement reprendre la procédure en l'état précédant les actes annulés. La jurisprudence administrative est très claire sur cette question, en ce qui concerne le contentieux des sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes. Dans une affaire dans laquelle les requérants contestaient le fait que l'Autorité des marchés financiers ait repris une procédure, alors que la sanction avait été annulée du fait de la méconnaissance de l'obligation d'abstention d'un membre de cette autorité, le juge considère que « compte tenu du motif d'annulation retenu », « rien ne faisait obstacle (...) à ce que la commission des sanctions poursuive la procédure disciplinaire engagée et se prononce régulièrement à nouveau »¹. Le juge judiciaire adopte la même solution, lorsqu'une sanction a été annulée pour défaut d'exercice du droit de récusation².

Enfin, la méthode utilisée par ces juges est celle qui prévaut en l'absence de dispositions écrites fixant une incompatibilité, de nature à permettre une garantie beaucoup plus générale et abstraite de l'impartialité. Il semble dès lors justifié que le juge adopte une méthode concrète, lorsqu'aucun choix n'a été posé par le législateur ou le pouvoir réglementaire, plus à même de décider de la garantie abstraite de l'impartialité de l'Administration. L'obligation d'abstention constitue ainsi le cœur du principe jurisprudentiel d'impartialité : à ce titre, elle n'a pas nécessairement à être prévue par un texte. Saisi du moyen contre un acte régissant la composition d'un organisme particulier, le Conseil d'État

¹ CE, 30 déc. 2011, *Thannberger*, n° 335621, *Lebon T.* p. 789.

² CA Paris, 24 mars 2016, *Compania Internacional Financiera et Coudree Capital Management*, n° 14/24742.

rejette systématiquement toute contradiction au principe d'impartialité, dans la mesure où l'obligation d'abstention existe même sans texte¹.

C'est donc une mise en œuvre extrêmement concrète et, partant, objectivable dans ses seules grandes lignes, qui est privilégiée par la plupart des juridictions. Elle permet une mise en œuvre tout en souplesse du principe d'impartialité, tout en accordant une importance variable à l'impartialité apparente. L'obligation d'abstention constitue ainsi la règle nucléaire du principe d'impartialité, dont le pendant est l'obligation, pour l'Administration, de veiller, par des procédés divers, à l'impartialité de ses organes.

B. *La nécessaire obligation pour l'Administration de veiller à l'impartialité de ses organes*

Afin de respecter l'obligation d'impartialité objective qui pèse sur elle, au travers de l'obligation d'abstention sanctionnée *a posteriori* par le juge, l'Administration doit garantir que la composition de ses organes ne pourra prêter le flanc à la critique sur ce terrain, en cas de contentieux. Si elle ne procède pas de la sorte, le risque est grand que ses décisions soient remises en question, à l'occasion d'un recours. Pour cela, plusieurs mécanismes ont émergé progressivement, pour adapter le fonctionnement des organes administratifs aux obligations toujours plus contraignantes qui pèsent sur ceux-ci. En effet, le respect du principe d'impartialité fait partie intégrante de la légalité administrative. Par ailleurs, le mécanisme de récusation est très peu développé en droit administratif, pour des raisons diverses². C'est ainsi qu'il incombe à l'Administration de veiller à l'impartialité objective de la composition de ses organes, là où une telle obligation est consacrée.

L'Administration peut, en premier lieu, faire usage de son pouvoir d'organisation de ses services, pour parvenir à cette fin. Ce pouvoir, qui résulte de l'« affirmation gratuite »³ de

¹ CE, 17 mai 1999, *Syndicat des avocats de France, préc.* : la circonstance que l'obligation d'abstention n'est pas expressément prévue « n'est pas de nature à faire regarder le décret comme portant atteinte à l'impartialité de la commission de contrôle, dès lors qu'il appartient à chacun de ses membres de respecter, même sans texte, les règles de déontologie qui régissent le fonctionnement de tout organisme collégial ». V. également CE, 3 oct. 2011, *Comité de recherche et d'information indépendante sur le génie génétique et Spiroux de Vendomois*, n° 328326, *Lebon T.* p. 748 : « Les requérants ne sont pas fondés à soutenir que le décret attaqué méconnaîtrait le principe d'impartialité », dans la mesure où « le risque que de tels intérêts portent atteinte au fonctionnement impartial du haut conseil est prévenu par l'obligation, pour ses membres, de ne pas participer aux débats lorsque ses comités statuent sur des questions susceptibles de mettre en cause ces intérêts », obligation non explicitement consacrée par le texte, en l'espèce.

² V. *infra*, ce chapitre, section 2, § 1.

³ J. RIVERO, « Note sous CE Sect., 7 févr. 1936, *Jamart* », *S.*, III, p. 113.

l'arrêt *Jamart*, permet aux chefs de service de « prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité »¹. On peut le considérer, avec Jean-Claude Venezia, comme faisant partie des « pouvoirs implicites » de l'Administration, ceux qui « ressortissent (...) à la nature des choses »². Transposé à la nécessité de garantir la légalité des décisions au regard du principe émergent d'impartialité objective, il permet à l'Administration de prendre des mesures visant à prévenir toute violation des règles de composition des organes administratifs. Le juge reconnaît pour la première fois la possibilité, pour un conseil municipal, d'interdire à l'un de ses membres de prendre part à une délibération à laquelle il est intéressé, en 1940 : il n'y voit que l'« exacte application » de la disposition législative garantissant l'impartialité de cet organe³. Le Conseil d'État confirme ensuite la possibilité, pour un maire, de ne pas convoquer le conseiller municipal intéressé, lorsqu'il accomplit les formalités nécessaires à la réunion d'un conseil⁴. En procédant de la sorte, la mise en œuvre de la garantie d'impartialité des conseils municipaux devient, de manière incidente, parfaitement objective, puisque la condition jurisprudentielle tenant à l'appréciation de l'influence d'un conseiller intéressé sur la délibération contestée ne saurait être appliquée par le juge⁵. Cette solution fait alors du maire le juge de l'intéressement des conseillers municipaux, sous le contrôle de la juridiction administrative⁶.

Le Conseil d'État ne rattache pas expressément l'exercice de ce pouvoir à celui reconnu au chef de service, en raison de la particularité de l'organe en cause. Toutefois, dans un arrêt ultérieur, le juge affirme, au sujet de la commission nationale d'urbanisme commercial, que le « ministre a pu légalement », « même en l'absence de disposition d'un texte l'y autorisant expressément », suspendre la participation d'un membre, à raison de son comportement, car il lui appartenait « de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de la commission nationale »⁷. En l'espèce, le comportement du membre de la commission, qui a justifié cette suspension, n'est pas constitutif d'un cas de partialité,

¹ CE Sect., 7 févr. 1936, *Jamart, Lebon* p. 172 : S., 1937, III, p. 113, note RIVERO ; GAJA, n° 45.

² J.-C. VENEZIA, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », in *Mél. M. Waline, op. cit.*, p. 795, spéc. p. 797.

³ CE, 10 janv. 1940, *Sieur Thomas Georges, Lebon* p. 4.

⁴ CE, 25 mars 1966, *Ville de Royan et Société anonyme de Royan et sieur Couzinet, préc.*

⁵ V. *supra*, cette partie, titre premier, chapitre I, section 2, § 1.

⁶ Francis-Paul Bénéoit considère à ce titre que la solution « paraît dangereuse », du fait du pouvoir qui est conféré au maire (F.-P. BÉNOIT, *Le Conseil municipal*, Paris, Dalloz, 1989, p. 77).

⁷ CE Sect., 19 déc. 1980, *Ministre du commerce et de l'artisanat c/ Société Au Printemps*, n° 15736, *Lebon* p. 481, concl. GENEVOIS.

subjective ou objective. Cependant une telle solution, rattachée aux principes dégagés par la jurisprudence *Jamart*, semble aisément transposable à la garantie de l'impartialité des organes de l'Administration. C'est à tout le moins ce que confirme la codification d'une telle pratique, lorsqu'elle intervient. En effet, un certain nombre de dispositions régissant la composition et le fonctionnement d'organismes administratifs disposent, après avoir posé les obligations d'information et d'abstention des membres de cet organisme, que son président « prend les mesures appropriées pour assurer le respect des obligations et interdictions » posées¹. De manière plus générale encore, l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 dispose, depuis sa révision par la loi du 20 avril 2016, qu' « il appartient à tout chef de service de veiller au respect de ces principes dans les services placés sous son autorité », principes parmi lesquels figure le principe d'impartialité. L'article 25 *bis* précise que le supérieur hiérarchique d'un agent peut, « de sa propre initiative », dessaisir un agent placé sous son autorité du traitement d'une affaire à laquelle celui-ci est intéressé. Dès lors, le chef de service, ou l'autorité placée à la tête d'un organisme et disposant en cela d'un pouvoir de police, peut prendre toute mesure visant à éviter une annulation contentieuse fondée sur une méconnaissance du principe d'impartialité objective, en cherchant à ce que l'obligation d'abstention qui pèse sur un agent soit respectée.

Le juge administratif a également admis l'importance de la conscience individuelle de chaque agent, à certaines occasions. L'annulation d'une décision administrative pour violation du principe d'impartialité, à raison de la méconnaissance de l'obligation d'abstention qui pesait sur un agent, repose essentiellement sur un problème de déontologie individuelle. Admettre qu'un agent puisse, en conscience, renoncer à exercer une compétence qu'il était normalement tenu d'exercer est ainsi une « habile façon de renvoyer chacun à ses responsabilités »². Si le Conseil d'État reconnaît expressément cette possibilité dans certains

¹ Il en va ainsi de la composition de nombreux autres organismes administratifs : de la plupart des autorités administratives indépendantes (v., entre autres, l'article L621-4 du Code monétaire et financier, pour ce qui concerne l'Autorité des marchés financiers ; ou encore les textes régissant la composition de l'Autorité de régulation des jeux en ligne, de la Commission nationale informatique et libertés, de l'Autorité de contrôle prudentiel, de l'Autorité de sûreté nucléaire, *etc.*), mais également d'établissements publics (v. notamment l'art. L135-13 du Code de la sécurité sociale, à propos du fonds de réserve pour les retraites) ou d'organismes consultatifs (v. notamment l'article 1653D du Code général des impôts, à propos de la composition du comité de l'abus de droit fiscal).

² D. JEAN-PIERRE, « Une épreuve de sélection est-elle viciée du seul fait qu'un membre du jury connaît un candidat ? », *art. préc.*

arrêts, notamment en droit de concours et examens de la fonction publique¹, mais également dans l'exercice d'un pouvoir de sanction², le renvoi à la conscience de chaque agent semble plus large, fût-ce de manière implicite. En effet, le chef de service ne peut obliger un agent à s'abstenir qu'en cas de notoriété du risque de partialité. En dehors de ces cas, c'est l'agent qui est le mieux placé pour évaluer sa situation personnelle³. On peut dès lors supposer que l'agent qui s'abstient de participer à une décision administrative, à raison de la contradiction potentielle de sa participation avec le principe d'impartialité, est une décision prise individuellement et « en conscience », au sens donné par la juridiction administrative. Toutefois, le renvoi, par la juridiction administrative, à la notion de conscience individuelle porte en elle l'idée de tolérance à l'égard de situations qui ne placeraient pas nécessairement l'agent en contradiction de ses obligations déontologiques, mais qui, difficiles à apprécier, peuvent justifier le déclenchement de l'obligation d'abstention⁴. De plus, la formalisation législative de la prévention des conflits d'intérêts dans l'Administration fait clairement reposer le système préventif sur l'agent concerné, en priorité. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 25 *bis* de la loi du 13 juillet 1983, « le fonctionnaire veille à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver », l'obligeant par là à se dessaisir d'une affaire, selon des moyens conformes à sa position institutionnelle au sein de l'Administration.

L'Administration peut veiller, par divers moyens, au respect de l'obligation d'abstention qui incombe, dans certaines circonstances, à ses agents. Cependant, le juge se fait

¹ C'est la tendance explicitée par l'arrêt *Baysse*, dans lequel la section du contentieux reconnaît qu'« un membre du jury qui a des raisons de penser que son impartialité pourrait être mise en doute ou qui estime, en conscience, ne pas pouvoir participer aux délibérations avec l'impartialité requise, peut également s'abstenir de prendre part aux interrogations et aux délibérations qui concernent un candidat » (CE Sect., 18 juill. 2008, *Mme Baysse*, n° 291997, *préc.*). Pour Olivier Schrameck, à la suite de cet arrêt, « entre le devoir juridique d'abstention, et l'obligation de respecter le texte qui a conféré une responsabilité administrative, s'intercale un espace de liberté qui n'est autre que celui de l'exigence déontologique sur laquelle l'appréhension du juge a une prise moins aisée » (O. SCHRAMECK, « Le principe d'impartialité en droit public français et la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mél. J.-P. Costa, op. cit.*, p. 563, spéc. p. 564).

² CE, 21 nov. 2014, *M. D.*, n° 373071, *préc.*

³ Merlin rappelait déjà l'importance de cette responsabilité individuelle du juge, en droit judiciaire : « Un juge équitable ne doit pas attendre, pour s'abstenir de se prononcer sur une cause quelconque, qu'on lui ait proposé de se récuser, parce qu'il peut y avoir plusieurs moyens de récusation inconnus de la partie intéressée. Personne ne sait mieux que lui s'il est intérieurement plus disposé en faveur d'une des parties qu'envers l'autre, s'il n'a pas conservé contre l'autre quelque ancien ressentiment » (MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, t. VIII, 1827, 5^e éd., p. 673).

⁴ C'est ainsi que ce renvoi est conçu par Yann Aguila, dans ses conclusions sur l'arrêt *Baysse* : « Il nous paraît (...) possible, et même souhaitable, de faire preuve de souplesse. Il convient de laisser aux membres du jury, à titre individuel et au cas par cas, une grande liberté d'appréciation, selon leur conscience, des questions d'impartialité » (Y. AGUILA, « Concl. sur CE Sect., 18 juill. 2007, *Mme Baysse* », *AJDA*, 2008, p. 2124, spéc. p. 2126).

le gardien des excès de zèle d'une Administration trop prévenante et trop prudente, rappelant par là qu'il n'est pas sans conséquence qu'un agent se dessaisisse de la compétence qu'il a normalement vocation à exercer. Se met alors au jour un réseau d'obligations que l'Administration doit respecter, lorsqu'elle entend garantir *a priori* l'impartialité objective de ses organes.

D'une part, lorsque le dessaisissement est régi par les règles de compétences, l'Administration ne peut commettre d'erreur dans l'appréciation de la partialité supposée d'un agent. En effet, si la cause du dessaisissement se révèle inexistante, c'est à la règle de compétence qu'il est porté atteinte. Cette exactitude matérielle est d'une particulière importance, dans le cas du dessaisissement d'une autorité unipersonnelle, lorsqu'il est prévu par la loi. Ainsi, le maire faussement intéressé à la délivrance d'un permis de construire ne saurait faire procéder à la désignation d'un autre agent qui le remplacerait pour prendre la décision, car il est « tenu d'exercer pleinement sa compétence »¹.

La question revêt la même importance, lorsqu'un organisme collégial n'est pas soumis à une règle de quorum et ne prévoit pas de suppléance², d'où la difficile introduction de l'obligation d'abstention des membres de jurys de concours d'entrée dans la fonction publique. En effet, les obligations qui pèsent sur l'Administration dans la mise en œuvre de la garantie objective de l'impartialité d'un jury sont le reflet de l'idée selon laquelle « la composition d'un jury n'est pas laissée à la libre discrétion de ses membres »³. Dans le cadre des examens professionnels, le Conseil d'État ne déduit pas du principe d'égalité un principe d'unicité du jury : il peut alors accepter une abstention ponctuelle, qui ne remet aucun principe structurant le droit de cette procédure⁴. En revanche, le principe d'unicité du jury se rattache au principe d'égalité, dès lors qu'il est question d'un concours⁵. La conciliation entre l'impartialité et l'unicité du jury peut s'avérer difficile : le Conseil d'État semble d'abord faire prévaloir la première, en exigeant l'abstention du membre apparemment partial, au prix d'une

¹ CE, 3 juill. 2009, *Mmes Lelin*, n° 321634, *préc.*

² L'existence de la suppléance rend plus aisée la mise en œuvre de l'obligation d'abstention, dans la mesure où le membre titulaire peut s'abstenir de siéger s'il est frappé d'une incapacité à siéger, liée à sa partialité présumée. Toutefois, le juge administratif reste vigilant, en annulant une procédure au cours de laquelle il a été fait appel à une personne externe, le suppléant ayant été considéré à tort comme frappé de la même incapacité que le titulaire (v. CE, 24 juin 1953, *Sieur Wirtz, Lebon* p. 314).

³ Y. AGUILA, « Concl. sur CE Sect., 18 juill. 2007, *Mme Baysse* », *préc.*, p. 2126.

⁴ CE, Sect., 18 juill. 2007, *Mme Baysse*, n° 291997, *préc.* V. les conclusions de Yann Aguila, qui distinguent clairement le concours de l'examen professionnel. L'obligation de déport ne saurait cependant être déclenchée trop systématiquement et sans raison suffisante, d'où l'annulation de la procédure, en l'espèce.

⁵ CE, 30 mars 1968, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Schmitt et dame Delmares, Lebon* p. 233.

unicité atténuée du jury¹. Si le Conseil d'État revient sur sa décision, l'année suivante, ce n'est pas au prix d'un renoncement à toute application du principe d'impartialité : au contraire, la solution dégagée par la jurisprudence conduit à une solution plus stricte, en ce que ses effets sont bien plus drastiques². En effet, un agent ne peut être désigné comme membre d'un jury de concours si son impartialité à l'égard d'un candidat est susceptible d'être mise en doute ; il devrait, en toute logique, refuser la nomination dans ce jury, du fait de la présence d'un candidat qui jetterait un doute sur son impartialité. Toutefois, le Conseil d'État ne persiste pas sur cette ligne jurisprudentielle, tant ses effets pratiques semblent exagérément complexes, et en revient à une obligation d'abstention simple³.

D'autre part, la garantie de l'impartialité de l'Administration ne saurait se concrétiser au détriment des administrés. Le droit de la commande publique offre à ce titre une illustration pleine d'enseignements, notamment dans un arrêt de 2012. Soucieuse de garantir l'impartialité objective d'une procédure de passation d'un marché de travaux, la commune de Saint-Maur-des-Fossés a informé une entreprise candidate que son offre n'avait pas été examinée dans la mesure où un membre du conseil municipal entretenait des liens avec cette société – un lien de parenté doublé d'un intérêt pécuniaire, puisque le membre du conseil municipal était également actionnaire de la société. Le Conseil d'État considère qu'en procédant ainsi, le pouvoir adjudicateur « avait méconnu le principe de libre accès à la commande publique »⁴. En effet, Bertrand Dacosta considérait, dans ses conclusions sur l'affaire, qu'« une entreprise candidate à l'obtention d'un marché public n'a pas à faire les frais de l'incapacité du pouvoir adjudicateur à prévenir d'éventuels conflits d'intérêts, quand il est en mesure de le faire »⁵.

La motivation de l'arrêt laisse penser que la solution est rendue eu égard au rôle joué par l'élue dont l'impartialité est douteuse, ce qui permettrait de considérer que, dans le cas où le membre du conseil municipal aurait joué un rôle déterminant dans la procédure de

¹ CE, 8 juin 2015, *Zegdi*, n° 370539, *préc.*

² CE, 17 oct. 2016, *Université de Nice-Sophia Antipolis*, n° 386400, *préc.* V. aussi CE, 3 mai 2017, *M. B.*, n° 392549, inédit.

³ CE, 7 juin 2017, *M. D.*, n° 382986, *préc.*

⁴ CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, n° 355756, *préc.*

⁵ B. DACOSTA, « Concl. sur CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés* », *BJCP*, 2012, p. 343, spéc. p. 345.

passation, l'exclusion d'un candidat pourrait être régulière¹. Cependant, une telle conclusion est fort douteuse, dans la mesure où elle ferait peser sur certains administrés le fardeau d'une obligation qui incombe à l'Administration, en les désavantageant de manière sensible. En effet, la garantie de l'impartialité du pouvoir adjudicateur se contente de la simple abstention de l'agent intéressé de toute participation à la procédure de passation. Partant, il n'existe aucune raison qui justifierait l'exclusion *ab initio* d'un candidat, eût-il des relations particulières avec un agent de l'Administration. Dans un arrêt ultérieur, le Conseil d'État indique plus clairement la marche à suivre en cas de conflit d'intérêts dans le chef d'un agent participant à la procédure de passation. Afin de respecter le principe d'impartialité, « dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence », le juge considère que le pouvoir adjudicateur peut prendre « toute mesure en vue de lever ce doute légitime », tout en précisant que la mesure privilégiée réside dans le fait d'écarter l'agent de la suite de la procédure². En procédant ainsi, le pouvoir adjudicateur échapperait à toute critique sur le terrain de l'impartialité de la procédure. Il n'est alors nullement question d'exclure un candidat de la procédure de passation, ce qui porterait atteinte aux principes de la commande publique.

Le Conseil d'État confirme ainsi que la garantie objective de l'impartialité de l'Administration ne saurait se mettre en œuvre aux dépens des administrés, au travers de cas d'espèce tirés du droit de la commande publique. Il n'est pas déraisonnable de penser que la même solution s'imposerait dans d'autres situations, notamment dans le cas où un candidat à un concours de la fonction publique se verrait interdit de concourir au motif de ses liens avec un membre du jury – hypothèse d'ailleurs difficilement concevable et jamais réalisée, en jurisprudence. Toutefois, l'exclusion d'un administré, c'est-à-dire d'une entreprise candidate, en droit de la commande publique, est possible, car elle est conçue comme la solution d'ultime recours, lorsque, conformément à l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015³, « il ne peut (...) être remédié par d'autres moyens » à la situation de conflit d'intérêts créée par la participation de ce candidat. Cette atteinte à la liberté d'accès à la commande publique est alors conçue comme une réponse à des circonstances très particulières, dans la mesure où sa nécessité tout autant que sa proportionnalité seront appréciées strictement.

¹ C'est à tout le moins ainsi que certains commentateurs de la décision interprètent le raisonnement du juge du Palais-Royal (v. notamment J.-D. DREYFUS, « Un soupçon de conflit d'intérêts ne suffit pas pour mettre en cause l'impartialité du pouvoir adjudicateur », *AJDA*, 2012, p. 1404).

² CE, 14 oct. 2015, *SA Applicam et Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 390968, *préc.*

³ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* du 24 juill. 2015, p. 12602.

La mise en œuvre de la garantie objective et concrète de l'impartialité de l'Administration implique ainsi un certain nombre d'obligations que cette dernière doit respecter et dont la teneur dépend à la fois de la personne administrative dont il est question, tout autant que de la position des destinataires de la décision à prendre. Ce cercle nucléaire de règles découlant du principe d'impartialité s'est par ailleurs enrichi, au fil des années, d'autres règles permettant de garantir l'efficacité de l'obligation d'abstention.

Section 2 : Des règles complémentaires pour garantir l'efficacité de l'obligation d'abstention

La garantie de l'impartialité objective de l'Administration repose essentiellement sur l'obligation d'abstention de tout agent dont l'impartialité est douteuse. Cependant, l'effectivité de cette garantie est conditionnée à l'efficacité de la mise en œuvre de l'obligation d'abstention, qui peut s'avérer difficile, pour plusieurs raisons. C'est ainsi que des règles complémentaires viennent s'ajouter au principe d'impartialité, règles dont on peut considérer qu'elles permettent de garantir l'efficacité de l'abstention des agents suspectés de partialité. La première d'entre elles est, historiquement, le droit de récusation qui peut être reconnu aux administrés (I). Plus récemment, d'autres règles permettant une meilleure révélation des risques de partialité, ainsi qu'une meilleure prévention des manquements à l'impartialité objective, ont été introduites en droit administratif (II).

I. Le droit pour un tiers d'exiger l'abstention : la récusation

L'étude de l'impartialité des juges passe systématiquement par l'étude de leur récusation, largement consacrée en droit judiciaire ainsi qu'en droit de la procédure administrative contentieuse. La récusation semble ainsi constituer le corollaire du principe d'impartialité, au risque d'être la seule concrétisation de ce principe digne d'une étude systématique, avec le renvoi pour cause de suspicion légitime. L'étude de l'impartialité de l'Administration diffère sensiblement sur ce point, dans la mesure où la récusation, qui doit être expressément prévue par un texte (A), se révèle assez rare, du fait de son inadaptation aux spécificités de l'Administration (B).

A. Pas de récusation sans texte

Le droit de récusation et l'obligation d'abstention ont parfois été confondus, alors qu'ils concourent d'une manière différente à la mise en œuvre du principe d'impartialité objective. Au moment où le juge administratif a consacré un principe jurisprudentiel d'impartialité, nombre d'auteurs ont décrit la mise en œuvre de ce principe comme la reconnaissance d'un droit de récusation, au bénéfice des administrés¹. De la même manière, l'obligation d'abstention consacrée par un texte particulier a parfois été analysée comme la reconnaissance d'un droit de récusation². Toutefois, il apparaît clairement que la mise en œuvre de l'obligation d'abstention peut se réaliser sans qu'aucun mécanisme de récusation soit introduit, comme le montre le système juridique britannique qui, s'il admet la contestation de l'impartialité objective d'un juge, ne connaît pas, traditionnellement, de procédure de récusation³. La mise en œuvre de l'obligation d'abstention pèse alors entièrement sur l'Administration, qui doit veiller à ce que les agents dont l'impartialité est douteuse ne participent pas à certaines décisions administratives. La récusation est la technique qui, à l'inverse, permet à l'administré de déclencher cette obligation d'abstention et peut ainsi s'ajouter au régime de celle-ci. Il apparaît ainsi clairement que les dispositions consacrant une obligation d'abstention « ne constituent pas pour les candidats un droit dont ils puissent revendiquer l'exercice »⁴, notamment au travers d'une demande de récusation. Il faut alors différencier le « droit de récusation » de « l'obligation de se récuser »⁵, en ce qu'ils peuvent exister de manière autonome.

Le juge administratif a, de longue date, admis la transposition des règles relatives à la récusation, contenues dans le Code de procédure civile, aux juridictions relevant de son

¹ Letourneur considère, par exemple, que l'arrêt *Bourdeaux*, qui consacre un principe général d'impartialité, fait évoluer la position du juge à l'égard de ce qu'il nomme le « droit de récusation » (LETOURNEUR, « Les "principes généraux du droit"... », *art. préc.*, p. 23). Pour Benoît Jeanneau, le développement d'obligation d'abstention « confère à l'individu mis en cause un véritable droit de récusation » (JEANNEAU, *op. cit.*, p. 90).

² Roland Drago évoque ainsi le « droit de récusation des membres » du Conseil de la concurrence, à propos de la disposition interdisant à un membre de ce conseil de délibérer dans une affaire où il a un intérêt (R. DRAGO, « Le Conseil de la concurrence », *JCP G.*, 1987, I, 3300).

³ À ce sujet, on peut se référer à l'approche comparative de Louis Favoreu, en matière de récusation des juges internationaux : L. FAVOREU, « Récusation et administration de la preuve devant la Cour internationale de justice », *Annuaire français de droit international*, 1965, p. 233, spéc. p. 236 et s.

⁴ Tel est l'opinion du commissaire du gouvernement Saint-Paul, à propos de l'obligation d'abstention consacrée par le statut sur l'agrégation des facultés (SAINT-PAUL, « Concl. sur CE, 16 nov. 1894, *Sieurs Brault et autres* », *Lebon* p. 595, spéc. p. 600).

⁵ V. notamment A.-M. LE POURHIET, *art. préc.*, p. 66 ; ISAAC, *op. cit.*, p. 427 et s.

contrôle¹. Il considère que dans la mesure où ces règles « ne sont pas incompatibles avec le caractère administratif » des juridictions, elles peuvent être mises en œuvre, alors même qu'aucun texte ne les prévoit². Le Conseil d'État juge ainsi que « devant les conseils de préfecture doivent être observées toutes les règles générales de procédure dont l'application n'a pas été écartée par une disposition législative formelle ou n'est pas inconciliable avec l'organisation même de ces tribunaux », règles parmi lesquelles figurent celles qui découlent du principe d'impartialité³.

Il en va différemment de l'Administration, dans la mesure où le Conseil d'État considère invariablement que la disposition du Code civil relative à la récusation des juges « n'est pas applicable » aux organismes administratifs, « en l'absence de toute référence à ce texte » dans l'acte régissant le fonctionnement d'un organisme dont la décision est contestée⁴. Ainsi, tout grief tenant à l'absence de prise en compte par l'Administration d'une demande de récusation ne saurait prospérer devant le juge, dans le cas où « aucune disposition (...) ne prévoit un droit de récusation » en faveur des administrés⁵, que cette disposition soit législative ou réglementaire⁶. Le juge administratif réaffirme constamment cette solution, dans la jurisprudence contemporaine, dès lors qu'il est question d'une demande de récusation d'un membre d'un organisme administratif⁷, en distinguant clairement selon la nature de l'organisme qui a pris part à la décision⁸. On peut alors considérer que « la technique de la

¹ Dès 1828, le Conseil d'État, à propos d'une juridiction administrative spécialisée, considère qu'« aucune loi n'ayant déterminé, pour les tribunaux administratifs, les causes de récusation, il y a lieu de suivre les règles tracées par le Code de procédure civile » (CE, 2 avril 1828, *Bernault, Dubuc et consorts*, D., 1828, III, p. 37, concl. *TARBÉ*).

² CE Sect., 24 juill. 1934, *Sieur Ducos, Lebon* p. 882. Sur la question, v. A. HEURTÉ, « La récusation des juges administratifs », *JCP G.*, 1964, I, 1824. Pour une étude contemporaine, v. B. PACTEAU, « La récusation des juges administratifs », *RDP*, 2012, p. 543.

³ CE, 13 mars 1925, *Sieur Desrumeaux, Lebon* p. 262.

⁴ CE, 24 janv. 1919, *Péreaud, Lebon* p. 63.

⁵ CE, 4 mai 1928, *Sieur Dobler, Lebon* p. 558. V. encore CE, 24 mai 1935, *Sieur Lamoudi Lamine, Lebon* p. 586 ; CE, 9 mars 1938, *Sieur Huguet, Lebon* p. 251 ; CE, 20 mars 1970, *Demoiselle Lachenaud c/ Ministre de l'Éducation nationale, Lebon* p. 216.

⁶ CE Ass., 5 juin 1959, *Sieur Seitz, Lebon* p. 346.

⁷ Le Conseil d'État considère ainsi « qu'aucune disposition législative ou réglementaire applicable en l'espèce ne prévoit, au profit des candidats à un concours de recrutement de professeur des universités, un droit de récusation des membres de la commission de spécialistes appelée à examiner les candidatures » et, partant, que le président de l'organisme en cause « était tenu de rejeter la demande dont il était saisi » (CE, 14 nov. 2008, *Guerra*, n° 305467, *Lebon* p. 419). V. aussi CE, 8 nov. 1995, *Ville de Dole*, n° 116452, inédit.

⁸ Ainsi, le Conseil d'État considère que « le Conseil supérieur de la magistrature, qui, lorsqu'il rend un avis sur un refus d'honorariat, n'a pas le caractère d'une juridiction, n'était pas tenu de se prononcer explicitement sur la demande de récusation d'un de ses membres » (CE, 26 oct. 2005, *Sieur Z.*, n° 278224, *Lebon T.* p. 953).

récusation ne s'impose que difficilement en matière de procédure administrative non contentieuse »¹. En effet, si le juge déduit du principe d'impartialité une obligation d'abstention, celle-ci ne s'accompagne pas systématiquement d'un droit de récusation, dont la reconnaissance est laissée à la discrétion des autorités législatives et réglementaires.

Toutefois, lorsqu'un droit de récusation est consacré par une disposition textuelle, le juge administratif se montre très protecteur quant aux conditions de son exercice. Il est fréquent, en effet, que les textes se bornent à prévoir que l'intéressé peut récuser un ou plusieurs membres de l'organisme régi, sans préciser davantage la procédure à suivre. Le juge peut, au premier abord, sembler strict, lorsqu'il considère que le droit de récusation ne peut s'exercer qu'à l'égard des personnes désignées par le texte² et que le bénéficiaire ne saurait récuser le suppléant d'une personne récusée³. Cela se comprend parfaitement, dans la mesure où la récusation « ne peut être demandée (...) que si cela est prévu par un texte et, dans l'affirmative, dans les limites fixées par ce texte »⁴. Cependant, le juge administratif considère que le bénéficiaire du droit de récusation « doit être mis en mesure d'exercer effectivement son droit » et qu'ainsi, la règle instituant le droit de récusation « constitue une formalité substantielle dont l'omission entache la procédure d'illégalité »⁵. À cette fin, l'Administration est dans l'obligation de notifier la composition de l'organisme⁶, à tout le moins l'identité des membres qui peuvent faire l'objet de la récusation⁷. Le juge administratif déduit cette obligation de l'existence d'un droit de récusation, à une époque où la composition des organismes administratifs, à l'inverse de celle des juridictions⁸, n'a pas systématiquement à

¹ A.-M. LE POURHIET, *art. préc.*, p. 66.

² CE, 9 janv. 1924, *Sieur Lestang*, *Lebon* p. 34 ; CE, 6 mai 1955, *Sieur Esch Chadely*, *Lebon* p. 238 : *AJDA*, 1955, p. 283, obs. LONG.

³ CE, 7 févr. 2001, *du Réau de La Gaignonnière*, n° 215661, inédit.

⁴ BERNARD, « Concl. sur CE, 19 nov. 1958, *Butori* », *AJDA*, 1958, II, p. 450, spéc. p. 452.

⁵ CE, 2 nov. 1955, *Préfet du Pas-de-Calais et Commission administrative de l'hôpital Victor Morel de Campagne-les-Hesdin et Neuville-sous-Montreuil*, *Lebon* p. 514.

⁶ V. *a contrario*, CE Ass., 5 juin 1959, *Sieur Seitz*, *préc.*

⁷ CE, 9 janv. 1924, *Sieur Lestang*, *préc.*

⁸ V., *a contrario*, CE Sect., 20 mai 1960, *Sieur Lévy*, *Lebon* p. 346. Il faut toutefois préciser qu'un changement dans la composition de la juridiction n'a pas nécessairement à être communiqué aux parties : si celles-ci sont privées, de ce fait, de la possibilité de récuser un magistrat, elles ont la possibilité de contester son impartialité devant la juridiction supérieure (CE, 10 juill. 2015, *M. Urban*, n° 371469, *Lebon T.* p. 813 : *JCP Adm.*, 2016, 2069, chron. LE BOT).

être rendue publique¹. De plus, il semble que l'administré doive être « dûment informé de ses droits »² procéduraux, parmi lesquels le droit de récusation, lorsqu'il existe. Enfin, l'Administration ne peut tirer profit des maladroites procédurales des administrés. Ainsi, dans le cas où le bénéficiaire du droit de récusation a mal utilisé ce droit – en désignant deux personnes à récuser, alors que le texte autorise seulement la récusation d'une personne –, le Conseil d'État juge que, bien loin d'autoriser l'Administration à ne pas tenir compte de ses demandes, il appartenait à celle-ci « de mettre [le requérant] en demeure d'opter entre celui des deux membres désignés par lui qu'il préférerait récuser, et, en cas de refus ou de silence de l'intéressé, de regarder le premier dénommé desdits membres comme récusé »³.

Se pose alors la question de la nature de la récusation administrative. Il s'agit, en d'autres termes, de déterminer ce que peut faire l'Administration, lorsqu'elle est saisie d'une demande de récusation, conformément à un texte. Le droit processuel classique distingue en effet la récusation péremptoire de la récusation motivée. La première permet au bénéficiaire du droit de récusation d'écarter de l'examen d'une affaire toute personne et pour tout motif, sans avoir à justifier le risque de partialité qu'il suspecte chez la personne récusée⁴. À l'inverse, le droit objectif peut prévoir certains risques de partialité, qui ouvrent au justiciable un droit de récusation. La demande de récusation doit alors être motivée, dans la mesure où elle doit correspondre à une cause indiquée dans la loi de procédure. L'examen de la jurisprudence concernant la récusation d'agents administratifs montre que le juge administratif est tributaire de la précision de la disposition de droit écrit qui introduit un droit de récusation. Si le texte se contente d'introduire la possibilité, pour un administré, de récuser un agent, la récusation est péremptoire : si l'agent siège malgré la demande de récusation, la décision subséquente ne pourra qu'être annulée, pour irrégularité de la composition de l'instance qui a participé à sa confection⁵. À l'inverse, si la disposition de droit écrit est plus précise et indique, notamment, les causes pour lesquelles la récusation peut être demandée ou

¹ V. notamment CE, 21 juill. 1948, *Sieur Audicq*, *Lebon* p. 339. Le juge considère même que, bien qu'un décret prescrive que le nom de tous les membres d'un conseil de discipline doit être notifié au fonctionnaire incriminé, l'absence d'indication du nom de personnes qui ne peuvent être récusées ne constitue pas « l'omission d'une formalité substantielle » (CE, 5 juin 1953, *Sieur Baudoin*, *Lebon* p. 267).

² CAA Lyon, 29 mars 2016, *M. B.*, n° 15LY03112, inédit : *AJFP*, 2016, p. 303. V. déjà CE, 10 mai 1995, *Arviou*, n° 135431, inédit ; CAA Bordeaux, 26 août 2008, *Mme X.*, n° 06BX01257, inédit.

³ CE, 8 oct. 1958, *Sieur Guérin*, *Lebon* p. 474.

⁴ V. notamment MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. X, Paris, Garnery, 1809, 3^e éd., p. 690. La notion de récusation péremptoire a été introduite par une loi du 23 vendémiaire an IV et s'oppose à la « récusation sur des motifs légitimes ».

⁵ CE, 8 oct. 1958, *Sieur Guérin*, *préc.*

désigne l'autorité chargée de se prononcer sur les demandes de récusation, l'Administration a la possibilité de rejeter la demande.

À cet égard, le contrôle des décisions de refus de récusation a sensiblement évolué. Dans un arrêt *Krempp* de 1929, le Conseil d'État considère qu'il ne saurait exercer un quelconque contrôle sur une décision de rejet d'une demande de récusation¹, du fait de « l'embryon d'organisation »² du droit de récusation par le texte, qui prévoit que le conseil de discipline doit statuer sur les demandes de récusation. La question s'est posée dans les mêmes termes, en 1958, à propos d'une procédure de concours d'accès à un poste de chirurgien d'hôpital : le texte régissant le concours instituait un droit de récusation, tout en précisant que le directeur de l'hôpital devait prononcer les récusations. En l'espèce, la demande de récusation formulée par le requérant avait été rejetée. La question du contrôle de ce refus est posée de manière éloquent par le commissaire du gouvernement Bernard : « Quelle serait la portée, quelle serait la signification du droit de récusation si par le jeu du pouvoir discrétionnaire il appartenait pratiquement en dehors de tout contrôle véritable à l'autorité administrative d'en décider ou non l'application ? »³. C'est ainsi que le juge administratif considère qu'il appartient à l'Administration « d'apprécier, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir s'exerçant à l'occasion d'un recours dirigé contre les opérations de concours, si les motifs invoqués à l'appui de la demande de récusation doivent ou non faire regarder le candidat comme privé des garanties d'impartialité auxquelles il a droit »⁴. Ainsi, la récusation administrative est péremptoire, en l'absence de précision contraire du texte, et placée sous l'étroit contrôle du juge, dans le cas où l'Administration dispose du pouvoir de rejeter une demande de récusation motivée.

Enfin, l'introduction d'un droit de récusation au bénéfice des administrés pose la question de ses effets sur la discussion contentieuse de l'impartialité de l'Administration. La récusation peut en effet être conçue comme un mécanisme permettant une discussion de l'impartialité des agents préalable à la décision elle-même. Partant, on peut se demander si le requérant qui n'a pas fait usage de son droit de récusation à l'égard d'un agent est fondé à contester l'impartialité de ce dernier, au stade contentieux. En procédure administrative

¹ CE, 23 oct. 1929, *Sieur Krempp, Lebon* p. 918.

² ISAAC, *op. cit.*, p. 426.

³ BERNARD, « Concl. sur CE, 19 nov. 1958, *Butori* », *préc.*, p. 453.

⁴ CE, 19 nov. 1958, *Butori, préc.* En l'espèce, le concours est annulé au motif que l'attitude du membre du jury dont la récusation avait été refusée au requérant « était de nature à priver celui-ci des garanties d'impartialité auxquelles il avait droit ».

comme en procédure contentieuse, la réponse a varié selon le degré de sensibilité aux questions de l'impartialité des pouvoirs publics et semble, à certains égards, ambiguë.

En 1960, la Section du contentieux du Conseil d'État considère que le requérant qui n'a pas usé de son droit de récusation à l'égard du membre d'un organisme administratif « n'est pas recevable à se prévaloir, à l'appui de ses conclusions, de ce que ledit [membre] n'aurait pas présenté les garanties d'impartialité requises pour pouvoir prendre part valablement à la séance au cours de laquelle le cas de l'intéressé a été examiné »¹, dans une espèce où la disposition introduisant la récusation renvoie explicitement au Code de procédure civile². De cette manière, le Conseil d'État considère que le non-usage du droit de récusation équivaut à une renonciation à toute contestation contentieuse de l'impartialité objective de l'agent non récusé, solution classique en droit de la procédure civile³, tout autant qu'en droit de la procédure administrative contentieuse⁴. Cette solution ne vaut évidemment qu'en matière d'impartialité objective : le requérant reste fondé à soutenir qu'un agent a subjectivement manqué d'impartialité, quand bien même il ne l'aurait pas récusé⁵. Cependant, cet arrêt constitue longtemps le seul cas de renonciation pour cause de non-récusation d'un agent administratif. On peut, malgré la rareté des décisions sur cette question, supposer qu'elle est réglée de la même manière qu'en procédure contentieuse, eu égard à la proximité des solutions rendues à cette époque⁶. Cette solution semble restrictive quant à la contestation globale de l'impartialité de l'Administration. Elle est toutefois guidée par des impératifs de loyauté, dans la mesure où l'absence de récusation pourrait servir de fondement à l'annulation ultérieure de la décision, comme l'affirmait, dès 1859, le commissaire du gouvernement Leviez : « En imposant à la récusation l'obligation de se produire ainsi *in limine litis*, le

¹ CE Sect., 20 mai 1960, *Sieur Lévy, Lebon* p. 346.

² L'article 1^{er} du décret n° 47-964 du 29 mai 1947 (*JORF* du 30 mai 1947, p. 4985) prévoit en effet que « le candidat peut exercer à l'encontre du président, des membres et du rapporteur du comité national du tableau le droit de récusation dans les conditions prévues à l'article 378 du code de procédure civile ».

³ Dans la jurisprudence contemporaine, la renonciation doit être « sans équivoque » et ce conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. V. Cass. Ass. plén., 24 nov. 2000, n° 99-12412, *Bull.* n° 10 : *BICC*, 15 janv. 2001, concl. LAFORTUNE ; *D.*, 2001, p. 2427, note BEIGNER & BLÉRY ; *RTD civ.*, 2001, p. 192, note NORMAND ; *ibid.*, p. 204, obs. PERROT. V. aussi Cass. civ., 20 oct. 2005, n° 04-04114, *Bull. civ.*, n° 272. À propos de la renonciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, v. P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés*, préf. R. ERGEC, Bruxelles, Bruylant, « Coll. de droit international », 2001, p. 226 et s. V. notamment l'arrêt *Bulut c/ Autriche* (*préc.*, § 34).

⁴ V., à la même époque, CE, 9 janv. 1952, *Sieur Sanisart, Lebon* p. 20. V. déjà CE, 20 janv. 1909, *Élections municipales d'Aubenton, Lebon* p. 61 ; CE Sect., 18 juill. 1930, *Sieur Célérier, Lebon* p. 768.

⁵ V., *a contrario*, CAA Nantes, 10 janv. 1996, *M. Z.*, n° 95NT00071, inédit.

⁶ V. encore CE, 23 janv. 1968, *Sieur Perdereau, Lebon* p. 136. Certains rapporteurs publics considèrent, par ailleurs, que la solution est applicable pour les juridictions comme pour les organes administratifs (v. notamment M. GUYOMAR, « Concl. sur CE, 12 oct. 2009, *Petit* », *Lebon* p. 367, spéc. p. 373).

législateur a voulu prévenir les abus auxquels elle avait donné lieu ; il a voulu l'empêcher de dégénérer en un moyen de prolonger indéfiniment les procès et en une arme mise à la disposition d'un plaideur irrité du rejet de ses prétentions »¹. Le Conseil d'État précise simplement que la solution ne vaut pas lorsque la cause de récusation n'a pu être connue avant l'audience², ou dans l'hypothèse où le requérant a été empêché d'exercer son droit de récusation³. Ainsi conçue, la renonciation constituait une « espèce de déchéance » qui « rationalisait la sanction de l'impartialité », au risque de se montrer « vraiment limitative et certainement restrictive »⁴.

Plus récemment, après avoir réaffirmé le principe de la renonciation à la contestation de l'impartialité d'une personne non récusée⁵, le Conseil d'État revient sur cette conception extinctive de la récusation, en 2009. En considérant qu'« un moyen relatif à l'irrégularité de la composition d'une formation de jugement, quel qu'en soit le fondement, peut être invoqué à toute étape de la procédure »⁶, le Conseil d'État juge implicitement que l'absence de récusation n'est plus systématiquement de nature à rendre le moyen infondé. Il ne faudrait pas exagérer la portée de cette décision qui, certes, permet au Conseil d'État d'aller « nettement plus loin que le juge judiciaire » dans la garantie de l'impartialité, du fait de la position de celui-ci sur la renonciation, et d'être « plus libéral que la Cour de Strasbourg »⁷. Cependant, elle semble fondée, d'après les conclusions de Mattias Guyomar, sur la considération décisive que, dans cette espèce, la récusation n'existait en vertu d'aucun texte, mais seulement en tant que règle générale de procédure. Partant, il semblait malaisé de rejeter le moyen tiré du défaut

¹ LEVIEZ, « Concl. sur CE, 3 févr. 1859, *Batisse et Ronat* », *Lebon* p. 104, spéc. p. 105. En droit de la procédure civile, il est couramment rappelé que le principe d'impartialité, concrétisé par la reconnaissance d'un droit de récusation, « est de garantir une bonne justice plutôt que de fournir, *ex post*, un moyen de chicane » (G. ROUHETTE, « La procédure civile et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 297). Une telle solution permet d'éviter au droit à l'impartialité d'un tribunal « d'être abandonné au complet arbitraire de la partie qu'il entend protéger » ; partant, « il n'est pas choquant qu'un devoir de loyauté vienne policer l'exercice des droits fondamentaux » (J. NORMAND, « Le droit à un juge impartial », *RTD civ.*, 2001, p. 192).

² CE, 16 mars 1966, *Sieur Paisnel*, *Lebon* p. 216.

³ CE, 19 oct. 1979, *Darlet*, n° 09230, *Lebon* p. 380.

⁴ B. PACTEAU, « La récusation des juges administratifs », *art. préc.*, p. 561.

⁵ CE, 5 juill. 2000, *Mme Rochard*, n° 189523, *Lebon* p. 298 : *AJDA*, 2000, p. 613, chron. GUYOMAR & COLLIN.

⁶ CE, 12 oct. 2009, *Petit*, n° 311641, *Lebon* p. 367, concl. GUYOMAR : *AJDA*, 2009, p. 2163, chron. LIÉBER & BOTTEGHI.

⁷ LIÉBER & BOTTEGHI, « Des vertus de la simplification », *AJDA*, 2009, p. 2163. V. encore, pour une même opinion, O. SCHRAMECK, « Le principe d'impartialité... », *art. préc.*, p. 566). Pour d'autres auteurs, cette décision constitue « une forme de "sacralisation" de l'exigence d'impartialité » (P. FOMBEUR & A. LALLET, « Jugement – Impartialité de la juridiction – Abstention et récusation », *Jcl. Adm.*, fasc. n° 70-11, 2012, § 190).

d'impartialité d'un membre de la juridiction, là où la procédure spéciale permettant d'y remédier n'était pas formalisée. Il ne faut pas oublier que, prise dans sa généralité, cette décision conduirait à permettre au justiciable de « décider qu'un procès n'est pas équitable que si la décision n'est pas rendue à son avantage »¹.

Ainsi, il semble que la renonciation continue à subsister, dans certains cas. En procédure administrative, le Conseil d'État, appliquant la jurisprudence *Petit*, a pu considérer que, dans certaines circonstances, l'absence de récusation du membre d'un conseil d'enquête ne fait pas obstacle à ce que le requérant conteste l'impartialité de la procédure, devant le juge². Toutefois, le juge administratif semble admettre la renonciation, lorsque celle-ci est explicite : dans un arrêt mettant en cause la procédure de sanction devant l'Autorité des marchés financiers, le Conseil d'État considère en effet que les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'impartialité du rapporteur était sujette à caution dans la mesure où ils ont « indiqué dans un courrier (...) qu'ils renonçaient à toute demande de récusation à son égard et "ne nourrissaient pas le moindre doute quant à son impartialité" »³.

De cette manière, il apparaît clairement que la reconnaissance d'un droit de récusation n'enferme pas la contestation de l'impartialité de l'Administration dans une procédure préalable à la décision, si ce n'est dans l'hypothèse où le requérant aurait explicitement renoncé à contester l'impartialité d'un agent. Quel que soit l'état de la jurisprudence sur la renonciation, il ne faut pas perdre de vue que celle-ci a peu d'importance, en droit de la procédure administrative, du fait de la modestie de la reconnaissance du droit récusation en droit positif.

B. *L'ouverture partielle d'un mécanisme peu adapté à l'Administration*

Si le Conseil d'État ne déduit pas du principe d'impartialité un droit de récusation au bénéfice des administrés et, ce faisant, laisse le soin aux autorités législatives et réglementaires de le reconnaître, c'est parce que la récusation se révèle assez inadaptée à l'activité administrative.

Un bref état des lieux suffit à se convaincre de ce que la récusation occupe une place extrêmement modeste, en droit de la procédure administrative. Lorsque ce droit est consacré,

¹ V. HAÏM, « Impartialité », *préc.*, § 112.

² CE, 22 févr. 2012, *Sarrazin*, n° 343052, *Lebon T.* p. 548.

³ CE, 11 déc. 2015, *Société Bernheim Dreyfus & Co. et autres*, n° 389096, *Lebon T.* p. 675.

il l'est à l'égard d'une procédure particulière, devant un organisme particulier¹. À cet égard, peu de textes sont d'application générale. Le projet de statut des fonctionnaires de 1909 prévoyait, en son article 13, la possibilité pour tout fonctionnaire de récuser un membre élu du conseil de discipline, mais une telle disposition n'a pas été retenue en 1946. Le seul droit de récusation subsistant en matière disciplinaire est celui qui avait été préalablement consacré par des textes d'application particulière. Parmi ceux-ci, le droit de récusation des agents de la fonction publique hospitalière à l'égard des membres du conseil de discipline, introduit dès 1943², subsiste encore aujourd'hui³, à la différence des autres fonctions publiques⁴.

La reconnaissance d'un droit de récusation a toutefois été l'objet de vifs débats, dans le cas particulier de la procédure de sanction devant l'Autorité des marchés financiers. Dans une série d'arrêts, le Conseil d'État fait montre d'une grande sévérité à l'égard de l'impartialité des agents participant à la procédure de sanction, du fait de situations de conflit d'intérêts entendues très largement⁵. Le dernier de ces arrêts, par une incise d'apparence superflue, indique que la décision est annulée du fait que l'impartialité du rapporteur était douteuse et ce alors « qu'aucune disposition ne permettait [au requérant] de récuser le rapporteur de la commission des sanctions »⁶. Les commentateurs de cette décision sont

¹ On peut ainsi relever que, par le passé, ce droit a existé dans certaines réglementations statutaires : dans la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires de Tunisie (v. CE, 6 mai 1955, *Sieur Esch Chadely, préc.*), aux fonctionnaires relevant du ministère de l'Agriculture (v. CE, 9 janv. 1924, *Sieur Lestang, préc.*), aux employés municipaux de certaines communes (CE, 23 oct. 1929, *Sieur Krempp, préc.*), ou encore dans la procédure disciplinaire applicable aux agents de la Sûreté nationale et des polices régionales de l'État (v. art. 7 du décret du 3 janv. 1946 portant statut disciplinaire des fonctionnaires de la Sûreté nationale et des polices régionales de l'État, *JORF* du 5 janv. 1946, p. 162).

² Art. 79 du décret n° 43-981 du 17 avril 1943 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 21 décembre 1941 relative aux hôpitaux et hospices publics, *JO* du 26 avril 1943, p. 1156.

³ Art. 4 du décret n° 89-822 du 7 novembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires relevant de la fonction publique hospitalière, *JORF* du 9 nov. 1989, p. 13960.

⁴ L'absence d'un droit de récusation dans la procédure disciplinaire des autres fonctions publiques a pu être considérée comme « certainement regrettable » (D. JEAN-PIERRE, « La procédure disciplinaire dans la fonction publique territoriale », *JCP Adm.*, 2003, 1133).

⁵ Par trois arrêts, rendus à moins d'une année d'intervalle, le Conseil d'État annule des sanctions prononcées par cette autorité pour méconnaissance du principe d'impartialité, à raison du conflit d'intérêts frappant un agent ayant participé à cette décision (v. CE Sect., 27 oct. 2006, *Parent*, n° 276069, *préc.* ; CE, 30 mai 2007, *Société Europe, Finance et Industrie*, n° 288538, *préc.* ; CE, 26 juill. 2007, *Piard*, n° 293908, *préc.*). La « sévérité » que manifeste le Conseil d'État résulte de l'aveu même du commissaire du gouvernement Guyomar, dans ses conclusions sur le premier arrêt de cette série (GUYOMAR, « Concl. sur CE Sect., 27 oct. 2006, *Parent* », *préc.*, p. 19).

⁶ CE, 26 juill. 2007, *Piard*, n° 293908, *préc.*

unanimement critiques quant à sa sévérité¹. Celle-ci a même provoqué ce « commentaire étonnant »² de la part de Daniel Labetoulle, alors président de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers : « Le plus préoccupant, c'est la façon dont le Conseil d'État conçoit le principe d'impartialité »³. Il faut voir derrière cette sévérité un appel à l'attention des autorités compétentes, afin qu'elles désactivent les risques contentieux liés à l'impartialité objective des agents de l'Autorité des marchés financiers, en introduisant un droit de récusation⁴. Cet appel a été rapidement entendu, puisque la loi du 17 décembre 2007 a introduit le droit de récusation dans la procédure de sanction de l'Autorité des marchés financiers⁵. La récusation vise ainsi à éviter les stratégies contentieuses des plaideurs, peu enclins à signaler un risque de partialité lors de la procédure de sanction, pour ensuite le porter devant le juge, qui ne peut alors qu'annuler la sanction⁶. Dans cette optique, il apparaît que la renonciation explicite, telle qu'elle est conçue actuellement, conserve tout son intérêt.

Bien que les enjeux liés à la récusation aient été mis en valeur par l'épisode qui a conduit à sa consécration dans la procédure de sanction de l'Autorité des marchés financiers, ainsi qu'à certaines autres procédures de sanctions⁷, il n'en demeure pas moins que la

¹ Pour certains commentateurs, la solution « ne semble pas réaliste » (N. RONTCHEVSKY, « Nouvelle annulation d'une décision de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers pour méconnaissance de l'exigence d'impartialité », *RTD com.*, 2007, p. 803, spéc. p. 808) ou « prête sérieusement à discussion » (J.-P. RELMY, « Impartialité et autorité des marchés financiers : de l'impartialité personnelle à l'impartialité structurelle ? », *RTD com.*, 2010, p. 29). D'autres auteurs vont jusqu'à affirmer que « l'exigence d'impartialité vue par le Conseil d'État risque de tuer l'AMF », de par son application « excessive » et du fait de l'« acharnement par les magistrats du Palais Royal à l'encontre des membres » de cette autorité (H. DE VAUPLANE, J.-J. DAIGRE, B. DE SAINT-MARS & J.-P. BORNET, « Note sous CE, 26 juill. 2007, *Global Equities et autres c/ AMF* », *Banque et Droit*, n° 115, 2007, p. 32).

² J.-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, p. 875, spéc. p. 882.

³ *Les Échos*, 19 sept. 2007.

⁴ Ce lien est rétrospectivement relevé par Mattias Guyomar, qui considère que « quoique fort discutées, les décisions rendues en la matière sont directement à l'origine de la procédure de récusation qui a été mise en place devant l'AMF » (M. GUYOMAR, « La jurisprudence du Conseil d'État sur les décisions de l'AMF : 15 ans de réflexion », *Bull. Joly Bourse*, 2012, p. 555).

⁵ Art. 11 de la loi n° 2007-1774 du 17 déc. 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économique et financier, *JORF* du 18 déc. 2007, p. 20354. La disposition figure aujourd'hui à l'article L.621-15 du Code monétaire et financier.

⁶ Dans le cadre d'un recours de pleine juridiction contre une sanction prononcée par une autorité administrative indépendante, il faut rappeler qu'« une irrégularité de procédure anéantit le tout : un vice d'impartialité conduit à une annulation sèche (...) : ainsi, lorsqu'est dénoncé (...) le manque d'impartialité de l'organe, la notion de "pleine juridiction" veut non seulement que la juridiction effectuant le contrôle examine ce grief mais aussi qu'elle puisse annuler la décision contestée et renvoyer l'affaire devant un tribunal impartial qui prendra une nouvelle décision » (GUYOMAR, « Concl. sur CE Sect., 27 oct. 2006, *Parent* », *préc.*, p. 5).

⁷ La même disposition a été introduite dans la procédure de sanction devant l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, par l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janv. 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance (*JORF* du 22 janv. 2010, p. 1392). Elle figure aujourd'hui à l'article L.612-38 du Code monétaire et financier.

récusation se révèle assez inadaptée à l'ensemble de l'activité administrative. C'est en effet lorsque l'acte administratif se rapproche matériellement de l'acte juridictionnel que la récusation est le plus aisément concevable. En dehors de ces cas de figure, elle semble poser plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait.

Tout d'abord, il ne faut pas perdre de vue que la récusation est une demande lourde de conséquences, puisqu'elle constitue un « grave renversement des rôles qui fait les justiciables se muer en justiciers des juges »¹. Elle est en effet ce « "procès" (d'intentions) fait au juge »², dans la mesure où celui-ci se trouve écarté d'une procédure alors même que son attitude subjective n'est pas en cause – preuve, s'il en était besoin que, contrairement aux idées reçues, la récusation est une technique juridique qui met en œuvre l'impartialité objective. Son caractère préalable à la décision a mécaniquement pour effet de rallonger les délais qui aboutissent à la décision finale.

De plus, c'est souvent par mimétisme de la procédure juridictionnelle que le droit de récusation se trouve reconnu. La récusation est en effet concevable lorsque le schéma décisionnel d'un acte administratif se rapproche de celui de l'acte juridictionnel typique. Il est alors nécessaire que la notion de partie à l'acte soit identifiable, ne serait-ce que pour lui conférer ce droit de récusation. Cela est aisément concevable dans le cadre d'une procédure répressive. Il est également possible de transposer la récusation aux procédures de concours d'accès à la fonction publique, non seulement de par la place qu'elles accordent au jury³, mais également parce que les destinataires de l'acte sont identifiables. En dehors de ces procédures particulières, les destinataires de l'acte sont souvent peu aisément identifiables, ce qui poserait des difficultés quant à la désignation des bénéficiaires du droit de récusation. Et ce d'autant que la récusation est une demande complémentaire adressée par le justiciable, schéma décisionnel qui se retrouve rarement devant l'Administration, qui peut prendre des décisions sans avoir été préalablement saisie. La récusation a parfois été envisagée par certains auteurs, à l'égard de procédures telles que l'enquête publique⁴. Elle présente certes l'avantage d'une

¹ B. PACTEAU, « La récusation des juges administratifs », *art. préc.*, p. 543.

² FAVOREU, *art. préc.*, p. 238. Pour le même auteur, il s'agit ainsi d'une « sorte de désaveu infligé publiquement à l'intéressé » (*ibid.*).

³ Jury qu'Hauriou considérait comme « souverain (...) de principe », ce en quoi il a « quelque chose de la juridiction » (HAURIOU, « Note sous CE, 16 nov. 1894, *Brault et autres* », *S.*, 1896, III, p. 65 ; *Juris. adm.*, t. III, p. 62, spéc. p. 69).

⁴ V. notamment HOSTIOU, « Le commissaire enquêteur ne doit avoir aucun intérêt... », *art. préc.*, p. 467. Bernard Quiriny est du même avis, en ce qui concerne la même procédure, dans la mesure où l'introduction d'un droit de récusation « renforcerait la sécurité juridique des administrés » ; il n'aborde cependant pas la question de l'identification du titulaire de ce droit (QUIRINY, *art. préc.*, p. 399).

sanction *a priori* du principe d'impartialité, en empêchant un agent suspect de partialité de participer à l'acte. Toutefois, elle se heurte à des considérations pratiques d'importance, tout autant qu'elle ne modifie pas la substance de la sanction de la partialité objective.

Car enfin, on peut considérer que la reconnaissance d'un droit de récusation ne constitue pas une amélioration de la garantie de l'impartialité de l'Administration. En l'absence de droit de récusation, c'est en effet à l'Administration qu'il incombe entièrement de veiller au respect de l'obligation d'abstention de ceux de ses agents dont l'impartialité est douteuse. Un acte administratif pourra être annulé pour méconnaissance du principe d'impartialité, si l'Administration a manqué à cette obligation. La récusation partage alors la charge de la mise en œuvre de cette obligation, puisque les administrés doivent faire preuve d'une certaine vigilance. À défaut, les griefs de partialité objective risquent de devenir irrecevables devant le juge – si celui-ci conçoit la renonciation de manière extensive. Elle permet seulement de sécuriser les relations entre l'Administration et l'administré, en obligeant ce dernier à ne pas user de son droit de récusation de manière déloyale, en dissimulant la cause de récusation au moment de la prise de décision administrative pour ensuite la révéler devant le juge, afin d'obtenir l'annulation de cette décision. Partant, le droit de récusation semble bénéficier à l'Administration plus qu'à l'administré, du fait qu'elle transfère au dernier certaines obligations qui pèsent normalement sur la première¹.

Pour toutes ces raisons, la reconnaissance généralisée d'un droit de récusation au bénéfice des administrés semble se heurter à de nombreux obstacles. Si d'autres systèmes juridiques connaissent un droit de récusation plus étendu, son champ d'application est souvent restreint². La récusation ne présente ainsi d'intérêt qu'à l'égard de certains types de décisions administratives, sans modifier, par ailleurs, l'étendue des obligations qui pèsent sur l'Administration pour la garantie de l'impartialité objective de ses organes. Si elle vise à garantir l'effectivité de l'obligation primaire d'abstention, la récusation n'est pas la seule règle complémentaire qui concourt à cet objectif.

¹ Certains auteurs le soulignent en matière juridictionnelle. Ainsi, pour Nathalie Fricero, « la faculté pour les parties de récuser un juge fait incontestablement partie des garanties d'impartialité, mais sa mise en œuvre s'avère délicate (...) parce qu'elle impose à la partie récusante la preuve d'éléments objectifs de nature à légitimer le soupçon de partialité » (FRICERO, « Récusation et abstention des juges... », *art. préc.*, p. 37).

² En droit allemand de la procédure administrative, qui consacre une obligation d'abstention très générale, le droit de récusation n'est reconnu que dans les procédures faisant intervenir une instance collégiale, droit qui s'exerce à l'égard des membres de ces instances (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, art. 71, al. 3).

II. L'enrichissement récent des règles garantissant l'obligation d'abstention

L'effectivité de l'obligation d'abstention est liée à la transparence des situations de conflits d'intérêts, qui sont aisément dissimulables, tout autant qu'à la gestion des situations de partialité apparente, au sein de l'Administration et ce préalablement à toute sanction jurisprudentielle de l'acte entaché de partialité objective. C'est ainsi que le droit administratif a récemment évolué vers la consécration d'obligations d'information (A) et la mise en place d'une véritable prévention des conflits d'intérêts, dont l'effectivité de l'obligation d'abstention sort partiellement renforcée (B).

A. Les obligations déontologiques d'information

L'impartialité de l'Administration est garantie par l'obligation qui pèse sur les agents de s'abstenir de participer à une décision concernant une affaire au sujet de laquelle leur impartialité est douteuse. La mise en œuvre de l'obligation d'abstention du fait d'interférences entre les intérêts propres à un agent et l'intérêt public se heurte alors à un problème d'information. Les administrés ne peuvent en effet alléguer l'existence d'un conflit d'intérêts, contraire au principe d'impartialité, s'ils n'ont pas connaissance de l'existence des intérêts personnels de leurs administrateurs. C'est ainsi que la transparence vient renforcer la portée effective de l'obligation d'abstention, dont le respect devient plus aisément contrôlable, du fait de la publicité accordée à des éléments circonstanciels jusqu'ici difficilement connaissables, sauf notoriété. L'émergence de cette problématique, qui dépasse sans doute celle de l'impartialité administrative, place les agents publics dans une position singulière, du fait de ces obligations nouvelles. Nées dans un contexte particulier, les diverses obligations d'information se sont progressivement étendues à une grande partie des agents publics, à mesure que s'affermir le « règne de la transparence »¹.

C'est dans le secteur sanitaire que les obligations d'information font leur première apparition, en droit administratif, sous la forme de la déclaration d'intérêts. Cette déclaration

¹ J.-D. BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 5, spéc. p. 9. On se reportera avec intérêt à ce numéro de la revue *Pouvoirs*, tant pour son caractère pionnier – vu sa date et les réalisations positives de ce mouvement, à l'époque – que pour les réserves exprimées par certains auteurs, tels que Bredin, sur ce qu'ils considèrent finalement comme un avatar de « la civilisation de l'image », devenue « vertu suprême, sinon l'unique vertu d'une société qui n'en porterait plus d'autres » (*ibid.*, p. 11 et 14). V. également G. CARCASSONNE, « Le trouble de la transparence », *même revue*, p. 17 : pour l'auteur, « l'exigence de transparence, lorsqu'elle se généralise à l'excès, n'est plus la quintessence de la démocratie mais plutôt son antipode. C'est un choix de paresse, contraire aux principes élémentaires de la liberté » (*ibid.*, p. 23). Pour une approche plus substantielle de la transparence administrative, v. B. LASSERRE, N. LENOIR & B. STIRN, *La transparence administrative*, préf. G. BRAIBANT, Paris, PUF, « Politique d'aujourd'hui », 1987, 236 p.

poursuit un objectif de transparence quant aux causes de partialité éventuelle d'un agent, qu'elle vise à révéler¹. Elle constitue un moyen de la transparence adapté à la position des agents administratifs, de par son caractère général et permanent. Par ailleurs, les dispositifs de déclaration d'intérêts visent à garantir l'effectivité de l'obligation d'abstention, dans la mesure où « sans imposer immédiatement une mesure contraignante (comme l'obligation de s'en défaire), [ils] imposent une certaine vigilance »². À l'inverse, la transparence peut se concrétiser plus ponctuellement et plus relativement, notamment au moyen de l'obligation de révélation, caractéristique du droit de l'arbitrage. Dans ce cas, l'arbitre doit seulement révéler la cause de partialité relative à la mission qui lui est confiée et ce avant d'accepter cette mission³. Ce mécanisme existe également, en droit administratif, en ce qui concerne le commissaire enquêteur : l'article R.123-4 du Code de l'environnement prévoit ainsi que celui-ci « indique au président du tribunal administratif les activités exercées au titre de ses fonctions précédentes ou en cours qui pourraient être jugées incompatibles avec les fonctions de commissaire enquêteur ».

Introduit en 1998 pour l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé⁴, le recours à la déclaration d'intérêts est étendu à l'ensemble du secteur sanitaire sous l'effet combiné de la loi dite « Kouchner » de 2002⁵ et de la loi du 29 décembre 2011⁶, qui introduisent et généralisent cette obligation, en sus de l'obligation d'abstention. Ainsi, les membres de diverses autorités du secteur sanitaire « sont tenus, lors de leur prise de fonctions, d'établir une déclaration d'intérêts » qui « mentionne les liens d'intérêts de toute nature, directs ou par personne interposée, que le déclarant a, ou qu'il a eus pendant les cinq dernières années (...) avec des entreprises, des établissements ou des organismes dont les activités, les techniques et les produits entrent dans le champ de compétence de l'autorité sanitaire au sein

¹ De nombreux auteurs relèvent ainsi que la déclaration d'intérêts vise à « assurer la transparence des liens d'intérêts » (M. TRÉPREAU, « La prévention des conflits d'intérêts dans le domaine de la santé », *RDSS*, 2016, p. 1116, spéc. p. 1119).

² Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *rapport préc.*, p. 55.

³ Art. 1456 du Code de procédure civile. V. J.-D. BREDIN, « La révélation : remarques sur l'indépendance de l'arbitre en droit interne français », *art. préc.*, p. 349.

⁴ Art. 6 de la loi n° 98-535 du 1^{er} juill. 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, *JORF* du 2 juill. 1998, p. 10056.

⁵ Art. 24 de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF* du 5 Mars 2002, p. 4118.

⁶ La loi du 29 décembre 2011 (n° 2011-2012, *JORF* du 30 déc. 2011, p. 22667), adoptée à la suite de l'affaire du « Mediator », constitue à cet égard « un point nodal », en ce qu'elle « généralise ces dispositions à l'ensemble des acteurs et uniformise les pratiques » (TRÉPREAU, *art. préc.*, p. 1119).

de laquelle il exerce ses fonctions »¹. La disposition précise également que « cette déclaration est rendue publique et est actualisée » à l'initiative des intéressés. Il serait erroné de voir dans cette obligation de déclaration une quête de la transparence en elle-même. La transparence n'est en effet que le moyen de garantir l'impartialité de l'Administration, en renforçant l'effectivité de l'obligation d'abstention ou en rendant plus aisée la sanction de sa méconnaissance. Le Conseil d'État rappelle ainsi que ces dispositions « s'inspirent » du principe d'impartialité ; leur méconnaissance peut ainsi constituer une violation de ce principe².

La précision apportée par le juge administratif au régime des déclarations d'intérêts confirme également la fonction de la transparence, dont elles sont l'outil. Les obligations d'information n'ont en effet d'utilité qu'en tant qu'elles permettent d'établir une situation de conflit d'intérêts, à l'appui d'un grief fondé sur la violation du principe d'impartialité. Le juge administratif considère tout d'abord que le fait qu'un intérêt ait été préalablement déclaré ne saurait neutraliser l'obligation d'abstention, bien au contraire³. Le Conseil d'État juge également que « le retard dans la souscription ou l'absence de publication » d'une déclaration d'intérêts n'entraîne pas, à elle seule, une violation du principe d'impartialité⁴, sauf disposition contraire⁵. En revanche, la violation du principe d'impartialité sera retenue si, à l'occasion d'un recours, l'autorité refuse de verser les déclarations d'intérêts manquantes au débat contradictoire, après y avoir été invitée par le juge, par une mesure d'instruction. Dans ce cas, le juge est privé de la possibilité de vérifier l'absence de conflit d'intérêts ; il est donc conduit à présumer que la décision contestée a été rendue en méconnaissance des dispositions

¹ La disposition figure aujourd'hui à l'article L. 1451-1 du Code de la santé publique. Son champ d'application, est relativement général, puisqu'elle s'applique aux « membres des commissions et conseils siégeant auprès des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale, les membres des cabinets des ministres ainsi que les dirigeants, personnels de direction et d'encadrement et les membres des instances collégiales, des commissions, des groupes de travail et conseils des autorités et organismes » mentionnés, parmi lesquels figurent, notamment, la Haute Autorité de santé ; l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des accidents iatrogènes et des infections nosocomiales ; l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé ; l'Agence de biomédecine ; l'Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail.

² CE, 27 avril 2011, *Association FORMINDEP*, n° 334396, *préc.*

³ CE, 12 fév. 2007, *Société Les Laboratoires Jolly-Jatel et autres*, n° 290164, *préc.*

⁴ CE, 13 nov. 2013, *Société Novartis Pharma SAS*, n° 344490, *préc.* ; CE, 9 nov. 2016, *Société Bayer Healthcare SAS*, n° 391307, inédit. Il faut noter que cette solution est maintenue, de manière assez surprenante, après que la loi du 29 décembre 2011 a expressément prévu que les agents « ne peuvent prendre part aux travaux, aux délibérations et aux votes (...) qu'une fois la déclaration souscrite » (v. notamment CAA Nantes, 2 nov. 2016, *Fédération hospitalière de France de la région Basse-Normandie*, n° 14NT02320, inédit).

⁵ L'article R. 751-4 du Code de commerce interdit, par exemple, aux membres des commissions départementales d'aménagement commercial de siéger s'ils n'ont pas rempli leurs obligations déclaratoires.

garantissant l'impartialité objective des agents participant à son élaboration¹. Ainsi, la déclaration d'intérêts devient le « support à l'analyse du juge »², lorsque le requérant allègue une violation du principe d'impartialité fondée sur une situation de conflit d'intérêts. Si ce support est manquant, le juge administratif ne peut que conclure à une violation du principe d'impartialité. Encore faut-il que les requérants n'allèguent non pas seulement le manquement aux obligations déclaratives mais, également, l'existence d'une situation de nature à créer un doute sur l'impartialité des agents, que l'absence de déclaration empêche de vérifier³.

Le recours à la déclaration d'intérêts est ainsi bien ancré, dans le secteur sanitaire. Il s'avère cependant que ce secteur n'a fait qu'anticiper une évolution plus globale du droit administratif, du fait de ses particularités⁴. La déclaration d'intérêts est en effet devenue « un outil central de prévention des conflits d'intérêts »⁵, qui a progressivement conquis l'ensemble de l'Administration. Outre des textes spéciaux, qui ont introduit le recours à cet outil à l'égard des membres de certaines autorités⁶, la loi du 11 octobre 2013 a étendu cette obligation aux membres du Gouvernement⁷, aux chefs des exécutifs locaux⁸, à certains membres des organes délibératifs des collectivités territoriales, aux membres des cabinets ministériels et aux collaborateurs du Président de la République, aux membres d'autorités administratives et publiques indépendantes, ainsi qu'aux personnes exerçant un emploi à la décision du Gouvernement et nommées en conseil des ministres. La loi du 20 avril 2016 a étendu cette obligation à certains agents soumis au statut général des fonctionnaires, ceux dont « le niveau

¹ CE, 27 avril 2011, *Association FORMINDEP*, n° 334396, *préc.*

² A. FRIBOULET, « Régularité de la procédure d'élaboration des décisions administratives en matière sanitaire, principe d'impartialité et prévention des conflits d'intérêts », *RJEP*, 2011, comm. 37.

³ À propos de la Commission nationale d'aménagement commercial : CAA Douai, 29 sept. 2016, *SAS Courceldis*, n° 15DA01229, inédit : *AJDA*, 2017, p. 88.

⁴ V., à ce sujet, D. HOUSSIN, « Indépendance et expertise : santé publique et conflits d'intérêts », *Pouvoirs*, n° 147, 2013, p. 111. Pour l'auteur, « au cours des années récentes, le soupçon s'est développé que certaines décisions de santé publique, s'étant appuyées sur des avis scientifiques, aient pu émaner d'experts dont l'avis était partial. En France, depuis l'affaire du sang contaminé, diverses crises sanitaires ont alimenté ce doute ».

⁵ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *rapport préc.*, p. 55.

⁶ L'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale (*JORF* du 9 juin 2006, p. 8710), introduit cette obligation d'information pour les membres des commissions départementales et nationale d'aménagement commercial (art. L. 751-3 et L. 751-7 du Code de commerce).

⁷ Art. 4 de la loi n° 2013-907 (*préc.*). V. D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, « La prévention des conflits d'intérêts dans l'exercice des fonctions ministérielles », in *Mél. D. Truchet*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2015, p. 329.

⁸ Art. 11 de la même loi (l'obligation ne vaut toutefois pas pour les maires d'une commune de moins de vingt mille habitants).

hiérarchique ou la nature des fonctions le justifie »¹. Le décret d'application de cette disposition précise les emplois concernés par cette obligation de déclaration. Celle-ci concerne, *in fine*, les postes de direction des trois fonctions publiques, ainsi que les emplois qui amènent les agents à participer à la décision administrative².

L'extension et la banalisation du recours à la déclaration d'intérêts pose indéniablement la question de son contenu. Le principal problème est celui de la temporalité, puisque l'on sait que des liens fraîchement passés peuvent faire naître un doute sur l'impartialité de l'agent³, alors que des liens plus éloignés dans le temps n'emportent aucune réaction juridique⁴. L'objectivation progressive de l'exigence d'impartialité avait déjà amené les autorités législatives et réglementaires à introduire des limites temporelles aux situations conflictuelles devant conduire au déclenchement de l'obligation d'abstention⁵. Les dispositions sectorielles ont longtemps fait montre d'une grande disparité en la matière, en imposant une temporalité très variable des intérêts à déclarer. Les premiers textes imposant une obligation d'information ne contiennent aucune indication temporelle, ce dont on peut déduire que seuls les intérêts actuels doivent être déclarés – ainsi que les intérêts acquis en cours d'exercice des fonctions⁶. L'amplification des obligations déclaratoires a progressivement inclus une limite temporelle, variable selon l'autorité régie par les dispositions particulières⁷. La généralisation du champ d'application des obligations de déclaration a permis une certaine harmonisation de la période sur laquelle porte cette

¹ Art. 5 de la loi n° 2016-483 (*préc.*), qui introduit l'art. 25 *ter* de la loi du 13 juill. 1983.

² Art. 2 à 6 du décret n° 2016-1967 du 28 déc. 2016 relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts prévue à l'article 25 *ter* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* du 30 déc. 2016, texte n° 143.

³ CE, 14 oct. 2015, *SA Applicam et Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 390968, *préc.*

⁴ CE, Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France*, n° 361962, *préc.*

⁵ Un décret de 1998 a ainsi précisé que les causes de partialité faisant obstacle à la désignation d'un commissaire enquêteur doivent dater de moins de cinq ans (art. 9 du décret n° 98-622 du 20 juill. 1998 relatif à l'établissement des listes d'aptitude aux fonctions de commissaire enquêteur, *JORF* du 23 juill. 1998, p. 11267). Une telle indication temporelle existait également en ce qui concerne la Commission des opérations de bourse – trente-six mois – et le conseil des marchés financiers – dix-huit mois –, avant la réforme de 2003. De la même manière, une loi de 2014 a précisé que la cause d'abstention d'un membre de la Commission nationale d'aménagement commercial doit dater de moins de trois ans (art. 45 de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, *JORF* du 19 juin 2014, p. 10105).

⁶ V., entre autres, les premières versions des dispositions régissant les autorités de régulation financière qui, avant la réforme de 2003, prévoyaient une obligation d'information pesant sur les membres de ces autorités, concernant les « intérêts qu'ils détiennent ou viennent à détenir » (art. L. 621-4 du Code monétaire et financier, abrogé par la loi du 1^{er} août 2003 ; v. aussi l'art. L. 622-5 du même code).

⁷ La loi d'1^{er} août 2003 créant l'Autorité des marchés financiers fait porter les obligations de déclaration sur les intérêts et fonctions exercées au cours des deux dernières années (art. 5 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, *JORF* du 2 août 2003, p. 13220), alors que la loi du 29 décembre 2011, en matière sanitaire, impose une période de cinq ans (art. 1^{er} de la loi n° 2011-2012, *préc.*).

obligation. Ainsi, de manière générale, l'obligation d'information porte sur les cinq années précédant la prise de fonction¹.

Par ailleurs, la question du contenu des déclarations montre, de manière assez logique, une adéquation avec la définition la plus objective possible de la notion de conflit d'intérêts. Tout intérêt de nature à créer dans le chef d'un agent une situation de conflit d'intérêts devrait être déclaré, de manière à faire disparaître le doute qui pourrait subsister sur l'impartialité de celui-ci. Saisi de la constitutionnalité de la loi du 11 octobre 2013, le Conseil constitutionnel considère qu'en retenant une définition des conflits d'intérêts reposant tant sur l'influence effective qu'apparente, le législateur « a retenu une définition qui ne méconnaît pas l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »². Toutefois, dans la même décision, le Conseil constitutionnel juge que si l'obligation de déclarer les activités du conjoint n'est pas contraire à la Constitution, « compte tenu de la vie commune avec le déclarant », il en va différemment des activités des enfants et des parents, dans la mesure où cette obligation constitue une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée³. Il apparaît ainsi que la corrélation entre intérêts à déclarer et situations de conflit d'intérêts ne saurait être parfaite : certains intérêts échappant aux obligations de déclaration peuvent être retenus par le juge, au terme de son analyse casuistique, pour retenir une violation du principe d'impartialité.

La transparence induite par les obligations d'information permet un meilleur contrôle de l'impartialité des agents de l'Administration en portant à la connaissance des administrés les situations potentielles de conflit d'intérêts, puisque « l'objet de cette déclaration est (...) de permettre aux tiers d'établir un lien entre son auteur et des personnes ou des activités qu'ils y auraient mentionné ou qu'il se serait abstenu de mentionner »⁴. Elle oblige progressivement l'Administration à communiquer l'identité des personnes ayant participé à l'acte contesté, là où les textes ne le prévoient pas expressément, afin de ne pas « laisser s'insinuer le doute dans

¹ C'est ce qui résulte des lois de 2013 et de 2016, relatives à la transparence et à la déontologie (respectivement art. 4 de la loi n° 2013-907 et art. 7 du décret d'application n° 2016-1967).

² Cons. const., décision n° 2013-676 DC du 9 oct. 2013, *Loi relative à la transparence dans la vie publique*, *JORF* du 12 oct. 2013, p. 16847, consid. 10 : *JCP Adm.*, 2014, 2018, note VERPEAUX ; *D.*, 2013, p. 2483, note LEVADE.

³ *Ibid.*, consid. 15. Le droit au respect de la vie privée limite également l'extension des pouvoirs de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique : si le droit de communication de certains documents peut lui être reconnu, la communication de certaines données constitue une atteinte à ce droit, en l'absence de garanties appropriées (Cons. const., décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, *JORF* du 16 sept. 2017, texte n° 5).

⁴ R. VICTOR, « Concl. sur CE, 19 juill. 2016, *SAS Fruitofood* », *Dr. fisc.*, 2016, comm. 577.

l'esprit »¹ des administrés². Cependant, il faut préciser le lien entre ce document et la mise en œuvre du principe d'impartialité devant le juge. Tout intérêt déclaré ne place pas nécessairement l'agent en infraction vis-à-vis de son obligation d'impartialité : tout reste question de circonstances, conformément à l'appréciation désormais traditionnelle à laquelle se livre le juge. Par ailleurs, une déclaration d'intérêts n'épuise pas toutes les causes de partialité objective : elle en révèle certaines, mais n'empêche pas le juge de prendre en compte d'autres circonstances pour conclure à la violation du principe d'impartialité. Le juge peut parfaitement prendre en considération un intérêt plus éloigné dans le temps, mais dont les autres caractéristiques sont telles qu'il crée un doute sur l'impartialité d'un agent³ ; de même, il peut prendre en considération des causes de partialité ne relevant pas de l'intérêt personnel et échappant de ce fait à la déclaration d'intérêts.

B. *La densification complexe de la gestion des risques de partialité*

Prévenir les conflits d'intérêts en garantissant une mise en œuvre aussi effective que possible de l'obligation d'abstention : telle est la ferme résolution du législateur et du pouvoir réglementaire depuis quelques années⁴. Les obligations d'information y participent, mais il s'avère qu'elles ont une utilité principale devant le juge administratif, à l'appui d'un moyen fondé sur la partialité apparente d'un agent ayant participé à la décision administrative. Pourtant, tout l'enjeu de la politique de prévention est bien d'éviter d'en arriver à une telle extrémité. On sait que l'autorité hiérarchique ou dirigeante a un rôle déterminant dans la mise

¹ *Ibid.*

² V. notamment CE, 19 juill. 2016, *SAS Fruitofood*, n° 380716, *préc.* ; CE, 16 janv. 2008, *Société Leroy-Merlin*, n° 296528, *préc.* Les règles jurisprudentielles posées par le juge permettent ainsi que la vérification de l'impartialité des agents « puisse se faire en toute transparence et avec efficacité », ce qui suppose une connaissance complète de l'identité des agents qui ont pris part à la décision (G. PELLISSIER, « Composition de la commission départementale d'équipement commercial : tous les membres doivent être désignés nominativement », *JCP Adm.*, 2008, 2036).

³ Le Conseil d'État a déjà montré ce type d'affranchissement les limites temporelles, à propos du délai de viduité imposé au commissaire enquêteur : l'implication préalable de cet agent, quand bien même elle remonterait à plus de cinq ans, peut être de nature à entacher la procédure d'irrégularité (CE, 19 janv. 1996, *Association Quartier et avenir*, n° 159392, *préc.*).

⁴ Jean-Marc Sauvé relève à ce titre les « exigences contemporaines de prévention, plutôt que de répression, des conflits d'intérêts » (J.-M. SAUVÉ, « Les règles françaises en matière de conflits d'intérêts sont-elles satisfaisantes ? », *préc.*, p. 8). Jean-Louis Nadal considère que la prévention des conflits d'intérêts était « largement absente », jusqu'en 2013 (J.-L. NADAL, « Le rôle de la Haute Autorité pour la transparence dans la vie publique », *L'ENA hors les murs*, 2014, n° 444, p. 15), alors qu'elle est désormais « au cœur des enjeux actuels » (M. GUYOMAR, « Les trois dimensions de l'exigence déontologique propre à la fonction publique », *Cah. fonction publ.*, n° 331, 2013, p. 12, spéc. p. 13). Les rapports parlementaires sur la loi « déontologie » de 2016 relèvent, de manière liminaire, que la politique répressive « semble prévaloir sur une approche préventive » (A. VASSELE, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, Doc. parl.*, n° 274, 2015, p. 18).

en œuvre de cette prévention, que la jurisprudence lui a facilement reconnu¹. Les dispositifs les plus récents, tout en consolidant ce rôle, opèrent une certaine externalisation de la gestion des conflits d'intérêts, qui s'avère cependant incomplète, en ce qui concerne la mise en œuvre de l'obligation d'abstention.

La mise en place d'un organisme spécialisé dans les questions déontologiques au sein de l'Administration est ancienne. Un décret du 17 janvier 1991² institue ainsi une commission, placée auprès du ministre de la fonction publique, chargée de se prononcer, sur saisine, sur la compatibilité de l'activité d'un fonctionnaire projetant de quitter la fonction publique avec les activités précédemment exercées. Le rôle de cette commission est cependant limité, en ce qu'il ne concerne que la fonction publique d'État et seulement les questions dites de « pantouflage ». Les lois du 29 janvier 1993³ et du 28 juin 1994⁴ généralisent le dispositif aux trois fonctions publiques, en rendant obligatoire la saisine des commissions instituées, qui restent seulement compétentes en matière de cessation définitive des fonctions ou de mise en disponibilité. La loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007⁵, étend le champ de compétence de cette commission, qui devient unique et désormais dénommée « commission de déontologie », en lui permettant de se prononcer sur les cumuls d'activités des agents publics⁶. La commission de déontologie peut dès lors être appelée à se prononcer sur des situations internes aux administrations. Toutefois, sa compétence se limite aux questions de départ de la fonction publique et de certains cumuls d'activités. On peut alors considérer que « la commission de déontologie n'est pas forcément bien nommée », car « elle contrôle certains aspects de la déontologie des fonctionnaires mais elle ne les contrôle pas

¹ V. *supra*, ce chapitre, section 1, § 2.

² Art. 6 du décret n° 91-109 du 17 janv. 1991 pris pour l'application de l'art. 72 de la loi n° 84-16 du 11 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'État, *JORF* du 29 janv. 1991, p. 1502.

³ Art. 87 de la loi n° 93-122 du 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* du 30 janv. 1993, p. 1588.

⁴ L'article 4 de cette loi modifie l'article 87 de la précédente en ce qu'il institue trois commissions distinctes, pour chaque fonction publique (loi n° 94-530 du 28 juin 1994 relative à certaines modalités de nomination dans la fonction publique de l'État et aux modalités d'accès de certains fonctionnaires ou anciens fonctionnaires à des fonctions privées, *JORF* du 29 juin 1994, p. 9371).

⁵ Art. 18 de la loi n° 2007-148 du 2 févr. 2007 de modernisation de la fonction publique, *JORF* du 6 févr. 2007, p. 2160.

⁶ Par un décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'État (*JORF* du 3 mai 2007, texte n° 41).

tous »¹. Or, « il est bien évident que la déontologie ne se résume pas à la moralisation du pantouflage, non plus qu'à la possibilité de cumuler simultanément une activité publique, des fonctions administratives, et puis une autre activité purement privée (...) », puisqu' « il y a beaucoup d'autres sujets : comment se comporter, dans quel cas faut-il s'abstenir de prendre part à telle décision (...) »². Mais, faute de dispositions explicites, il apparaît que la mise en œuvre de l'obligation d'abstention n'est pas concernée par ce contrôle et, partant, reste entièrement entre les mains de l'agent et, le cas échéant, du chef de service.

La réforme entamée à partir de 2013 étend considérablement le contrôle préventif opéré par des organismes détachés ou non de la chaîne hiérarchique. Il s'agit alors d'éviter de « laisser les responsables publics s'enfermer, en cas de difficultés, dans l'incertitude du discernement personnel », en faisant intervenir des « tiers »³. Les lois de 2013 et de 2016 aboutissent à un réagencement important de la politique de prévention des conflits d'intérêts, qui s'articule autour de plusieurs instances : l'autorité administrative interne, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique et la commission de déontologie de la fonction publique. La répartition des rôles respectifs des deux dernières n'est pas empreinte de simplicité, ce que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler. Par ailleurs, il faut garder à l'esprit que l'un des organes centraux de la démarche préventive reste l'autorité administrative interne, à qui les dispositions législatives confient un rôle de premier ordre.

L'autorité de nomination ou l'autorité placée à la tête d'un organisme, bien que son rôle paraisse moins visible et, partant, qu'il fasse moins l'objet d'études, reste le pivot central de la politique de prévention. Elle conserve un pouvoir quasi exclusif pour prendre des mesures garantissant l'effectivité de l'obligation d'abstention. Pour les agents soumis au statut général, la déclaration d'intérêts est adressée à l'autorité investie du pouvoir de nomination, qui la transmet à l'autorité hiérarchique après nomination dans un emploi. C'est l'autorité hiérarchique qui, lorsqu'elle « constate que le fonctionnaire se trouve en situation de conflits d'intérêts (...), prend les mesures nécessaires pour y mettre fin »⁴. Ce n'est qu'en cas de

¹ J. ARRIGHI DE CASANOVA, « La commission de déontologie n'est pas forcément bien nommée », *Cah. fonction publ.*, n° 331, 2013, p. 14. L'auteur ajoute qu' « il est des domaines dans lesquels il y a des lacunes, qu'il faut combler pour certaines, pas forcément pour d'autres (*ibid.*, p. 14).

² *Ibid.*, p. 14.

³ SAUVÉ, « Les règles françaises en matière de conflits d'intérêts sont-elles satisfaisantes ? », *art. préc.*, p. 9.

⁴ Art. 25 *ter* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983.

difficulté particulière que l'autorité hiérarchique peut se tourner vers la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique joue ainsi un rôle primordial à l'égard des autorités administratives supérieures¹ et un rôle de second rang, derrière les autorités hiérarchiques, à l'égard des autorités subordonnées². Dans l'un et l'autre des cas, la Haute Autorité peut, sur la base de la déclaration d'intérêts, prendre les mesures qui s'imposent, en la forme d'une injonction adressée à l'agent de faire cesser une situation de conflit d'intérêts³ ou d'une recommandation à l'autorité hiérarchique, qui pourra alors soit prendre les mesures qui s'imposent, soit procéder à la même injonction⁴. La formulation retenue par la loi de 2013 est empreinte d'ambiguïté, dans la mesure où elle peut laisser penser que la Haute Autorité contraint une personne soumise à son contrôle à se détacher d'un intérêt conflictuel⁵. Or, il semble que d'autres solutions soient possibles, en fonction des circonstances, celles qui visent à s'assurer que l'agent mettra en œuvre son obligation ponctuelle d'abstention⁶. Il se peut cependant que, dans le cas où une telle solution a été mise en œuvre, la Haute Autorité renoncera à exercer son pouvoir d'injonction. De plus, l'article 22 de la loi du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique institutionnalise son rôle préventif, en permettant au Président de la République de la consulter dès avant la nomination d'un ministre⁷.

Dans ce paysage rénové à partir de 2013, l'ancienne commission de déontologie semble laissée de côté. Certains auteurs considèrent cependant qu'avec la loi du 20 avril 2016, dont « l'une des principales ambitions consiste (...) à élargir et renforcer les compétences de

¹ Celles qui sont incluses dans le champ de la loi du 11 octobre 2013 (membres du gouvernement, membres d'exécutifs locaux, membres des cabinets ministériels et collaborateurs du Président de la République, membres d'une autorité administrative indépendante et personnes exerçant un emploi à la décision du gouvernement nommées en conseil des ministres).

² Celles qui sont soumises au statut général de la fonction publique, aux termes de sa révision par la loi du 20 avril 2016.

³ Art. 10 et 20 de la loi 2013-907 du 11 octobre 2013.

⁴ Art. 25 *ter* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983.

⁵ Dans la mesure où l'injonction est adressée directement à l'agent, qui ne dispose pas de sa compétence et, partant, n'aurait d'autre choix que de se détacher de l'intérêt conflictuel.

⁶ C'est ce que suggèrent les divers décrets qui amputent le titre de compétence de certains ministres, en cas de conflit d'intérêts : non formellement prévue par les textes, cette solution a émergé à la suite d'une gestion interne au gouvernement de la question des conflits d'intérêts ministériels, dont le décret n'est que le résultat.

⁷ Loi n° 2017-1339 du 15 sept. 2017 pour la confiance dans la vie politique, *JORF* du 16 sept. 2017, texte n° 2.

cette commission, afin d'en faire l'un des pivots institutionnels de la nouvelle culture déontologique »¹, cette instance se voit renforcée. Certes, la commission de déontologie se voit désormais formellement inscrite dans le texte statutaire. Pourtant, il ressort de la réforme de 2016 qu'elle reste principalement centrée sur ses attributions historiques, à savoir les questions liées aux départs de la fonction publique et aux cumuls d'activités² : si le Gouvernement avait envisagé une transmission des déclarations d'intérêts des agents à cet organisme, l'Assemblée nationale a amendé le texte pour faire de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique le référent en la matière³. Toutefois, la loi attribue à cette commission un pouvoir de formuler des avis sur des projets de textes déontologiques adoptés par les services et d'émettre des recommandations sur l'application des nouvelles dispositions déontologiques, ce que l'on peut considérer comme la reconnaissance d'un « rôle de régulation en matière de déontologie dans la fonction publique »⁴. La commission de déontologie peut également formuler, sur saisine, une recommandation quant à l'application des obligations déontologiques à une situation individuelle. La commission peut alors exercer une certaine influence sur la mise en œuvre de l'obligation individuelle d'abstention, qui demeure cependant bien faible au regard des pouvoirs de l'autorité administrative interne et de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

Par ailleurs, la commission de déontologie pourrait être supplantée, dans ce rôle de conseil déontologique, par l'émergence d'une « nouvelle figure »⁵, dans la loi de 2016 : le référent déontologue. L'article 28 *bis* du statut général prévoit désormais que « tout fonctionnaire a le droit de consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et principes déontologiques », tout en précisant que « cette fonction de conseil s'exerce sans préjudice de la responsabilité et des prérogatives du chef de service ». Si le besoin concret d'un conseil de proximité se fait sentir, dans la mise en œuvre des nouveaux principes et obligations mis en place par la loi de 2016, il y a fort à parier

¹ M. FIROUD, « La commission de déontologie est-elle désormais bien nommée ? », *AJCT*, 2016, p. 371.

² Dans ces domaines, les pouvoirs de la commission sont effectivement renforcés, dans la mesure où la loi prévoit une procédure d'auto-saisine, dans le cas où l'Administration ne l'aurait pas saisie, et dispose que les avis d'incompatibilité lient l'Administration et l'agent concerné.

³ A. VASSELLE, *rapport préc.*, p. 20.

⁴ M. FIROUD, *art. préc.*, p. 374. L'auteur considère que cette attribution est « essentielle », dans la mesure où « elle permet notamment à la commission de "codifier", par l'émission de telles recommandations publiques, sa "jurisprudence" afin de prévenir la survenance de situations sensibles et/ou récurrentes », ce qui participerait à la « diffusion de la culture déontologique » (*ibid.*, p. 374).

⁵ A. VASSELLE, *rapport préc.*, p. 21.

que ce référent incarnera ce rôle et ce, notamment, au regard de la teneur exacte de l'obligation d'abstention qui incombe désormais à chaque agent – eu égard à son champ d'intervention « potentiellement important »¹. Toutefois, les « grandes ambitions »² affichées par la consécration de cette nouvelle figure sont quelque peu déçues par les mesures d'exécution qui régissent presque exclusivement la désignation du référent, sans lui attacher de pouvoirs particuliers dans le champ déontologique, au-delà des dispositions législatives laconiques³.

Dans la mise en place de tous ces nouveaux outils, fleurissant au fil des législations, le législateur est relativement libre d'apprécier l'objectif de restauration de la confiance publique et d'adopter des mesures plus contraignantes à l'égard des agents publics. Toutefois, outre le droit au respect de la vie privée de ceux-ci⁴, le législateur est tenu à une certaine cohérence de la législation, comme le lui a rappelé le Conseil constitutionnel. S'il n'a pas été saisi de la constitutionnalité de la loi du 20 avril 2016, le Conseil constitutionnel a ultérieurement rappelé les obligations qui pèsent sur le législateur au regard de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, à propos d'une disposition de la loi du 9 décembre 2016⁵, modifiant de manière incidente les dispositions déontologiques du statut général. Par une disposition de cette loi, le législateur entendait étendre la compétence de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique au contrôle de la situation de certains agents publics, soumis au statut général et donc à la compétence de la commission de déontologie. En n'écartant pas explicitement la compétence de la commission de déontologie, « le législateur a défini deux procédures, supposées alternatives, devant deux autorités distinctes pour contrôler l'exercice de fonctions dans le secteur privé par différentes catégories d'agents publics »⁶. Cette « contradiction » des dispositions porte ainsi atteinte à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Il s'avère ainsi que la répartition des compétences de contrôle des

¹ P. VILLENEUVE, « La loi "déontologie" : la fonction de déontologue, mode d'emploi à l'usage des collectivités territoriales », *AJCT*, 2016, p. 307.

² D. JEAN-PIERRE, « Le référent déontologue : un super-héros sans super-pouvoir », *JCP Adm.*, 2017, 2156. L'auteur souligne le « sentiment de vertige » que donne la lecture des textes, de par « le contraste (...) frappant entre les ambitions affichées et les pouvoirs conférés au référent déontologue qui peuvent faire douter de sa réelle efficacité ».

³ Décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique, *JORF* du 12 avril 2017, texte n° 45.

⁴ *V. supra*, ce paragraphe, sous-paragraphe A.

⁵ Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* du 10 déc. 2016, texte n° 2.

⁶ Cons. const., décision n° 2016-741 DC du 8 déc. 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, *JORF* du 10 déc. 2016, texte n° 4, consid. 145.

obligations déontologiques est à la discrétion du législateur, qui doit seulement veiller à ce que l'un et l'autre des organismes ait une compétence exclusive de celle de l'autre.

De ce nouvel arsenal législatif, il ressort, *in fine*, que la mise en œuvre de l'obligation d'abstention est peu affectée dans son fonctionnement : le législateur consacre le rôle prépondérant de l'autorité administrative supérieure, implicitement mais nécessairement admis depuis longtemps par la jurisprudence. Cette « chasse gardée » ne connaît que peu d'exceptions, si ce n'est la compétence de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, qui externalise une partie de la politique de préventions du risque particulier de partialité qu'est le conflit d'intérêts. Les autres acteurs de la politique de prévention n'ont qu'un rôle d'appui, pour ce qui concerne la concrétisation de l'obligation d'abstention.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'obligation d'abstention constitue indéniablement le noyau dur du principe d'impartialité, pris dans sa dimension objective. Les raisons qui soutiennent ce constat sont désormais claires. Toute cause de partialité peut potentiellement conduire à son déclenchement : elle offre alors une garantie complète face aux risques de partialité apparente de l'Administration. Elle fait l'objet d'une mise en œuvre extrêmement circonstanciée, de par son caractère concret, devant l'Administration et, en dernier ressort, devant le juge : elle offre alors une certaine souplesse dans la mise en œuvre d'un principe qui, une fois admis dans sa dimension objective, peut facilement basculer sur la pente glissante du procès d'intention systématique et dilatoire¹. Par ce moyen, c'est l'impartialité apparente d'une Administration ouverte sur l'extérieur², faisant participer une riche variété de personnes à la décision administrative, qui se trouve garantie. La particularité du droit objectif en la matière est qu'il habilite l'Administration à procéder à cette garantie, sous le contrôle du juge. D'une certaine manière, il se contente de poser cette habilitation, faute de pouvoir formuler une précision supplémentaire quant à la mise en œuvre concrète de l'obligation d'abstention.

La convergence du droit positif vers une mise en œuvre systématique du test concret de partialité semble dès lors souhaitable, dans la mesure où elle révélerait une mise en œuvre mesurée, mais également non contradictoire, du principe d'impartialité apparente. La cohérence de l'ensemble de l'édifice juridique mis au jour en sortirait améliorée. On peut penser que les dernières réformes ont contribué à cet objectif, en faisant sauter les derniers verrous de l'indisponibilité des compétences – en autorisant tout agent à être déchargé d'une partie de ses responsabilités, en cas de situation de conflit d'intérêts. Mais il apparaît également que la garantie de l'impartialité administrative a pris le nom et les atours de la lutte contre les conflits d'intérêts, au risque de ne pouvoir s'en défaire qu'avec difficultés. Cet effort sera alors tributaire de l'interprétation donnée par le juge de cette notion. Le législateur a clairement opté pour une définition large de la notion de conflit d'intérêts ; il ne l'a toutefois

¹ On peut, avec Jean-Marc Sauvé, jeter un regard optimiste sur les réformes récentes, en considérant que « les lois récentes n'ont pas pour finalité de jeter le soupçon sur les responsables publics ou de les désigner à la vindicte de l'opinion », en ce qu'elles « visent seulement à garantir que ceux-ci ne servent pas d'autre fin que l'intérêt public » (SAUVÉ, « Les règles françaises en matière de conflits d'intérêts sont-elles satisfaisantes ? », *art. préc.*, p. 9). Il n'est cependant pas certain que les nouveaux outils, mis en œuvre en ce sens, ne soient pas utilisés à d'autres fins, dans le cadre, notamment, de stratégies contentieuses.

² On peut rattacher cette ouverture à « l'éclatement » et à la « démocratisation » de l'Administration, qui caractérisent son évolution (J.-C. VENEZIA, « L'administration française devant les transformations économiques et sociales contemporaines », *Annales européennes d'administration publique*, 1978 ; réimpr. in *idem*, *Écrits de circonstance*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, p. 137, spéc. p. 141 et 145).

pas dépassée, en prévoyant que toute situation de nature à faire naître un doute sur l'impartialité d'un agent devait conduire à la mise en œuvre du dispositif établi. La garantie de l'impartialité apparente de l'Administration risque alors d'être enfermée dans cette notion d'intérêt, qui peut certes être travaillée par le juge. Mais celui-ci reste toutefois tenu à des impératifs de cohérence et de logique, dans son travail de la norme, ce qui peut l'empêcher d'extraire des dispositions textuelles une garantie complète de l'impartialité de l'Administration.

Un palier supplémentaire doit encore être étudié, celui fondé cette fois, non pas sur l'abstention ponctuelle d'un agent, mais sur la mise en place d'une incompatibilité bien plus générale et abstraite, qui promet une autre dimension de l'impartialité administrative.

CHAPITRE II

LES INCOMPATIBILITÉS : LA PRÉSOMPTION DE PARTIALITÉ DÉCRÉTÉE

Dans son ouvrage consacré à la technique de l'élaboration du droit positif, Jean Dabin distingue, à côté de la « présomption-preuve », ce qu'il nomme la « présomption-concept », qui présente certaines particularités.

Sans doute, philosophiquement, les présomptions de cette seconde catégorie ne cessent pas de résoudre une question de preuve, puisqu'elles énoncent comme certain ce qui, en soit, n'est que probable ou même possible. Mais, cette question de preuve, elles la tranchent de façon radicale, par élimination, en décrétant que jamais, *in concreto*, la question de la preuve ne pourra être soulevée. Plus exactement, la question de la preuve s'est posée au législateur, qui l'a résolue en un certain sens mais d'une façon générale et une fois pour toutes, avec défense de contredire à sa solution ou même de poser à nouveau la question. Désormais, le fait présumé est certain, indiscutable, nonobstant tous indices, preuves ou évidences contraires, supérieur à toute contestation aussi bien qu'à toute confirmation. Soudée à la règle elle-même, dont elle compose l'assise, la présomption participe du caractère obligatoire du précepte. L'indicatif hypothétique (= le fait est *peut-être*, et il reste à en faire la preuve ou, du moins, à faire la preuve du contraire) se transforme en impératif catégorique (= le fait *est*, et son existence est décrétée de façon idéale comme le fondement même de la règle).¹

La présomption intervient alors « comme l'un des moyens intellectuels de l'élaboration du droit au fond »², ce qui la différencie quant à son rôle³. Elle est en effet frappée d'une certaine abstraction et d'une certaine généralité, qui neutralisent toute possibilité d'appréciation concrète par le juge du bien-fondé d'une prétention contraire, dans la mesure où la question a été tranchée par un autre juriste.

Appliquée au principe d'impartialité, cette grille de lecture s'avère riche d'enseignements. Il ressort de l'état du droit positif que certains risques de partialité sont considérés comme réalisés en toute circonstance, ce qui conduit à l'émergence d'une incompatibilité. La présomption de partialité est alors située dans le motif même de la règle qui pose l'incompatibilité ; l'impartialité est ainsi « hors de preuve », puisqu'elle ne saurait être discutée dans le cadre d'une incompatibilité. C'est alors une garantie plus abstraite de

¹ DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, *op. cit.*, pp. 240-241.

² *Ibid.*, p. 239.

³ Quel que soit le rôle joué par la présomption, il faut garder à l'esprit qu'elle « conserve la même nature essentielle », à savoir qu'elle « est toujours une anticipation du jugement, ou, plutôt encore, une décision de la volonté suppléant à l'infirmité de l'intellect » (GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, p. 269).

l'impartialité de l'Administration qui se met au jour et qui réagit d'une manière beaucoup plus ample sur l'organisation administrative. C'est dans cette mesure que l'on peut parler d'impartialité « structurelle » ou « institutionnelle », encore qu'il faille nuancer le propos, au regard des données du droit positif¹. En cela, l'incompatibilité constitue un degré supplémentaire d'objectivation du principe d'impartialité, dans la mesure où le risque de partialité particulier doit être formulé dans le droit objectif².

Il faut encore ajouter que le droit public moderne est traversé par l'idée de séparation³ : il ne faudrait pas en conclure que toute idée de séparation trouve sa source dans le principe d'impartialité. Des impératifs d'efficacité, de division du travail voire d'équilibre des pouvoirs permettent de comprendre comment certaines fonctions peuvent être considérées comme incompatibles, sans que cela se rapporte nécessairement au principe d'impartialité⁴. De plus, l'étude des incompatibilités montre leur proximité avec l'obligation d'abstention, à de nombreux égards, à tel point que l'on peut hésiter quant à l'application de la distinction.

Il n'en demeure pas moins que la « poussée de l'exigence d'impartialité »⁵ de l'Administration conduit à une séparation plus systématique de certaines fonctions administratives. La radicalité de la prise en charge du risque de partialité organisée par l'incompatibilité explique également sa parcimonie⁶. C'est alors que l'étude des incompatibilités révèle l'existence de situations interdites (section 1), dont l'ampleur

¹ Ainsi, pour Jean-Bernard Auby, il faut distinguer les solutions personnelles de traitement des conflits d'intérêts des solutions institutionnelles, encore que les deux soit étroitement mêlées (J.-B. AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », *art. préc.*).

² On peut alors considérer que « les incompatibilités constituent l'arme la plus lourde que le législateur puisse utiliser pour prévenir les conflits d'intérêts » (N. DECOOPMAN, « La composition des autorités de régulation et l'indépendance par rapport à la vie des affaires », *art. préc.*, p. 19).

³ Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter à la perspicacité d'Hauriou, dans le neuvième chapitre de ses *Principes de droit public*, qu'il intitule « Les séparations » (HAURIOU, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 366 et s.).

⁴ Il en est ainsi, entre autres, de l'incompatibilité entre fonctions gouvernementales et le mandat parlementaire, inscrite à l'article 23 de la Constitution de 1958, ou encore de l'idée de séparation du gouvernement central et du pouvoir local, qui est à l'origine de la décentralisation. Certains auteurs rattachent ces séparations à une conception très élargie du conflit d'intérêts (v. notamment J.-B. AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », *art. préc.*). On peut en effet considérer, avec Michel Debré, que l'incompatibilité des fonctions ministérielles et la qualité de parlementaire a été introduite pour préserver une forme d'impartialité de cette dernière fonction, dans la mesure où elle a été introduite pour « briser (...) la "course aux portefeuilles", jeu mortel pour l'État » (M. DEBRÉ, « Discours devant le Conseil d'État », 27 août 1958, disponible en ligne : <http://mjp.univ-perp.fr/textes/debre1958.htm> – consulté le 6 mars 2017).

⁵ J.-B. AUBY, « Impartialité et séparation des fonctions de l'administration », *art. préc.*, p. 1.

⁶ Les auteurs du rapport Sauvé admettent que la situation devant conduire à la mise en place d'une incompatibilité, les « conflits d'intérêts "structurels" », est « relativement rare » (Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *rapport préc.*, p. 71), tout en précisant qu'elle est la « modalité la plus radicale » de gestion des risques de partialité (*ibid.*, p. 22).

s'accentue dès lors que celles-ci sont rendues obligatoires par une norme supra-législative (section 2).

Section 1 : Les situations interdites

De par son abstraction et sa généralité, l'incompatibilité garantit l'impartialité de l'Administration d'une autre manière que l'obligation d'abstention. Non pas que le but soit différent : il s'agit toujours d'éviter que certains agents, dont l'impartialité peut paraître douteuse, ne participent à l'élaboration d'une décision administrative. Les deux mécanismes se distinguent par leur fonctionnement propre, au point qu'on peut parler d'une garantie plus radicale de l'impartialité de l'Administration, dès lors qu'elle est fondée sur une incompatibilité (I), dont l'effet est de décréter qu'un risque de partialité est totalement inadmissible, ce qui réagit nécessairement sur l'organisation administrative (II).

I. L'impartialité radicalement objective garantie par les incompatibilités

Il peut paraître malaisé de distinguer l'incompatibilité de l'obligation d'abstention, tant les deux mécanismes se confondent quant à leur but. Cependant, la compréhension totale du droit positif rend cette distinction nécessaire car, sur le plan de la technique juridique, ces deux mécanismes se différencient clairement. Le critère de distinction réside, *in fine*, dans l'identification de l'auteur de l'interdiction (A), ce qui donne une certaine prééminence au droit écrit, en matière d'incompatibilités (B).

A. La prise en charge purement objective de l'impartialité comme critère de distinction

Si « les incompatibilités sont une autre forme de précaution »¹ face au risque de partialité des agents de l'Administration, la différence entre la mise en place d'une incompatibilité et la reconnaissance d'une obligation d'abstention peut sembler ténue. Il est permis de penser que celles-ci ne se différencient pas véritablement, ni quant à leur objet ni quant à leur effet. L'un et l'autre de ces mécanismes visent en effet à garantir l'impartialité apparente des agents qui leur sont soumis ; tous deux se satisfont de l'absence de participation de l'agent objectivement partial à une décision. On pourrait d'ailleurs hésiter longuement,

¹ VIGOUROUX, *op. cit.*, p. 162.

avant de rattacher une règle particulière à l'un ou l'autre de ces mécanismes. Toutefois, il s'avère que le critère de distinction opératoire réside, en dernière analyse, dans le fait que la question de la présomption de partialité a été réglée de manière abstraite et préalable par une autorité autre que le destinataire de la règle.

En effet, poser une obligation d'abstention en cas de doute sur l'impartialité d'un agent ne dit rien sur la consistance de ce doute. Même quand celui-ci est précisé, il ne l'est qu'en façade : si les textes mentionnent la notion d'intérêt comme cause de l'obligation d'abstention, ce n'est que l'intérêt de nature à créer un doute sur l'impartialité de l'agent qui est visé. Partant, la concrétisation de la règle implique que le destinataire de l'obligation, ainsi que les garants de cette obligation, déterminent si telle ou telle circonstance est de nature à créer un doute sur son impartialité. Ce n'est que la mise en œuvre de cette règle qui permet de déterminer la consistance d'un risque de partialité de nature à déclencher l'obligation d'abstention. En ce sens, l'impartialité, bien qu'objectivement garantie, nécessite une appréciation concrète qui n'est pas dépourvue de subjectivité¹. Cela cesse d'être le cas dès lors qu'il est question d'incompatibilité.

L'incompatibilité dont il est question ici suppose en effet une détermination exhaustive du risque de partialité, dans la règle de droit objectif. C'est en ce sens que l'impartialité est garantie de manière purement objective : il n'est point besoin d'une quelconque appréciation supplémentaire pour mettre en œuvre une incompatibilité. Le juge, saisi de la violation d'une règle posant une incompatibilité, peut tout au plus vérifier que la situation de l'agent dont il est question entre dans le champ d'application de la règle à appliquer. Il n'est plus le juge de la consistance du principe d'impartialité car il n'a plus d'emprise sur la condition nécessaire à la caractérisation d'une violation du principe.

Une telle distinction peut paraître très subtile, dans la mesure où elle suppose d'aller au fond de chaque règle garantissant l'impartialité apparente. À ce titre, il apparaît qu'une même règle peut contenir à la fois une incompatibilité et une obligation d'abstention. Cela apparaît clairement en ce qui concerne la garantie de l'impartialité du commissaire enquêteur, longtemps garantie de manière générale par l'article R. 11-5 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

¹ On peut alors considérer que l'impartialité objective est une notion « éminemment subjective », de par l'appréciation concrète nécessitée par l'obligation d'abstention (BOULOUIS, « Le contrat de partenariat relatif à l'éco-taxe... », *concl. préc.*, p. 374).

Ne peuvent être désignés pour exercer les fonctions de commissaire enquêteur les personnes appartenant à l'administration de la collectivité ou de l'organisme expropriant ou participant à son contrôle ou les personnes intéressées à l'opération, soit à titre personnel, soit en raison des fonctions qu'elles exercent ou ont exercées depuis moins de cinq ans.¹

La deuxième proposition de cet énoncé normatif pose un mécanisme qui relève de l'abstention : afin de s'interroger sur le respect de cette exigence, l'autorité de nomination et la personne à désigner doivent, sous le contrôle du juge, se demander si la situation de l'agent dont la nomination est envisagée est de nature à créer un doute sur son impartialité, à raison d'un intérêt à l'affaire. À l'inverse, la première proposition pose une incompatibilité entre les fonctions de commissaire enquêteur et l'exercice de fonctions pour le compte du bénéficiaire de l'opération projetée. L'appréciation à laquelle se livrera l'autorité de nomination ne portera pas sur l'impartialité de l'agent mais seulement sur la question de savoir s'il peut être regardé comme appartenant à l'administration expropriante ou comme participant au contrôle de celle-ci. Cette démarche logique, si elle est suivie, devrait exclure toute appréciation du doute sur l'impartialité, dans la mesure où cette question a été tranchée par l'autorité réglementaire, qui a introduit une incompatibilité stricte inspirée de la maxime classique de l'impartialité. Il apparaît alors que l'un des risques de partialité est, au stade du droit objectif, encore indéterminé lorsque l'autre a été parfaitement prévu par la même règle. Telle peut ainsi être la distinction entre l'incompatibilité et l'abstention : fragile, de prime abord, mais déterminante sur le plan de la technique juridique et du travail normatif impliqué par la garantie de l'impartialité apparente². Le juge est en effet totalement lié lorsqu'il est question d'une

¹ Le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique prévoit désormais que les conditions de désignation du commissaire enquêteur sont celles prévues par le Code de l'environnement, en son article L. 123-5. La garantie de l'impartialité apparente du commissaire enquêteur est substantiellement comparable, si ce n'est que la formulation de la disposition laisse à penser que le rapport entre le commissaire enquêteur et l'administration expropriante doit désormais être analysé pour déterminer l'intéressement de l'agent dont la désignation est envisagée. Il y aurait alors une relativisation de l'impartialité de cet agent, dont l'impartialité objective doit désormais faire l'objet d'une appréciation concrète, à rebours de l'incompatibilité plus stricte qui prévalait antérieurement. Cela découle de l'élargissement considérable des buts de la procédure d'enquête publique, qui dépasse désormais largement la stricte expropriation pour cause d'utilité publique.

² Aucun auteur n'a, à notre connaissance, distingué ces deux mécanismes selon ce critère. En matière d'enquêtes publiques, René Hostiou esquisse cette différence de régime, lorsqu'il écrit que l'article R. 11-5 du Code de l'expropriation fonctionne « sur la base d'une présomption irréfragable ». Toutefois, cet auteur pose la distinction entre la partialité subjective – fondée sur le comportement effectif du commissaire au cours de l'enquête – et la garantie objective de ce qu'il nomme d'ailleurs l'« indépendance » du commissaire enquêteur, sans pour autant distinguer entre abstention et incompatibilité (HOSTIOU, « Le commissaire enquêteur ne doit avoir aucun lien... », *art. préc.*, p. 465). Christian Vigouroux étudie la question des incompatibilités de manière spécifique, mais il ressort de ses développements que le critère de distinction est flou, dans la mesure où il fait entrer dans cette catégorie des mécanismes qui consacrent une obligation d'abstention (VIGOUROUX, *op. cit.*, p. 162). Les auteurs du rapport Sauvé semblent avoir une claire conception de l'incompatibilité ; elle n'est toutefois pas mise en miroir avec son pendant, l'obligation d'abstention, ce qui limite l'analyse comparative.

incompatibilité, alors que son appréciation est décisive lorsqu'il s'agit de savoir si l'impartialité d'un agent est douteuse.

L'obscurité apparente de la distinction est renforcée par ce que les deux mécanismes peuvent garantir les mêmes risques de partialité. Tel est le cas de l'intérêt personnel des agents, organes de l'Administration : le droit objectif peut naviguer entre la reconnaissance d'une obligation d'abstention ou la mise en place d'une incompatibilité, beaucoup plus stricte. Dans un cas, le droit objectif se contentera de poser une obligation d'abstention en cas d'intéressement à la décision ; dans l'autre, la règle de droit posera une incompatibilité stricte entre l'exercice d'une fonction administrative et la détention d'un intérêt lié à cette fonction. S'il a déjà été montré que le droit positif actuel a évolué vers la reconnaissance d'une obligation d'abstention plus souple, il faut relever qu'une incompatibilité plus stricte subsiste, d'une manière sectorielle : il en est ainsi des membres de certaines autorités administratives indépendantes, notamment des membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel¹ ; à l'inverse d'autres secteurs, où les agents doivent seulement se déporter lorsque l'intérêt en cause est de nature à faire douter de l'impartialité, ces agents se voient interdire toute détention d'un intérêt dans le secteur. Apparaît alors une incompatibilité : ne peut être membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel un individu détenant des intérêts dans le secteur. Ce type de disposition se retrouve, de manière résiduelle, dans d'autres secteurs de l'activité administrative².

¹ L'article 5 de la loi du 30 septembre 1986 pose une stricte incompatibilité entre l'exercice des fonctions de membre du Conseil et la détention d'un intérêt quelconque dans le secteur de l'audiovisuel (Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *JORF* du 1^{er} oct. 1986, p. 11755). L'article 7 de la même loi étend l'interdiction aux personnels des services du Conseil. Les membres d'autres autorités de régulation sont soumis au même régime, notamment les membres de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (art. L. 131 du Code des postes et des communications électroniques), de la Commission de régulation de l'énergie (art. L. 132-2 du Code de l'énergie), de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (art. L. 1261-7 du Code des transports). L'adoption du statut général des autorités administratives indépendantes n'a pas opéré d'harmonisation sur cette question (Loi n° 2017-55 du 20 janv. 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF* du 21 janv. 2017, texte n° 2).

² L'article 9 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (*JORF* du 22 juill. 2009, p. 12184) introduit une obligation semblable, à l'article L. 6143-6 du Code de la santé publique, pour les membres d'un conseil de surveillance d'un établissement de santé : « Nul ne peut être membre d'un conseil de surveillance (...) s'il a personnellement ou par l'intermédiaire de son conjoint, de ses ascendants ou descendants en ligne directe un intérêt direct ou indirect dans la gestion d'un établissement de santé privée ».

La mutation du principe d'impartialité ainsi opérée, par sa fixation dans un texte de droit objectif, a été diversement perçue par les auteurs de doctrine, au demeurant très rares¹. Pour Michel Degoffe, « l'incompatibilité pare tout danger »² de partialité, ce qui autorise à parler d'impartialité objective. On sait que René Hostiou rattache pour sa part les incompatibilités frappant le commissaire enquêteur à la notion d'indépendance. Toutefois, on peut difficilement s'accorder avec cet auteur, qui écrit lui-même que les incompatibilités ont pour but « d'éviter (...) que soient désignées des personnes susceptibles d'avoir *a priori* un parti pris à l'égard du projet qui fait l'objet de l'enquête »³ : c'est alors l'indépendance d'esprit – l'impartialité – qui est visée, non pas l'indépendance statutaire, qui est trop étroite. Il apparaît alors clairement que la différence de régime du principe réside dans le fait que la présomption de partialité a été posée de manière définitive par l'autorité réglementaire⁴. On comprend toutefois aisément la tendance du droit objectif à faire entrer cette présomption de partialité dans le champ de l'indépendance, qui prend ainsi une dimension déontologique – l'impartialité étant une notion longtemps inexistante dans le droit écrit⁵. C'est alors ce droit écrit qui prend un relief particulier, dans l'étude des incompatibilités.

B. *Le droit écrit comme lieu privilégié de la mise en place d'une incompatibilité*

La distinction entre incompatibilité et obligation d'abstention étant posée, le droit écrit apparaît assez naturellement comme le lieu privilégié de la consécration des premières. En

¹ Certains auteurs, alors même qu'ils étudient la question de l'impartialité administrative, assimilent totalement les règles tirées de l'obligation d'abstention et les incompatibilités (v. notamment É. MITARD, *art. préc.*, p. 479). Jean-Bernard Auby distingue, sans les nommer, les différents moyens de traiter les situations de conflits d'intérêts, qu'il étudie sous l'angle de la « séparation des intérêts interférents » (J.-B. AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », *art. préc.*).

² M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *art. préc.*, p. 717. Selon le même auteur, on peut hésiter, pour ce qui est de l'abstention, à parler d'impartialité objective. Il rattache celle-ci à l'impartialité subjective, en se fondant sur la jurisprudence municipale, dont on sait qu'elle est effectivement frappée d'ambiguïté.

³ HOSTIOU & HÉLIN, *op. cit.*, p. 108. Reprenant cette distinction, Bernard Quiriny considère que toute recherche *a priori* et objective se rattache à l'appréciation de « l'indépendance réelle ou supposée », ce qui abonde sa thèse de la « spécificité incertaine du principe d'impartialité » (QUIRINY, *art. préc.*, p. 398).

⁴ Marie-Anne Frison-Roche, dans son étude sur les autorités administratives indépendantes, affirme, dans le même ordre d'idée, que « toutes les désignations des membres du collège des Autorités administratives indépendantes sont assorties de textes relatifs aux incompatibilités », tout en précisant que « l'idée est qu'il n'est pas possible d'être indépendant si l'on est en conflit d'intérêts ». De la même manière, l'auteur opère un rattachement à la notion d'impartialité apparente, qui vient au soutien de la notion d'indépendance, peu adaptée à la question des conflits d'intérêts (M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant le bilan des autorités administratives indépendantes », in P. GÉLARD, *rapport préc.*, t. II, p. 67).

⁵ C'est ainsi que d'autres auteurs, à propos du commissaire enquêteur, ont tendance à rattacher la garantie de son impartialité à la garantie de son indépendance (v. notamment J. LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, Paris, Economica, 2005, 3^e éd., p. 150).

effet, « il se peut (...) que le législateur, conscient de ces risques de partialité, les prévienne en instituant une incompatibilité »¹. Le droit écrit, qu'il soit législatif ou réglementaire est en effet propice à une garantie générale et abstraite de l'impartialité, qui caractérise l'incompatibilité.

C'est alors plus précisément le texte statutaire qui peut contenir des règles posant des incompatibilités. En instituant un organisme particulier, en régissant le statut de ses membres, ce texte peut aisément prévoir un certain nombre d'incompatibilités diverses, qui interviennent en amont de toute discussion plus concrète de leur impartialité. On peut alors supposer que la mise en place d'une incompatibilité est le résultat de la conscience de l'autorité édictant le texte : conscience d'un risque de partialité particulier, considéré soit comme systématiquement réalisé, soit comme nuisant à l'accomplissement serein de la fonction administrative du fait de l'apparence de partialité qui l'accompagne. C'est ainsi qu'on peut parler de partialité décrétée : cette appréciation du risque de partialité est à la base de sa prévention par la mise en place d'une incompatibilité et intervient *a priori*. Ainsi, nombre de textes statutaires prévoient des incompatibilités dans le chef des membres de l'organisme régi². En cela, l'incompatibilité apparaît comme la garantie la plus objectivée de l'impartialité, en ce qu'elle crée un empêchement total dans le chef des personnes qu'elle vise.

À l'inverse, le juge fait montre d'une réticence particulière à l'égard de la consécration jurisprudentielle d'une incompatibilité. Il apparaît, en filigrane des divers cas d'espèce, que le juge reconnaît progressivement la place privilégiée des autorités législatives et réglementaires pour édicter une incompatibilité. En effet, à mesure que le système juridique s'engage dans la protection d'une impartialité apparente de l'Administration, la nécessité de circonscrire le champ des exigences nouvelles est un problème de plus en plus explicitement posé. De manière très schématique, on peut considérer que la jurisprudence s'oriente progressivement vers une appréciation objective et concrète de l'impartialité, ce qui, presque mécaniquement, transfère la question des incompatibilités aux autorités législatives et réglementaires. Cette ligne de partage apparaît parfois clairement, sous la plume de certains rapporteurs publics. Ainsi, Rémi Keller, lorsqu'il examine la question de savoir si un conseil d'administration d'un établissement d'enseignement supérieur peut se prononcer sur le recrutement de l'un de ses

¹ DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *art. préc.*, p. 715.

² De la manière la plus topique, le Code électoral organise les incompatibilités relatives à chaque fonction élective, adaptées à chaque mandat.

membres, affirme que « si vous deviez juger que le conseil d'administration ne peut pas se prononcer sur les mérites de l'un de ses membres, vous créeriez une incompatibilité, non prévue par les textes, entre les fonctions de membre du conseil d'administration et la candidature à un poste d'enseignant », ce qui « serait très excessif, et pour tout dire, injuste »¹. Dans cette optique, la ligne de partage entre obligation d'abstention et incompatibilité devrait être la suivante : en dehors d'un texte qui poserait une incompatibilité, le juge devrait rechercher concrètement si l'agent dont l'impartialité est contestée aurait dû s'abstenir de participer à la décision. La distinction entre les deux garanties d'impartialité serait dès lors parfaitement claire. Et ce d'autant que le juge qui consacrerait une incompatibilité en dehors de tout texte se verrait facilement reprocher d'adopter un « esprit règlementaire »², frappé presque naturellement d'illégitimité.

Toutefois, il arrive à de nombreuses reprises que la jurisprudence aboutisse à la reconnaissance d'une incompatibilité, implicitement, mais nécessairement. Lorsque le juge administratif considère que le principe d'impartialité a été méconnu dans un cas d'espèce, il juge à tout le moins qu'un agent aurait dû s'abstenir de participer à la décision contestée. Cependant, certaines causes de partialité, si elles sont parfaitement objectives et peu circonstanciées, peuvent se transformer en une incompatibilité. Il en est ainsi de la procédure d'enquête *de commodo et incommodo* précédant l'ouverture d'un établissement dangereux : en 1964, la Section du contentieux du Conseil d'État considère que ne peut être nommé commissaire enquêteur le maire de la commune dans laquelle l'ouverture est projetée, du fait que l'enquête sert principalement à éclairer le conseil municipal, qui doit se prononcer par la suite³. La cause de partialité est alors la seule qualité de maire, ce qui implique que toute enquête de ce type dirigée par le maire serait irrégulière. On peut alors considérer que la partialité présumée a été tranchée de manière définitive par le juge, ce qui caractérise l'incompatibilité. C'est ainsi que les causes de partialité fonctionnelle peuvent aisément devenir des incompatibilités, même lorsqu'elles sont censurées par le juge en dehors d'un texte de droit écrit⁴.

¹ R. KELLER, « Concl. sur CE Sect., 4 oct. 2012, *M. Rousseaux* », *RFDA*, 2012, p. 1195, spéc. p. 1198.

² C'est l'expression retenue par Mathieu Touzeil-Divina pour qualifier la mise en œuvre très stricte du principe d'impartialité en matière de concours par le Conseil d'État, pendant quelques mois, avant que ce dernier n'en revienne à une appréciation plus concrète (M. TOUZEIL-DIVINA, « Impartialité rassurante et pragmatique en milieu académique », *JCP Adm.*, 2017, 704).

³ CE Sect., 13 mars 1964, *Sieur Riedacker et autres, Lebon* p. 180.

⁴ V. *infra*, cette section, § 2.

Cependant, le juge conserve une certaine prudence dans la reconnaissance d'une incompatibilité. Ainsi, à propos d'une autre procédure d'enquête publique spéciale, le Conseil d'État refuse de reconnaître une incompatibilité qui empêcherait un agent appartenant à l'administration bénéficiaire de la procédure d'être désigné commissaire enquêteur¹. De plus, les incompatibilités, de par leur rigidité, sont parfois jugées assez sévèrement comme des entraves à la liberté. C'est ce qu'a jugé la Cour de Luxembourg, en 2005, dans une affaire mettant en cause la procédure de passation d'un marché public². La Cour devait se prononcer, à titre préjudiciel, sur la conformité d'une disposition nationale posant une incompatibilité entre la participation à des travaux préparatoires à l'attribution d'un marché public et la soumission d'une offre. À cet égard, ce n'est pas l'objectif d'une telle règle qui est contesté : la Cour admet que celle-ci vise à au respect de l'égalité de traitement qui est « l'essence même des directives en matière de marchés publics », ce qui peut justifier l'exclusion d'un opérateur qui eût été susceptible d'influencer les conditions du marché « dans un sens qui lui est favorable ». Cependant, c'est le fonctionnement même de l'incompatibilité qui est mis en cause. La Cour, à la différence de son Avocat général³, ne peut en effet admettre qu'une telle règle « ne laisse à la personne ayant effectué certains travaux préparatoires aucune possibilité de démontrer que, dans son cas particulier, les problèmes (...) ne se posent pas ». Ainsi, « une telle règle va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires ». C'est bien le mécanisme intrinsèque de l'incompatibilité qui est remis en question, à savoir l'impossibilité, pour les autorités, de se livrer à une appréciation concrète et circonstanciée. Il apparaît alors que l'incompatibilité est condamnée, au bénéfice de l'obligation d'abstention, seul mécanisme admissible en l'espèce de par sa proximité aux circonstances.

Ainsi distinguée de l'obligation d'abstention, l'incompatibilité se révèle comme un moyen supplémentaire de garantie de l'impartialité de l'Administration, en ce qu'il décrète que certaines causes de partialité sont inadmissibles, *a priori* et abstraitement. Dans ce cadre,

¹ CE Sect., 8 juill. 1977, *Dame Rie, Association pour la sauvegarde et le développement de Talmont et autres*, n° 01160, *Lebon* p. 317 : *RJE*, 1977, p. 396, concl. GENTOT. Michel Gentot, après avoir rappelé l'absence de dispositions textuelles, souligne l'inopportunité de la reconnaissance jurisprudentielle d'une telle incompatibilité.

² CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA c/ État belge*, C-21/03 et C-34/03, *Rec.* p. I-1559 : *AJDA*, 2005, p. 1108, chron. BERLOGEY, GERVASONI & LAMBERT ; *Contrats-marchés publ.*, 2005, comm. 108, obs. ZIMMER.

³ P. LÉGER, « Concl. sur CJCE 3 mars 2005, *Fabricom SA c/ État belge* », *Rec.* p. I-1562.

on peut considérer que les incompatibilités subissent un reflux relatif qui s'avère toutefois justifié, dans la mesure où il rend toute son importance au droit écrit¹.

II. Des risques de partialité inadmissibles : l'impartialité structurelle

L'ancrage des incompatibilités en droit positif met au jour une situation marquée par un certain contraste. Alors que nombre de risques de partialité peuvent faire l'objet d'une condamnation de principe, par la consécration d'une incompatibilité, il semble nécessaire de distinguer selon la nature du risque de partialité concerné, en ce que l'objectivation de la règle d'impartialité varie selon qu'il est question des spécificités personnelles des agents (A) ou de leur spécificités fonctionnelles (B).

A. *Le déclin de la réglementation de la situation externe des agents par incompatibilités*

Il serait erroné de croire que l'incompatibilité, par son caractère objectif et abstrait, ne concerne que des causes de partialité fonctionnelle. Ce serait se référer trop vite à la situation bien connue en droit pénal, qui prohibe le cumul de certaines fonctions tout en épuisant quasiment l'étude des incompatibilités. L'incompatibilité est en effet une cause de partialité décrétée, en ce qu'elle est exhaustivement prévue par une règle objective, sans que sa mise en œuvre par le juge requière une appréciation de l'impartialité de l'agent qu'elle vise. Partant, il est concevable qu'une règle de ce type soit posée à l'égard de facteurs de partialité éminemment personnels. Il suffit d'étudier le droit de l'Ancien régime et le droit révolutionnaire pour s'en convaincre. Les textes issus des assemblées révolutionnaires, s'inscrivant dans la lignée des textes de l'Ancien régime, marquent une certaine méfiance à l'égard des liens de parenté entre les administrateurs et les administrés, et prévoient de strictes

¹ Christian Vigouroux observe, à propos des incompatibilités, que « notre histoire juridique en est pleine et la période actuelle ne leur rend pas justice en tentant de les limiter alors qu'elles devraient être renforcées » (VIGOUROUX, *op. cit.*, p. 162).

incompatibilités dans le chef de certains agents administratifs¹. Les auteurs qui se sont penchés sur la question considèrent que ces dispositions sont « l'expression parfaite » de « l'incompatibilité au service de l'impartialité »². Mais ces incompatibilités se rattachent aussi à ce qui a pu être dénoncé comme « l'impartialité utopique », qui a caractérisé certains systèmes d'administration médiévaux³. L'impartialité est en cela structurelle et non plus seulement procédurale, en ce qu'elle rejait profondément sur l'organisation administrative, fût-ce pour des causes liées à la situation extérieure au service des agents.

Pour autant, les incompatibilités de nature personnelle et, notamment, familiale, réapparaissent assez naturellement dans les procédures modernes, à une époque où le juge ne saurait sanctionner, de son propre chef, une atteinte à l'impartialité objective. L'ensemble de la garantie de l'impartialité administrative est alors du ressort des autorités législatives et réglementaires : le juge se contente longtemps d'appliquer les textes, sans rien ajouter à leurs dispositions. Dans ce cadre, des dispositions prolifèrent qui prohibent la proximité familiale entre certains agents et les destinataires de la décision dont la procédure est régie par un texte particulier. Dès les années 1840, les textes organisant les concours dans les facultés, de droit puis de médecine, prévoient une incompatibilité entre la qualité de membre du jury et le lien de parenté entre un candidat ou un autre membre du jury, « jusqu'au degré de cousin germain inclusivement »⁴.

¹ Pour des fonctions administratives, v. surtout l'art. 176 de la Constitution du 5 fructidor an III qui dispose que « l'ascendant et le descendant en ligne directe, les frères, l'oncle et le neveu, et les alliés aux mêmes degrés, ne peuvent simultanément être membres de la même administration, ni s'y succéder qu'après un intervalle de deux ans » ; v. également le décret du 17 frimaire an III portant que « les parents et alliés jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, ne peuvent être en même temps, l'un receveur de district, et l'autre administrateur du directoire ou agent national du même district » (DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, t. VII, Paris, Guyot, 1834, 2^e éd, p. 344). Sous l'Ancien régime, v. notamment l'Ordonnance du 23 mars 1302 de Philippe le Bel pour le bien, l'utilité et la réformation du Royaume, dont l'article 18 dispose que « nul Sénéchal, ni Bailli ne pourra avoir pour Prévôt, Lieutenant ou Juge, aucun qui lui soit parent, ou avec qui il ait affinité (...) de crainte qu'ils soient hors d'état de rendre des jugements justes » (in LAURIÈRE, *Ordonnances des roys de France de la troisième race*, t. I, Paris, Impr. Royale, 1723, p. 354).

² VIGOUROUX, *op. cit.*, p. 163. Pour l'auteur, l'incompatibilité répond à la nécessité de « prévenir les abus qui auraient pu naître des situations où le fonctionnaire se serait trouvé en lutte entre son devoir et son intérêt », ce qui montre l'unité de la notion de conflit d'intérêts, qui peut être prévenu juridiquement au moyen d'une incompatibilité ou d'une obligation d'abstention, plus souple (*ibid.*, p. 163).

³ V. P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, *op. cit.*, p. 172 et s.

⁴ V. l'art. 11 du règlement du 3 juill. 1841 relatif aux concours dans les facultés de droit (*Rec. gén. des lois et des ordonnances*, 1841, p. 328) ; art. 21 du règlement du 11 janv. 1842 relatif au concours dans les facultés de médecine (*Journal de l'instruction publique*, 1842, p. 25).

Au-delà de ces textes particuliers dont certaines dispositions ont été reprises par les textes actuellement en vigueur¹, il faut relever la rareté de ce type d'incompatibilité. Est en cause, à n'en pas douter, la lourdeur et la rigidité entraînées par l'incompatibilité, qui ne se satisfait d'aucune circonstance atténuante ni d'aménagement plus souple que serait le déport ponctuel d'un agent. D'autant que le mécanisme peut s'avérer assez inadapté à la cause de partialité prise en charge, lorsqu'elle est personnelle : elle est par nature propre à l'agent et, partant, malaisée à objectiver, si ce n'est à enfermer, dans un texte écrit. À ce titre, l'évolution du statut des préfets est typique : alors que l'article 23 du statut de 1950 interdisait la nomination d'un agent dont le conjoint exerce une activité lucrative, publique ou privée, dans le département², la législation actuelle ne prévoit rien de tel³. Il semble alors que l'obligation d'abstention, plus circonstanciée, soit préférable, bien que les incompatibilités de type familial puissent continuer à régir la position statutaire de certains agents⁴. Le même constat de rigidité est à la base de la rareté des incompatibilités concernant la détention d'un intérêt pécuniaire⁵. Toujours est-il qu'en organisant une telle étanchéité entre diverses causes de partialité et l'exercice de certaines fonctions administratives, les règles d'incompatibilité garantissent ce que l'on peut appeler une impartialité structurelle de l'Administration. Cela ressort plus clairement encore lorsque les causes de partialité ne sont plus personnelles, mais fonctionnelles.

B. *L'organisation structurante des cumuls de fonctions internes à l'Administration*

À l'inverse des causes de partialité personnelle, difficiles à objectiver dans un texte écrit, les facteurs de partialité fonctionnelle ont la faveur des règles consacrant une

¹ L'arrêté du 13 février 1986 relatif à l'organisation générale du premier concours d'agrégation reprend ainsi, à son article 20, la disposition ancienne en prévoyant que « ne peuvent faire partie d'un même jury : deux conjoints, parents ou alliés jusqu'au troisième degré inclus ; tout conjoint, parent ou allié jusqu'au même degré de l'un des candidats » (*JORF* du 25 févr. 1986, p. 2978). Les liens familiaux peuvent également régir la structure des conseils municipaux des communes de plus de cinq cents habitants (art. L. 238 du Code électoral).

² Art. 23 du décret n° 50-699 du 19 juin 1950 portant règlement d'administration publique et relatif au statut particulier du corps préfectoral, *JORF* du 20 juin 1950, p. 6528.

³ Pour d'autres incompatibilités, très diverses et, aujourd'hui, disparues, v. VIGOUROUX, *op. cit.*, p. 163.

⁴ L'art. 24 du décret n° 2010-986 du 26 août 2010, portant statut particulier des personnels de catégorie A de la direction générale des finances publiques (*JORF* du 28 août 2010, n° 45) pose ainsi une incompatibilité au regard de l'activité du conjoint ou du parent dans la circonscription ou le département.

⁵ V. *supra*, ce titre, chapitre I, section 1, § 2.

incompatibilité. L'extrême diversité de ces textes n'empêche pas d'y déceler certains principes communs, bien qu'il existe en la matière un certain empirisme. Il faut dès lors distinguer les hypothèses en fonction de la généralité du texte posant l'incompatibilité fonctionnelle.

Le texte dont le champ d'application est le plus général remonte à la période révolutionnaire. L'article premier du deuxième titre de la loi du 24 vendémiaire an III prévoit en effet qu'« aucun citoyen ne peut exercer ni concourir à l'exercice d'une autorité, chargée de la surveillance médiate ou immédiate des fonctions qu'il exerce dans une autre qualité »¹. Il y a dès lors une incompatibilité large entre les fonctions de contrôleur et de contrôlé, inspirée de la nécessité de garantir l'impartialité des agents concourant à l'exercice de ces fonctions. Comme le rappelle le Conseil d'État, il s'agit d'une incompatibilité de fonctions administratives « entre elles », en ce sens qu'elle ne saurait justifier une incompatibilité avec des fonctions extérieures à l'Administration². Elle est toutefois à la base de nombre d'incompatibilités fonctionnelles et, en premier lieu, celles figurant dans le Code électoral³, très tôt rattachées au principe d'impartialité⁴. Ce principe réagit ainsi puissamment sur l'organisation administrative en garantissant le non-cumul, par la même personne, de différentes fonctions.

D'autres textes sont plus précis quant à la partialité décrétée, de par leur destinataire. Il en est ainsi de la nécessité, progressivement émergée en droit positif, de garantir l'impartialité apparente du commissaire enquêteur. Les voies empruntées par les textes sont diverses, mais

¹ Loi du 24 vendémiaire an III sur l'incompatibilité des fonctions administratives et judiciaires, *Bull. lois*, 73, n° 388.

² Pour le refus illégal d'un sous-préfet de renouveler l'agrément d'un garde-chasse au prétexte qu'il présiderait une association de protection de l'environnement : CE, 8 mars 1999, *Association pour la protection des animaux sauvages et du patrimoine naturel*, n° 152810, inédit.

³ Code électoral qui pose de nombreuses incompatibilités inspirées de ce principe, parmi lesquelles l'incompatibilité bien connue entre les fonctions de conseiller municipal et de préfet (art. L. 237) ainsi que de l'exercice d'un emploi soumis au contrôle de la commune ((art. L. 237 et L. 237-1). De la même manière, un conseiller départemental ne peut exercer certaines fonctions soumises au contrôle du conseil départemental, ou être un agent salarié ou subventionné sur les fonds départementaux (art. L. 207) ; le mandat de conseiller régional est quant à lui incompatible avec « les fonctions d'agent salarié de la région », le code précisant que « la même incompatibilité existe à l'égard des entrepreneurs des services régionaux ainsi qu'à l'égard des agents salariés des établissements publics et agences créés par les régions » (art. L. 343).

⁴ Saisi d'un recours à l'encontre de l'élection d'un conseil général, le Conseil d'État considère que le cumul du mandat de conseiller général et de président d'une compagnie concessionnaire de services de transports par tramway est illégal ; le commissaire du gouvernement Saint-Paul invite la juridiction à se demander si le conseiller a l'indépendance et l'impartialité « que la loi exige pour être membre du conseil général » (CE, 1^{er} déc. 1905, *Élections du Mans*, *Lebon* p. 894 : *D.*, 1907, III, p. 83, concl. SAINT-PAUL). Sur la question, à l'époque, v. H. PASCAUD, « Les incompatibilités électorales des candidats et des électeurs dans les élections politiques », *Rev. gén. du droit*, 1907, p. 5.

l'une d'entre elle consiste à se placer « sur un terrain apparemment plus objectif, celui des incompatibilités attachées à l'exercice de certaines fonctions »¹. La législation prévoit ainsi en substance, depuis le décret du 6 juin 1959 venu rénover la procédure d'enquête publique, que le commissaire enquêteur ne peut « appartenir à l'administration expropriante ni participer à son contrôle »². L'autorité de désignation, sous le contrôle du juge, doit alors limiter son choix à des personnes n'entrant pas dans cette catégorie, sans s'interroger sur leur impartialité apparente³. Le juge administratif est alors fondé à annuler la décision prise au terme de la procédure d'enquête, dans le cas où le commissaire enquêteur peut être regardé comme appartenant à l'administration expropriante. Il peut alors renverser sa jurisprudence traditionnelle, qui intégrait difficilement une dimension fonctionnelle dans la garantie prétorienne de l'impartialité du commissaire enquêteur⁴, en constatant l'irrégularité d'une enquête menée par un agent lié à l'administration expropriante⁵. Il s'agit alors, pour le juge, de tracer une ligne de partage entre les situations qui doivent le conduire ou non à prononcer l'irrégularité⁶.

Enfin, le droit écrit contient une myriade de textes, d'application très ponctuelle, qui posent une incompatibilité de nature fonctionnelle, à destination de certains agents participant à l'acte administratif. Le premier type d'implication fonctionnelle, assez anecdotique eu égard

¹ HOSTIOU, « Le commissaire-enquêteur ne doit avoir aucun lien... », *art. préc.*, p. 465.

² Art. 3 du décret n° 59-701, *préc.*

³ Ce que certains auteurs relèvent, lorsqu'ils affirment que l'incompatibilité posée par les textes « est appréciée objectivement » en ce que « contrairement à la condition de l'absence d'intérêt à l'opération, elle ne prête qu'à une interprétation des plus réduites » (J.-P. PAPIN, « L'impartialité du commissaire enquêteur », *CJEG*, 1983, p. 165, spéc. p. 167).

⁴ V. notamment CE, 21 oct. 1953, *Sieur Leduc, préc.* : le commissaire enquêteur peut régulièrement appartenir au conseil municipal de la commune bénéficiaire de l'opération d'expropriation ; CE Sect., 20 mai 1966, *Dame veuve Pouvillon et autres, Lebon* p. 355, concl. BRAIBANT : le commissaire enquêteur peut être choisi parmi les ingénieurs des Ponts-et-Chaussées en service dans le département.

⁵ CE, 8 janv. 1969, *Sieur de Saint-Laurent, Lebon* p. 13 : irrégularité de l'enquête menée par un ingénieur des travaux publics en fonction dans le département, qui a assuré « le service technique de la commune expropriante » ; TA Orléans, 26 mai 1970, *Dame veuve Imbaut, Lebon* p. 838 : irrégularité d'une enquête menée par un « assistant technique des Ponts-et-Chaussées » en charge dans la circonscription incluant la commune expropriante. V. encore CE, 17 nov. 1982, *Delcroix et autres*, n° 29018, *Lebon* p. 389 ; *D.*, 1983, p. 286, obs. BON. Par ailleurs, le Conseil d'État considère que le membre d'une assemblée délibérante ne peut être désigné commissaire enquêteur dans le cas où c'est la collectivité à laquelle il appartient qui demande l'expropriation (CE, 15 janv. 1996, *Dufay*, n° 119894, *Lebon T.* p. 949 ; *AJDA*, 1996, p. 465, note HOSTIOU).

⁶ Le Conseil d'État considère ainsi qu'un fonctionnaire en retraite ne peut être regardé comme appartenant à l'administration expropriante : CE, 27 févr. 1970, *Sieur Chenu et autres, Lebon* p. 148 ; CE, 9 mai 1975, *Commune de Longvic*, n° 96512, *Lebon T.* p. 1087 ; CE, 9 janv. 1981, *Ruhlmann et autres*, n° 17848, *Lebon* p. 11 ; CE, 27 juill. 2005, *Mmes Constancis et Castinel c/ Préfet des Yvelines*, n° 267195, inédit. La position de retraite permet à ce fonctionnaire d'être désigné commissaire enquêteur, quand bien même les fonctions qu'il exerçait y eussent fait obstacle, au moment où le fonctionnaire était en service : CE, 31 mai 1989, *Époux Rebours*, n° 82958, inédit ; *LPA*, 9 janv. 1991, p. 7, note HOLLEAUX.

à sa portée, a été sanctionné de longue date par le juge administratif, lorsqu'il peut s'appuyer sur un texte de droit écrit. Il s'agit de la participation de membre d'un jury de concours ou d'examen à la préparation des candidats. Dès 1927, le Conseil d'État rattache la disposition d'un décret interdisant aux examinateurs d'admission à l'École polytechnique de participer à la préparation des candidats au « principe d'ordre général » résidant dans la garantie de l'impartialité des opérations de concours¹. Il semble toutefois que cette garantie particulière de l'impartialité des jurys reste à la discrétion du pouvoir réglementaire, dans la mesure où le juge ne semble l'appliquer que lorsqu'elle est prévue par un texte. Ainsi, elle trouve à s'appliquer à diverses opérations de concours ou d'examens, telles que le concours d'entrée à l'École normale supérieure², l'établissement du classement des élèves de l'École nationale d'administration³, ou encore, par renvoi du règlement général des épreuves, au concours en vue de l'obtention du titre de « meilleur ouvrier de France »⁴. Si certains commissaires du gouvernement voient, dans ces exigences textuelles, la traduction d'une « exigence jurisprudentielle »⁵, d'autres auteurs sont plus réservés sur son application en dehors de tout texte⁶. À moins que l'implication du membre du jury ne soit, dans les circonstances de l'espèce, de nature à créer un doute quant à l'impartialité de cet agent, l'empêchant de ce fait de participer à la procédure, le Conseil d'État n'examine pas systématiquement la question. Il n'y a alors d'incompatibilité que lorsqu'elle est prévue par un texte.

Il faut également relever ici la séparation des fonctions plus ou moins achevée, organisée par les textes régissant la procédure disciplinaire applicable à certains agents, avant leur unification par l'adoption de règles statutaires générales – qui conservent toutefois une certaine spécificité, en matière disciplinaire, selon la fonction publique concernée. L'attractivité du modèle de la procédure pénale a pu conduire les autorités réglementaires à garantir, par divers procédés, l'étanchéité des fonctions conduisant au prononcé d'une sanction. Si les règles statutaires issues de la codification de l'Après-guerre ont opéré une certaine concentration du pouvoir disciplinaire, des textes particuliers venaient garantir

¹ CE, 17 juin 1927, *Vaulot*, *préc.*

² CE, 6 nov. 2000, *Grégory*, n° 289398, *préc.*

³ CE Ass., 28 juill. 1951, *Sieur Coudroy, Lebon* p. 460 ; CE, 10 janv. 2007, *M. Grass et autres*, n° 297864, *Lebon* p. 8 : *RFDA*, 2007, p. 1071, concl. VEROT.

⁴ CE, 28 janv. 1998, *Allex*, n° 179561, inédit.

⁵ C. VEROT, « Concl. sur CE, 10 janv. 2007, *M. Grass et autres* », *RFDA*, 2007, p. 1071, spéc. p. 1075.

⁶ V. notamment ZARCA, *op. cit.*, p. 235.

l'incompatibilité des fonctions d'accusation et de sanction, voire d'instruction¹. D'autres textes interdisaient également aux agents de siéger à deux reprises sur la même affaire². Si ces textes ont été abrogés, certaines de ces garanties font à nouveau leur apparition, à partir de 1983, dans la procédure disciplinaire applicable à certaines fonctions publiques³.

De plus, il apparaît à de nombreuses occurrences que les textes prohibent la connaissance d'une affaire préalablement à la décision à prendre, et ce en dehors de la matière disciplinaire. Cette exigence, qui prend diverses formes, conduit à la consécration de certaines incompatibilités, dans les procédures de décision complexes, notamment lorsqu'est instaurée une procédure de recours administratif contre une décision. C'est ainsi que le cumul de fonctions de membre d'une commission communale de remembrement et d'une commission départementale est rendu impossible par la loi du 9 mars 1941⁴. L'incompatibilité, entendue strictement par le Conseil d'État⁵, garantit ainsi l'impartialité des membres de ces commissions, dont l'opinion pourrait être prédéterminée par une connaissance préalable de l'affaire. Il en va de même des comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics, mis en place à partir de 1981⁶ et régis par l'ancien article 127 du Code des marchés publics : les textes statutaires disposent que « les membres d'un comité ne doivent pas avoir eu à connaître antérieurement de l'affaire qui leur est soumise »⁷.

Sur la question des incompatibilités, lorsqu'elles ne sont pas introduites par un texte, la jurisprudence administrative apparaît en retrait. Le Conseil d'État ne consacre que très rarement une incompatibilité qui découlerait du principe général d'impartialité. On le sait, sa

¹ V. CE, 18 oct. 1933, *Sieur Vaïtmadin*, *préc.*

² V. CE, 12 déc. 1884, *Brunaud*, *préc.* V. *supra*, ce titre, chapitre I, section 1, § 1.

³ Dans la fonction publique territoriale, l'autorité investie du pouvoir disciplinaire ne peut siéger au conseil de discipline (art. 3 du décret n° 89-677 du 18 septembre 1989, relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires territoriaux, *JORF* du 19 sept. 1989, p. 11818) ; au surplus, le texte pose une incompatibilité entre les fonctions de « premier ressort » et la connaissance de l'affaire devant le conseil de discipline de recours (art. 21 du même décret).

⁴ Loi du 9 mars 1941 sur la réorganisation de la propriété foncière et le remembrement, *JO* du 18 avril 1941, p. 1658. L'article 15 du décret d'application précise qu'« il y a incompatibilité entre les fonctions de membre d'une commission communale (...) et celle de membre d'une commission départementale » (décret n° 42-37 du 7 janv. 1942 pris en application de la loi du 9 mars 1941, *JO* du 29 janv. 1942, p. 408).

⁵ CE, 4 nov. 1959, *Sieur Bodin*, *Lebon* p. 574 : le juge administratif considère qu'« aucune disposition législative ou réglementaire n'a prévu, en ce qui concerne les membres de cette commission, qui n'est pas une juridiction, d'incapacités ou d'incompatibilités autres que celles résultant des conditions posées par les textes », pour rejeter le moyen tiré d'un défaut d'impartialité non prévu par les textes.

⁶ Décret n° 81-272 du 18 mars 1981 relatif au règlement amiable des litiges nés à l'occasion des marchés publics, *JORF* du 27 mars 1981, p. 874.

⁷ Art. 3 du décret n° 2010-1525 du 8 déc. 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics, *JORF* du 11 déc. 2010, p. 21692.

méthode traditionnelle réside dans l'analyse casuistique de chaque cas d'espèce, qui débouche logiquement sur la consécration *a posteriori* d'une obligation d'abstention. Toutefois, il arrive que le résultat de la censure juridictionnelle soit légèrement différent sur le plan des effets pratiques, dans la mesure où c'est une incompatibilité qui se fait jour, de par son degré supérieur d'objectivation. Certains arrêts, très isolés, le montrent clairement, lorsque deux conditions sont réunies. D'une part, le grief de partialité est de nature fonctionnelle, ce qui permet une transposition à tous les autres cas d'espèce. D'autre part, la censure est prononcée indépendamment de la question de savoir si, dans le cas concret, l'implication de l'agent fait ressortir son parti pris supposé sur l'affaire : le doute qui plane sur son impartialité est alors uniquement lié à sa position fonctionnelle, de manière abstraite. C'est alors qu'une décision de justice peut avoir pour effet de rendre impossible le cumul de deux fonctions administratives, autrefois confondues, dans le silence des textes. De cette manière, le Conseil d'État a pu poser, dans le cadre de la procédure disciplinaire applicable à la fonction publique hospitalière, l'incompatibilité entre les fonctions de membre de la formation disciplinaire de première instance et de celle de membre de la commission des recours du conseil supérieur de la fonction publique hospitalière¹. Cet arrêt, qui peut s'analyser comme la transposition d'une garantie d'impartialité existant dans le cadre de la fonction publique territoriale, aboutit à la mise en place d'une incompatibilité, dans la mesure où la question de savoir si l'agent en question a été amené à prendre parti au cours de la première procédure disciplinaire n'est pas posée.

En dehors de ce cas isolé, la jurisprudence administrative fait preuve d'une certaine souplesse dans la mise en œuvre du principe général d'impartialité. Cela ne signifie nullement que le standard d'impartialité imposé serait moins exigeant, mais seulement qu'il reste à la discrétion du juge administratif, qui participe intégralement à sa détermination. C'est alors un autre juge qui a amené le juge administratif à garantir certaines incompatibilités, en ayant recours à un principe supra-législatif.

Section 2 : L'impartialité exigée des autorités administratives indépendantes dans le prononcé de sanctions

Les autorités administratives indépendantes présentent la particularité, notamment dans l'exercice de leur pouvoir de sanction, d'être soumises à un principe d'impartialité de

¹ CE, 26 sept. 2008, *Assistance publique - Hôpitaux de Paris*, n° 306922, *préc.*

valeur supra-législative – conventionnel d’abord, puis constitutionnel¹. Les implications de cette spécificité sont loin d’être anecdotiques, pour ces autorités « non soumise[s] au pouvoir hiérarchique du ministre »², dans la mesure où, d’une part, le respect du principe constitutionnel d’impartialité rejaillit puissamment sur leur architecture institutionnelle (I). D’autre part, l’imposition d’un principe constitutionnel inspiré des principes fondamentaux du droit pénal met fin à une pratique pourtant caractéristique de l’Administration, l’autosaisine (II).

I. La forte normativité du principe d’impartialité sur l’organisation pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes

« L’impartialité a, sur le plan du droit positif, trouvé un domaine de prédilection dans le domaine des autorités administratives indépendantes. »³ De plus, c’est le principe d’impartialité qui, dans le cadre de la régulation indépendante, « a suscité le contentieux le plus remarquable »⁴, signe de ce que « les droits fondamentaux impriment une marque de plus en plus nette sur le pouvoir de sanction »⁵ des autorités administratives indépendantes. La raison en est qu’outre l’impartialité, qui est recherchée au travers d’un statut d’indépendance, l’imposition des règles du procès équitable dans l’exercice du pouvoir de sanction a fait émerger une incompatibilité entre deux fonctions (A), mise en œuvre d’une manière très diverse, en droit positif (B).

¹ Si l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme peut également trouver à s’appliquer à l’administration active dans son volet civil, les implications normatives sont moindres, dans la mesure où les exigences ne diffèrent pas, en la matière, de celles découlant du principe général d’impartialité : saisi d’un grief en ce sens, le juge met en œuvre son appréciation concrète et objective de l’impartialité de la procédure, pour se demander si le grief de partialité peut passer pour objectivement justifié. En ce sens, v. P. IDOUX, « Les procédures de règlement des différends », *art. préc.*, p. 674.

² La soustraction au pouvoir hiérarchique de ces autorités est désormais le critère déterminant de l’application du principe constitutionnel d’impartialité : Cons. const., décision n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017, *Société Barnes et autre, préc.*, consid. 6.

³ C. DELICOSTOPOULOS, « Autorités administratives indépendantes et procès équitable », *art. préc.*, p. 86.

⁴ Y. PACLOT, « Le juge et les décisions de sanction de l’autorité des marchés financiers », in *Mél. D. Tricot*, Paris, Litec, Dalloz, 2011, p. 243, spéc. p. 251. Pour Emmanuel Breen, la séparation des fonctions découlant du principe d’impartialité « constitue le trait le plus saillant des mutations contemporaines des autorités de régulation » (E. BREEN, *Gouverner et punir*, préf. C. TEITGEN-COLLY, Paris, PUF, « Les voies du droit », 2003, p. 208). Plus largement, sur le « mouvement plus général de pénalisation du régime des sanctions administratives », v. M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, préf. D. TRUCHET, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 233, 2003, p. 352 et s.

⁵ F. BRUNET, « De la procédure au procès... », *art. préc.*, p. 114. L’auteur poursuit en affirmant que « c’est assurément à propos du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes que les évolutions du droit sont les plus remarquables, tant pour les droits fondamentaux des personnes sanctionnées que sur le plan institutionnel » (*ibid.*, p. 119).

A. Deux fonctions purement incompatibles

Dès l'instant où les juges, judiciaire puis administratif, ont fait entrer les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes dans le champ de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'attention s'est focalisée sur le problème de la participation du rapporteur au délibéré. Pourtant, au-delà de ce point cosmétique¹, ce sont les motifs soutenant la solution qui doivent retenir l'attention.

Si la Cour de cassation fait preuve de rigorisme en considérant que le rapporteur qui a instruit l'affaire ne peut participer au délibéré², le Conseil d'État fait prévaloir une approche plus nuancée. Les juges du Palais-Royal considèrent en effet que la participation du rapporteur aux débats puis au vote n'entraîne « aucune méconnaissance du principe d'impartialité », dès lors que ses pouvoirs « ne diffèrent pas de ceux que la formation disciplinaire collégiale du Conseil des marchés financiers aurait elle-même pu exercer »³. Ainsi, l'organisation de la procédure qui prévoit l'intervention d'un rapporteur répond seulement à un impératif d'efficacité et de division du travail, qui ne remet nullement en cause un principe procédural fondamental. Mais le Conseil d'État prend soin de relever qu'en l'espèce, le rapporteur « n'est pas à l'origine de la saisine, ne participe pas à la formulation des griefs ; qu'il n'a pas le pouvoir de classer l'affaire ou, au contraire, d'élargir le cadre de la saisine ». En d'autres termes, le rapporteur devant la formation disciplinaire n'exerce aucune fonction d'accusation au cours de la procédure de sanction : l'exercice de sa fonction ne nécessite pas de prendre des décisions qui manifesteraient sa conviction sur la culpabilité de la personne mise en cause. Apparaît ainsi l'incompatibilité fondamentale entre les fonctions d'accusation et de prononcé de la sanction, dont la confusion entraînerait une méconnaissance

¹ Alain Seban relève l'attention « peut-être excessive » qui a été portée à cette question, à partir de 1999 (A. SEBAN, « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », *art. préc.*, p. 63), qu'il qualifie autre part de « relativement secondaire » (A. SEBAN, « Le principe d'impartialité et les autorités de régulation : le cas du Conseil des marchés financiers », *RFDA*, 2000, p. 584).

² Cass. Ass. plén., 5 février 1999, *Commission des opérations de bourse c/ Oury*, n° 97-16440, *préc.* L'arrêt est bref quant à l'analyse concrète de la fonction du rapporteur. Il faut toutefois relever que le rôle du rapporteur excédait, en l'espèce, la « modalité très classique d'organisation et de répartition des tâches d'un organisme délibérant », ce en quoi le juge judiciaire semble converger implicitement vers les motifs de l'arrêt *Didier* (C. DUCOULOUX-FAVARD, « La COB et les droits de l'homme », *LPA*, 10 févr. 1999, p. 14). En effet, l'organisation de la procédure de sanction, à l'époque, était telle que la Commission, au vu d'un premier examen, pouvait décider de ne pas engager de poursuite ou d'engager les poursuites en désignant un rapporteur issu de ses rangs, ce qui implique une confusion totale des fonctions. Il faut donc relativiser la divergence des solutions, dès leur origine (v. *contra* G. EVEILLARD, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *art. préc.*, p. 536). En tout état de cause, le problème de la participation du rapporteur au délibéré, quand bien même il n'aurait pas pris part à la fonction d'accusation, est clairement sanctionné au titre de la violation du principe d'égalité des armes (v. notamment Cass. com., 5 oct. 1999, *SNC Campenon Bernard SGE*, *préc.*).

³ CE Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, n° 207434, *préc.*

du principe d'impartialité. Le Conseil d'État se place ainsi dans la lignée de sa jurisprudence antérieure, jusqu'ici appliquée aux seules juridictions, notamment spécialisées¹. En dehors de cette incompatibilité, le Conseil d'État fait montre d'une certaine indulgence quant à la fonction d'instruction, dont l'isolement n'est pas exigé. Il est en cela rapidement rejoint par la Cour de cassation². Ainsi, la « juridictionnalisation croissante » de la procédure de sanction évolue, dès cette époque, vers la consécration de garanties qui sont « peu ou prou celles qu'offre le juge pénal »³.

La jurisprudence subséquente confirme le choix initial de garantir une étanchéité entre les phases de poursuite et de sanction, dès lors que la punition prononcée entre dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ; confirmant par là même la position intermédiaire de la fonction d'instruction, qui peut être rattachée à la fonction de prononcé de la sanction⁴. La Cour européenne des droits de l'homme conforte cette position, en 2009, en considérant que « le cumul des fonctions d'instruction et de jugement peut être compatible avec le respect de l'impartialité », dès lors qu'est exclu tout « accomplissement d'acte d'accusation »⁵. C'est alors l'accomplissement de cet acte qui manifeste l'existence d'un préjugé structurel. Le rapporteur qui détient le pouvoir de classer l'affaire, et qui s'abstiendrait de le faire, considère au moins implicitement que la culpabilité du requérant est établie ; le rapporteur qui élargirait le cadre de la saisine manifesterait son préjugement de la culpabilité du requérant sur certains éléments de l'affaire.

¹ L'Assemblée du Conseil d'État avait déjà jugé que l'organisation du pouvoir de sanction de l'Ordre des avocats ne méconnaissait pas les « principes de l'indépendance et de l'impartialité des juridictions », dès lors que « l'exercice de ces diverses fonctions ne conduit pas le Bâtonnier à exercer, dans l'instance disciplinaire, les fonctions de ministre public, ni à agir comme partie à ladite instance » (CE Ass., 14 févr. 1996, *Maubleu*, n° 132369, *Lebon* p. 35 ; *AJDA*, 1996, p. 358, chron. STAHL & CHAUVAUX ; *RFDA*, 1996, p. 1186, concl. SANSON).

² Dans un arrêt du 23 mai 2000, rendu à propos des sanctions disciplinaires adoptées par le conseil de l'ordre des avocats, la Cour de cassation considère que le bâtonnier ne peut participer au délibéré car il tient des dispositions réglementaires « le pouvoir d'apprécier les suites à donner à l'enquête » (Cass. civ., 23 mai 2000, n° 97-19169, *préc.*). Cette substitution de motif, à propos d'un ordre professionnel, est inspirée, selon Pierre Sargos, de « la doctrine de l'arrêt *Leriché* », rendu par le Conseil d'État le même jour que l'arrêt *Didier*, à propos de la procédure disciplinaire de l'ordre des médecins (P. SARGOS, « Article 6-1 de la Convention européenne des droits et rôle du bâtonnier de l'ordre des avocats », *art. préc.*, p. 762).

³ Y. JÉGOUZO, « Les sanctions administratives, actualité et perspectives », *AJDA*, 2001, n° spécial, p. 1.

⁴ V. notamment CE, 30 juill. 2003, *Société Dubus SA*, n° 240884, *Lebon T.* p. 671 ; *AJDA*, 2004, p. 26, obs. LAGET-ANNAMYER ; *LPA*, 20 févr. 2004, p. 3, concl. GUYOMAR. Le Conseil d'État affirme explicitement qu'« aucun principe général du droit, non plus que les stipulations du premier paragraphe de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'impose la séparation des phases d'instruction et de jugement au sein d'un même procès ». V. également CE, 23 mars 2005, *Société financière Hottinguer*, n° 260673, *Lebon T.* p. 883 ; CE Sect., 17 nov. 2006, *Société CNP Assurances*, n° 276926, *préc.*

⁵ CEDH, 11 juin 2009, *Dubus SA c/ France*, n° 5242/04, *préc.*, § 57.

À ce stade, embryonnaire, de l'émergence de cette jurisprudence, les implications sont pour le moins limitées : les dispositions régissant la procédure de sanction sont généralement d'ordre réglementaire¹ et le juge se contente de considérer que le rapporteur aurait dû s'abstenir de siéger, eu égard à l'étendue de ses pouvoirs. Elle va cependant attirer l'attention du législateur, soucieux de prévenir les aléas d'une censure juridictionnelle² et donner par là une emprise au Conseil constitutionnel en lui permettant de garantir une séparation plus nette des fonctions.

Le Conseil constitutionnel s'est en effet érigé en garant méticuleux du principe fondamental de la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement, au demeurant inscrit dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Si la plupart des dispositions de procédure pénale sont organisées suivant ce principe, sa fonction de contrôle de la constitutionnalité des lois, notamment *a posteriori*, lui permet de garantir une séparation plus aboutie de cette incompatibilité, par la censure de dispositions introduisant ponctuellement une confusion des fonctions. Dès 1995, les juges de la rue Montpensier s'opposent à ce qu'une injonction pénale, dispositif de transaction, puisse « intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique », en rattachant le principe de la séparation des autorités à la sauvegarde de la liberté individuelle³. Après avoir révélé un principe constitutionnel d'impartialité, découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, c'est dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité que le Conseil a censuré certaines dispositions entraînant la confusion des fonctions. Là encore, c'est l'incompatibilité des fonctions d'accusation et de jugement qui apparaît clairement : le juge constitutionnel fait sienne la solution qui admet une non-dissociation des phases d'instruction

¹ Les dispositions législatives se bornent, à l'instar de la loi du 2 août 1989, à introduire le pouvoir de sanction de l'autorité et à prévoir des garanties procédurales sommaires, telles que l'assistance d'un avocat et la motivation des décisions (Art. 5 de la loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, *JORF* du 4 août 1989, p. 9822). Ce sont les dispositions d'application qui déterminent la procédure (v. décret n° 90-263 du 23 mars 1990 relatif à la procédure d'injonctions et de sanctions administratives prononcées par la Commission des opérations de bourse et aux recours contre les décisions de cette commission qui relèvent de la compétence du juge judiciaire, *JORF* du 25 mars 1990, p. 3655). Sur cet « encadrement procédural insuffisant », v. N. DECOOPMAN, « Le pouvoir de sanction administrative de la COB », *art. préc.*, p. 18.

² L'article 14 de la loi n° 203-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière (*JORF* du 2 août 2003, p. 13220) interdit la présence du rapporteur au délibéré de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers ; cette interdiction, introduite par amendement, est une réaction claire à l'incertitude jurisprudentielle, résultant des arrêts de 1999 (v. notamment le rapport de la commission des finances du Sénat, 12 mars 2003, *Doc. parl.* n° 206, pp. 137-138).

³ Cons. const., décision n° 95-360 DC du 2 févr. 1995, *préc.*, consid. 6.

et de jugement¹, même s'il semble parfois marquer une préférence – sur le plan sémantique tout du moins – pour un rattachement de la phase d'instruction à la phase de poursuite². C'est le principe selon lequel nul ne peut être juge et partie que le Conseil constitutionnel entend garantir au travers du principe constitutionnel d'impartialité. Il trouve une concrétisation particulière en matière pénale, mais ne s'épuise pas dans cette censure de la confusion des fonctions³.

À la faveur du basculement du pouvoir de sanction des autorités de régulation dans le champ des principes constitutionnels du procès équitable, devenu une « préoccupation constante »⁴ dans la période contemporaine, la question se pose nécessairement dans les mêmes termes. L'indépendance de ces autorités, consubstantielle à leur mise en place, évacue le problème de la présence d'agents de l'Administration en leur sein. Toutefois, la sanction prononcée par ces autorités ayant, au sens de la jurisprudence constitutionnelle, le « caractère d'une punition », elle est soumise aux principes fondamentaux du droit pénal, parmi lesquels les principes d'indépendance et d'impartialité. C'est alors logiquement que le Conseil constitutionnel censure la concentration du pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire,

¹ Cons. const., décision n° 2011-147 QPC du 8 juill. 2011, *M. Tarek J.*, *JORF* du 9 juill. 2011, p. 11979, consid. 11 : « Considérant que le principe d'impartialité des juridictions ne s'oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit la procédure puisse, à l'issue de cette instruction, prononcer des mesures (...) ; que, toutefois, en permettant au juge des enfants qui a été chargé d'accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées portent au principe d'impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution ». Il apparaît ainsi, ce que confirme le commentaire officiel de la décision, que c'est le « préjugement qu'implique nécessairement la décision de renvoi du mineur devant le tribunal pour enfant », qui porte atteinte au principe d'impartialité, puisqu'il emporte exercice de la fonction accusatoire. Dans un arrêt ultérieur, le Conseil constitutionnel réitère la solution, en faisant appel, cette fois, à une réserve d'interprétation. Saisi de la constitutionnalité de dispositions spécialement applicables en Polynésie française, à propos de la discipline des avocats, le Conseil constitutionnel relève que l'autorité de poursuite est double – le procureur général près la cour d'appel ou le bâtonnier. Partant, le Conseil constitutionnel se borne à considérer que le principe d'impartialité n'est pas méconnu dès lors que le bâtonnier se déporte, lorsqu'il a engagé les poursuites et, partant, s'abstient d'exercer la fonction de jugement des faits qu'il a poursuivis (Cons. const., décision n° 2013-310 QPC du 16 mai 2013, *M. Jérôme P.*, *JORF* du 19 mai 2013, p. 8378 : *Constitutions*, 2013, p. 440, obs. LE BOT).

² V. notamment Cons. const., déc. n° 2013-331 QPC du 5 juill. 2013, *Société Numéricâble SAS et autre, préc.*, consid. 12 : « Cons. que (...) les dispositions (...) n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement de ces mêmes manquements ».

³ Le Conseil constitutionnel oppose notamment ce principe à l'organisation de la procédure devant les commissions départementale d'aide sociale : compétentes pour examiner les recours contre les décisions du président du conseil général ou du préfet, le principe d'impartialité empêche que siègent en leur sein des fonctionnaires qui auraient participé à la décision contestée, dans l'exercice de leurs fonctions administratives, ou des membres de l'assemblée délibérante du département, « lorsque ce dernier est partie à l'instance » (Cons. const., décision n° 2010-110 QPC, *M. Jean-Pierre B.*, *préc.*).

⁴ D. DE BÉCHILLON, « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, n° 37, 2012, p. 157.

qui procède d'une totale assimilation entre « les fonctions de poursuite des éventuels manquements (...) et (...) les fonctions de jugement des mêmes manquements »¹. L'exigence d'impartialité, ainsi entendue, s'étend à l'ensemble des autorités administratives indépendantes, ce qui n'est pas sans conséquence sur leur organisation institutionnelle. Cependant, il ressort du droit positif que cette architecture est fort diverse.

B. La diversité des modèles d'organisation du pouvoir de sanction peu affectée par l'adoption du statut général

Le Conseil constitutionnel n'admet pas la confusion totale des fonctions d'accusation et de prononcé de la sanction, lorsque celle-ci est prise par une autorité administrative indépendante. À ce titre, outre la censure du pouvoir de sanction de la Commission bancaire, juridiction administrative spécialisée, le juge constitutionnel a prononcé l'inconstitutionnalité des dispositions encadrant le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes², peu après avoir validé l'organisation du pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence³.

La lecture des décisions montre que la raison est simple : si les fonctions d'accusation et de sanction doivent être séparées, le degré de séparation exigé est apprécié de manière relativement souple, en ce sens que le juge ne prescrit pas de modèle de séparation des fonctions. Il suffit, en effet, que l'initiative des poursuites appartienne à une personne indépendante, sur le plan statutaire, de la personne compétente pour prononcer la sanction. Dans le cas de l'Autorité de la concurrence, les poursuites peuvent être déclenchées à la suite d'une plainte ou d'office, à la suite d'une proposition du rapporteur général en ce sens. Or, le rapporteur général est nommé par le ministre de l'économie et jouit d'une totale indépendance « à l'égard des formations de l'Autorité de la concurrence compétentes pour prononcer les sanctions »⁴. Partant, il est impossible d'affirmer que les textes organisent une confusion des

¹ Cons. const., décision n° 2011-200 QPC du 2 déc. 2011, *Banque populaire Côte d'Azur, préc.*, consid. 8.

² Cons. const., décision n° 2013-331 QPC du 5 juill. 2013, *Société Numéricâble SAS et autre, préc.*

³ Cons. const., décision n° 2012-280 QPC du 12 oct. 2012, *Société Groupe Canal plus et autres, préc.*

⁴ Cons. const., décision n° 2012-280 QPC du 12 oct. 2012, *Société Groupe Canal plus et autres, préc.*, consid. 18.

fonctions, puisqu'un rapporteur indépendant jouit de la maîtrise de la fonction d'accusation¹. À l'inverse, la lecture des textes organisant le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes conduit le Conseil constitutionnel à considérer que « ces dispositions confient au directeur général l'exercice des poursuites devant cette autorité »². Or, ce directeur général est à la fois nommé par le président de l'Autorité et « placé sous son autorité ». Dès lors, les textes n'assurent pas de séparation entre les fonctions de poursuite et de jugement des manquements, ce qui caractérise une méconnaissance du principe constitutionnel d'impartialité. Si la séparation des fonctions est ainsi assurée au niveau constitutionnel, le législateur jouit d'une certaine marge de manœuvre dans l'organisation du pouvoir de sanction de ces autorités.

Se mettent ainsi au jour des « modèles d'impartialité »³, qui s'apparentent aisément à un « maquis »⁴, tant les solutions institutionnelles progressivement consacrées par le législateur sont diverses. Un modèle semble toutefois jouir d'une certaine attractivité : la mise en place d'une commission des sanctions séparée organiquement du collège de l'autorité. C'est la voie qu'a choisie le législateur, après la remise en cause du pouvoir de sanction de la Commission bancaire, à l'occasion de la mise en place de l'Autorité de contrôle prudentiel⁵, par extension du modèle existant devant l'Autorité des marchés financiers et, dans une certaine mesure, devant la Commission de régulation de l'énergie. Pour certains auteurs, « seule une architecture décalquée sur celle de l'Autorité des marchés financiers offrirait une réelle sécurité juridique »⁶ ; constat en partie invalidé après 2012, dans la mesure où le Conseil constitutionnel admet des modèles d'organisation plus souple. S'il est indéniable que la séparation des fonctions est assurée, par la mise en place d'une commission des sanctions,

¹ Une réserve est toutefois formulée par certains auteurs : si le collège de l'Autorité de la concurrence doit être saisi par le rapporteur, il lui est possible de donner suite ou non à cette saisine, ce qui peut implicitement faire émerger un préjugement de l'affaire, de nature à remettre en cause l'impartialité objective du collège (v. notamment H. DELZANGLES, « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation », *art. préc.*, p. 1024). Pour la même réserve, v. aussi F. BRUNET, « De la procédure au procès... », *art. préc.*, p. 122.

² Cons. const., décision n° 2013-331 QPC du 5 juill. 2013, *Société Numéricâble SAS et autre, préc.*, consid. 11.

³ F. MARTUCCI, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation... », *art. préc.*, p. 39. V. encore S. HOYNCK, « L'obscur clarté du régime des sanctions administratives prononcées par les autorités de régulation », *RJEP*, 2014, repère 10.

⁴ M. LOMBARD, « Reconstruire le pouvoir de sanction de l'ARCEP (et du CSA) – Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2013, p. 1953, spéc. p. 1956.

⁵ V. Ord. n° 2010-76 du 21 janv. 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, *JORF* du 22 janv. 2010, p. 1392.

⁶ M. GUYOMAR, « Article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La procédure disciplinaire de la Commission bancaire remise en cause », *Banque et Droit*, n° 127, 2009, p. 3, spéc. p. 9.

cette solution, outre son coût, n'est pas sans présenter certains inconvénients. Instituer une commission des sanctions, autonome sur le plan organique, fait en effet courir le risque d'un morcellement des compétences de l'autorité indépendante, dont le pouvoir de sanction est un instrument, parmi d'autres, au service de l'accomplissement d'une mission plus globale. Certains auteurs, majoritairement pénalistes, plaident même avec une certaine insistance pour la mise en place d'une véritable juridiction, qui verrait l'autorité administrative se transformer en ministère public, alors que la commission des sanctions jouirait d'une totale autonomie pour se prononcer sur les manquements et les sanctions¹. Cette transformation achèverait l'évolution initiée par la jurisprudence, en instituant une indépendance parfaite des organes. Toutefois, elle se ferait à rebours de la raison d'être des autorités administratives indépendantes, ce que la doctrine administrativiste ne manque pas de rappeler².

En écartant l'inconstitutionnalité de l'organisation du pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence, le Conseil constitutionnel consacre un modèle alternatif, fondé sur une indépendance dite fonctionnelle, qui laisse aux mains du collège de l'autorité le pouvoir de prononcer les sanctions, ce qui est plus à même de garantir une unité de la fonction de régulation³. C'est alors la fonction de poursuite qui est extériorisée, pour être confiée à une personne indépendante de l'autorité. Cette architecture institutionnelle est caractéristique de l'Autorité de la concurrence. Elle a été étendue au Conseil supérieur de l'audiovisuel après la refonte de son pouvoir de sanction⁴. La particularité de cette réforme est de prévoir que le

¹ V. notamment J.-J. DAIGRE, « Faut-il scinder l'AMF ? », *Bull. Joly Bourse*, 2011, p. 413 ; *Idem*, « Les commissions des sanctions de l'ACP et de l'AMF ne sont-elles pas des juridictions », *Bull. Joly Bourse*, 2011, p. 629 ; A.-V. LE FUR & D. SCHMIDT, « Il faut un tribunal des marchés financiers », *D.*, 2014, p. 551 ; A.-V. LE FUR, « L'organisation structurelle de l'AMF suffit-elle à garantir le respect des exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité ? », *Bull. Joly Bourse*, 2014, p. 199 ; D. SCHMIDT & A.-V. LE FUR, « Pour un tribunal des marchés financiers », *Bull. Joly Bourse*, 2015, p. 24. Mattias Guyomar, lorsqu'il esquisse les changements structurels à apporter à l'organisation de la Commission bancaire, après l'arrêt *Dubus*, suggère également que « le Secrétariat général pourrait être réorganisé sous la forme d'un parquet afin de traduire organiquement la réalité des fonctions qu'il exerce » (M. GUYOMAR, « Article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La procédure disciplinaire de la Commission bancaire remise en cause », *art. préc.*, p. 9).

² Pour Pascale Idoux, une « juridictionnalisation totale des AAI n'aurait pas de sens », d'autant que « l'approfondissement des garanties considérées isolément est susceptible d'engendrer des difficultés pour la mission de régulation considérée dans son ensemble ». Car, *in fine*, « l'isolement organique de la fonction répressive empêche d'insérer l'exercice du pouvoir de sanction dans une stratégie globale de régulation » (P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *art. préc.*, p. 926).

³ Martine Lombard relève ainsi cette « difficulté, qui a été diversement résolue pour les différentes autorités indépendantes, (...) de concilier l'impératif d'impartialité et une certaine unité dans l'exercice des pouvoirs de régulation » (M. LOMBARD, « Reconstruire le pouvoir de sanction de l'ARCEP... », *art. préc.*, p. 1956).

⁴ Art. 6 de la loi n° 2013-1028 du 15 nov. 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, *JORF* du 16 nov. 2013, p. 18622.

rapporteur est nommé non pas par un ministre, mais par le vice-président du Conseil d'État, afin de respecter le principe d'indépendance de l'audiovisuel. Ce système s'avère particulièrement utile dans l'hypothèse où les infractions sont potentiellement nombreuses. La raison d'être du pouvoir de sanction est alors et avant tout la nécessité d'un pouvoir de surveillance du secteur¹.

Afin de respecter la séparation des fonctions, le législateur a également institué un troisième modèle, « ingénieux »² en ce qu'il concilie le respect du principe d'impartialité et l'unité du pouvoir des autorités de régulation. Il concerne majoritairement les autorités de régulation sectorielle, dans la mesure où la transposition du modèle d'indépendance fonctionnelle pouvait se heurter à une difficulté. Le rapporteur général près l'Autorité de la concurrence jouit certes d'une indépendance par rapport au collège, mais il est nommé par le ministre en charge de l'économie. Une telle circonstance pourrait, dans le cadre de la régulation sectorielle, porter atteinte au principe d'indépendance de ces autorités. Il eût été envisageable de prévenir cette difficulté en prévoyant la nomination du rapporteur par une autorité extérieure à l'Administration, à l'instar du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Plutôt que de s'engager dans cette voie, le législateur a préféré scinder le collège de certaines autorités – en premier lieu celui de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, afin de rétablir son pouvoir de sanction³ – dont une formation restreinte sera chargée de se prononcer sur les manquements dont elle aura été saisie par le reste du collège. Inspirée de l'organisation du pouvoir de sanction de la Commission nationale informatique et libertés, depuis 2004⁴, ce dispositif « subtil »⁵ n'est pas sans susciter une certaine réserve, dans la mesure où la séparation organique, si elle est assurée par

¹ À ce titre, il est révélateur que le principal pouvoir du Conseil supérieur de l'audiovisuel en la matière soit l'adoption d'une mise en demeure, que le Conseil constitutionnel refuse de considérer comme « l'ouverture de la procédure de sanction », en la considérant plutôt comme « son préalable » (Cons. const., décision n° 2013-359 QPC du 13 déc. 2013, *Sociétés Sud Radio Services et Sud Radio Plus*, *JORF* du 15 déc. 2013, p. 20432).

² M. LOMBARD, « Le collège de l'ARCEP se dédouble afin de pouvoir poursuivre et sanctionner – Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2014, p. 1874.

³ Ord. n° 2014-329 du 12 mars 2014 relative à l'économie numérique, *JORF* du 14 mars 2014, p. 5292.

⁴ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF* du 7 août 2004, p. 14063. Préconisée par un rapport élaboré par Guy Braibant, en 1998, cette séparation des fonctions ne semble pas correspondre à une anticipation des changements impliqués par la jurisprudence, en matière d'impartialité ; elle répond plutôt à des enjeux d'efficacité (v. G. BRAIBANT, « Données personnelles et société de l'information », *Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95/46*, 3 mars 1998, Paris, La Documentation française).

⁵ LOMBARD, « Le collège de l'ARCEP se dédouble... », *art. préc.*, p. 1874.

l'indépendance des membres du collège, peut être sujette à caution, de par la proximité des différentes formations, qui ont vocation à siéger ensemble pour le reste de l'accomplissement de la mission de l'autorité¹. Il présente toutefois l'avantage de maintenir dans le giron du collège de l'Autorité l'ensemble de la procédure de sanction, ce qui est conforme à la rareté de son usage et à sa portée largement dissuasive² : la nécessité de l'utiliser comme une menace impose qu'il ne soit pas laissé à la discrétion d'un rapporteur externe ; la rareté de son usage rend très superflue la mise en place d'une commission des sanctions.

La mise en place de ces réformes semble éteindre le contentieux constitutionnel de l'atteinte au principe d'impartialité par les autorités administratives indépendantes, né à partir de 2011. Les juridictions ordinaires ont en effet constaté la constitutionnalité des dispositifs, en refusant de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité, celle-ci étant dénuée de caractère sérieux, lorsque la séparation des fonctions est garantie. Le modèle de la commission des sanctions organiquement indépendante est absolument hors de cause, les juges, tant judiciaire qu'administratif, lui ayant donné *quitus*³. Le modèle reposant sur l'institution d'un rapporteur indépendant a été expressément validé par le Conseil constitutionnel. Quant au modèle de scission du collège, le juge administratif considère qu'il est conforme au principe d'impartialité, dès lors que l'étanchéité des formations est assurée, et refuse également de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel⁴. Il n'en demeure pas moins qu'au-delà des qualifications textuelles, toute autorité administrative, indépendante en ce qu'elle « n'est pas soumise au pouvoir hiérarchique d'un ministre », doit assurer en son sein la séparation des fonctions de poursuite et de jugement, sous peine de méconnaître le principe d'impartialité⁵.

Face à la diversité de l'organisation du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes, l'adoption récente d'un « statut général » de ces autorités par

¹ Cette solution est ainsi qualifiée de « minimaliste » et de « critiquable et peu ambitieuse », en ce que la séparation peut paraître artificielle (H. DELZANGLES, « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation », *art. préc.*, p. 1026).

² V. notamment M. LOMBARD, « Que reste-t-il du pouvoir de sanction de l'ARCEP ? – Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2012, p. 1717, spéc. p. 1720.

³ V. pour l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution : CE, 25 juill. 2013, *Banque populaire Côte-d'Azur*, n° 366640, inédit ; pour l'Autorité des marchés financiers : Cass. com., 25 févr. 2014, n° 13-18871, inédit (*Rev. sociétés*, 2014, p. 670, note ROUSSILLE).

⁴ CE, 26 mars 2012, *Société Pages Jaunes Groupe*, n° 353193, *Lebon T.* p. 766.

⁵ V., à propos de la Commission nationale des sanctions : Cons. const., décision n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017, *Société Barnes et autres*, *préc.*, consid. 6 et suiv.

la loi du 20 janvier 2017¹, bien loin d'harmoniser les modèles d'organisation, prend acte de leur diversité². Le législateur se contente en effet de reprendre la substance de la jurisprudence constitutionnelle en considérant, d'une part, que les fonctions de membre du collège sont incompatibles avec les fonctions de membre d'une commission des sanctions et, d'autre part, que les membres d'une instance chargée de prononcer les sanctions « ne peuvent pas participer aux délibérations du collège qui engagent les poursuites ». C'est donc une garantie minimale qui est ainsi posée, qui sauvegarde ainsi la diversité de l'organisation du pouvoir de sanction, qui reste propre à chaque autorité.

En affirmant les « exigences élémentaires d'impartialité »³, la jurisprudence constitutionnelle a ainsi contribué, dans la période contemporaine, à une rectification de l'organisation du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes, en posant le principe de séparation de certaines fonctions. Les effets de la jurisprudence ne s'épuisent pas là, puisque le juge constitutionnel a provoqué la fin d'une pratique caractéristique de l'activité administrative, l'autosaisine.

II. La fin de l'autosaisine des autorités administratives indépendantes

« De sa nature, le pouvoir judiciaire est sans action ; il faut le mettre en mouvement pour qu'il se remue (...). Le pouvoir judiciaire ferait en quelque sorte violence à cette nature passive s'il prenait de lui-même l'initiative et s'établissait en censeur des lois. »⁴ Si la possibilité pour une juridiction de se saisir de son propre mouvement heurte le sentiment le plus élémentaire de justice, c'est bien du fait que son impartialité serait nécessairement remise en cause. Comme le relevait Léon Marie, la juridiction « ne pourrait intervenir d'office et appeler une affaire devant elle sans laisser supposer que déjà dans l'esprit de cette autorité juridictionnelle, un fort préjugé existe en faveur de l'hypothèse d'une violation du droit déjà

¹ Loi n° 2017-55 du 20 janv. 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF* du 21 janv. 2017, texte n° 2.

² Pris dans sa globalité, on peut considérer que le statut opère une harmonisation qui « demeure modeste », du fait de la persistance des règles particulières, ce que montrent particulièrement les dispositions régissant l'exercice du pouvoir de sanction (P. IDOUX, « Le nouveau statut général des AAI et API », *AJDA*, 2017, p. 1115).

³ F. BRUNET, « De la procédure au procès... », *art. préc.*, p. 119.

⁴ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. I, Paris, Gosselin, 1840, 8^e éd., p. 159.

commise »¹. Si l'Administration échappe largement à ce constat², l'imposition d'un principe d'impartialité dont le contenu est semblable à celui imposé aux juridictions pose nécessairement la question de l'autosaisine des autorités soumises à ce principe. La question prend en outre un relief particulier, dès lors qu'il est question de la matière pénale, puisque l'organisation de la procédure pénale vise précisément à bannir l'autosaisine. Les avancées de la jurisprudence constitutionnelle en matière d'autosaisine conduisent à la prohiber de manière assez vigoureuse (B), ce qui met fin à l'équilibre extrêmement précaire que la jurisprudence administrative avait longtemps tenté de maintenir (A).

A. *L'équilibre précaire de la jurisprudence administrative*

Il est nécessaire de bien cerner la notion d'autosaisine, tant celle-ci semble instable, en doctrine³. Parfois dénommée « saisine d'office » ou « faculté, pour une juridiction, de se saisir de son propre mouvement », l'autosaisine ne désigne nullement la publicisation de l'action, caractéristique de la procédure inquisitoire. Il n'y a précisément pas d'autosaisine en procédure pénale inquisitoire, puisque l'action est introduite par une autorité, certes publique, mais distincte de l'autorité de jugement⁴. L'autosaisine caractérise ainsi un processus

¹ L. MARIE, *op. cit.*, t. II, p. 96. On ajoutera, avec Artur, que « le défaut d'initiative est indispensable chez le juge pour qu'il garde l'indifférence et l'impartialité désirables » (ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *art. préc.*, p. 229). Plus récemment, Georges Wiederkehr considère qu'« on doit comprendre la règle qui interdit au juge de se saisir lui-même » comme découlant du fait que « l'autosaisine démontrerait qu'il se sent concerné par l'affaire » (G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Mél. R. Perrot*, Paris, Dalloz, 1995, p. 575, spéc. p. 583).

² Pour Léon Marie, la faculté d'autosaisine peut servir de critère discriminant entre ce qui relève de l'administration et ce qui relève de la juridiction : « On refusera d'abord de considérer comme une décision juridictionnelle la décision prise par l'autorité administrative de sa propre initiative, sans avoir été sollicitée par une demande quelconque » (L. MARIE, *op. cit.*, t. II, p. 97).

³ Certains auteurs, tels que Jean-François Kerléo, parlent d'autosaisine des autorités administratives indépendantes, même lorsqu'est organisée en leur sein une séparation organique des fonctions d'accusation et de sanction (J.-F. KERLÉO, « L'auto-saisine en droit public français », *RFDA*, 2014, p. 293). Cela semble malaisé, dans la mesure où la séparation des fonctions est précisément l'une des conséquences de la prohibition de l'autosaisine, qui découle du principe constitutionnel d'impartialité. Ainsi, les juges du fond, appréciant le caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité, ont pu considérer qu'il n'était pas nécessaire de renvoyer une telle question, dès lors que « la procédure suivie devant l'Autorité des marchés financiers organise une stricte séparation entre l'organe chargé des fonctions de poursuite et celui investi du pouvoir de sanction, lequel ne dispose pas de la faculté de se saisir d'office » (Cass. com., 25 févr. 2014, n° 13-18871, *préc.*). Dès lors, il n'y a plus d'autosaisine lorsque les fonctions sont séparées de manière satisfaisante. Ainsi, pour d'autres auteurs, « le terme d'"autosaisine" devient discutable à partir du moment où il existe une séparation organique au sein de l'AAI » (F. BRUNET, « De la procédure au procès... », *art. préc.*, p. 119).

⁴ Marcel Waline rappelle ainsi que l'existence même du ministère public vise à respecter le principe fondamental de l'inertie de la juridiction : « C'est même à cause de ce principe d'inertie qu'en dehors des magistrats qui jugent, on a dû, de tout temps, organiser un ministère public chargé précisément de suppléer aux lacunes de l'initiative privée : si le juge avait pu se saisir d'office, le ministère public devenait inutile » (M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs : L'excès de pouvoirs du juge*, Paris, Dalloz, 1927, p. 160).

décisionnel dont la particularité est d'être organisé d'une manière telle qu'il est concentré entre les mains d'une seule personne, qui peut à la fois le déclencher et le clore, par une décision finale. Or, « le principe qui est à la base de toute activité juridictionnelle est que (...) "la machine jugeante est inerte de sa nature" c'est-à-dire qu'elle n'a aucune initiative, qu'elle ne peut jamais se saisir d'office »¹. À l'inverse, l'action d'office caractérise largement l'activité administrative et ne pose problème que dès lors qu'il est question du prononcé d'une sanction². L'exigence d'impartialité dans la procédure de sanction remet progressivement en cause ce procédé, lorsque la sanction administrative est prononcée par une autorité indépendante, dans la mesure où la séparation des fonctions est exigée de ces autorités.

À partir du moment où les juges ordinaires ont interprété le principe d'impartialité comme imposant la séparation des fonctions de poursuite et de prononcé de la sanction, la faculté d'autosaisine des autorités concernées a été remise en cause, au contentieux. La solution dégagée par les juges ordinaires s'inscrit dans la perspective plus large du contrôle concret et casuistique de l'impartialité objective de la procédure de sanction. Ainsi, les juges, judiciaire³ et administratif⁴, ont considéré que l'autosaisine n'était pas contraire en soi à l'exigence d'impartialité, dès lors qu'au terme d'un examen concret, l'impartialité de la

¹ *Ibid.*, pp. 160-161. Pour le Conseil d'État, la prohibition de l'autosaisine est « un principe constant du droit français » (CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1991*, Paris, La documentation française, « EDCE », n° 43, 1991, p. 63). Waline considère ainsi, à propos des jurys d'honneur, que leur faculté d'autosaisine devrait conduire le Conseil d'État à écarter la qualification de juridiction, dans la mesure où « le fait que le jury d'honneur ait pu se saisir lui-même est très anormal de la part d'une juridiction » (M. WALINE, « Note sous CE Ass., 7 févr. 1947, *Sieur d'Aillières* », *RDJ*, 1947, p. 68, spéc. p. 73).

² Il faut relever par ailleurs que l'autosaisine, lorsqu'elle existe en matière judiciaire, ne se rapporte généralement pas à la matière pénale. Les exemples traditionnels (saisine d'office des tribunaux de commerce en matière de procédures collective, saisine d'office du juge des enfants) montrent que le rôle du juge n'est pas de prononcer une peine, ni même trancher un litige, mais de « porter remède à des situations particulières », ce en quoi le rôle du magistrat « est plus proche de celui de l'administrateur que de celui du juge » (F. LAMY, « Concl. sur CE Sect., 20 oct. 2000, *Société Habib Bank Limited* », *préc.*, p. 433). Sur l'autosaisine en droit judiciaire privé, v. R. MARTIN, « La saisine d'office du juge (Essai sur sa signification) », *JCP*, 1973, IV, 6316 : après avoir étudié les cas d'autosaisine en droit judiciaire, l'auteur conclut en affirmant qu'« une fonction administrative a été confiée au juge, qui la remplit selon les formes et les moyens de l'Administration, au lieu et place d'un fonctionnaire d'exécution ». D'une manière plus générale et en dehors de ces exceptions, la Cour de cassation considère que « les cours et tribunaux (...) ne peuvent se saisir d'office, ni dépasser les limites du litige » (Cass. civ., 29 nov. 1963, *Bull. civ.* n° 787), conformément aux principes dont s'inspire l'article 1^{er} du Code de procédure civile.

³ V. notamment CA Paris, 7 mars 2000, *Société KPMG*, n° 1999/15862 : *D.*, 2000, p. 212, note BOIZARD ; *JCP G.*, 2000, II, 10408, note DRAGO ; CA Paris, 27 nov. 2001, *Caisse nationale du crédit agricole* : *D.*, 2002, p. 2043, note REYGROBELLET ; *RTD com.*, 2004, p. 83, note CLAUDEL.

⁴ V. notamment CE Sect., 20 oct. 2000, *Société Habib Bank Limited*, *préc.* : Les faits de l'espèce concernent une juridiction, la Commission bancaire, mais le Conseil d'État précise que le considérant de principe sur l'autosaisine concerne tant « une juridiction » qu'« un organisme administratif qui, eu égard à sa nature à sa composition et à ses attributions, peut être qualifié de tribunal au sens de l'article 6, 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

procédure n'est pas douteuse. Toutefois, se met au jour une divergence jurisprudentielle, quant à l'admissibilité d'une sanction prise à la suite d'une saisine d'office¹.

D'un côté, le juge judiciaire considère que l'autosaisine en matière disciplinaire n'est pas contraire, en soi, à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme². Toutefois, la Cour de cassation précise par la suite que le mécanisme doit être entouré de certaines garanties : dans le cadre de ce contrôle concret, le critère déterminant réside dans le fait que, malgré l'autosaisine, ce sont des personnes différentes de celles qui ont participé à l'acte d'accusation, qui prononcent la sanction³. Ainsi, le juge judiciaire impose une division fonctionnelle dans le processus de sanction, et ce dans la lignée de sa jurisprudence relative à l'exercice du pouvoir de sanction par les autorités administratives indépendantes soumises à son contrôle.

De l'autre côté, l'équilibre trouvé par le juge administratif illustre le tiraillement que subissent ces autorités, entre les canons administratifs et juridictionnels. L'autosaisine est en effet le signe du caractère administratif des autorités de régulation, en ce qu'elle manifeste un

¹ Sur la divergence des appréciations jurisprudentielles originelles et le caractère plus strict de la position du juge judiciaire, v. A. REYGOBELLET, « Conformité de l'auto-saisine du Conseil de la concurrence aux garanties fondamentales », *D.*, 2002, p. 2043.

² Cass. civ., 13 nov. 1996, *Ordre des avocats au barreau de Lille*, n° 94-15252, *Bull. civ.*, n° 391 : *JCP G.*, 1997, II, 22816, note MARTIN. L'affaire concerne un conseil de l'Ordre des avocats qui, par modification de son règlement intérieur, avait renoncé explicitement à faire usage à la faculté d'autosaisine prévue par la loi. La Cour juge, d'une part, que « la faculté, pour une juridiction, de se saisir d'office (...) ne porte atteinte à aucun principe du Droit français, ni aux principes d'indépendance et d'impartialité garantis par l'article 6. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme » et, d'autre part, que le conseil de l'Ordre ne pouvait modifier les dispositions législatives d'ordre public au travers de son règlement intérieur.

³ Dans une affaire mettant à nouveau en cause la procédure disciplinaire des avocats, la Cour de cassation semble juger que le bâtonnier qui a engagé les poursuites ne peut être membre de la formation qui statue sur ces poursuites ; toutefois, l'affaire est obscurcie par la circonstance que le bâtonnier est personnellement visé par les actes qui ont conduit au déclenchement des poursuites, d'où une impartialité fort douteuse (Cass. civ., 5 oct. 1999, n° 97-15277, *Bull. civ.* n° 257). La Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt *KPMG*, relève expressément que le collège de la Commission des opérations de bourse a prononcé la sanction alors que « six membres, dont son président » étaient présents à la séance qui a conduit à la notification des griefs. À l'inverse, dans la décision *Caisse nationale du crédit agricole*, aucun des membres qui a participé à la décision de saisine d'office ne s'est prononcé sur la qualification de manquement, ce qui permet d'écarter le grief de partialité objective.

pouvoir de surveillance et de contrôle¹. Or, la théorie du droit tout autant que son histoire montrent l'incompatibilité de l'autosaisine avec le respect de l'exigence d'impartialité, dès lors qu'il est question du prononcé d'une sanction. Partant, l'équilibre est difficile à trouver entre la préservation de l'efficacité de l'action administrative des autorités de régulation et le respect des garanties attachées à la qualité de « tribunal au sens de » la Convention européenne des droits de l'homme.

On sait que la solution trouvée par le juge administratif consiste à rejeter la dimension objective du manquement à l'impartialité, pour n'examiner que le contenu de l'acte d'accusation afin d'y vérifier l'absence de parti pris sur la qualification des faits². Francis Lamy, pour justifier l'annulation de la décision de sanction de la Commission bancaire, l'affirme expressément : c'est parce qu' « à aucun moment, le conditionnel n'est employé », qu'il est possible de considérer que « cette saisine d'office s'apparente bien à un préjugement », dans la mesure où « le sort de la Banque (...) paraît être réglé avant même que sa cause ne soit entendue »³. Par cette décision teintée tant de « bienveillance » à l'égard du pouvoir de saisine d'office des autorités de régulation, que d'une certaine « hypocrisie »⁴ à l'égard du droit à un tribunal apparemment impartial, le juge administratif tente de sauvegarder l'efficacité de leur mission. Il s'enferme pourtant dans une impasse,

¹ Un certain nombre d'auteurs voient dans l'autosaisine l'identification du caractère administratif de la mission des autorités de régulation. Francis Lamy se demande ainsi : « Est-il besoin de souligner combien l'autosaisine paraît être bien adaptée à la mission et à l'objet de ces autorités (...) – exercer en toute indépendante une mission de surveillance, de police d'un secteur déterminé, mission assortie d'un pouvoir de sanction (...) » (F. LAMY, « Concl. sur CE Sect., 20 oct. 2000, *Société Habib Bank Limited* », *préc.*, p. 433). Alain Seban voit dans l'autosaisine « l'un des principes constitutifs du droit des autorités administratives indépendantes, et l'une des conditions essentielles de l'efficacité de leur pouvoir disciplinaire » (A. SEBAN, « Le principe d'impartialité et les autorités de régulation : le cas du Conseil des marchés financiers », *préc.*, p. 584). Pour Marie-Anne Frison-Roche, « l'autosaisine (...) est un outil essentiel pour permettre aux Autorités administratives indépendantes d'avoir une mission continue » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant le bilan des autorités administratives indépendantes », t. II, *préc.*, p. 106). Pour le même auteur, l'autosaisine est « nécessaire pour une régulation efficace » (*Idem*, « QPC, Autorités de concurrence, Autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », *art. préc.*, p. 25). Pour François Brunet, « l'impartialité semble heurter frontalement certaines caractéristiques propres aux AAI, dont leur pouvoir d'autosaisine », pouvoir qui « obéit à une certaine logique, notamment en matière de régulation économique » (F. BRUNET, « De la procédure au procès... », *art. préc.*, p. 120).

² V. *supra*, cette partie, titre premier, chapitre II, section 1, § 1.

³ F. LAMY, « Concl. sur CE Sect., 20 oct. 2000, *Société Habib Bank Limited* », *préc.*, p. 433.

⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « QPC, Autorités de concurrence... », *art. préc.*, p. 25. Pour l'auteur, la décision est fondée sur la croyance que « l'Autorité de régulation est composée de membres dotés d'une capacité surhumaine, consistant à croire à un moment qu'il y a des raisons d'ouvrir par leur seule volonté un dossier, puis d'oublier l'instant d'après qu'il y avait raison de le faire pour regarder avec le regard neuf du juge le même dossier ».

unanimement dénoncée par la doctrine¹, dont seul le juge constitutionnel offrira une issue satisfaisante. L'acte d'accusation comporte nécessairement une prise de parti sur la qualification des faits poursuivis ; il est artificiel d'exiger d'une autorité qu'elle enrobe le contenu de l'acte de précautions oratoires². On peut alors penser que cet arrêt entame une « interprétation basse »³ du principe d'impartialité, pour la question spécifique de l'autosaisine, ainsi réglée à l'inverse de la question de la participation du rapporteur au délibéré.

Malgré les réserves formulées à l'égard d'un tel encadrement de l'autosaisine par le juge administratif, ce dernier réaffirme cette solution à de maintes reprises : il suffit alors que « l'acte par lequel [une autorité administrative] décide de se saisir ne donne pas à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer est d'ores et déjà reconnu »⁴. Au-delà de cette question technique, c'est la difficulté à imposer les exigences d'un tribunal impartial à une autorité administrative qui se fait jour : si la question de la participation du rapporteur au délibéré pouvait se régler à moindres frais, tel n'est pas le cas de la question de l'autosaisine. Le juge administratif préfère alors se rétracter, de manière implicite, en n'examinant pas réellement la

¹ Pierre Subra de Bieusses conteste la solution en ces termes : « Si l'autosaisine n'est pas contestable dans son principe, c'est, d'après les conclusions conformes de Francis Lamy, parce qu'elle n'empêcherait pas de considérer que le juge qui s'autosaisit comme impartial au moment du jugement sur le fond, dès lors qu'en s'autosaisissant il se refuserait expressément à prendre parti sur les questions qu'il aura à trancher et se bornerait à les énoncer en s'en remettant par la suite à la procédure contradictoire. À vrai dire, l'argument laisse un peu perplexe dans la mesure où le raisonnement qu'il traduit est de nature à s'appliquer à toute juridiction ». Ainsi, « l'adéquation entre autosaisine et impartialité est donc rien moins qu'évidente » (P. SUBRA DE BIEUSSES, « Validité du pouvoir de saisine d'office de la Commission bancaire au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2000, p. 1071). Plus généralement, d'autres auteurs considèrent que la jurisprudence relative à l'autosaisine des autorités administratives indépendantes constitue « une application ambiguë de l'impartialité objective » (M.-L. GÉLY, *art. préc.*, p. 533) et qu'elle oblige seulement « à certaines précautions de langage » (M. LOMBARD, « Impartialité et dualité de fonctions administrative et contentieuse », *Dr. adm.*, 2004, comm. 168). Certains membres du Conseil d'État considèrent que la solution est certes « habile », mais « difficile à appliquer » (M. GUYOMAR, « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, n° 37, 2012, p. 157).

² Certains auteurs fustigent le fait que la garantie de l'impartialité de la procédure soit ainsi réduite à des « apparences stylistiques » (A. LOUVARIS, « Impartialité des organes de régulation... », *art. préc.*, p. 2665), puisque « tout tiendrait donc dans l'habileté des formules et l'art de bien tenir la plume » (M.-A. FRISON-ROCHE, « QPC, Autorités de concurrence... », *art. préc.*, p. 25).

³ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA & L. SERMET, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2001, p. 1256.

⁴ CE, 22 juin 2001, *Société Athis*, n° 193392, *préc.* ; CE, 28 oct. 2002, *M. Laurent*, n° 222188, *préc.* Ainsi, le juge administratif peut prononcer la nullité d'une procédure disciplinaire au regard du principe d'impartialité par la seule prise en compte « des termes dans lesquels était rédigée la lettre » qui ouvre la procédure disciplinaire (CE, 27 juill. 2001, *Société Mercury Capital Markets*, n° 224100, inédit).

question sous son angle objectif¹. En comparaison, la jurisprudence appliquée lorsqu'il existe une séparation des fonctions de poursuite et de sanction est plus satisfaisante : en présence d'un organe distinct chargé de prononcer les sanctions, le requérant n'est pas fondé à soutenir que l'acte d'accusation prendrait parti sur la qualification des faits, ce qui correspond mieux à la nature intrinsèque d'un acte de poursuite².

Toutefois, le Conseil d'État semble faire évoluer sa position et ce dès avant que le Conseil constitutionnel n'étende expressément l'emprise du principe d'impartialité sur les autorités administratives indépendantes, en s'appuyant sur la décision *Dubus* de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt mettant en cause la procédure de sanction de la Commission bancaire, le Conseil d'État réitère sa position traditionnelle à l'égard de l'autosaisine. Toutefois, il formule une réserve quant à l'encadrement de cette faculté, dans le cas de cette autorité : prenant acte de la concentration totale de ses pouvoirs – de contrôle et de sanction –, le juge conclut « qu'eu égard à l'insuffisance des garanties dont la procédure est entourée, la circonstance que les mêmes personnes se prononcent sur la décision de poursuivre, d'une part, et sur la sanction, d'autre part, est de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité de cette juridiction »³. Le juge administratif rejoint par là le juge judiciaire en faisant un pas de plus vers la séparation des fonctions, que le Conseil constitutionnel rendra définitif.

B. *L'inconstitutionnalité de l'autosaisine et la difficulté à étendre le champ d'application du principe constitutionnel d'impartialité*

La jurisprudence constitutionnelle s'accommode mal de l'autosaisine, « bizarrerie dont la conformité aux exigences du procès équitable ne s'impose pas avec la force de

¹ Ce qui teinte d'une certaine ironie l'affirmation issue de l'arrêt *Habib Bank* selon laquelle l'exigence d'impartialité « s'apprécie objectivement ».

² CE, 18 févr. 2011, *M. Genet*, n° 316854, *Lebon T.* p. 789.

³ CE, 8 nov. 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*, n° 329384, *préc.* Le juge administratif, suivant en cela son rapporteur public, semble rejeter une « lecture intégriste de l'arrêt *Dubus* » en refusant de reconnaître la partialité structurelle de la Commission bancaire : bien au contraire, le Conseil d'État se satisferait, *a contrario*, de la garantie exigée de longue date par le juge judiciaire, à savoir que « les personnes ayant siégé lors des délibérations administratives (...) s'abstiennent ensuite de siéger en formation disciplinaire pour connaître de la même affaire » (P. COLLIN, « Concl. sur CE, 8 nov. 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* », *Bull. Joly Bourse*, 2011, p. 76). Ainsi, la procédure tombe, du fait de la circonstance qu'un membre de la Commission bancaire a participé à la fois à la phase d'engagement des poursuites et à la délibération au cours de laquelle la sanction a été décidée. Le juge administratif étend cette solution aux autorités de régulation non juridictionnelles (v. notamment CE, 22 déc. 2011, *Union mutualiste générale de prévoyance*, n° 323612, *Lebon T.* p. 786).

l'évidence »¹, du fait de la dimension abstraite du principe d'impartialité utilisé par les juges de la rue Montpensier. La question de la conformité de l'autosaisine aux droits et libertés que la Constitution garantit a été posée explicitement, dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel s'est trouvé saisi de la constitutionnalité de l'expression « se saisir d'office », applicable aux tribunaux de commerce, en 2012². C'est alors que les juges considèrent qu'il résulte du principe d'impartialité « qu'en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée ». Le Conseil affirme alors avec vigueur l'inconstitutionnalité de la technique de l'autosaisine. Toutefois, poursuit le Conseil, « si la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité »³.

Se met ainsi au jour l'« intransigeance »⁴ du juge constitutionnel à l'égard de l'autosaisine en matière pénale : celle-ci ne saurait faire l'objet d'une quelconque justification et semble contraire à la Constitution, *per se*, dans la mesure où elle s'assimile au cumul prohibé des fonctions de poursuite et de sanction. En dehors du champ particulier des

¹ F.-X. LUCAS, « Interdiction de gérer sur saisine d'office », *D.*, 2001, p. 1069.

² Cons. const., décision n° 2012-286 QPC du 7 déc. 2012, *Société Pyrénées services et autres*, *JORF* du 8 déc. 2012, p. 19279 : *D.*, 2013, p. 338, note VALLENS.

³ Cons. const., décision n° 2012-286 QPC du 7 déc. 2012, *Société Pyrénées services et autres*, *préc.*, consid. 4.

⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.*, 2013, p. 28, spéc. p. 31.

sanctions ayant le caractère d'une punition, dont on sait qu'il fait l'objet d'un encadrement constitutionnel particulier et strict, l'autosaisine est justifiable, sous certaines conditions¹.

Or, le débordement du principe constitutionnel d'impartialité sur la sphère administrative n'a été réalisé que dans le champ des sanctions ayant le caractère d'une punition. Il apparaît dès lors que l'autosaisine des autorités administratives indépendantes en matière de sanction est inconstitutionnelle. En effet, les censures prononcées par le Conseil constitutionnel, à propos de certaines autorités de régulation exerçant leur pouvoir de sanction, mettent en cause la confusion des fonctions. À ce titre, ces autorités jouissaient d'un pouvoir d'autosaisine, parfois implicite, puisque l'autorité compétente pour engager les poursuites se trouvait être la même que l'autorité compétente pour prononcer la sanction, au terme de la procédure. Cette faculté est clairement condamnée par le Conseil constitutionnel, dès 2011². Plus spécifiquement, dans sa décision rendue à propos de l'Autorité de la concurrence, le Conseil constitutionnel examine la constitutionnalité d'un dispositif mettant en place le pouvoir d'autosaisine explicitement reconnu à cette autorité. Pour valider le mécanisme, le Conseil constitutionnel se fonde sur la circonstance que la saisine d'office doit être proposée par le rapporteur général, dont l'indépendance à l'égard du collège est jugée satisfaisante. Partant, le Conseil considère « qu'au regard de ces garanties légales, dont il

¹ L'autosaisine du tribunal doit, d'une part, poursuivre un motif d'intérêt général – en l'espèce, permettre qu'une procédure de redressement judiciaire « ne soit pas retardée afin d'éviter l'aggravation irrémédiable de la situation de l'entreprise ». D'autre part, l'autosaisine doit être entourée de garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité. Or, en l'espèce, le Conseil relève qu'aucune disposition ne fixe « les garanties légales ayant pour objet d'assurer qu'en se saisissant d'office, le tribunal ne préjuge pas sa position lorsque (...) il sera appelé à statuer sur le fond du dossier » ; c'est dans cette mesure que l'autosaisine du tribunal de commerce telle que prévue par la loi est contraire à la Constitution. Si le Conseil constitutionnel est peu disert quant à la teneur de ces garanties, on peut considérer, *a contrario*, que « la seule garantie procédurale de l'impartialité est la séparation fonctionnelle à l'intérieur des juridictions ou de tout organisme qui prend des décisions en matière non pénale » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine... », *art. préc.*, p. 33). En effet, il semble délicat d'imaginer d'autres garanties légales de l'impartialité du tribunal qui s'autosaisit, dès lors que les dispositions législatives sont contrôlées de manière abstraite. Cette ligne jurisprudentielle est réaffirmée par la suite, par la censure de mécanismes d'autosaisine insuffisamment encadrés (v. Cons. const., décision n° 2013-352 QPC du 15 nov. 2013, *Société Mara Télécom et autre*, *JORF* du 17 nov. 2013, p. 18694 ; Cons. const., décision n° 2013-368 QPC du 7 mars 2014, *Société Nouvelle d'exploitation Sthrau hôtel*, *JORF* du 9 mars 2014, p. 5034 ; Cons. const., décision n° 2013-372 QPC du 7 mars 2014, *M. Marc V.*, *JORF* du 9 mars 2014, p. 5036). Toutefois, le Conseil constitutionnel valide par la suite la faculté pour un tribunal de commerce de se saisir d'office, en considérant que le « respect du principe du contradictoire » est propre à garantir l'impartialité de la procédure. Cette décision peut être vue comme un acte de réalisme jurisprudentiel, sans que l'on sache exactement en quoi le respect de ce principe garantit l'absence de préjugement ; ni, rétrospectivement, comment les procédures censurées méconnaissaient ce principe (Cons. const., décision n° 2014-399 QPC du 6 juin 2014, *Société Beverage and Restauration Organisation SA*, *JORF* du 8 juin 2014, p. 9673). Il apparaît cependant que cette décision, rendue à propos de la procédure de renvoi au terme de la période d'observation, prend en compte la particularité de cette procédure, dans la mesure où la décision du tribunal, même prise d'office, n'implique pas de préjugement, contrairement à la décision initiale (v. notamment consid. 9 ; v. également, pour une confirmation, Cons. const., décision n° 2014-438 QPC du 16 janv. 2015, *SELARL GPF Claeys*, *JORF* du 18 janv. 2015, p. 842).

² Cons. const., décision n° 2011-200 QPC du 2 déc. 2011, *Banque Populaire Côte d'Azur*, *préc.*

appartient à la juridiction compétente de contrôler le respect, la saisine de l'Autorité de la concurrence n'opère pas de confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction »¹. Il est dès lors impossible de parler d'autosaisine, à proprement parler. Dans le cadre ainsi tracé, il appartient au juge administratif de vérifier l'absence de doute sur l'impartialité de la procédure, ce qu'il fait de manière parfois surprenante².

L'abstraction impliquée par la sanction constitutionnelle d'un principe d'impartialité hissé au rang suprême met ainsi fin à une pratique pourtant caractéristique, non seulement des autorités de régulation, mais, plus largement, de l'Administration tout entière. Il faut alors retourner aux sources de cette solution et s'interroger sur son opportunité.

On se souvient que l'excroissance du procès équitable dans la sphère administrative est née de l'ambiguïté d'une autorité particulière, la Commission bancaire qui, lorsqu'elle statue en matière disciplinaire, est une juridiction³. De cette particularité, se déduisait logiquement l'imposition des garanties du procès équitable, dans la mesure où le seul recours ouvert à l'encontre des décisions de la Commission bancaire était un recours en cassation, impropre à garantir le droit au procès équitable de la personne sanctionnée.

En revanche, pour ce qui est des autres autorités de régulation, administratives, c'est un recours de pleine juridiction qui est ouvert au requérant, en vertu de la jurisprudence *ATOM*⁴. N'est-il pas dès lors plus opportun de garantir ce droit au recours, entouré de toutes les garanties nécessaires, tout en sauvegardant l'autonomie organisationnelle des autorités de régulation, pour une efficacité renforcée ? Il y a certes un risque de préjugement, lors de la

¹ Cons. const., décision n° 2012-280 QPC du 12 oct. 2012, *Société Groupe Canal Plus, préc.*, consid. 21. Le Conseil constitutionnel rappelle que le juge ordinaire est chargé de s'assurer de la garantie concrète de l'impartialité de l'autosaisine, dans la mise en œuvre de ce pouvoir. Le Conseil d'État opère ainsi ce contrôle en s'assurant que le rôle joué par le collège dans la mise en œuvre des poursuites n'implique pas de préjugement des faits susceptibles de faire l'objet d'une sanction (v. notamment CE Ass., 21 déc. 2012, *Société Groupe Canal Plus*, n° 353856, *Lebon* p. 430 : *RFDA*, 2013, p. 55, concl. DAUMAS).

² Dans la suite de l'affaire *Canal Plus*, le Conseil d'État examine le grief tenant à la saisine d'office. Il reproduit alors sa jurisprudence passée, quelque peu amendée par les exigences constitutionnelles ; toutefois, le Conseil considère que « la circonstance que plusieurs personnes ayant décidé de cette saisine aient participé au délibéré » n'est pas de nature à emporter une violation du principe d'impartialité. Or, on peut penser que cette circonstance fait partie de celles qu'un contrôle concret de l'impartialité, appelé de ses vœux par le Conseil constitutionnel, devrait purger (CE Ass., 21 déc. 2012, *Société Groupe Canal Plus*, n° 353856, *préc.*). Des auteurs ont pu considérer que le Conseil d'État a « approfondi, sans l'infléchir en rien, le sillon jurisprudentiel amorcé par la décision *Société Habib Bank Limited* », dont on pouvait pourtant penser qu'il avait été largement remis en cause par l'évolution de la jurisprudence à la fois conventionnelle et constitutionnelle (X. DOMINO & A. BRETONNEAU, « Concentrations : affaires *Canal plus*, décodage », *AJDA*, 2013, p. 215).

³ V. *supra*, première partie, titre second, chapitre II, section 2.

⁴ CE Ass., 16 févr. 2009, *Société ATOM*, n° 274000, *Lebon* p. 25, concl. LEGRAS : *AJDA*, 2009, p. 583, chron. LIÉBER & BOTTEGHI ; *Dr. adm.*, 2009, comm. 30, note MELLERAY.

phase administrative de sanction, dans l'hypothèse où les fonctions de poursuite et de sanction sont confondues. Toutefois, les recours de pleine juridiction permet une vérification du bien fondé de la sanction et, au besoin, un ajustement de la décision administrative, puisque le juge substitue son appréciation à celle de l'Administration¹. Il faut en outre rappeler que le principe d'impartialité, pris dans sa dimension objective, n'affecte que la légalité externe de l'acte : il est dès lors difficile de parler d'un vice irrémédiable affectant la décision de sanction.

Par ailleurs, les sanctions prononcées par l'Administration, qu'elles soient administratives ou disciplinaires, sont majoritairement prises par des autorités administratives classiques, non soumises à l'exigence d'impartialité ainsi interprétée². Y a-t-il pour autant une violation insupportable des droits fondamentaux des personnes sanctionnées³ ? Tel ne semble pas être le cas, du fait, d'une part, de l'existence d'un recours juridictionnel satisfaisant et, d'autre part, de la sanction systématique de la partialité subjective. La solution du recours juridictionnel n'est pas sans inconvénients, lorsqu'il est question des autorités administratives indépendantes, puisque, à l'heure actuelle, ce recours s'exerce généralement devant le Conseil d'État, qui statue en dernier ressort, ce qui exclut non seulement le double degré de juridiction, mais également le contrôle de cassation. On peut toutefois considérer qu'il serait plus cohérent que le droit au recours soit exercé devant de véritables juridictions, afin que le « droit à la décision initiale » de l'Administration soit sauvegardé et que l'état du droit en la

¹ Un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu en 2009 illustre parfaitement le problème : après avoir annulé la décision du Conseil de la concurrence pour méconnaissance du principe d'impartialité, du fait de la participation du rapporteur au délibéré, la Cour examine le fond de l'affaire pour considérer que la société requérante a enfreint les règles du droit de la concurrence et prononce plusieurs sanctions à son encontre (CA Paris, 16 juin 2009, *Société Colas Midi Méditerranée*, n° 2008/01540).

² La jurisprudence applicable aux sanctions administratives prononcées par l'administration hiérarchisée illustre le fossé qui la sépare de la situation qui prévaut devant les autorités indépendantes : saisi d'un recours à l'encontre d'un régime de sanction administrative de ce type, le Conseil d'État rappelle d'abord que « ni l'article 6 de la convention européenne (...), ni l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'excluent qu'une sanction ayant le caractère d'une "accusation en matière pénale" (...) soit prononcée par une autorité administrative, sous le contrôle du juge, à la condition que celui-ci puisse opérer un entier contrôle sur tous les éléments de droit et de fait qui lui sont soumis » ; en outre, le Conseil considère que « les exigences d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne s'appliquent pas à une autorité administrative telle que le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi », de sorte que le cumul du « pouvoir d'agir » et du pouvoir de prononcer des sanctions « ne porte (...) aucune atteinte au principe d'impartialité s'imposant à toute autorité administrative » (CE, 26 avril 2017, *Syndicat SUD travail affaires sociales*, n° 400971, inédit). Partant, la garantie des droits, tout comme le droit au recours, sont sauvegardés par l'existence du recours de pleine juridiction exercé devant un tribunal satisfaisant aux exigences du procès équitable.

³ On peut certes considérer que « punir, ce n'est pas administrer, c'est juger. Et juger avec une apparence de partialité, c'est supporter qu'il n'y ait point de Constitution », pour reprendre la logique de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (M.-A. FRISON-ROCHE, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *art. préc.*, p. 33). Mais punir au travers d'une décision administrative, contestable par la voie d'un recours de pleine juridiction n'est-il pas de nature à neutraliser l'irréductible apparence de partialité ?

matière soit plus clair¹. Cependant, en l'état actuel de la jurisprudence, une telle solution impliquerait un abandon de la garantie d'impartialité consacrée par le Conseil constitutionnel, ce qui semble inenvisageable, alors même que la Cour européenne des droits de l'homme a toujours reconnu cette possibilité. Dès lors, c'est uniquement dans le sens de la reconnaissance du caractère juridictionnel des organes de sanction que le droit peut évoluer vers la cohérence².

En outre, si un certain nombre d'auteurs s'étonne de l'exiguïté du champ d'application à la sphère administrative du principe constitutionnel d'impartialité³, d'autres affirment que le principe d'impartialité pourrait trouver à s'appliquer dans de nombreuses autres hypothèses, appelant de leurs vœux une emprise accrue de l'impartialité constitutionnelle – celle qui consiste, *in fine*, en la séparation des fonctions – sur la sphère administrative⁴. Pour Jean-Bernard Auby, la « poussée de l'exigence d'impartialité » peut se traduire non seulement par des « adaptations procédurales », mais également par des « ajustements structurels », qu'il appelle de ses vœux. Il appelle ainsi à « partir à la recherche d'une nouvelle théorie de la séparation des pouvoirs dans l'État »⁵ – on dirait plus volontiers une théorie « des séparations », au sens où Hauriou l'entendait. L'enjeu est alors clairement placé au niveau constitutionnel.

Il semble pourtant malaisé de souscrire à ces opinions, tant le progrès escompté se ferait au prix d'une désorganisation de l'activité administrative qui pourrait confiner à la

¹ Pour une opinion inverse, v. F. BRUNET, « De la procédure au procès... », *art. préc.*, p. 124 : l'auteur penche plutôt pour un respect intégral des garanties du procès équitable devant les autorités de régulation indépendantes et, par conséquent, pour la transformation de l'organe de sanction de ces autorités en véritable juridiction. L'état du droit est dès lors bien « à la croisée des chemins » (*ibid.*, p. 124), mais il ne semble y avoir qu'une seule voie possible.

² On observe par ailleurs un glissement sémantique lourd de signification, dans la jurisprudence constitutionnelle : alors que, dans sa décision *Canal Plus*, le Conseil évoque la séparation « entre les fonctions de poursuite (...) et les pouvoirs de sanction », ces derniers sont qualifiés, dans les décisions ultérieures, de « fonctions de jugement des (...) manquements », ce qui rapproche plus encore l'organe de sanction des autorités indépendantes de la juridiction (v., entre autres, Cons. const., décision n° 2013-331 QPC du 5 juill. 2013, *Société Numéricâble SAS et autre, préc.*, consid. 12 ; Cons. const., décision n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017, *Société Barnes et autres, préc.*, consid. 10)

³ Gabriel Eckert relève ainsi la « double limitation » du domaine d'application du principe, que la jurisprudence constitutionnelle rend « très étroit » (G. ECKERT, « Le principe constitutionnel d'impartialité... », *art. préc.*, p. 691).

⁴ Pour Jean-François Brisson, une « interprétation exigeante de l' "impartialité objective" (...) peut conduire en effet à proscrire (...) la confusion des pouvoirs de réglementation, d'enquête et de sanction dans les mains d'une seule et même autorité, fût-elle indépendante » (J.-F. BRISSON, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme... », *art. préc.*, p. 847). Jean-Bernard Auby semble être du même avis, à propos des questions d'urbanisme (v. J.-B. AUBY, « Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme », *art. préc.*, p. 36).

⁵ J.-B. AUBY, « Impartialité et séparation des fonctions de l'administration », *art. préc.*

paralysie¹. Il est tout à fait compréhensible que le juge constitutionnel mette les sanctions administratives au diapason des principes fondamentaux de la procédure pénale et, notamment, la séparation des fonctions d'accusation et de jugement. Reproduire ce schéma décisionnel en l'étendant à d'autres cumuls de fonctions qui ne comportent pas le même risque de partialité intrinsèque paraît alors aussi disproportionné qu'illusoire. L'impartialité étant toujours liée à la volonté individuelle, on comprend pourquoi l'emprise constitutionnelle et abstraite du principe ne peut demeurer que limitée : sa garantie est nécessairement concrète et casuistique, c'est-à-dire qu'elle doit être opérée par le juge de l'Administration, saisi d'un recours à l'encontre d'une décision particulière². Partant, il n'est nul besoin de recourir à un principe constitutionnel, dans cette optique, ce que les juges ont toujours refusé³. En outre, le problème de la base constitutionnelle d'un principe ainsi élargi se poserait, dans la mesure où l'article 16 de la Déclaration de 1789, d'où découlent les principes du procès équitable, ne saurait être utilisé au-delà de son champ d'application actuel.

Le contexte organique, préalable et exogène, d'indépendance des autorités de régulation forme un terreau favorable à l'épanouissement d'un principe constitutionnel d'impartialité, limité à la spécificité irréductible de l'activité consistant à infliger une sanction : dans ce cas de figure, l'autorité administrative est désormais conçue comme une

¹ François Brunet esquisse cette idée, même si la formule est maladroite : « Exiger de l'administration une constante impartialité, c'est la condamner à l'impuissance » (F. BRUNET, « De la procédure au procès... », *art. préc.*, p. 124).

² C'est le sens que l'on peut donner au considérant de la décision de 1989, rendue à propos de la Commission des opérations de bourse, la seule à mentionner l'impartialité en dehors de la matière pénale : « [Cons.] que l'absence d'un régime d'incompatibilité n'est pas de nature à altérer cette indépendance dès lors que la Commission des opérations de bourse est, à l'instar de tout organe administratif, soumise à une obligation d'impartialité pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence et aux règles déontologiques qui en découlent » (Cons. const., décision n° 89-260 DC du 28 juill. 1989, *préc.*, consid. 10). On comprend ainsi que l'instauration de garanties d'impartialité dans la loi est optionnelle, dans la mesure où l'obligation d'impartialité existe sans texte et se trouve sanctionnée par le juge.

³ Le Conseil constitutionnel reconnaît implicitement, dans ses décisions fondatrices encadrant l'existence des autorités administratives indépendantes, la possibilité de cumuler une fonction administrative et un pouvoir de sanction (v. Cons. const., décision n° 88-248 DC du 17 janv. 1989, *préc.*, consid. 27). La jurisprudence administrative ne voit aucune raison de remettre en cause certains cumuls de fonction, malgré les invitations des requérants en ce sens : le Conseil d'État considère, de manière générale, que « l'attribution par la loi à une autorité administrative du pouvoir de fixer les règles dans un domaine déterminé et d'en assurer elle-même le respect, par l'exercice d'un pouvoir de contrôle (...) et de sanction (...) ne contrevient pas aux exigences rappelées par l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (CE, 30 juill. 2003, *Banque d'escompte et Wormser frères réunis*, n° 238169, *Lebon* p. 351 : *LPA*, 20 févr. 2004, p. 3, concl. GUYOMAR ; *AJDA*, 2004, p. 26, note LAGET-ANNAMAYER ; *Dr. adm.*, 2003, comm. 233, obs. LOMBARD. V. également CE 26 juill. 2007, *Piard*, n° 293908, *préc.*). Dans ses conclusions, Matthias Guyomar exprime explicitement l'idée qu'il faut éviter de « faire d'un tel principe [d'impartialité] le levier de la remise en cause des fondements de notre système de régulation » (M. GUYOMAR, « Concl. sur CE, 30 juill. 2003, *Banque d'escompte et Wormser frères réunis* », *LPA*, 20 févr. 2004, p. 3). Le même constat s'impose à propos des autorités administratives non indépendantes (CE, 12 févr. 2014, *Union fédérale des enquêteurs de droit privé*, n° 365073, inédit).

juridiction. C'est donc toute l'ambiguïté du principe d'impartialité, de l'Administration cette fois, qui est ainsi mise au jour, dans sa garantie concrète comme dans ses conséquences pratiques.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'incompatibilité décrétée entre deux fonctions est un second moyen, à côté de l'obligation d'abstention, de garantir l'impartialité objective de l'Administration. L'état actuel du droit, en matière d'incompatibilités, illustre leur position délicate. Elles doivent, en général, être posées par un texte, sans quoi le juge administratif s'expose au reproche d'adopter un « esprit réglementaire »¹. Toutefois, elles sont porteuses d'une certaine rigidité, dans la mesure où elles aboutissent à la reconnaissance d'une présomption irréfragable de partialité, qui ne saurait être renversée par une quelconque circonstance particulière. Par conséquent, elles cadrent mal avec l'équilibre progressivement atteint, dont le point focal est le contrôle opéré par le juge de l'Administration, concret et casuistique, de l'impartialité des agents, au cours d'une procédure particulière. Partant, c'est le vaste mouvement de subjectivation du droit administratif et, avec lui, le renforcement de la position du juge², qui emporte ce système d'incompatibilités, devenu quasi-obsolète, en dehors de l'obligation faite au législateur de prévoir des régimes d'incompatibilités, au nom de textes de valeur supra-législative.

C'est ici que l'ambiguïté se fait jour : alors que la tendance générale est à un abandon progressif des incompatibilités, porteuses d'abstraction et peu adaptées à la position institutionnelle de l'administration contemporaine, il est des domaines où les incompatibilités sont rendues indispensables et doivent être mises en place par le législateur. Ce domaine se réduit, *in fine*, à l'exercice du pouvoir de sanction des autorités indépendantes, où les juges ont fait montre d'une volonté constante d'approfondir la garantie des droits fondamentaux, parmi lesquels le droit à un tribunal impartial, par une interprétation transcendant les catégories traditionnelles du droit administratif. C'est alors que la rigueur des effets de l'incompatibilité se manifeste, puisque les exigences du principe d'impartialité deviennent structurelles et rejaillissent sur l'architecture institutionnelle de l'Administration. On comprend dès lors que le maniement du principe ainsi entendu soit limité, tant ses effets peuvent être porteurs d'une désorganisation de l'activité administrative. Il n'en demeure pas moins que l'incompatibilité est une technique autonome permettant la garantie de

¹ M. TOUZEIL-DIVINA, « Impartialité rassurante et pragmatique en milieu académique », *JCP Adm.*, 2017, act. 442.

² Sur l'évolution du rôle du juge à la suite la subjectivation grandissante du droit administratif, v. B. SEILLER, « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaine du contentieux », *in AFDA, Les droits publics subjectifs des administrés, op. cit.*, p. 191. Plus généralement, sur la subjectivation du droit, v. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, « Forum », 1996, p. 121 et s.

l'impartialité de l'Administration, obéissant à une logique propre, marquée par l'abstraction, à l'inverse de l'obligation d'abstention.

Conclusion du titre second

L'examen du droit positif montre à quel point l'administration contemporaine s'est ouverte, progressivement mais depuis longtemps, aux exigences d'une impartialité apparente de ses agents, voire de ses institutions. Si la distinction entre impartialité subjective et impartialité objective est bien comprise, il est faux d'affirmer que l'Administration ne serait soumise qu'à une obligation d'impartialité subjective, tant l'emprise des mécanismes de garantie objective de l'impartialité est importante, dans la sphère administrative. C'est un mouvement de renforcement continu de ces mécanismes qui caractérise la période contemporaine, tant le souci de restaurer, si ce n'est de sauvegarder, la confiance des citoyens envers leur Administration a émergé au centre du débat politique. Ainsi, c'est par diverses voies que la garantie de l'impartialité de l'Administration s'est vue renforcée.

D'abord, par le volet déontologique, dont la juridicisation est porteuse d'objectivation. La transparence, qui n'est pas une fin en soi, mais qui est orientée vers une restauration de la confiance du public, permet une ouverture aux apparences de l'impartialité, notamment au travers de l'émergence de la notion de conflit d'intérêts, devenue centrale dans les textes récents. C'est alors au législateur qu'il incombe de renforcer les outils de prévention des atteintes à l'impartialité, en étayant la réglementation déontologique, devenue substantielle, ne serait-ce que dans un texte aussi fondamental que le statut général de la fonction publique. L'impartialité, dans sa double dimension, joue alors ce rôle fédératif propre au principe juridique : les règles qui en découlent ne se comprennent qu'à l'aune de la signification du principe. C'est bien les exigences liées à la protection de l'impartialité apparente de l'Administration qui permettent de comprendre l'émergence des dispositifs de prévention, qui n'ont pas de sens en dehors de cette nécessité.

Ensuite, c'est par la voie des droits et libertés fondamentaux que l'exigence d'impartialité administrative a opéré sa mue. Alors que la thématique est longtemps demeurée étrangère au problème, une interprétation volontariste des textes garantissant les droits et libertés fondamentaux a permis d'étendre le champ du droit au procès équitable au-delà de la notion de juridiction, pour atteindre certaines administrations. L'emprise est certes limitée, mais les effets sont particulièrement illustratifs du fonctionnement du principe d'impartialité, dès lors qu'il est manié dans sa dimension abstraite.

Ainsi, la présomption de partialité, au travers des deux mécanismes distincts de garantie de l'impartialité apparente – l'obligation d'abstention et l'incompatibilité – gagne

indéniablement en substance, dans le droit administratif contemporain et remet progressivement en cause la présomption d'impartialité dont bénéficiaient jadis les institutions administratives.

Conclusion de la seconde partie

L'étude de la concrétisation du principe d'impartialité de l'Administration au travers d'un système présomptif permet d'en saisir le fonctionnement. Si l'Administration bénéficie originairement d'une présomption de partialité quasi généralisée, quoiqu'implicite, on constate que cette situation tend à s'inverser, à mesure que le doute sur l'impartialité des agents de l'Administration peut être discuté, dans un contexte général qu'il faut garder à l'esprit. Ce système présomptif est à même de permettre une compréhension globale de la mise en œuvre du principe, là où beaucoup de distinctions exégétiques s'étaient considérablement obscurcies.

La double dimension du principe, à la fois déontologique et procédural, entraîne une certaine complexité de sa mise en œuvre. Sa concrétisation révèle un certain nombre de règles : une obligation déontologique d'impartialité subjective, à laquelle s'ajoute une garantie objective de l'impartialité qui se matérialise par l'obligation de ne pas faire douter de son impartialité, en s'abstenant de prendre part à certaines décisions ou en étant empêché *a priori* par une règle d'incompatibilité. L'approfondissement de la garantie d'impartialité révèle également un certain nombre de règles corollaires, destinées à renforcer l'effectivité de la protection de l'impartialité. La sanction de la méconnaissance de ces règles emprunte des voies très nombreuses, au contentieux : ainsi, la partialité, réelle ou apparente, peut être saisie par le juge à des titres aussi divers que le contentieux de la légalité, de la responsabilité disciplinaire, civile, voire pénale. L'évolution du système de garantie de l'impartialité met également au jour une tendance à la prévention, censée écarter le juge en dissipant *a priori* toute suspicion de partialité apparente.

Au vu des avancées récentes de la garantie de l'impartialité des gouvernants et des agents publics, il est permis de souhaiter que le système de protection de l'impartialité de l'Administration se mette à leur diapason. Il semble ne plus y avoir d'obstacle déterminant à ce que le juge, dans chaque espèce, puisse procéder à son appréciation concrète de l'impartialité de tout agent qui a participé à l'élaboration de l'acte administratif. Ceci équivaudrait à une conversion intégrale à une approche objective. Cela ne signifie pas pour autant que le juge participerait à la paralysie de l'action administrative : plutôt que de rejeter les griefs, sans les avoir observés, il est tout à fait possible de les rejeter, au terme d'une analyse concrète, en considérant qu'ils ne suffisent pas à faire douter de l'impartialité de l'Administration. Alors, le juge devrait procéder à une véritable mise en balance des

exigences en jeu : la garantie de l'impartialité apparente de l'Administration, confrontée à l'efficacité de l'action administrative. D'autant que l'office renouvelé du juge administratif, en matière de vice de procédure, lui donnerait tous les outils nécessaires pour éviter des annulations abusives, par la neutralisation d'un nombre grandissant d'irrégularités procédurales. Les motivations et les limites nécessaires à la quête de l'impartialité administratives seraient alors plus claires, ce qui semble souhaitable, dans une société qui attend précisément une telle démarche de la part du juge, vers lequel elle se tourne toujours plus volontiers.

Conclusion générale

« La démocratie, comme forme politique et forme de gouvernement, n'a pas pour objet de surmonter (*Aufhebung*) ou de dépasser la domination organisée dans l'État. Elle vise au contraire à une certaine organisation de cette domination. Le pouvoir supérieur de l'État et, avec lui, la domination des hommes par des hommes, sont maintenus, dans la démocratie aussi. Il ne se dissout ni en une identité (mal comprise) des gouvernants et des gouvernés, ni dans un discours libre de toute domination. »¹ Le principe d'impartialité de l'Administration participe essentiellement à l'organisation de cette domination des hommes par les hommes, en ce qu'il vise à empêcher que l'action de l'Administration ne dévie de sa finalité initiale. Il organise cette distance nécessaire des agents publics : par rapport aux administrés, à leurs propres intérêts personnels, d'une part ; et au sein même de l'Administration, d'autre part. Il apparaît ainsi comme un principe structurant de l'action administrative, tant sur le plan de l'éthique des agents que sur celui de l'organisation institutionnelle de l'Administration, dans un système raisonnablement fondé sur « l'économie de la vertu »². Il illustre également une certaine maturité d'un système de droit public : l'homme qui veut se soumettre au droit, plutôt qu'à d'autres hommes, n'oublie pas que ce droit est créé et appliqué par des hommes. Exiger que l'impartialité de ces hommes soit garantie résulte alors de cette prise de conscience et vise à éviter de faire « comme si on tordait une règle avant de s'en servir pour prendre la mesure »³.

Toutefois, la juridicisation de l'exigence d'impartialité peut aussi susciter des appréciations plus nuancées. Exigence de bon sens, cette « chose du monde la mieux partagée », l'impartialité devrait se passer du recours à une garantie juridique ; ce serait alors compter sur la déontologie de chaque agent. L'évolution du droit public contemporain montre à quel point ce n'est pas l'orientation choisie. Ainsi, l'affirmation selon laquelle l'impartialité est un principe structurant peut apparaître contestable, tant le principe d'impartialité de l'Administration s'avère également discret, en droit positif comme en doctrine. Outre que

¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Principes de la démocratie, forme politique et forme de gouvernement », *art. préc.*, p. 278.

² B. ACKERMAN, *Au nom du peuple : les fondements de la démocratie américaine*, trad. J.-F. SPITZ, Paris, Calmann-Lévy, 1998, p. 254. Pour l'auteur, l'instauration de la Constitution démocratique états-unienne met en place un système qui « s'efforce d'économiser la vertu », partant du constat des auteurs du *Fédéraliste* que « l'institution de pouvoirs délégués suppose qu'il existe, en ce monde, quelque vertu et quelque honnêteté, sur lesquelles on puisse établir raisonnablement la confiance » (HAMILTON, *Le fédéraliste*, n° 76).

³ ARISTOTE, *Rhétorique*, *op. cit.*, p. 38.

l'impartialité est presque naturellement associée à la figure du juge, c'est la difficile objectivation d'une exigence essentiellement subjective qui explique cette discrétion : la sanction de la méconnaissance de l'impartialité se passe aisément du recours à la formulation explicite d'un principe, ou de l'inscription de cette maxime dans un texte ; la casuistique a longtemps suffi au juge, dans son entreprise de régulation des risques de partialité, présumés ou réalisés. Par ailleurs, l'assimilation de l'impartialité à d'autres principes, plus connus, fait peser sur celle-ci le risque de ne pas être appréhendée pour ce qu'elle est. Cependant, distinguée comme il se doit de notions proches, il s'avère que l'impartialité de l'Administration est un principe à la fois autonome et fondamental. Bien que « le nœud gordien de l'impartialité se trouve substantiellement dans la sagesse et l'éthique de l'homme »¹, on peut considérer que l'impartialité est un principe structurant de la procédure administrative, aux côtés des principes dont l'identification est plus sûre – tels que le contradictoire, la motivation des actes administratifs, *etc.* – en ce qu'il vise à garantir la possibilité même d'une procédure administrative. En cela, le principe d'impartialité participe à la « rationalisation » de l'activité de l'Administration, qui, au cours des décennies, est passé du statut de « néologisme audacieux »² à celui de réalité sensible, dans l'ordre du discours à tout le moins.

En outre, le principe d'impartialité de l'Administration apparaît comme « la parfaite illustration de la complexité contemporaine du droit »³. En effet, son champ d'application apparaît morcelé, du fait de références normatives extrêmement diverses. Par-delà ce phénomène de pluralité des sources, c'est aussi l'émergence d'une concurrence des juges, qui renforce ce constat. Le manque de centralisation des mécanismes de garantie des droits fondamentaux conduit nécessairement à des solutions potentiellement divergentes, au risque d'une cohérence amoindrie de l'édifice juridique.

Par là, le principe d'impartialité, appliqué à l'Administration, illustre également la centralité du rôle du juge, dans la garantie des règles qui en découlent. Si l'importance du juge traverse les époques, notamment en droit administratif – à ce titre, la contribution du Conseil d'État au façonnage du principe d'impartialité est majeure –, on peut constater que son rôle a

¹ H. MOUANNÈS, « L'impartialité de la justice, une question prioritaire de constitutionnalité », *RFDC*, 2012, p. 603, spéc. p. 614. L'auteur relativise immédiatement ce propos en considérant que cette éthique « agit sur le droit ».

² G. RENARD, « L'organisation rationnelle de l'État », *in idem, La théorie de l'institution*, Paris, Sirey, 1930, p. 537.

³ G. ECKERT, « Le principe constitutionnel d'impartialité... », *art. préc.*, p. 693.

changé. Le statut de la justice dans l'État contemporain, caractérisé par une forte « emprise » de juges « émancipés »¹, n'est que le reflet de ce que son rôle social est devenu primordial. Le pouvoir qui leur est reconnu de formuler, de manière définitive, une large partie du contenu de la garantie d'impartialité de l'Administration et d'en déterminer le champ d'application, face à une règle objective de droit écrit en déclin, n'est qu'un symptôme parmi d'autres des tendances lourdes du droit, spécialement administratif. La manière dont les juges ordinaires se sont saisis de la garantie d'impartialité de l'Administration prétendument inscrite dans la Convention européenne des droits de l'homme n'est que l'acmé d'un mouvement sensiblement plus large dans ses assises.

Plus largement, c'est la question de l'objectivité de la norme qui est posée : si elle se révèle dans chaque cas d'espèce, par son application concrète, ses contours généraux semblent plus flous, tant les circonstances de fait qui entourent cette application influent sur le contenu même de la norme. Cela n'est pas sans rappeler qu'« une norme n'"appréhende" une situation complexe du monde vécu que d'une manière toujours sélective, à partir de points de vue qu'elle se donne préalablement comme pertinents, alors que l'état de choses qui se constitue à travers elle n'épuise jamais le contenu de signification vague d'une norme générale »². Ce constat pourrait être vertigineux et anxiogène pour le chercheur. Il invite au contraire à une certaine modestie, lorsque vient le moment de tirer les conclusions d'une recherche.

L'étude du principe d'impartialité de l'Administration permet aussi de porter un autre regard sur l'évolution contemporaine du statut des pouvoirs publics. Elle permet de saisir les enjeux liés à la personnalisation du droit administratif : par-delà l'agent public, le gouvernant, c'est une personnalité individuelle qui doit se révéler, tant les apparences de partialité sont devenues moins tolérables. La transparence, qui prend de multiples visages, permet aussi de mettre au jour la personnalité de celui qui est titulaire d'un pouvoir exorbitant, ce qui vient relativiser, si ce n'est annihiler le constat de ce que le droit administratif est traditionnellement « de l'ordre des disciplines objectives et impersonnelles »³. L'impartialité, dans sa dimension objective, est formelle : elle invite à se demander « qui a voulu pour le compte de

¹ J. KRYNEN, *L'État de justice...*, t. II, *op. cit.*, p. 15 et s.

² J. HABERMAS, *Droit et démocratie...*, *op. cit.*, pp. 219-220. Il en résulte alors que « le sens de la loi ne se concrétise qu'en toutes ces applications » (GADAMER, *op. cit.*, p. 348).

³ J.-B. AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », *art. préc.*

l'Administration ? » et à déduire des conséquences de pure forme, si l'impartialité de l'agent est douteuse – sa mise à l'écart du processus de décision ou son remplacement.

Cette dernière remarque doit appeler à la prudence, comme face à tous les mécanismes tenant à la « moralisation » de l'action publique. Si ce mouvement du droit public contemporain semble inéluctable, il ne faut pas oublier qu'il est vide de tout contenu et ne peut constituer à lui seul un horizon politique¹. Le risque est grand, en cherchant à tout prix la figure d'un agent « impartial, aseptisé, désincarné »², de se désintéresser du contenu pour privilégier la forme. Les théories de la démocratie dite délibérative, pour séduisantes qu'elles soient dans une société complexe, visent à améliorer le processus décisionnel en maximisant l'information et en évacuant tout risque de partialité de la part des participants ; ce n'est pas pour autant qu'elles réaliseront les consensus sur le fond des décisions, car « il y a des différences d'opinions, morales et politiques, qui ne découlent ni des préjugés ni de l'ignorance »³.

D'autant qu'il est à tout le moins malaisé de réduire un individu à ses déclarations de patrimoine et d'intérêts, malgré ce qu'il y a de raisonnable à présumer qu'un individu privilégiera ses intérêts personnels. Il faut garder à l'esprit qu'il n'est sans conséquence de faire peser une suspicion systématique sur les agents de l'Administration : c'est pourtant le résultat de chaque progrès de la théorie des apparences, en la matière. Les avertissements en ce sens ne manquent pas, et ils semblent entendus, tant la concrétisation du principe d'impartialité est empreinte de prudence ; mais cette prudence semble remise en cause chaque jour par l'organisation toujours plus approfondie de la « société de la défiance », dont les effets pourraient s'avérer contre-productifs. À trop rechercher « l'organisation de la

¹ Pour Pierre Rosanvallon, « la perspective de la transparence se substitue dorénavant à un exercice de la responsabilité que l'on a désespéré de pouvoir organiser ; elle accompagne une sorte d'abandon des objectifs proprement politiques au profit d'une valorisation des qualités physiques et morales ». L'auteur va jusqu'à parler d'une « véritable idéologie de la transparence », qui s'est « peu à peu érigée en lieu et place de l'idéal démocratique » substantiel ; ainsi, « la nouvelle utopie de la transparence devient (...) le moteur même du désenchantement qu'elle entendait conjurer » (P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie*, *op. cit.*, p. 262). Le même auteur précise, quelques années plus tard, que la transparence correspond « à l'état d'un monde dans lequel les comportements des individus deviennent plus importants que les idées qu'ils peuvent défendre » (*idem*, *Le bon gouvernement*, *op. cit.*, pp. 356-357).

² F. TULKENS & J. LOTARSKI, « Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *art. préc.*, p. 749.

³ T. CAMPBELL, « Legal Positivism and Deliberative Democracy », *Current Legal Problems*, 1998, p. 65, spéc. p. 74 (« There are reasons for moral and political disagreement other than bias and ignorance »).

défiance »¹, pour « compenser l'érosion de la confiance », ne risque-t-on pas de renforcer le présumé sur lequel tous ces dispositifs sont fondés ?

Lorsqu'il relate le fameux épisode du peigne, Rousseau, innocent, écrit : « Je n'avais pas encore assez de raison pour sentir combien les apparences me condamnaient »² ; lorsqu'il accuse la cuisinière Marion d'avoir volé le ruban, le même Rousseau, coupable, affirme : « Les préjugés étaient pour moi »³. La prise en compte des apparences de partialité, dans le système juridique contemporain, peut ainsi correspondre à l'avènement d'un « âge de raison ». Mais la tension entre l'être et le paraître ne peut jamais se résoudre au seul bénéfice du dernier.

¹ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie*, *op. cit.*, p. 12.

² ROUSSEAU, *Les Confessions*, L. I, ch. I.

³ *Ibid.*, L. I, ch. II.

Bibliographie

Sources de philosophie et de sciences politiques et sociales

- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. VOILQUIN, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, 310 p.
- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V trad. R. BODÉÛS, Paris, Flammarion, « GF », 2008, 126 p.
- ARISTOTE, *Rhétorique*, trad. J. LAUXEROIS, Paris, Pocket, « Agora », t. 291, 2007, 285 p.
- K. ARROW, *Les limites de l'organisation*, Paris, PUF, « Sup », 1976, 110 p.
- B. BARRY, *Justice as Impartiality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 315 p.
- J. BENTHAM, « Rationale of Judicial Evidence », in *The Works of Jeremy Bentham*, t. VI, Edinburgh, William Tait, 1843, 585 p.
- F.-R. DE CHATEAUBRIAND, « Discours du 22 août 1815 à l'ouverture du collège électoral », in *Œuvres de Chateaubriand*, t. XIV, Paris, Dufour, 1854, p. 6.
- F.-R. DE CHATEAUBRIAND, « Discours du 22 févr. 1816 », in *Œuvres de Chateaubriand*, t. XIV, Paris, Dufour, 1854, p. 32.
- M^{IS} DE CONDORCET, *Réflexions sur les affaires publiques par une société de citoyens*, brochure, 1789, 56 p.
- M^{IS} DE CONDORCET, « Discours à l'Académie française », in *Œuvres de Condorcet*, t. I, Paris, Firmin Didot, 1847, p. 430.
- M^{IS} DE CONDORCET, « Opinion sur le jugement de Louis XVI », in *Œuvres de Condorcet*, t. XII, Paris, Firmin Didot, 1847, p. 269.
- M^{IS} DE CONDORCET, « Exposition des principes et des motifs du plan de Constitution », in *Œuvres de Condorcet*, t. XII, Paris, Firmin Didot, 1847, p. 335.
- B. CONSTANT, *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier*, brochure, 1796, 111 p.
- B. CONSTANT, *Principes de politique*, Paris, Eymery, 1815, 321 p.

- B. CONSTANT, *De la responsabilité des Ministres*, Paris, Nicolle, 1815, 100 p.
- E. DURKHEIM, « Jugements de valeur et jugement de réalité », *Revue de métaphysique et de morale*, 1911, p. 437.
- H.-G. GADAMER, *Vérité et méthode : Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, trad. P. FRUCHON, Paris, Seuil, « L'ordre philosophique », 1996, 534 p.
- W. GODWIN, *De la justice politique – Enquiry concerning Political Justice and its influence on General Virtue and Happiness*, trad. inédite B. Constant, Québec, Presses de l'Université de Laval, 1972, 393 p.
- J. HABERMAS, *Droit et démocratie : Entre faits et normes*, trad. R. ROCHLITZ & C. BOUCHINDHOMME, Paris, Gallimard, « nrf-essais », 1997, 551 p.
- A. O. HIRSCHMAN, *Les passions et les intérêts : Justifications politiques du capitalisme avant son apogée*, trad. P. ANDLER, Paris, PUF, « Quadrige », 2005, 135 p.
- T. HOBBS, *Léviathan*, trad. G. MAIRET, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 2000, 1027 p.
- I. KANT, *Critique de la faculté de juger*, trad. A. RENAUT, Paris, Aubier, « Bibl. philosophique », 1995, 540 p.
- I. KANT, *Vers la paix perpétuelle*, trad. J.-F. POIRIER & F. PROUST, Paris, Flammarion, « GF », 1991, 206 p.
- A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, « Tel », 1981, 588 p.
- E. KANTOROWICZ, *L'Empereur Frédéric II*, trad. A. KOHN, in *Œuvres*, Paris, Gallimard, « Quarto », 2000, 1368 p.
- J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, trad. D. MAZEL, Paris, Garnier Flammarion, 1992, 381 p.
- J. LOCKE, *Deux Traités du Gouvernement*, trad. B. GILSON, Paris, Vrin, « Textes philosophiques », 1997, 282 p.
- N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, trad. L. SOSOE & S. BOUCHARD, Paris, Cerf, Laval, Presses de l'Université de Laval, « Passages », 2001, 247 p.
- N. LUHMANN, *La confiance : Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, trad. S. BOUCHARD, Paris, Economica, « Études sociologiques », 2006, 123 p.

J.-S. MILL, *L'utilitarisme*, trad. C. AUDARD & P. THIERRY, Paris, PUF, « Quadrige », 1998, 253 p.

M. DE MONTAIGNE, *Essais*, t. II, éd. établie par P. MICHEL, préf. A. GIDE, Paris, Gallimard, « Livre de poche », 1965, 511 p.

L. QUERÉ, « Les "dispositifs de confiance" dans l'espace public », *Réseaux*, 2005, n° 132, p. 240.

J. RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. C. AUDARD, Paris, Seuil, « Essais », 1997, 665 p.

C^{AL} DE RICHELIEU, *Testament politique*, Amsterdam, Desbordes, 1689 ; réimpr. Caen, Centre de philosophie politique et juridique, « Bibl. de philosophie politique et juridique », 1985, 415 p.

P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie : La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, « Les livres du nouveau monde », 2006, 344 p.

P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique : Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, « Les livres du nouveau monde », Paris, 2008, 367 p.

P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, Seuil, « Les livres du nouveau monde », 2015, 405 p.

A. SEN, *L'idée de justice*, trad. P. CHEMLA, Paris, Flammarion, 2010, 558 p.

A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, trad. M^{ISE} DE CONDORCET, Paris, Payot & Rivages, « Petite Bibliothèque », 2016, 780 p.

J.-F. SPITZ, *Le mythe de l'impartialité : les mutations du concept de liberté individuelle dans la culture politique américaine*, Paris, PUF, « Léviathan », 2014, 577 p.

M. WEBER, « L'objectivité de la connaissance dans les sciences et la politique sociales », *in idem, Essais sur la théorie de la science*, trad. J. FREUND, Paris, Plon, 1965, p. 119.

M. WEBER, *Économie et société*, t. I, trad. J. FREUND *et al.*, Paris, Pocket, « Agora », t. 171, 1995, 410 p.

Sources de sciences juridiques

OUVRAGES GÉNÉRAUX

R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, Paris, Payot, « Bibl. technique », 1926, 391 p.

J.-B. AUBY (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruxelles, Bruylant, « Droit administratif », vol. 19, 2016, 1027 p.

J.-B. AUBY & J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, « Administrative Law », vol. 14, 2014, 2^e éd., 1356 p.

J.-M. AUBY & R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 1984, 1014 p.

J.-M. AUBY & R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, 686 p.

L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I, Paris, Dunod, 1878, 2^e éd., 704 p.

P. AYRAULT, *L'ordre, formalité et instructions judiciaires*, Paris, Sonnius, 1588, 371 p.

W. BARANÈS, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La justice : l'obligation impossible*, Paris, Éd. Autrement, « Nos valeurs », 2009, 213 p.

J. BARTHÉLEMY & P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, 2^e éd. ; rééd.. Paris, Éd. Panthéon-Assas, « Les Introuvables », 2004, 955 p.

A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, t. VII, Paris, Larose, 1885, 2^e éd., 710 p.

C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, trad. M. CHEVALLIER, préf. R. BADINTER, Flammarion, « GF », 1991, 187 p.

F.-P. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, 898 p.

L. BÉQUET, *Répertoire du droit administratif*, Paris, Dupont, t. X, 1892, 676 p.

A. BÉRENGER, *De la justice criminelle en France*, Paris, L'Huillier, 1818, 616 p.

- H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 1913, 7^e éd., 1032 p.
- G. BIGOT, *Ce droit qu'on dit administratif*, Paris, La mémoire du droit, 2015, 373 p.
- P. BLACHÈRE (dir), *Déontologie et droit public*, LGDJ, 2014, 226 p.
- R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, Delagrave, 1934 ; réimpr. Dalloz, 2006, préf. B. PACTEAU, 266 p.
- R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1943, 4^e éd, 786 p.
- G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, « Points. Essais », vol. 469, 2001, 329 p.
- A.-R. BREWER-CARIAS, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse*, préf. F. MODERNE, Paris, Economica, « Science et droit administratifs », 1992, 167 p.
- P. BRUNET, *Vouloir pour la nation : Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, préf. M. TROPER, Paris, LCDJ-Bruylant, « La pensée juridique », 2004, 396 p.
- F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, « Thémis – Droit public », 1995, 494 p.
- L. CADIET, J. NORMAND & S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, « Thémis – Droit », 2013, 2^e éd., 997 p.
- J.-F.-C. CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal*, t. I, Paris Nève, 1836, 2^e éd., 778 p.
- R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920 ; réimpr. Paris, Éditions du CNRS, 1962, 837 p. .
- R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, Paris, Sirey, 1922 ; réimpr. Paris, Éditions du CNRS, 1962, 638 p..
- R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, 228 p.
- R. CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français*, Paris, Sirey, 1933, 174 p.
- P. CASSIA, *Conflits d'intérêts : Les liaisons dangereuses de la République*, Paris, Odile Jacob, « Corpus », 2014, 178 p.
- H. CHARDON, *Les travaux publics : Essai sur le fonctionnement de nos administrations*, Paris, Perrin, 1904, 362 p.

A. CHAUVEAU, *Code d'instruction administrative, ou Lois de procédure administrative*, t. I, Paris, Cosse, 1860, 2^e éd., 424 p.

A. CHAUVEAU & F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, t. II, Paris, Cosse, 1852, 3^e éd., 619 p.

J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, « Corpus. Droit public », 2007, 2^e éd., 1032 p.

J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Paris, Sirey, 1935, 367 p.

J. DABIN, *L'État ou le politique : Essai de définition*, Paris, Dalloz, « Philosophie du droit », vol. 5, 1957, 304 p.

P. DARESTE, *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, Paris, Challamel, 1914, 702 p.

M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000, 375 p.

G. DEL VECCHIO, *La Justice – La vérité : Essais de philosophie juridique et morale*, trad. E. BARDA & A. HENNEBICQ, Paris, Dalloz, « Philosophie du droit », 1955, 247 p.

J. DELARBRE, *Organisation du Conseil d'État*, Paris, Marescq & Challamel, 1872, 188 p.

M. DELMAS-MARTY & C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger*, Paris, Economica, 1992, 191 p.

P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Paris, Sirey, 1983, 300 p.

P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, « Précis », 1998, 799 p.

E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2005, 183 p.

J. DOMAT, *Le droit public*, t. IV, Paris, P. Emery, 1701, 555 p.

J. DOMAT, *Le droit public*, t. V, Paris, P. Emery, 1701, 465 p.

J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Paris, Savoye, 1767, 530 p.

L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901 ; réimpr. Paris, Dalloz, 2003, préf. F. MODERNE, 623 p.

L. DUGUIT, *Le mandat de droit public et la théorie juridique de l'organe*, Paris, Fontemoing, 1902, 23 p.

- L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Fontemoing, 1903 ; réimpr. Paris, Dalloz, 2005, préf. F. MODERNE, 774 p.
- L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1911, 2^e éd, 469 p.
- L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, 285 p.
- L. DUGUIT, *Souveraineté et liberté*, Paris, Félix Alcan, 1922, 206 p.
- L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, Boccard, 1927, 3^e éd., 763 p.
- G. DUPUIS (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Paris, Economica, 1978, 124 p.
- R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, t. I, Québec, Presses de l'Université de Laval, 1974, 1612 p.
- R. DWORKIN, *Prendre le droit au sérieux*, trad. M.-J. ROSSIGNOL & F. LIMARE, Paris, PUF, « Léviathan », 1995, 515 p.
- C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation : Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948, 330p.
- C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. I, Paris, LGDJ, « Anthologie du droit », 2014, 786 p.
- C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, Paris, LGDJ, « Anthologie du droit », 2014, 908 p.
- A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Larose & Forcel, 1882 ; réimpr. Éd. Panthéon-Assas, « Les introuvables », 2010, 596 p.
- C. FAURÉ, *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Paris, Payot, 1988, 387 p.
- F. FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, trad. C. EISENMANN, Paris, Delagrave, « Bibl. de l'Institut international de droit public », vol. 1, 1933, 280 p.
- J. FRAIN DU TREMBLAY, *Essai sur l'idée du parfait magistrat*, Paris, Emery, 1701, 586 p.
- M. FROMONT (dir.), *Analyse comparée du droit administratif : La procédure administrative non contentieuse en droit français*, Londres, Esperia publications Ltd., « Bibl. de droit public européen », vol. 14, 2000, 173 p.

- M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, « Clefs », 1994, 2^e éd., 158 p.
- F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, 522 p.
- J.-M. DE GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français ou éléments du code administratif*, t. I, Paris, Nève, 1829, 464 p.
- R. GRÉGOIRE, *La fonction publique*, Paris, Colin, 1954 ; réimpr. Dalloz, 2005, préf. S. SALON & J.-C. SAVIGNAC, 353 p.
- R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. V. CHAMPEIL-DESPLATS, Paris, Dalloz, « Rivages du droit », 2010, 269 p.
- M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, préf. B. GENEVOIS, Paris, LGDJ, « Systèmes », 2014, 201 p.
- M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, Larose, 1893, 2^e éd., 759 p.
- M. HAURIOU, *La gestion administrative : Étude théorique de droit administratif*, Paris, Larose, 1899, 94 p.
- M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, Larose, 1900, 4^e éd., 896 p.
- M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910 ; réimpr. Dalloz, 2010, préf. O. BEAUD, 734 p.
- M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, Sirey, 3 tomes, 1929.
- M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, préf. A. HAURIOU, Paris, Sirey, 1933, 12^e éd. ; réimpr. Paris, Dalloz, 2002, préf. P. DELVOLVÉ & F. MODERNE, 1150 p.
- F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle, ou théorie du Code d'instruction criminelle*, t. I, Paris, Hingray, 1845, 708 p.
- J.-C. HÉLIN & R. HOSTIOU, *Traité de droit des enquêtes publiques*, Paris, Le Moniteur, « Référence juridique », 2014, 2^e éd., 378 p.
- M. HIRSCH, *Pour en finir avec les conflits d'intérêts*, Paris, Pluriel, 2011, 156 p.
- D. JEAN-PIERRE, *La déontologie de l'administration*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1999, 127 p.

G. JELLINEK, *L'élément juridique dans la science de l'État et la méthode juridique*, trad. G. FARDIS & C. BOURGOING-DUMONTEIL, Paris, Fontemoing, 1903, 15 p.

G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, t. I, trad. FARDIS, Paris, Giard & Brière, 1911 ; réimpr. Éd. Panthéon-Assas, « Les introuvables », préf. O. JOUANJAN, 2005, 574 p.

G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, t. II, trad. FARDIS, Paris, Giard & Brière, 1913 ; réimpr. Éd. Panthéon-Assas, « Les introuvables », préf. O. JOUANJAN, 2005, 593 p.

G. JÈZE, *Cours de Droit public*, Paris, Giard, 1921, 295 p.

G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, Paris, Giard, 1930 ; réimpr. Dalloz, 2003, préf. S. SALON & J.-C. SAVIGNAC, 848p.

G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III, Paris, Giard, 1926 ; réimpr. Dalloz, préf. P. GONOD & F. MELLERAY, 2011, 519 p.

R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, trad. O. DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 1880, 2^e éd., 359 p.

R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, trad. O. DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 1880, 465 p.

R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, trad. sur la 3^e éd. allemande, O. DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 1901, 400 p.

O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, « Léviathan », 2005, 359 p.

H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, « La pensée juridique », 1999, 367 p.

H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. LAROCHE & V. FAURE, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, « La pensée juridique », 1997, 517 p.

J. KRYNEN, *L'État de justice (France, XIII^e-XX^e siècle) : L'emprise contemporaine des juges*, t. II, Paris, Gallimard-NRF, « Bibl. des Histoires », 2012, 432 p.

P. LABAND, *Droit public de l'Empire allemand*, t. II, trad. C. GRANDILHON & T. LACUIRE, préf. F. LARNAUDE, Paris, Giard & Brière, 1901, 714 p.

É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I Paris,, Berger-Levrault, 1887, 675 p.

- É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, Paris, Berger-Levrault, 1896, 2^e éd., 709 p.
- P. LANDON, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, préf. M. WALINE, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 49, 1962, 196 p.
- G. LANGROD, *La doctrine allemande de la procédure administrative non contentieuse*, Bruxelles, Institut international de sciences administratives, 1961, 90 p.
- J. LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, Paris, Economica, 2005, 3^e éd., 686 p.
- M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, 248 p.
- L.-A. MACAREL, *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, 516 p.
- B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences po & Dalloz, « Amphithéâtre », 2004, 601 p.
- G. MARCOU & J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, « Coll. de l'UMR de droit comparé de Paris », vol. 25, 2011, 407 p.
- L. MARIE, *Le droit positif et la juridiction administrative*, t. I, Paris, Marescq, 1903, 633 p.
- L. MARIE, *Le droit positif et la juridiction administrative*, t. II, Paris, Marescq, 1903, 951 p.
- O. MAYER, *Droit administratif allemand*, t. I, préf. H. BERTHÉLÉMY, Paris, Giard & Brière, 1903, 318 p.
- L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. I, Paris, LGDJ, 1906, 484 p.
- F. MODERNE, *Sanction administrative et justice constitutionnelle : contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties occidentales*, Paris, Economica, « Droit public positif », 1993, 341 p.
- F. MOREAU, *Manuel de droit public français : II – Droit administratif*, Paris, Fontemoing, 1909, 1268 p.
- J. MORET-BAILLY, *Les conflits d'intérêts : définir, gérer, sanctionner*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, « Forum », 2014, 228 p.

- F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, trad. O. JOUANJAN, Paris, PUF, « Léviathan », 1996, 438 p.
- F. OST, *Droit et intérêt, vol. 2 : Entre droit et non-droit*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, « Publications des facultés universitaires Saint-Louis », 1990, 201 p.
- B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016, 1504 p.
- M. PIQUEMAL, *Le fonctionnaire : Devoirs et obligations*, Paris, Berger-Levrault, 1979, 2^e éd., 386 p.
- R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de société*, t. II, Paris, Debure, 1774, 268 p.
- J. RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, « Précis », 1960 ; réimpr. Dalloz, 2011, préf. J. WALINE, 550 p.
- J.-A. ROGRON, *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples*, Bruxelles, H. Tarlier, 1834, 201 p.
- S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. L. FRANÇOIS & P. GOTHOT, Paris, Dalloz, « Philosophie du droit », 1975, 174 p.
- J.-H.-E. DE SAINTE-HERMINE, *Traité de l'organisation et des élections municipales*, Paris, Dupont, 1855, 2^e éd., 487 p.
- R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901, 421 p.
- R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théories*, Paris, Rousseau, 1922, 2^e éd., 716 p.
- D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Paris, Joly, « Pratique des affaires », 2004, 565 p.
- C. SCHMITT, *La notion de politique*, trad. M.-L. STEINHAUSER, Paris, Calmann-Lévy, « Liberté de l'esprit », 1972, 331p.
- J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, « Droit administratif », 2009, 2^e éd., 1631 p.
- H. SOLUS & R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, Paris, Sirey, 1961, 1147 p.
- B. STIRN & Y. AGUILA, *Droit public français et européen*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, « Amphi », 2014, 704 p.

F. SUDRE & H. PICHERAL (dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, Paris, La Documentation française, « Mission de recherche "Droit et Justice" », 2003, 353 p.

J.-L. VALLENS & M. STORCK (dir.), *Impartialité et justice économique en Europe*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, « Collections de l'Université Robert Schuman », 2003.

G. VEDEL, *Cours de droit administratif*, Paris, Les cours de droit, 1971, 923 p.

G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, PUF, « Thémis – Droit », 1980, 7^e éd., 1087 p.

C. VIGOUROUX, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, « Références », 2012, 2^e éd., 731 p.

A.-F. VIVIEN, *Études administratives*, t. I, Paris, Guillaumin, 1859, 3^e éd., 354 p.

H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, 669 p.

J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, « Précis », 2016, 26^e éd., 787 p.

M. WALINE, *Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou*, Paris, Gamber, 1930, 50 p.

M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1936, 1^{ère} éd., 688 p.

M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris, Domat-Montchrestien, 1949, 2^e éd. ; réimpr. Paris, Dalloz, préf. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, 2007, 436 p.

M. WALINE, *Traité de droit administratif*, Paris, Sirey, 1959, 8^e éd., 932 p.

C. WIENER, *Vers une codification de la procédure administrative*, préf. R. ODENT, Paris, PUF, « Travaux de recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris – Série Science administrative », vol. 7, 1975, 454 p.

J. ZILLER, *Administrations comparées*, Paris, Montchrestien, « Domat – Droit public », 1993, 511 p.

THÈSES, MONOGRAPHIES, OUVRAGES SPÉCIAUX

P. AZOUAOU, *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Paris, Mare & Martin, « Bibliothèque des thèses », 2015, 732 p.

J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Paris, Larose, 1899, 204 p.

B. BERNABÉ, *La récusation des juges, étude médiévale, moderne et contemporaine*, préf. J. KRYNEN, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit privé », vol. 514, 2009, 417 p.

G. DE BEZIN, *Des autorisations et approbations en matière de tutelle administrative*, Toulouse, Fournier, 1906, 432 p.

G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration : Vicissitudes d'une ambition, 1800-1872*, préf. F. BURDEAU, Paris, LGDJ, « Bibl. de sciences adm. », vol. 15, 1999, 516 p.

J.-B. BIVORT, *Loi communale de la Belgique expliquée et interprétée*, Bruxelles, Deprez-Parent, 1844, 2^e éd., 144 p.

R. BONNARD, *La répression des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Bordeaux, Cadoret, 1903, 164 p.

E. BREEN, *Gouverner et punir*, préf. C. TEITGEN-COLLY, Paris, PUF, « Les voies du droit », 2003, 226 p.

A. CALOGEROPOULOS, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, préf. G. VEDEL, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 145, 1983, 390 p.

M. CARIUS, *Cumuls et agents publics*, préf. J.-F. LACHAUME, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 222, 2002, 523 p.

A. CARTIER-BRESSON, *L'État actionnaire*, préf. D. TRUCHET, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 264, 2010, 495 p.

J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, préf. B. TEYSSIÉ, Paris, Éd. Panthéon-Assas, « Droit privé », 2003, 772 p.

C. CHAUVET, *Le pouvoir hiérarchique*, préf. Y. GAUDEMET, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 276, 2013, 704 p.

T. CLAY, *L'arbitre*, préf. P. FOUCHARD, Paris, Dalloz, « Nouvelle Bibl. de thèses », vol. 2, 2001, 930 p.

R. CLEMENS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, préf. L. LE FUR, Paris, Sirey, 1935, 272 p.

L. CLOUZOT, *Recherche sur la substitution en droit administratif*, préf. E. MARC, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibl. de thèses », vol. 113, 688 p.

M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, préf. D. TRUCHET, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 233, 2003, 392 p.

N. COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Paris, Sirey, 1931, 332 p.

J. CRUET, *Étude juridique de l'arbitraire administratif*, Paris, Rousseau, 1906, 467 p.

M. DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, préf. L. RICHER, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 186, 1996, 574 p.

B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, préf. C. DEBOUY, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 172, 1993, 1003 p.

G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, préf. Y. GAUDEMET, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 184, 1997, 464 p.

H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, thèse dactyl., Bordeaux IV, 2008, 903 p.

L. DI QUAL, *La compétence liée*, préf. R. DRAGO, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 59, 1964, 626 p.

T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, préf. C. ALLEAUME, Paris, Institut universitaire Varenne, « Collection des thèses », vol. 104, 2014, 652 p.

M. DUBISSON, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, préf. C. EISENMANN, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 14, 1958, 281 p.

H. DUPEYROUX, *Faute personnelle et faute du service public*, Paris, Rousseau, 1922, 294 p.

P. DE FONT-RÉAULX, *Les pourvois devant le Conseil d'État contre les décisions des autres tribunaux administratifs*, Paris, Sirey, 1930, 408 p.

C. FOULQUIER, *La preuve et la justice administrative française*, préf. J.-A. MAZÈRES, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2013, 684 p.

M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Paris, LGDJ, « Anthologie du droit », 2014, 221 p.

P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés*, préf. R. ERGEC, Bruxelles, Bruylant, « Coll. de droit international », 2001, 752 p.

Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, préf. G. VEDEL, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 108, 1972, 321 p.

C. GEORGIN, *Le statut des fonctionnaires : L'avancement, son organisation, ses garanties*, Paris, LGDJ, 1912, 930 p.

A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif*, Préf. J.-J. BIENVENU, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibl. de thèses », vol. 124, 2013, 620 p.

L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État, juge du fait*, Paris, Dalloz, 1932, 423 p.

R. GUILLIEN, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Bordeaux, Cadoret, 1931, 476 p.

M. HAURIOU, *La souveraineté nationale*, Paris, Sirey, « Études constitutionnelles », 1912, 156 p.

R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, préf. G. DUPUIS, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 119, 1975, 353 p.

P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, préf. J.-L. AUTIN, Montpellier, Presses universitaires de Montpellier, « Thèses », vol. 2, 2005, 924 p.

G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, préf. O. DUPEYROUX, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 79, 1968, 732 p.

B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, préf. J. RIVERO, Paris, Sirey, 1954, 287 p.

D. JEAN-PIERRE, *L'éthique du fonctionnaire civil et son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, préf. J.-M. PONTIER, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 202, 1999, 547 p.

S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, préf. J. FRANCILLON, Paris, LGDJ, « Bibl. de sciences criminelles », vol. 33, 1998, 651 p.

O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, préf. M. FROMONT, Paris, Economica, « Droit public positif », 1992, 449 p.

F. KUTY, *L'impartialité du juge et procédure pénale*, préf. P. MARTENS, Bruxelles, Larcier, « Thèses », 2005, 796 p.

B. LASSERRE, N. LENOIR & B. STIRN, *La transparence administrative*, préf. G. BRAIBANT, Paris, PUF, « Politique d'aujourd'hui », 1987, 236 p.

- C. LAVEISSIÈRE, *L'impartialité du juge administratif*, thèse dactyl., Bordeaux IV, 2007, 716 p.
- D. LEBETTRE, *La question des cumuls*, Paris, Lavergne, 1943, 184 p.
- A. LÉGAL & J. BRETHER DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938, 537 p.
- P. LE GOFF, *Recherches sur l'impartialité en droit administratif*, thèse dactyl., Toulon, 2004, 585 p.
- J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, préf. J.-L. AUTIN, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibl. des thèses », vol. 26, 2003, 766 p.
- E. MARC, *Le pouvoir disciplinaire dans la fonction publique en France et en Allemagne*, thèse dactyl., Grenoble II, 2002, 518 p.
- É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, « Léviathan », 2003, 344 p.
- A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, Rousseau, 1899, 360 p.
- L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préf. F. SUDRE, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibl. de thèses », vol. 57, 2006, 674 p.
- L. MORGAND, *La loi municipale : Commentaire de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation et les attributions des conseils municipaux*, t. I, Paris, Berger-Levrault, 1884, 476 p.
- J. MOURGEON, *La répression administrative*, , préf. O. DUPEYROUX, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 75, 1967, 643 p.
- B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, préf. J.-M. AUBY, Clermont-Ferrand, Université de droit et de science politique, « Travaux et recherches de la faculté de droit et de science politique de l'Université de Clermont I », vol. 1, 1977, 263 p.
- P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, Paris, Pedone, 1952, 206 p.
- T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, préf. G. MARCOU & J. McELDOWNEY, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibl. de thèses », vol. 127, 2013, 1292 p.

- P. PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, préf. G. PÉQUIGNOT, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 124, 1976, 180 p.
- R. RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation*, préf. G. MARCOU, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2012, 930 p.
- T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, préf. L. FAVOREU, Paris, Economica, « Droit public positif », 1984, 606 p.
- A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préf. R. PERROT, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit privé », vol. 19, 1961, 589 p.
- J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives : Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Paris, Sirey, 1934, 403 p.
- D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, préf. J. PRADEL, Paris, Éd. Cujas, « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 1997, 494 p.
- P.-B. SABOURIN, *Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français*, préf. J.-M. AUBY, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 69, 1966, 395 p.
- N. SARIPOLOS, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, t. II, Paris, Rousseau, 1899, 489 p.
- J.-B.-L. TAILLEFER, *Commentaire de la loi du 5 mai 1855*, Paris, Pédone, 1868, 538 p.
- G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Dupont, 1906, 301 p.
- C. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, thèse dactyl., Lyon III, 2016, 902 p.
- A. THEVAND, *L'application du principe d'impartialité aux juridictions administratives spécialisées*, thèse dactyl., Grenoble II, 2008, 698 p.
- G. TIXIER, *Le contrôle judiciaire de l'Administration anglaise*, préf. M. WALINE, Paris, Dalloz, 1954, 191 p.
- D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, préf. J. BOULOUIS, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 125, 1977, 394 p.
- G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Paris, Sirey, 1934, 510 p.
- J.-C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, préf. J. RIVERO, Paris, LGDJ, « Bibl. de Droit public », vol. 17, 1959, 175 p.

M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs : L'excès de pouvoirs du juge*, Paris, Dalloz, 1927, 278 p.

J.-P. WEISS, *L'apparence en droit administratif français*, thèse dactyl., Paris II, 2009, 683 p.

H. WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris, Sirey, 1929, 513 p.

B. WENNERGREN, *La protection des citoyens dans les procédures administratives (à l'exception des recours juridictionnels)*, Bruxelles, Institut international des sciences administratives, 1969, 59 p.

C. WIENER & M. LE CLAINCHE, *Le Citoyen et son administration*, préf. G. BRAIBANT, Paris, Imprimerie nationale, 2000, 390 p.

A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, préf. J.-C. FORTIER, Bruxelles, Bruylant, 2014, 1081 p.

OUVRAGES DE LANGUE ANGLAISE

J. BEATSON, M. H. MATTHEWS & M. ELLIOTT, *Administrative Law : Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 4^e éd., 744 p.

W. BLACKSTONE, *Commentaries of the laws of England*, t. III, Oxford, Clarendon Press, 1768, 455 p.

H. BRACON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, (version bilingue de l'ouvrage consultable en ligne : bracton.law.harvard.edu).

E. COKE, *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, t. II, Londres, Clarke, 1832.

P. CRAIG, *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2016, 8^e éd, 974 p.

P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, « The Collected Courses of the Academy of European Law », 2012, 2^e éd., 777 p.

K. C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, t. II, Saint Paul, West Publishing, 1958, 628 p.

M. EDELMAN, *The Symbolic Uses of Politics*, Chicago, University of Illinois Press, 1985, 2^e éd., 221 p.

G. FLICK, *Natural Justice : Principles and Practical Applications*, Sydney, Butterworths, 1984, 2^e éd., 212 p.

D. J. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures : A Study of Administrative Procedures*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 537 p.

G. HAMMOND, *Judicial Recusal : Principles, Process and Problems*, Oxford, Hart, 2009, 183 p.

P. LEYLAND & G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, Oxford, University Press, 2013, 7^e éd., 506 p.

J. L. MASHAW, *Due Process in the Administrative State*, New Heaven, Yale University Press, 1985, 279 p.

H. H. MARSHALL, *Natural Justice*, Londres, Sweet & Maxwell, 1959, 201 p.

F. POLLOCK, *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*, London, Macmillan, 1896, 348 p.

R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Heaven, Yale University Press, 1955, 2^e éd., 201 p.

W. ROBSON, *Justice and Administrative Law : A Study of the British Constitution*, Londres, Stevens, 1951, 3^e éd, 674 p.

B. SCHWARTZ & W. WADE, *Legal Control of Government*, Oxford, Clarendon Press, 1972, 349 p.

DE SMITH, WOOLF & JOWELL, *The Judicial Review of administrative Action*, Sweet & Maxwell, 1995, 5^e éd., 1130 p.

DE SMITH, WOOLF & JOWELL, *Principles of Judicial Review*, London, Sweet & Maxwell, 1999, 720 p.

H.W.R. WADE, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1988, 6^e éd., 1028 p.

H. W. R. WADE & C. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 11th ed., 867 p.

OUVRAGES DE LANGUE ALLEMANDE

M. FEHLING, *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe*, Tübingen, Mohr Siebeck, « Jus Publicum », vol. 79, 2001, 565 p.

O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1887, 1024 p.

G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, Mohr, 1905, 2^e éd., 390 p.

W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlin, Springer, 1928, 549 p.

R. LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig, Deuticke, 1910, 298 p.

A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Springer, 1927, 400 p.

E. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee*, Berlin, Springer, « Enzyklopädie der Rechts », 2004, 2^e éd., 469 p.

RAPPORTS ET ÉTUDES

G. BRAIBANT, « Données personnelles et société de l'information », *Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95/46*, 3 mars 1998, Paris, La Documentation française.

COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *Services publics en réseau : Perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Paris, La Documentation française, 2000.

COMMISSION DE RÉFLEXION POUR LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS LA VIE PUBLIQUE, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, Paris, La Documentation française, « Rapports officiels », 2011.

COMMISSION DE RÉNOVATION ET DE DÉONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE, *Pour un renouveau démocratique*, Paris, La Documentation française, « Rapports officiels », 2012.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1991*, Paris, La documentation française, « EDCE », n° 43, 1991.

CONSEIL D'ÉTAT, « L'intérêt général », *Rapport public 1999*, Paris, La Documentation française, « EDCE », n° 50, 1999.

CONSEIL D'ÉTAT, « Les autorités administratives indépendantes », *Rapport public 2001*, « EDCE », n°52, la Documentation française, Paris, 2001.

CONSEIL D'ÉTAT, « Réflexions sur la fonction publique », *Rapport public 2003*, Paris, La Documentation française, « EDCE », n° 54, 2003.

J.-L. NADAL, *Renouer la confiance publique : Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*, Paris, Haute autorité pour la transparence dans la vie publique, 2015.

A. VASSELLE, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, Doc. parl., n° 274*, 2015.

RAPPORTS EN LANGUE ANGLAISE

COMMITTEE ON MINISTERS' POWERS, *Report*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1932.

ARTICLES, ÉTUDES ET CONTRIBUTIONS

H.-F. D'AGUESSEAU, « III^e Mercuriale, "La grandeur d'âme", prononcée à la Saint-Martin 1699 », in *Discours de M. le Chancelier d'Aguesseau*, t. I, Paris, Brunot-Labbe, 1810, p. 205.

H.-F. D'AGUESSEAU, « XVII^e Mercuriale, "La prévention", composée pour la Saint-Martin 1714 », in *Discours de M. le Chancelier d'Aguesseau*, t. I, Paris, Brunot-Labbe, 1810, p. 380.

P. ALEXÉEF, « L'État – le Droit – et le Pouvoir discrétionnaire des autorités publiques », *Rev. internat. de la théorie du droit*, t. III, 1928, p. 195.

P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 275.

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA & L. SERMET, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2001, p. 1256.

J. ARRIGHI DE CASANOVA, « La commission de déontologie n'est pas forcément bien nommée », *Cah. fonction publ.*, n° 331, 2013, p. 14.

É. ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP*, 1900, p. 214.

W. ATKINSON, « La discrétion administrative », *Les Cahiers de droit*, 1978, vol. 19, p. 187.

C. ATTIAS, « Décentralisation et permis de construire », *AJDA*, 1984, p. 303.

J.-B. AUBY, « La petite musique de la démocratie administrative », *Dr. adm.*, 1998, repère 6.

J.-B. AUBY, « Impartialité et séparation des fonctions de l'administration », *Dr. adm.*, 1999, repère 11.

J.-B. AUBY, « La bataille de San Romano », *AJDA*, 2001, p. 912.

J.-B. AUBY, « Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme », in *Mél. H. Jacquot*, Orléans, Presses universitaires d'Orléans, 2006, p. 36.

J.-B. AUBY, « Droit administratif et démocratie », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 13.

J.-B. AUBY & J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « À propos de la notion de droit administratif européen », *RFAP*, 2007, p. 373.

J.-B. AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », *Dr. adm.*, 2010, étude 24.

J.-B. AUBY, « Remarques terminales », *RFDA*, 2010, p. 931.

J.-B. AUBY, « Écotaxe, impartialité de l'Administration, conseils », *Dr. adm.*, 2011, comm. 84.

J.-B. AUBY, « Irrégularités procédurales », *Dr. adm.*, 2012, repère 3.

J.-M. AUBY, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *D.*, 1952, chron. p. 111.

J.-M. AUBY, « Les recours administratifs », *AJDA*, 1955, p. 117.

J.-M. AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *D.*, 1956.I.27.

J.-M. AUBY, « Le régime juridique des avis dans la procédure administrative », *AJDA*, 1956, p. 53.

J.-M. AUBY, « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », *AJDA*, 1966, p. 5.

J.-M. AUBY, « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », in *Mél. J. Brèthe de La Gressaye*, Bordeaux, Bière, 1967, p. 69.

J.-M. AUBY, « La "justice naturelle" et le problème de la procédure administrative non contentieuse dans le système juridique anglo-saxon », in *Mél. G. Langrod*, Paris, Éd. d'Organisation, « Management public », 1980, p. 375.

J.-M. AUBY, « Le décret du 28 novembre 1983 », *AJDA*, 1984, p. 124.

J.-L. AUTIN, « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », in *Mél. J.-P. Colson*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 439.

J.-L. AUTIN, « Autorités administratives indépendantes », *Jcl. Adm.*, 2010, fasc. 75.

E. AYOUB, « Le tableau d'avancement des fonctionnaires soumis au statut général de la fonction publique », *AJDA*, 1969, p. 675.

E. AYOUB, « Le conseil de discipline dans la fonction publique », *RDP*, 1971, p. 1129.

L. AZOULAI & L. CLÉMENT-WILZ, « La bonne administration », in J.-B. AUBY & J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, « Administrative Law », vol. 14, 2014, 2^e éd., p. 671.

R. BADINTER, « L'impartialité de l'arbitre », in Association française d'arbitrage, *Colloque du 30 sept. 1991*, p. 17 (consultable en ligne : afa-arbitrage.com).

M. BAZEX, « Vers la reconnaissance d'un "Droit public du marché" ? », *Dr. adm.*, 2010, comm. 32.

O. BEAUD, « L'État », in P. GONOD, F. MELLERAY & P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. I, Paris, Dalloz, « Traités », 2011, p. 207.

O. BEAUD, « État légal et État de droit », in J.-J. BIENVENU, J. PETIT, B. PLESSIX & B. SEILLER (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2012, p. 67.

D. DE BÉCHILLON, « Le président de la République, partie civile à un procès impartial », *AJDA*, 2012, p. 1369.

D. DE BÉCHILLON, « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, n° 37, 2012, p. 157.

D. DE BÉCHILLON, « Transparence : la double peine des familles », *Pouvoirs*, n° 147, 2013, p. 45.

G. BERLIA, « Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs », *RDP*, 1941, p. 370.

T. BERLIER, « Exposé des motifs du Code pénal, séance du 6 février 1810 », in L. RONDONNEAU, *Corps de Droit français, civil, commercial et criminel*, Paris, Garnery, 1811, p. 512.

H. BERTHÉLEMY, « Méthodes applicables à l'étude du droit administratif », in *Les méthodes juridiques : leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, préf. P. DESCHANEL, Giard & Brière, 1911, p. 63.

G. DE BEZIN, « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1905, p. 289.

J.-J. BIENVENU, « Actes juridiques et classification », *Droits*, n° 7, 1988, p. 21.

J.-J. BIENVENU, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits*, n° 28, 1999, p. 3.

J.-J. BIENVENU, « Les autorités de régulation et les libertés économiques », in G. DRAGO & M. LOMBARD (dir.), *Les libertés économiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, « Droit public », 2003, p. 123.

P. BLACHÈRE & J.-F. KERLÉO, « Les politiques saisis par la déontologie », in P. BLACHÈRE (dir.), *Déontologie et droit public*, préf. J. GICQUEL, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 15.

E. W. BÖCKENFÖRDE, « Principes de la démocratie, forme politique et forme de gouvernement », in *idem, Le droit, l'État et la Constitution démocratique*, trad. O. JOUANJAN, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, « La pensée juridique », 2000, p. 278.

G. BOLARD, « L'arbitraire du juge », in *Mél. P. Draï*, Paris, Dalloz, 2000, p. 225.

J.-C. BONICHOT, « L'article 6 de la CEDH », *LPA*, 15 janv. 1999, p. 8.

J.-C. BONICHOT, « Interview », *LPA*, 11 mai 2000, p. 3.

R. BONNARD, « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, p. 5.

R. BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives », *RDP*, 1923, p. 370.

R. BONNARD, « Droit naturel et droit positif », *Rev. internat. de la théorie du droit*, t. III, 1928, p. 1.

R. BONNARD, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl », *RDP*, 1928, p. 668.

R. BONNARD, « L'origine de l'ordonnement juridique », in *Mél. M. Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 33.

R. BONNARD, « Les droits subjectifs des administrés », *RDP*, 1932, p. 695.

R. BONNARD, « Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales (avec des inédits de Duguit) », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, p. 7.

R. BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mél. R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933 ; réimpr. Paris, Duchemin, 1977, p. 3.

J. BONNET, « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, n° 40, 2013, p. 105.

L. BOY, « Réflexions sur le "droit de la régulation" », *D.*, 2001, p. 3031.

X. BRAUD, « L'apport du juge administratif dans la détermination du régime juridique des avis consultatifs », in *Mél. R. Hostiou*, Paris, Litec, « Mélanges », 2008, p. 55.

J.-D. BREDIN, « Qu'est ce que l'indépendance du juge », *Justices*, 1996, n° 3, p. 161.

J.-D. BREDIN, « La révélation : remarques sur l'indépendance de l'arbitre en droit interne français », in *Mél. J.-F. Poudret*, Lausanne, Faculté de droit, 1999, p. 349.

J.-D. BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 5.

J.-M. BRIGANT, « Affaires, conflits d'intérêts, probité,... Cachez cette prise illégale d'intérêts que je ne saurais voir », *Dr. pénal*, 2012, étude 3.

J.-F. BRISSON, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme : à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », *AJDA*, 1999, p. 847.

J.-F. BRISSON, « Les principes de la procédure administrative en droit français », in M. FROMONT (dir.), *Analyse comparée du droit administratif*, Londres, Esperia, « European Public Law Series », vol. 14, 2000, p. 77.

J.-F. BRISSON, « La réception en droit national des autorités de régulation », *JCP E.*, 2002, n° spécial, n° 2, p. 14.

F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, p. 113.

P. BRUNET, « Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg », in O. BEAUD & P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique allemande et la science juridique française (1870-1914)*, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série, 1997, p. 273.

- L. CADOUX-TRIAL, « La charge de la preuve devant le Conseil d'État », *EDCE*, 1953, p. 85.
- J. CAILLOSSE, « Sous de droit administratif, quelle(s) administration(s) ? Réflexions sur l'enseignement actuel du droit administratif », in *Mél. G. Peiser*, Grenoble, Presses universitaires, 1995, p. 63.
- C. CAMBIER, « Au-delà et en deçà de la juridiction », in *Mél. J. Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 453.
- G. CANIVET, « La procédure de sanction administrative des infractions boursières à l'épreuve des garanties fondamentales », *RJDA*, 1996, n° 5, p. 423.
- G. CANIVET, « Les conflits d'intérêts – Propos introductifs au colloque de l'association droit et commerce », 2 avril 2006 (disponible sur le site de la Cour de cassation).
- G. CAPASHEN, « Un magistrat peut-il être franc-maçon ? », *D.*, 2001, p. 3203.
- J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in C. PERELMAN & R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, « Travaux du Centre national de recherches de logique », 1984, p. 99.
- G. CARCASSONNE, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 17.
- P. CARCELLE & G. MAS, « Les organismes collégiaux », *Rev. adm.*, 1964, p. 353.
- P. CASSIA, « Conflits d'intérêts et passation des contrats de la commande publique », *AJDA*, 2012, p. 1040.
- D. CHABANOL, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? », *AJDA*, 2002, p. 9.
- R. CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Mél. C. Eisenmann*, Paris, Éd. Cujas, 1975, p. 265-297.
- J.-Y. CHÉROT, « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », *LPA*, 3 juin 2002, p. 117.
- J.-Y. CHÉROT, « La régulation : Quelles structures ? Quels objectifs ? », Journée d'étude de la Faculté des sciences juridiques de Tunis, 21 avril 2004 (disponible en ligne : labotheoriedudroit.univ-cezanne.fr/texte/Notion%20de%20regulation.pdf, consulté le 27 juin 2015).
- J. CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mél. M. Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 275.

J. CHEVALLIER, « L'administration face au public », in J. CHEVALLIER, R. DRAI & F. RANGEON, *Communication Administration-administrés*, Paris, PUF, « Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1983, p. 13.

J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G.*, 1986, I, 3254.

J. CHEVALLIER, « Le concept d'intérêt en science administrative », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. 1, Approche interdisciplinaire*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis », 1990, p. 135.

J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in J. CLAM & G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, « Droit et Société », vol. 5, 1998, p. 21.

J. CHEVALLIER, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *Rev. adm.*, 1998, p. 43.

J. CHEVALLIER, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in *Mél. D. Truchet*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2015, p. 83.

T. CLAY, « L'indépendance et l'impartialité des arbitres et les règles du procès équitable », in J. VAN COMPERNOLLE & G. TARZIA (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre : Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 199.

L. COHEN-TANUGI, « Une doctrine pour la régulation », *Le Débat*, n° 52, 1988, p. 56.

L. COHEN-TANUGI, « L'émergence de la notion de régulation », *LPA*, 10 juill. 1998, p. 4.

M. COLLET, « De la consécration à la légitimation – Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », in M.-A. Frison-Roche (Dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, p. 41.

M. COLLET, « Les sanctions administratives et article 6 de la CESDH », *JCP Adm.*, 2013, n°11, 2077.

M. COLLET, « La création des AAI, symptôme ou remède d'un État en crise ? », in « Les autorités administratives indépendantes », *Regards sur l'actualité*, Paris, La Documentation française, n° 330, 2007, p. 5.

P. COLLET, « La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *RSC*, 2016, p. 485.

C.-A. COLLIARD, « La sanction administrative », *Annales de la faculté de droit d'Aix*, 1943, p. 3.

É. COLLIN, « Le conflit d'intérêts des élus : vers une conception objective du conseiller intéressé ? », *JCP Adm.*, 2016, 2187.

D.-N. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.*, 1998, p. 262.

D. COMMARET, « La responsabilité déontologique des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature », in Association française pour l'histoire de la justice, *Juger les juges : du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, Paris, La documentation française, « Histoire de la justice », 2000, p. 201.

P. CONTE, « Le délit d'ingérence (et spécialement sa commission par un maire ou par un conseiller municipal) », *Gaz. Pal.*, 25 janv. 1992, p. 70.

J.-L. DE CORAIL, « La distinction entre mesure disciplinaire et mesure hiérarchique dans le droit de la fonction publique », *AJDA*, 1967, p. 3-27.

J.-L. DE CORAIL, « Administration et sanction : réflexion sur le fondement du pouvoir administratif de répression », in *Mél. Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 103.

D. COSTA, « L'influence du droit européen sur la procédure administrative française », *AJDA*, 2002, p. 1394.

D. COUJARD, « Le juge d'instruction, emblème d'une justice bancaire », *Gaz. Pal.*, 2014, n° 284, p. 11.

M.-Y. CRÉPIN, « Le rôle pénal du ministère public », in J.-M. CARBASSE (dir.), *Histoire du parquet*, PUF, « Droit et justice », 2000, p. 77-103.

P.-F. CUIF, « Les conflits d'intérêts », *RTD com.*, 2005, p. 1.

D. CUSTOS, « Autorité de régulation et métamorphose du régime juridique de la décision individuelle », in *Mél. M. Bazex*, Paris, LexisNexis, « Litec Juris-classeur », 2009, p. 65.

J.-J. DAIGRE, « Faut-il scinder l'AMF ? », *Bull. Joly Bourse*, 2011, p. 413.

J.-J. DAIGRE, « Les commissions des sanctions de l'ACP et de l'AMF ne sont-elles pas des juridictions », *Bull. Joly Bourse*, 2011, p. 629.

N. DECOOPMAN, « Le pouvoir de sanction administrative de la C.O.B. », *Rev. de droit bancaire et de la bourse*, 1990, n° 17 p. 16.

N. DECOOPMAN, « Autorité des marchés financiers : sanction des règles relatives aux conflits d'intérêts », *Dr. des soc.*, 2003, repère 10.

N. DECOOPMAN, « La composition des autorités de régulation et l'indépendance par rapport à la vie des affaires », in B. BOULOC (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 15.

M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA*, 1998, p. 711.

M. DEGOFFE, « L'ambiguïté de la sanction administrative », *AJDA*, 2001, n° spécial, p. 27.

M. DEGOFFE, « La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel », in B. MALLET-BRICOUT (dir.), *La sanction*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2007, p. 47.

M. DEGOFFE, « Typologie des sanctions de l'administration », *JCP Adm.*, 2013, n° 11, 2075.

B. DELAUNAY, « L'impartialité du juge financier », *RFDA*, 1998, p. 381.

C. DELICOSOPOULOS, « Autorités administratives indépendantes et procès équitable », in SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques*, Paris, Société de législation comparée, « Colloques », vol. 19, 2013, p. 73.

A. DELION, « De l'État tuteur à l'État actionnaire », *RFAP*, 2007, p. 172.

J. DELMAS-MARSALET, « Les contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE* 1969, p. 133.

P. DELVOLVÉ, « De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux », *D.*, 1984, chron. p. 137.

P. DELVOLVÉ, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État : colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, Paris, LGDJ, « Montchrestien », 1988, p. 269.

P. DELVOLVÉ, « Rapport général », in CONSEIL DE L'EUROPE, *À la recherche d'une bonne administration*, Conférence européenne, Strasbourg, 20 janv. 2008, DA/ba/Conf (2007) 15 f.

H. DELZANGLES, « L'indépendance de l'Autorité de sûreté nucléaire, des progrès à envisager », *Rev. jur. de l'environnement*, 2013, p. 7.

- H. DELZANGLES, « L'indépendance des autorités de régulation économique et financière en Espagne : L'intérêt de la clarification du droit public », *RFAP*, 2013, p. 707.
- H. DELZANGLES, « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation », *AJDA*, 2014, p. 1021.
- R. DENOIX DE SAINT-MARC, « Les sanctions administratives », *AJDA*, 2001, n° spécial, p. 148.
- P. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G.*, 2016, 580.
- M. DISTEL, « Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel de l'Administration en Grande-Bretagne », *RIDC*, 1982, p. 41.
- F. DONNAT, « Statut contentieux des vices de procédure : *Fine tuning* franco-allemand à Luxembourg », in *Mél. V. Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 137.
- O. DORD, « Nomination au tour extérieur : la commission d'aptitude sur la sellette », *AJDA*, 2014, p. 164.
- J.-P. DOUCET, « Les incriminations de prévention », *Gaz. pal.*, 1973, II, p. 764.
- J. DOUVRELEUR & O. DOUVRELEUR, « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », in *Mél. J. Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 323.
- R. DRAGO, « Le Conseil de la concurrence », *JCP G.*, 1987, I, 3300.
- J.-D. DREYFUS, « Le conflit d'intérêts en droit public (aspects non contentieux) », *LPA*, 17 juin 2002, p. 5.
- J.-D. DREYFUS, « Un soupçon de conflit d'intérêts ne suffit pas pour mettre en cause l'impartialité du pouvoir adjudicateur », *AJDA*, 2012, p. 1404.
- L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, p. 413.
- L. DUGUIT, « La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État », *RDP*, 1919, p. 161.
- G. DUMONT, « Théorie de la procédure », in *AFDA, Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2015, p. 3.
- A.-M. DUPIN, « Législation et histoire du droit », in *La Thémis*, t. II, 1820, p. 209.

P. DURAND, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé », *D.*, 1956, chron. xv, p. 73.

M. DUVERGER, « L'œuvre et la doctrine de Roger Bonnard », *RDP*, 1944, p. 4.

G. ECKERT, « Les autorités de régulation et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : quelle cohérence ? », *Rev. de droit banc. et fin.*, 2010, dossier 18.

G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, 2012, p. 629.

G. ECKERT, « Le principe constitutionnel d'impartialité et les autorités de régulation économique et financière », in *Mél. V. Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 681.

G. ECKERT, « Autorités de régulation, autorités administratives et publiques indépendantes », in M. BAZEX, G. ECKERT & R. LANNEAU, *Dictionnaire des régulations*, Paris, LexisNexis, 2015, fiche n° 10.

C. EISENMANN, « Sur quelques ouvrages allemands de droit public », *RDP*, 1929, p. 548.

C. EISENMANN, « Recension de B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative* », *RDP*, 1955, p. 798.

C. EISENMANN, « La justice dans l'État », in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par C. LEBEN, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 147.

D. ELKIND, « La théorie des valeurs chez Roger Bonnard ou les mésaventures du positivisme sociologique », *RFDA*, 2015, p. 183.

Q. EPRON, « Les sanctions en droit administratif : Le cas des autorités administratives indépendantes », in C. CHAINAIS & D. LASZLO-FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, t. I, Paris, Dalloz, « L'esprit du droit », 2012, p. 517.

A. ESMEIN, « De la délégation du pouvoir législatif », *Rev. pol. et parl.*, 1894, p. 200.

G. EVEILLARD, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non-contentieuse », *AJDA*, 2010, p. 531.

G. EVEILLARD, « Les sanctions en droit administratif : Entre approfondissement de la soumission à la légalité et recherche de l'efficacité », in C. CHAINAIS & D. LASZLO-FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, t. I, Paris, Dalloz, « L'esprit du droit », 2012, p. 491.

G. EVEILLARD, « Le principe d'impartialité dans les autorités administratives collégiales », *Dr. adm.*, 2015, comm. 79.

M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, n° 38, 2013, p. 216.

É. FATÔME & J. MOREAU, « Prise illégale d'intérêts et "conseiller intéressé" », *Coll. territ. Interco.*, juin 2000, p. 4.

B. FAURE, « Les deux conceptions de la démocratie administrative », *RFDA*, 2013, p. 709.

L. FAVOREU, « Récusation et administration de la preuve devant la Cour internationale de justice », *Annuaire français de droit international*, 1965, p. 233.

L.-V. FERNANDEZ-MAUBLANC, « Le prétendu déclin du détournement de pouvoir », in *Mél. J.-M. Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 239.

M. FIROUD, « La commission de déontologie est-elle désormais bien nommée ? », *AJCT*, 2016, p. 371.

A. FITTE-DUVAL, « Le fonctionnaire et la discrimination », *AJFP*, 2003, p. 6.

C. FLAESCH-MOUGIN, « Typologie des principes de l'Union européenne », in *Mélanges J. Raux*, Rennes, Éd. Apogée, 2006, p. 115.

B. FLEURY, « Nul ne peut servir deux maîtres à la fois. La prise illégale d'intérêts redéfinie : vrai problème, fausses solutions ? », *JCP Adm.*, 2010, act. 539.

P. DE FONTBRESSIN, « La neutralité du juge », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, « UAE Symposium », 2001, p. 79.

R. FRAISSE, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, n° 44, 2014, p. 9.

N. FRICERO, « Le tribunal de commerce : une juridiction conforme aux exigences constitutionnelles ! », *D.*, 2012, p. 1626.

N. FRICERO, « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, n° 40, 2013, p. 37.

M.-A. FRISON-ROCHE, « 2 + 1 = la procédure », in W. BARANÈS & M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La justice : l'obligation impossible*, Paris, Éd. Autrement, « Série Morales », vol. 16, 1994, p. 193.

M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, p. 53.

M.-A. FRISON-ROCHE, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation », *Rev. éco. fin.*, 2000, n° 60, p. 85.

M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, p. 610.

M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant le bilan des autorités administratives indépendantes », in P. GÉLARD (dir.), *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, t. II, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Doc. Assemblée nationale, n° 3166, 2006, p. 9.

M.-A. FRISON-ROCHE, « QPC, Autorités de concurrence, Autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », *LPA*, 29 sept. 2011, p. 25.

M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit à un tribunal impartial », in M.-A. FRISON-ROCHE, R. CABRILLAC & T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2012, 18^e éd., p. 557.

M.-A. FRISON-ROCHE, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.*, 2013, p. 28.

M. FROMONT, « Les types de procédures administratives », in M. FROMONT (dir.), *Analyse comparée du droit administratif*, Londres, Esperia, « European Public Law Series », vol. 14, 2000, p. 11.

P. GAÏA, « L'administration répressive en France », *Annuaire euro. d'adm. pub.*, 1995, p. 195.

S. GANDREAU, « La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law », *RDP*, 2005, p. 319.

P. GARANT, « Les exigences d'impartialité quasi-judiciaire », *Les Cahiers de droit*, 1977, p. 585.

P. GARANT, « Le devoir d'équité procédurale et le contrôle judiciaire ou quasi judiciaire de la procédure administrative », *Les Cahiers de droit*, 1982, p. 587.

P. GARANT, « L'impartialité structurelle des tribunaux administratifs », *Les Cahiers de droit*, 1995, p. 379.

P.-M. GAUDEMET, « Le déclin de l'autorité hiérarchique », *D.*, 1947, p. 137.

Y. GAUDEMET, « La codification de la procédure administrative non contentieuse en France », *D.*, 1986, p. 107.

Y. GAUDEMET, « Pouvoir discrétionnaire de l'administration moderne », in M. BULLINGER (dir.), *Verwaltungsersessen im modernen Staat*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1986, p. 113.

Y. GAUDEMET, « Introduction », *RFAP*, 2004, p. 206.

Y. GAUDEMET, « De l'intérêt général à la déontologie (petites observations sur un grand sujet) », in *Mél. D. Truchet*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2015, p. 225.

F. GAZIER & Y. CANNAC, « Les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, 1984, p. 13.

M.-L. GÉLY, « La réception de la conception objective de l'impartialité par le Conseil d'État », in *Mél. J.-P. Colson*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 529.

B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et les principes », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 325.

M. GENTOT, « Marchés et autorités administratives indépendantes », *LPA*, 17 sept. 2001, p. 10.

F. GÉNY, « La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles », in *idem*, *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rousseau, 1914, p. 3.

J.-M. DE GÉRANDO, « Leçon : de la procédure administrative », *Thémis*, t. IV, Paris, Renouard, 1822, p. 57.

A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mél. P. Roubier*, t. I, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, p.241.

É. GIRAUD, « Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire », *Rev. gén. d'adm.* 1924, p. 193.

O. GOHIN, « Regards de travers sur une mal-aimée : La procédure administrative non contentieuse en droit comparé », in *Mél. J. Morand-Deville*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 351.

P. GONOD, « L'étude du procès administratif », in *Mél. A. Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2013, p. 165.

P. GONOD, « Le codification de la procédure administrative », *AJDA*, 2014, p. 395.

- P. GONOD, « À la recherche d'un code de procédure administrative : du décret du 28 novembre 1983 au code des relations entre le public et l'administration », *Cah. fonction publ.*, n° 361, 2015, p. 33.
- R. DE GOUTTES, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter, juger : quelle compatibilité ? », *RSC*, 2003, p. 63.
- C. GREWE, « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe », *Droits*, n° 9, 1989, p. 131.
- J.-P. GRIDEL, « L'impartialité du juge dans la jurisprudence civile de la Cour de cassation », in *Mél. J. Buffet*, Paris, Petites affiches, 2004, p. 241.
- J.-P. GROHON, « Le délit de favoritisme », *AJDA*, 1994, n° spécial, p. 104.
- M. GROS, « Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir », *RDP*, 1997, p. 1237.
- J.-C. GROSHENS, « À propos du pouvoir hiérarchique dans l'administration », *AJDA*, 1966, p. 140.
- M.-J. GUÉDON, « Classification des moyens d'annulation des actes administratifs : Réflexions sur un état des travaux », *AJDA*, 1978, p. 82.
- G. J. GUGLIELMI, « L'Administration, une inexistence créative », in *Mél. J. Chevallier*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2013, p. 85.
- R. GUILLIEN, « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », *D.*, 1955, chron. XIX, p.97.
- S. GUINCHARD, « Peut-on être bouddhiste ou chrétien ou juif ou libre penseur ou franc-maçon et juge ? », in *Mél. P. Julien*, Aix-en-Provence, Edilaix, 2003, p. 203.
- S. GUINCHARD, « Indépendance et impartialité du juge : les principes de droit fondamental », in J. VAN COMPERNOLLE & G. TARZIA (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre : Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 3.
- S. GUINCHARD, « La gestion des conflits d'intérêts du juge : entre statut et vertu », *Pouvoirs*, n° 147, 2013, p. 79.
- M. GUYOMAR, « Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative », *AJDA*, 2001, p. 518.
- M. GUYOMAR, « La sanction administrative », *LPA*, 12 janv. 2006, p. 7.

M. GUYOMAR, « Article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La procédure disciplinaire de la Commission bancaire remise en cause », *Banque et Droit*, n° 127, 2009, p. 3.

M. GUYOMAR, « La jurisprudence du Conseil d'État sur les décisions de l'AMF : 15 ans de réflexion », *Bull. Joly Bourse*, 2012, p. 555.

M. GUYOMAR, « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, n° 37, 2012, p. 157.

M. GUYOMAR, « Le principe d'impartialité et la Cour de discipline budgétaire et financière », *RFDA*, 2003, p. 713.

M. GUYOMAR, « Les trois dimensions de l'exigence déontologique propre à la fonction publique », *Cah. fonction publ.*, n° 331, 2013, p. 12.

A. HAQUET, « Le statut de l'élu local en filigrane », *AJDA*, 2015, p. 1210.

T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, p. 581.

A. HAURIOU, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », in *Mél. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 233.

A. HAURIOU, « Le droit administratif de l'aléatoire », in *Mél. L. Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 197.

M. HAURIOU, « De la personnalité morale comme élément de la réalité sociale », *Rev. gén. du droit*, 1898, p. 5.

M. HAURIOU, « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », *Rev. gén. d'adm.* 1892, p. 385 ; reproduit dans M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans, Éd. L'Épitoge, « Histoire(s) du Droit », vol. 1, 2013, p. 61 et s.

M. HAURIOU, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », *Revue de métaphysique et de morale*, 1928, vol. 35, p. 93 ; reproduit dans M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans, Éd. L'Épitoge, « Histoire(s) du Droit », vol. 1, 2013, p. 125.

M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation », in *idem*, *Aux sources du droit*, Centre de philosophie politique et juridique, « Bibl. de philosophie politique et juridique », Université de Caen, 1986, p. 89.

- M. HAURIOU, « Police juridique et fond du droit. À propos du livre d'Al Sanhoury », *in idem, Aux sources du droit*, Centre de philosophie politique et juridique, « Bibl. de philosophie politique et juridique », Université de Caen, 1986, p. 147.
- M. HAURIOU & G. DE BEZIN, « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », *RTD civ.*, 1903, p. 543.
- P. HÉBRAUD, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux », *Rec. de l'académie de législation de Toulouse*, 1949, p. 131.
- A. HEILBRONNER & R. DRAGO, « L'administration consultative en France », *RISA*, 1959, p. 57.
- A. HEURTÉ, « La récusation des juges administratifs », *JCP G.*, 1964, I, 1824.
- J. HOGSON, « Domaine du contrôle juridictionnel de l'administration », *EDCE*, 1987, p. 249.
- R. HOSTIOU, « Au sujet de la "danthonysation" du droit des enquêtes publiques », *in Mél. P. Bon*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2014, p. 897.
- D. HOUSSIN, « Indépendance et expertise : santé publique et prévention des conflits d'intérêts », *Pouvoirs*, n° 147, 2013, p. 111.
- S. HOYNCK, « L'obscur clarté du régime des sanctions administratives prononcées par les autorités de régulation », *RJEP*, 2014, repère 10.
- J. HUMMEL, « La théorie de la moralité administrative et l'erreur manifeste d'appréciation », *Rev. adm.*, 1996, p. 335.
- P. IDOUX, « Juger la régulation, c'est encore réguler », *RDP*, 2005, p. 1643.
- P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, p. 920.
- P. IDOUX, « Les procédures disciplinaires », *in AFDA, Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2015, p. 175.
- P. IDOUX, « L'argument sociologique et les autorités administratives indépendantes », *in* , D. FENOUILLET (dir.), *L'argument sociologique en droit*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2015, p. 137.
- P. IDOUX, « Régulation et procédure : bientôt l'aboutissement d'un processus de clarification ? », *RLC*, n° 39, 2014, p. 126.

- P. IDOUX, « Le nouveau statut général des AAI et API », *AJDA*, 2017, p. 1115.
- P. IDOUX, « Les procédures de règlement des différends », *RFDA*, 2017, p. 674.
- J.-P. JACQUÉ, « Le droit à une bonne administration dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 79.
- A. JEAMMAUD, « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 49.
- W. JEANDIDIER, « La prise illégale d'intérêts indirecte par un élu », *JCP G.*, 2003, II, 10093.
- D. JEAN-PIERRE, « La procédure disciplinaire dans la fonction publique territoriale », *JCP Adm.*, 2003, 1133.
- D. JEAN-PIERRE, « Les prises illégales d'intérêts des fonctionnaires », in C. FORTIER (dir.), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2014, p. 291.
- D. JEAN-PIERRE, « Conflits d'intérêts et responsabilisation des fonctionnaires », *JCP Adm.*, 2015, 2086.
- Y. JÉGOUZO, « Les sanctions administratives, actualité et perspectives », *AJDA*, 2001, n° spécial, p. 1.
- G. JÈZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *RDP*, 1913, p. 437.
- G. JÈZE, « Les formes en droit administratif français », *RDP*, 1922, p. 503.
- G. JÈZE, « Théorie générale de la fonction publique », *RDP*, 1928, p. 500.
- G. JÈZE, « L'appréciation de l'opportunité d'agir », *RDP*, 1943, p. 4.
- B. JOLY, « L'obligation d'impartialité de l'Administration », *Dr. fisc.*, 2009, comm. 90.
- O. JOUANJAN, « La théorie des contraintes et ses contraintes », *Droits*, n° 54, 2011, p. 27.
- O. JOUANJAN, « La Constitution », in P. GONOD, F. MELLERAY & P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. I, Paris, Dalloz, « Traités », 2011, p. 383.
- O. JOUANJAN, « Duguit et les Allemands », in F. MELLERAY (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 195.

- O. JOUANJAN, « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, LexisNexis, « Colloques et débats – Travaux de l'AFDA », vol. 4, 2011, p. 25.
- E. JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international ? », in H. RUIZ-FABRI & J.-M. SOREL (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, Pedone, « Contentieux international », 2010, p. 271.
- M. DE JUGLART, « Les sanctions administratives dans la législation récente », *JCP*, 1942, I, 283.
- J. KAHN, « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », *Cahiers de l'institut français des sciences administratives*, 1978, n° 16, p. 9.
- F. KAUFF-GAZIN, « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? À propos de l'affaire C-518/07, *Commission c/ Allemagne* », *Europe*, 2010, étude 9.
- H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, p. 561.
- H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1940, p. 33.
- H. KELSEN, « Justice et droit naturel », in Institut international de philosophie politique, *Le droit naturel*, Paris, PUF, « Annales de philosophie politique », vol. 3, 1959, p. 1.
- J.-F. KERLÉO, « Archéologie des rapports entre le droit et la déontologie en France », *Rev. d'études benthamiennes*, 2014, n° 13, etudes-benthamiennes.revues.org/774.
- J.-F. KERLÉO, « L'auto-saisine en droit public français », *RFDA*, 2014, p. 293.
- R. KOERING-JOULIN, « Le juge impartial », *Justices*, 1998, p. 1.
- B. KORNPBST, « La compétence liée », *RDP*, 1961, p. 935.
- G. KOUBI, « La notion de "conseiller municipal personnellement intéressé" à la délibération », *LPA*, 21 avril 1997, p. 4.
- J.-P. KOVAR, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, 2013, p. 655.
- M. LACHAZE, « Le règne des conseils ou la polysynodie dans l'Administration française », *Rev. pol. et parl.*, septembre 1934, p. 486.

P. LAMBERT, « Le droit d'accès à un tribunal dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, « UAE Symposium », 2001, p. 57.

P. LAMPUÉ, « La notion d'acte juridictionnel », *RDP*, 1946, p. 38.

G. LANGROD, « Procédure administrative et droit administratif », *RDP*, 1948, p. 449.

G. LANGROD, « Procédure administrative et droit administratif », *RISA*, 1956, p. 5.

G. LANGROD, « Quelques problèmes de la procédure administrative non contentieuse en droit administratif comparé », *RISA*, 1959, p. 5.

P. LASCOUMES, « Intérêt et rationalisation de l'action humaine : la notion d'intérêt en sociologie », in P. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt, vol. 1 : Approche interdisciplinaire*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis », 1990, p. 103.

J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « La prise illégale d'intérêts : un délit au champ d'application élargi », *AJCT*, 2011, p. 344.

R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », in *CONSEIL D'ÉTAT, Livre jubilaire pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, p. 177.

A. DE LAUBADÈRE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », in *Mél. M. Waline*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 531.

S. LAVALLÉE & D. LEMIEUX, « La multiplicité des rôles du ministre de l'Environnement s'oppose-t-elle à l'exigence de l'impartialité ? », *Les Cahiers de droit*, 2003, p. 73.

C. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, p. 295.

A.-V. LE FUR & D. SCHMIDT, « Il faut un tribunal des marchés financiers », *D.*, 2014, p. 551.

A.-V. LE FUR, « L'organisation structurelle de l'AMF suffit-elle à garantir le respect des exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité ? », *Bull. Joly Bourse*, 2014, p. 199.

J. LEMASURIER, « La preuve dans le détournement de pouvoir », *RDP*, 1959, p. 36.

J.-F. LEPETIT, « État, juge et régulateur », *LPA*, 23 janv. 2003, p. 9.

J.-F. LEPETIT, « État, juge et régulateur », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : Légitimité et efficacité*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, p. 118.

A.-M. LE POURHIET, « Le contrôle de l'impartialité des avis », in G. DUPUIS (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Paris, Economica, 1978, p. 56.

M. LETOURNEUR, « Les "principes généraux du droit" dans la jurisprudence du Conseil d'État », *EDCE*, 1951, p. 19-31.

M. LETOURNEUR, « Les principes généraux de la procédure administrative non contentieuse en France », in H. SOLUS (dir.), *Journées juridiques*, Paris, Éd. Cujas, 1965, p. 249.

A. LÉVY, « Le délit d'ingérence et la responsabilité pénale des maires et des élus municipaux », *LPA*, 15 févr. 1995, p. 10.

D. LÉVY, « Les développements récents du droit administratif anglais », in *Mél. R. Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 387.

G. LEYTE, « Les origines médiévales du ministère public », in J.-M. CARBASSE (dir.), *Histoire du parquet*, PUF, « Droit et justice », 2000, p. 23.

P. LIGNIÈRES, « Conflits d'intérêts : l'État rentre enfin dans le rang », *JCP G.*, 2013, 1123.

M. LOMBARD, « La régulation dans un État de droit », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Dalloz, « Droit et économie de la régulation », vol. 2, 2004, p. 26.

M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, p. 530.

M. LOMBARD, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *RJEP/CJEG*, 2005, p. 127.

M. LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006, p. 203.

M. LOMBARD, « Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? Typologie de leur mission », in G. MARCOU & J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, « Coll. de l'UMR de droit comparé de Paris », vol. 25, 2011, p. 147.

- L. LOPEZ-RODO, « La procédure administrative non contentieuse », *RDP*, 1980, p. 607.
- D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, « La prévention des conflits d'intérêts dans l'exercice des fonctions ministérielles », in *Mél. D. Truchet*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2015, p. 329.
- J.-M. MAILLOT, « La notion d'élu "intéressé" dans le droit des collectivités locales », *JCP G.*, 2000, I, 242.
- J.-M. MAILLOT, « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA*, 28 sept. 2004, p. 3.
- H. MAISL, C. WIENER & J.-M. WOEHLING, « Un décret ne fait pas le printemps », *AJDA*, 1984, p. 137.
- B. MANIN, « Volonté générale ou délibération ? », *Le Débat*, n° 33, 1985, p. 72.
- L. MANNORI, « Centralisation et fonction publique dans la pensée juridique de l'Ancien Régime : justice, police et administration », in M. PERTUÉ (dir.), *L'Administration territoriale de la France (1750-1940)*, Orléans, Presses universitaires, 1998, p. 247.
- B. DU MARAIS, « Les règles juridiques matérielles applicables aux autorités indépendantes », in G. MARCOU & J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, « Coll. de l'UMR de droit comparé de Paris », vol. 25, 2011, p. 231
- G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347.
- E. MARCOVICI, « De la nécessité de renforcer et d'adapter le cadre déontologique de la fonction publique », in P. BLACHÈRE (dir.), *Déontologie et droit public*, LGDJ, 2014, p. 83.
- G. DE MARGERIE, « Un nouveau type d'autorités », *Le Débat*, n° 52, 1988, p. 87.
- J.-P. MARGUÉNAUD, « Le juge judiciaire et l'interprétation européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 231.
- J.-P. MARGUÉNAUD, « La Cour de cassation multiplie les applications dévastatrices de l'exigence d'impartialité objective au sens de l'article 6 § 1 de la CEDH », *RTD civ.*, 1999, p. 494.
- J.-P. MARGUÉNAUD, « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes à l'épreuve de l'article 6 de la CEDH », in *Mél. J. Stoufflet*, Paris, LGDJ, Clermont-Ferrand, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2001, p. 213.

J.-C. MARIN, « Rapport introductif », in F. PASQUALINI (dir.), *Les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise*, Paris, Société de législation comparée, « Centre français de droit comparé », vol. 15, 2013, p. 13.

P. MARTENS, « La tyrannie des apparences », *RTDH*, 1996, p. 640.

R. MARTIN, « La saisine d'office du juge (Essai sur sa signification) », *JCP*, 1973, IV, 6316.

F. MARTUCCI, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le principe d'impartialité », *Concurrences*, 2014, p. 32.

J. MASING, « Typologie des missions des autorités administratives indépendantes », trad. Y. VILAIN, in G. MARCOU & J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, « Coll. de l'UMR de droit comparé de Paris », vol. 25, 2011, p. 181.

E. MATHIAS, « Le ministère public en Allemagne au XIXe siècle », in J.-M. CARBASSE (dir.), *Histoire du parquet*, PUF, « Droit et justice », 2000, p. 297.

J. MÉGRET, « De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision même discrétionnaire », *EDCE*, 1953, p. 77.

M. MEKKI, « La lutte contre les conflits d'intérêts : essor de la transparence ou règne de la méfiance ? », *Pouvoirs*, n° 147, 2013, p. 17.

J.-J. MENURET, « Quelle collégialité pour les autorités administratives indépendantes ? », in J.-J. MENURET & C. REIPLINGER (dir.), *La collégialité, valeurs et significations en droit public*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 119.

Y. MÉNY, « De la confusion des intérêts au conflit d'intérêts », *Pouvoirs*, n° 147, 2013, p. 5.

A.-S. MESCHERIAKOFF, « Légalité, efficacité, équité, les avatars de la légitimité administrative : le cas français », *RISA*, 1990, p. 359.

A. MESTRE, « La notion de personnalité morale chez Rousseau », *RDP*, 1902, t. 18, p. 447.

A. MESTRE, « La démocratie administrative », in *Mél. P. Couzinet*, Toulouse, Université de sciences sociales, 1974, p. 561.

L. MICHOD, « La notion de personnalité morale », *RDP*, 1899, t. XI, p. 193.

L. MICHOU, « La personnalité et les droits subjectifs de l'État dans la doctrine française contemporaine », *Rev. gén. d'adm.*, 1911, p. 257 et 385.

L. MICHOU, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, p. 429 et 1914, p. 19.

L. MICHOU, « Compte rendu de l'ouvrage de M. Gariel, *La centralisation économique en Suisse – L'œuvre économique de la Confédération depuis 1848* », *RDP*, 1914, p. 725.

L. MILANO, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119.

É. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999, p. 478.

F. MODERNE, « Le juge administratif français et les règles du procès équitable », *RUDH*, 1991, p. 352.

F. MODERNE, « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé », in *Mél. R. Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 411.

N. MOLFESSIS, « Conflits d'intérêts : vers un changement de culture », *JCP G.*, 26 déc. 2011, n° suppl., p. 1.

G. MORANGE, « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », *D.*, 1956, p. 121.

F. MOREAU, « Les caractères de la nullité de plein droit édictée par les art. 63 et 65 de la loi du 5 avril 1884 », *RDP*, 1912, p. 231.

J. MORET-BAILLY, « Les conflits d'intérêts des experts consultés par l'administration », *RDSS*, 2004, p. 855.

J. MORET-BAILLY & A. RODWIN, « La qualification de conflits d'intérêts des médecins en France et aux États-Unis », *RDSS*, 2012, p. 501.

J. MORET-BAILLY & D. TRUCHET, « Actualité et enjeux », *AJDA*, 2012, p. 865.

H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mél. P. Roubier*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p. 175.

H. MOUANNÈS, « L'impartialité juridictionnelle dans le viseur de la QPC », *Constitutions*, 2012, p. 273.

H. MOUANNÈS, « L'impartialité devant le Conseil d'État : La continuité d'une jurisprudence liée à l'office du juge du concret », in H. SIMONIAN-GINESTE (dit.), *La (dis)continuité en droit*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, « IFR Mutations des normes juridiques », vol. 20, 2014, p. 281.

R. MOULIN, « La règle d'examen particulier du dossier : une extrapolation équivoque », *AJDA*, 1983 p. 443.

Y. MULLER, « Le droit pénal des conflits d'intérêts », *Dr. pénal*, 2012, étude 1.

I. MULLER-QUOY, « Théorie de l'apparence et mise en scène de l'impartialité : à propos de l'application de l'article 6 de la CESDH par la Cour européenne de droits de l'homme », in E. RUDE-ANTOINE (dir.), *Le procès : enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, PUF, « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 2007, p. 111.

J.-L. NADAL, « L'impartialité du magistrat », *Gaz. pal.*, 24 mai 2012, p. 14.

J.-L. NADAL, « Le rôle de la Haute Autorité pour la transparence dans la vie publique », *L'ENA hors les murs*, 2014, n° 444, p. 15.

S. NIQUÈGE, « Discipline et déontologie : de l'art et des manières de faire corps », in C. FORTIER (dir.), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », p. 279.

R. ODENT, « Les droits de la défense », *EDCE*, 1953, p. 55.

R. ODENT, « La procédure d'élaboration des actes administratifs en droit français – Rapport présenté au Colloque des Conseils d'État français et italien », 1966, p. 92, disponible en ligne – juradmin.eu/colloquia/1968/france-2.pdf.

Y. PACLOT, « Le juge et les décisions de sanction de l'autorité des marchés financiers », in *Mél. D. Tricot*, Paris, Litec, Dalloz, 2011, p. 243.

B. PACTEAU, « La récusation des juges administratifs », *RDP*, 2012, p. 543.

J.-P. PAPIN, « L'impartialité du commissaire enquêteur », *CJEG*, 1983, p. 165.

H. PASCAUD, « Les incompatibilités électorales des candidats et des électeurs dans les élections politiques », *Rev. gén. du droit*, 1907, p. 5.

H. PAULIAT, « L'émergence du concept de sanction administrative », *JCP Adm*, 2013, 2072.

G. PEISER, « Sources du droit de la procédure administrative », in M. FROMONT (dir.), *Analyse comparée du droit administratif*, Londres, Esperia, « European Public Law Series », vol. 14, 2000, p. 19.

B. PERRIN, « Du bon usage des symboles », *AJDA*, 2016, p. 1089.

C. PICHÉ, « Définir l'étendue des tentacules du conflit d'intérêts pour mieux les maîtriser », in D. MAZEAUD & B. MOORE (dir.), *Les conflits d'intérêts*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2013, p. 31.

C. PICHERAL « L'indépendance et l'impartialité des juridictions spécialisées », *RFDA*, 2012, p. 636.

E. PIWNICA, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, p. 915.

B. PLESSIX, « Autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs. Archéologie d'un silence », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, n° 4, 2012, p. 183.

J.-Y. PLOUVIN, « Le cumul d'activités des agents publics », *AIFP*, 1974-1975, p. 147.

J.-M. PONTIER, « Étude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes », in P. GÉLARD (dir.), *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, t. II, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Doc. Assemblée nationale, n° 3166, 2006, p. 171.

M.-P. PRAT & C. JANVIER, « Les conflits d'intérêts chez les élus », *Pouvoirs*, n° 147, 2013, p. 53.

H. PUGET, « Le recours quasi-contentieux en droit comparé », *RIDC*, 1953, p. 255.

B. QUIRINY, « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *RDP*, 2006, p. 375.

S. RABILLER, « Regards sur la nouvelle stratégie de prévention des conflits d'intérêts au sein des autorités administratives indépendantes », in *Mél. P. Bon*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2014, p. 1085.

D. REBUT, « Les conflits d'intérêts et le droit pénal », *Pouvoirs*, n° 147, 2013, p. 123.

M. RÉGLADE, « L'exception d'illégalité en France », *RDP*, 1923, p. 393.

Y. REINHARD & S. THOMASSET-PIERRE, « Droit des marchés financiers », *D.*, 2006, p. 2601.

- M. REVAULT D'ALLONNES, « L'impartialité du Juge. Une problématique de tous les temps : d'Aristote à Hannah Arendt », in S. GABORIAU & H. PAULIAT (dir.), *L'éthique des gens de justice*, Limoges, Presses universitaires, 2001, p. 183.
- L. RICHER, « La transposition des règles sur les exclusions et les conflits d'intérêts », *Contrats-marchés publ.*, 2015, dossier 9.
- D. RITLENG, « Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », *AJDA*, 1999, p. 645.
- J. RIVERO, « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », *D.*, 1947, chron. p. 149.
- J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, chron. p. 21.
- J. RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mél. J. Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 813.
- J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mél. R. Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 821.
- J. RIVERO, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 343.
- J. RIVERO, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA*, 1966, p. 154.
- J. RIVERO, « Vers un droit commun européen : Nouvelle perspectives en droit administratif », in M. CAPPELLETTI (dir.), *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 389.
- J. RIVERO, « Conclusions », in C.-A. COLLIARD & G. TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1988, p. 309.
- J. RIVERO, « Une déontologie de la fonction publique », *Projet*, 1989, n° 220, p. 33.
- S. RODRIGUES, « Les circonstances communautaires de l'émergence des autorités de régulation nationales », *JCP E.*, 2004, n° spécial, n° 2, p. 2.
- F. ROLIN, « Le droit administratif est-il au service du Grand Capital ? », *AJDA*, 2016, p. 921.
- L. ROLLAND, « L'administration locale et la guerre », *RDP*, 1915, p. 106.
- M. ROSENFELD, « Jürgen Habermas et le Droit », *RDP*, 2007, p. 1506.

A. ROSS, « Sur les concepts d'"État", d'"organes d'État" en droit constitutionnel », *Droits*, n° 23, 1996, p. 131.

A. ROSS, « A propos de l'auto-référence et d'une énigme du droit constitutionnel », *in idem*, *Introduction au réalisme juridique*, trad. E. MILLARD & E. MATZNER, LGDJ/Bruylant, 2004, 231 p., p. 205.

D. ROUSSEAU, « La juridictionnalisation continue des AAI », *RLC*, n° 34, 2013, n° 2240.

E. ROUX, « Loi "Déontologie" du 20 avril 2016 : les nouveaux impératifs déontologiques des fonctionnaires », *AJCT*, 2016, p. 292.

P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes : Une catégorie nouvelle », *AJDA*, 1983, p. 275.

A. SAJO, « Les autorités indépendantes », *in* M. TROPER & D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. II, Paris, Dalloz, « Traités », 2012, p. 175-199.

R. SALOMON, « La rigueur du droit pénal de la probité publique », *Dr. pénal*, 2012, étude 2.

X. SAMUEL, « Panorama de la jurisprudence de la chambre criminelle en matière de prise illégale d'intérêts », *in* Cour de Cassation, *Rapport annuel 1999*, Paris, La documentation française, 2000, p. 217.

J.-M. SAUVÉ, « Les sanctions administratives en droit public français », *AJDA*, 2001, n° spécial, p. 16.

J.-M. SAUVÉ, « Justice administrative et autorités de régulation », Colloque EFB-Dalloz, 9 avril 2008 – disponible sur le site du Conseil d'État.

J.-M. SAUVÉ, « Un juge indépendant et impartial », *in* *Mél. J.-P. Costa*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2011, p. 539.

J.-M. SAUVÉ, « Pour une nouvelle déontologie dans la fonction publique », *JCP G.*, 26 déc. 2011, n° suppl., p. 12.

J.-M. SAUVÉ, « Conflits d'intérêts et déontologie dans le secteur public », *AJDA*, 2012, p. 861.

J.-M. SAUVÉ, « Les règles françaises en matière de conflits d'intérêts sont-elles satisfaisantes ? », *L'ENA hors les murs*, 2014, n° 444, p. 8.

R. SAVY, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *AJDA*, 1972, p. 3.

D. SCHMIDT & A.-V. LE FUR, « Pour un tribunal des marchés financiers », *Bull. Joly Bourse*, 2015, p. 24.

O. SCHRAMECK, « Le principe d'impartialité en droit public français et la Cour européenne de droits de l'homme », in *Mél. J.-P. Costa*, Paris, Dalloz, « Études, mélanges, travaux », 2011, p. 563.

B. SCHWARTZ, « La procédure administrative aux États-Unis », *RIDC*, 1951, p. 251.

A. SEBAN, « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », *LPA*, 3 juin 2002, p. 63.

M. SEGONDS, « La loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence dans la vie publique... ou la préservation des délits de prise illégale d'intérêts », *RSC*, 2013, p. 877.

M. SEGONDS, « L'apport de la loi du 11 octobre 2013 n° 2013-907 à la définition du conflit d'intérêts », *L'ENA hors les murs*, 2014, n° 44, p. 11.

B. SEILLER, « L'administrateur éclairé : La procédure administrative non contentieuse selon Gérard », *Rev. d'hist. des facultés de droit et de la culture juridique*, 2013, n° 33, p. 425.

A. SÉRIAUX, « Les enjeux éthiques de l'activité de *jurisdictio* », *Rev. de recherche jur.* 1998, p. 445 .

E. SIEYÈS, « Les bases de l'ordre social », in P. PASQUINO, *Sièyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 181.

D. SIMON, « Le principe de "bonne administration" ou la "bonne gouvernance" concrète », in *Mélanges J. Raux*, Rennes, Éd. Apogée, 2006, p. 155.

J. SIRINELLI, « Les règles générales de procédure », *RFDA*, 2015, p. 358.

J. DE SOTO, « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », *EDCE*, 1952, p. 64.

H. SPANNER, « De la procédure administrative non contentieuse », *RISA*, 1959, p. 167.

A. TAILLEFAIT, « Prévention des conflits d'intérêts : la culture administrative en question », *AJFP*, 2016, p. 189.

P. TAVERNIER, « Faut-il réviser l'article 6 de la CEDH », in *Mél. L.-E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 707.

- C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, p. 153.
- C. TEITGEN-COLLY, « Sanction et Constitution », *JCP Adm.*, 2013, 2076.
- A. THEVAND, « La relation entre personne et patrimoine au regard de l'éthique d'impartialité en droit administratif », in F. VIOLET (dir.), *Personne et patrimoine*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 413.
- J.-L. THIREAU, « Le bon juge chez les juristes français du XVI^e siècle », in J.-M. CARBASSE & L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, « Droit et justice », 1999, p. 131.
- G. TIMSIT, « Compétence liée et principe de légalité », *D.*, 1964, p. 217.
- G. TIMSIT, « La régulation : La notion et le phénomène », *RFAP*, 2004, p. 206.
- M. TOUZEIL-DIVINA, « Maurice Hauriou, mystificateur ou héros mythifié ? », in M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou, op. cit.*, p. 83.
- M. TRÉPREAU, « La prévention des conflits d'intérêts dans le domaine de la santé », *RDSS*, 2016, p. 1116.
- M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 5.
- D. TRUCHET, « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », *AJDA*, 2005, p. 1767.
- D. TRUCHET, « Le besoin de déontologie », *AJDA*, 2010, p. 2129.
- F. TULKENS & J. LOTARSKI, « Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mél. J. van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 731.
- T. TUOT, « La planète des sages », in R. FAUROUX & B. SPITZ, *Notre État : Le livre vérité sur la fonction publique*, Paris, Robert Laffont, 2000, p. 688.
- T. TUOT, « Perspectives d'évolution », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006, 248 p. ; p. 219.
- G. TUSSEAU, « L'indisponibilité des compétences », in AFDA, *La compétence*, Paris, Litec, « Colloques et débats – Travaux de l'AFDA », 2008, p. 101.
- G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle », *RFDA*, 2009, p. 641.

J. VAN COMPERNOLLE, « Impartialité du juge et cumul des fonctions au fond et au provisoire : réflexions sur des arrêts récents », in *Mél. P. Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 935.

C. VAUTROT-SCHWARTZ, « L'écriture de la procédure », in AFDA, *Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2015, p. 85.

G. VEDEL « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, p. 21.

G. VEDEL, « Réflexions sur la justice universitaire », in *Mél. L. Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 559.

J.-C. VENEZIA, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », in *Mél. M. Waline*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 795.

J.-C. VENEZIA, « L'administration française devant les transformations économiques et sociales contemporaines », *Annales européennes d'administration publique*, 1978 ; réimpr. in *idem, Écrits de circonstance*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, p. 137.

J.-C. VENEZIA, « Réflexions sur le rôle de la volonté en droit administratif », in *Mél. P. Kayser*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 383.

M. VERPEAUX, « Le Conseil constitutionnel juge de la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2010, p. 88.

M. VERPEAUX, « La loi du 31 mars 2015 ne constitue pas un nouveau statut pour les élus locaux », *JCP Adm.*, 2015, 2208.

R. VIDAL, « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », *RDP*, 1952, p. 275.

C.-L. VIER, « La notion de conflit d'intérêts », *AJDA*, 2012, p. 869.

C. VIGOUROUX, « Chartes et/ou codes de déontologie et responsabilisation », *JCP Adm.*, 2014, 2084.

P. VILLENEUVE, « La loi "déontologie" : la fonction de déontologue, mode d'emploi à l'usage des collectivités territoriales », *AJCT*, 2016, p. 307.

V. VIUJAS, « Recommandations de bonnes pratiques de la HAS et principe d'impartialité : la salutaire contribution du Conseil d'État à la prévention des conflits d'intérêts », *RGDM*, 2011, p. 211.

P. WACHSMANN, « Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2010, p. 2138.

P. WACHSMANN, « Sur "l'indépendance" des autorités administratives d'État », in *Mél. J.-L. Autin*, t. I, Montpellier, Université de Montpellier, « Mélanges », 2012, p. 481.

M. WALINE, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle », *RDP*, 1928, p. 441.

M. WALINE, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930, p. 197.

M. WALINE, « Du critère des actes juridictionnels », *RDP*, 1933, p. 565.

M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Mél. G. Scelle*, t. II, Paris, LGDJ, 1950, p. 613.

M. WALINE, « Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE*, 1956, p. 25.

G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Mél. R. Perrot*, Paris, Dalloz, 1995, p. 575.

G. WIEDERKEHR, « De la légitimité de la justice », in *Mél. J. Héron*, Paris, LGDJ, 2009, p. 485.

R. WORMS, « La juridiction du Conseil d'État et ses tendances actuelles », *Rev. gén. d'adm.*, 1907, t. II, p. 5.

J. ZILLER, « Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2010, p. 901.

E. ZOLLER, « La constitutionnalité de l'interdiction des "emplois familiaux" dans les cabinets », *AJDA*, 2017, p. 1305.

(Anonyme), « Les conseillers municipaux personnellement intéressés aux délibérations », *AJDA*, 1962, p. 493.

ARTICLES EN LANGUE ANGLAISE

F. ALEXIS, « Reasonableness in the Establishing of Bias », *Public Law*, 1979, p. 143.

S. ATRILL, « Who is the "fair-minded and informed observer"? Bias after *Magill* », *Cambridge Law Journal*, 2003, p. 279.

- J. BARNES, « Towards a third generation of administrative procedure », in S. ROSE-ACKERMANN & P. LINDSETH, *Comparative Administrative Law*, Northampton, E. Elgar, 2010, p. 338.
- J. FRANK, « Disqualification of Judges », *Yale Law Journal*, 1947, p. 605.
- D. H. CLARK, « Natural Justice : Substance and Shadow », *Public Law*, 1975, p. 27.
- T. GREY, « Procedural Fairness and Substantive Rights », in J. PENNOCK & J. CHAPMAN (dir.), *Due Process*, New York, New York University Press, « Nomos », vol. 18, 1977, p. 182.
- P. HAVERS & A. HENDERSON, « Recent Developments (and Problems) in the Law of Bias », 2011, disponible en ligne sur le site du *One Crown Office Row* : http://www.1cor.com/1158/?form_1155.replyids=1358.
- M. HURWITZ, « Judges and the Rule of Necessity : *Ignacio* and the Ninth Circuit's Judges », *The Justice System Journal*, 2007, p. 241.
- G. KEETON, « The Twilight of the Common Law », *The Nineteenth Century and after*, 1949, p. 230.
- K. MALLESON, « Safeguarding Judicial Impartiality », *Legal Studies*, 2002, p. 53.
- J. MAURICI, « The Modern Approach to Bias », *Judicial Review*, 2007, n°4, p. 251.
- C. MCCARTHY, « Why Independent Regulators ? », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : Légitimité et efficacité*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2004, p. 59.
- P. MILLET, « The Right to Good Administration in European Law », *Public Law*, 2002, p. 309.
- J. MORRIS OF BORTH-Y-GEST, « Natural Justice », *Current Legal Problems*, 1973, p. 1.
- D. J. MULLAN, « Fairness : The New Natural Justice ? », *The University of Toronto Law Journal*, 1975, p. 281.
- A. OLOWOFOYEKU, « The *Nemo Judex Rule* : The Case Against Automatic Disqualification », *Public Law*, 2000, p. 456.
- F. SCHAUER, « English Natural Justice and American Due Process : An Analytical Comparison », *William & Mary Law Review*, 1976, p. 47.

B. SCHWARTZ, « Administrative Procedure and Natural Law », *Notre Dame Law Review*, 1953, p. 169.

J. SCHWARZE, « Judicial Review in EC Law – Some Reflections on the Origins and the Actual Legal Situation », *ICLQ*, 2002, vol. 51, p. 17.

M. SHAPIRO, « Administrative Discretion : The Next Stage », *Yale Law Journal*, 1983, p. 1487.

M. SMITH, « Developing Administrative Principles in the EU : A Foundational Model of Legitimacy ? », *European Law Journal*, 2012, vol. 18, p. 269.

S. A. DE SMITH, « The Right to a Hearing in English Administrative Law », *Harv. Law. Rev.*, 1955, vol. 68, p. 569.

R. R. S. TRACEY, « Disqualified adjudicators: the doctrine of necessity in public law », *Public Law*, 1982, p. 628.

A. TÜRK, « Oversight of Administrative Rulemaking : Judicial Review », *European Law Journal*, 2013, vol. 19, p. 126.

W. WADE, « "Quasi Judicial" and its Background », *Cambridge Law Journal*, 1949, p. 216.

W. WADE, « The Twilight of Natural Justice ? », *LQR*, 1951, p. 103.

NOTES, CHRONIQUES ET CONCLUSIONS

Y. AGUILA, « Le principe d'impartialité s'applique-t-il dans la phase d'instruction du permis de construire ? », *BJDU*, 2008, p. 105.

Y. AGUILA, « Concl. sur CE Sect., 18 juill. 2008, *Mme Baysse* », *AJDA*, 2008, p. 2124.

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA & L. SERMET, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2001, p. 1256.

M. AUBERT, E. BROUSSY & F. DONNAT, « Autorités administratives indépendantes et principes démocratiques – Chronique de jurisprudence communautaire », *AJDA*, 2010, p. 937.

J.-B. AUBY, « Écotaxe, impartialité de l'Administration, conseils », *Dr. adm.*, 2011, comm. 84.

J.-L. AUTIN & F. SUDRE, « La dualité fonctionnelle du Conseil d'État en question devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1996, p. 777.

- M. AZIBERT & M. DE BOISDEFFRE, « Note sous CE Sect., 27 avril 1988, *Sophie* », *AJDA*, 1988, p. 446.
- A. BERNARD, « Concl. sur CE, 19 nov. 1958, *Sieur Butori* », *AJDA*, 1958, II, p. 450.
- D. BLAISE, « « Une interprétation rigoureuse de la notion de conseiller intéressé », *AJDA*, 2003, p. 2264.
- S. BOISSARD, « Concl. sur CE, 22 nov. 2000, *Amirshahi et autres* », *AJDA*, 2001, p. 387.
- J.-C. BONICHOT, « Concl. sur CE Sect., 28 juill. 1999, *GIE Mumm-Perrier-Jouët* », *Lebon* p. 257.
- D. BOTTEGHI, « Concl. sur CE, 31 janv. 2012, *Ministre de l'Intérieur* », *AJDA*, 2012, p. 1054.
- D. BOTTEGHI, « Concl. sur CE avis, 8 avril 2013, *M. Rajhi* », *base Ariane*.
- N. BOULOUIS, « Le contrat de partenariat relatif à l'éco-taxe poids lourds a-t-il été attribué régulièrement ? », *BJCP*, 2011, p. 365.
- G. BRAIBANT, « Concl. sur CE Sect., 20 mai 1966, *Dame veuve Pouvillon et autres* », *Lebon* p. 355.
- G. BRAIBANT, « Concl. sur CE Sect., 9 nov. 1966, *Commune de Clohars-Carnoët* », *D.*, 1967, II, p. 92.
- G. BRAIBANT, « Concl. sur CE Sect., 2 mars 1973, *Demoiselle Arbousset* », *RDP*, 1973, p. 1072.
- G. BRAIBANT, « Concl. sur CE Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville nouvelle Est"* », *Lebon* p. 409.
- S. BRAMERET, « Le statut des élus locaux administrateurs de sociétés d'économie mixte locales : entre ombre et lumière », *JCP Adm.*, 2013, 2014.
- C. BROYELLE, « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », *JCP Adm.*, 2012, 2089.
- J.-F. BURGELIN, « Concl. sur Cass. Ass. plén., 6 nov. 1998, *Société Bord Na Mona* », *D.*, 1999, p. 1.
- G. CAHEN-SALVADOR, « Concl. sur CE, 26 déc. 1925, *Sieur Rodière* », *RDP*, 1926, p. 32.

- J. CHARDEAU, « Concl. sur CE Sect., 25 janv. 1957, *Société Gracco* », *Lebon* p. 56.
- P. COLLIN, « Concl. sur CE, 5 mai 2010, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ SCI Agora Location* », *Dr. fisc.* 2010, comm. 421.
- P. COLLIN, « Concl. sur CE, 8 nov. 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* », *Bull. Joly Bourse*, 2011, p. 76.
- J. COPPER-ROYER, « Note sous CE, 12 mars 1954, *Deullin* », *AJDA*, 1955, II, p. 60.
- A. COURET, « La Commission bancaire à l'épreuve de l'article 6, § 1 de la Convention EDH », *D.*, 2009, p. 2247.
- X. COUTON, « Élu intéressé et élaboration d'une carte communale », *Construction-Urbanisme*, 2013, comm. 3.
- É. CRÉPEY, « Concl. sur CE, 18 nov. 2015, *SARL Mosaiques*, n° 368820 », *Dr. fisc.*, 2016, comm. 168.
- B. DACOSTA, « Concl. sur CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés* », *BJCP*, 2012, p. 343.
- T. DAL FARRA, « Délit de favoritisme : l'existence d'un avantage injustifié résulte-t-elle de la seule violation des règles garantissant la liberté et l'égalité d'accès des candidats ? », *BJCP*, 1999, p. 139.
- P. DELELIS, « Encadrement de la liberté contractuelle de France Télécom », *Contrats-marchés publ.*, 2002, comm. 259.
- J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Chronique de jurisprudence », *RSC*, 1988, p. 83.
- J. DELVOLVÉ, « Concl. sur CE Ass., 27 avril 1951, *Mélamède* », *Lebon* p. 226.
- H. DELZANGLES, « La détermination hésitante de la portée de l'indépendance des autorités de régulation nationales par la Cour de justice de l'Union européenne », *RJEP*, 2011, comm. 41.
- C. DEVÈS, « Société d'économie mixte locale et conseiller intéressé à l'affaire », *AJDA*, 2013, p. 1059.
- F. DIEU, « La sanction par le juge d'un acte administratif constitutif d'une prise illégale d'intérêts », *RLCT*, n° 20, 2007, p. 14.

X. DOMINO & A. BRETONNEAU, « Concentrations : affaires *Canal plus*, décodage », *AJDA*, 2013, p. 215.

R. DRAGO, « Note sous CA Paris, 7 mars 2000, *Société KPMG* », *JCP G.*, 2000, II, 10408.

J.-D. DREYFUS, « Un soupçon de conflit d'intérêts ne suffit pas pour mettre en cause l'impartialité du pouvoir adjudicateur », *AJDA*, 2012, p. 1404.

C.-A. DUBREUIL, « Conseiller intéressé : le Conseil d'État précise la notion d' "intérêt distinct" », *AJDA*, 2013, p. 626.

P. DUCLOS, « Note sous CE, 29 avril, 6 mai, 9 nov. 1932 et 10 mars 1933 », *D.*, 1934, III, p. 18.

C. DUCOULOUX-FAVARD, « La COB et les droits de l'homme », *LPA*, 10 févr. 1999, p. 14.

G. ECKERT, « Impartialité des juridictions et efficacité de la régulation », *RJEP*, 2012, comm. 39.

G. ECKERT, « Vers l'interdiction du cumul des poursuites administratives et pénales », *RJEP*, 2014, comm. 48.

G. EVEILLARD, « Le principe d'impartialité dans les autorités administratives collégiales », *Dr. adm.*, 2015, comm. 79.

B. FLEURY, « Nul ne peut servir deux maîtres à la fois. La prise illégale d'intérêts redéfinie : vrai problème, fausse solutions ? », *JCP Adm.*, 2010, act. 539.

C. FORTIER, « Le couronnement de l'arrêt *Lebon* : le choix de la sanction fait l'objet d'un contrôle plein du juge administratif », *AJFP*, 2014, p. 5.

A. FRIBOULET, « Régularité de la procédure d'élaboration d'une décision administrative en matière sanitaire, principe d'impartialité et prévention des conflits d'intérêts », *RJEP*, 2011, comm. 37.

A. FRIBOULET, « Les contours du principe d'impartialité appliqué au contrôle de la régularité de la procédure de passation d'un contrat public », *RJEP*, 2011, comm. 54.

M.-A. FRISON-ROCHE, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.*, 2013, p. 28.

J.-M. GALABERT, « Concl. sur CE Ass., 23 avril 1965, *Dame veuve Ducroux* », *RDP*, 1965, p. 1188.

B. GENEVOIS, « Concl. sur CE Ass., 21 janv. 1977, *Ministre de l'Intérieur c/ Dridi* », *Gaz. Pal.*, 1977, I, p. 340.

B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *RFDA*, 1989, p. 215.

B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires », *RFDA*, 1989, p. 671.

M. GENTOT, « Concl. sur CE Sect., 23 avril 1971, *Commune de Ris-Orangis* », *AJDI*, 1971, p. 654.

M. GENTOT, « Concl. sur CE Ass., 27 nov. 1971, *Agence maritime Marseille-Fret, Compagnie générale Transatlantique et autres* », *RDP*, 1971, p. 988.

E. GLASER, « Concl. sur CE Sect. (avis), 12 mai 2004, *Commune de Rogerville* », *RFDA*, 2004, p. 723.

E. GLASER, « Principe d'impartialité et représentation des intérêts professionnels », *Dr. adm.*, 2008, comm. 47.

G. GONZALEZ, « Vers la fin du "report" du procès équitable pour les organes administratifs ou disciplinaires soumis à un contrôle de pleine juridiction ? », *JCP G.*, 2003, II, 10177.

E. GULDNER, « Concl. sur CE Sect., 7 juin 1957, *Sieur Brissaud* », *Lebon* p. 386.

M. GUYOMAR & P. COLLIN, « Nature et portée du contrôle du Conseil d'État sur la procédure suivie par un ordre professionnel », *AJDA*, 2006, p. 613.

M. GUYOMAR, « Concl. sur CE, 30 juill. 2003, *Banque d'escompte et Wormser frères réunis* », *LPA*, 20 févr. 2004, p. 3.

M. GUYOMAR, « Concl. sur CE Sect., 27 oct. 2006, *Parent* », *LPA*, 20 déc. 2006, p. 4.

M. GUYOMAR, « Concl. sur CE, 26 juill. 2007, *Société Global Gestion* », *Bull. Joly Bourse*, 2007, p. 645.

M. GUYOMAR, « Concl. sur CE, 12 oct. 2009, *Petit* », *Lebon* p. 367.

M. GUYOMAR, « Concl. sur CE, 28 déc. 2009, *Refco Secutities* », *Bull. Joly Bourse*, 2010, p. 138.

M. HAURIOU, « Note sous CE, 16 nov. 1894, *Brault et autres* », *S.*, 1896, III, p. 65 ; *Juris. adm.*, t. III, p. 62.

- M. HAURIOU, « Note sous CE, 1^{er} févr. 1901, *Descroix et autres boulangers de Poitiers* », *S.*, 1901, III, p. 41 ; *Juris. adm.*, t. I, p. 144
- M. HAURIOU, « Note sous CE, 31 janv. 1902, *Grazietti* », *S.*, 1903, III, p. 113 ; *Juris. adm.*, t. II, 1929, p. 182.
- M. HAURIOU, « Note sous CE 29 mai 1903, *Le Berre* ; 11 déc. 1903, *Villenave* et 1^{er} juill. 1904, *Nivaggioni* », *Juris. adm.*, t. III, p. 16.
- M. HAURIOU, « Note sous CE, 26 juin 1908, *Sieur Daraux* », *Juris. adm.*, t. II, p. 391.
- M. HAURIOU, « Note sous CE, 11 juin 1909, *Servois, Guyot de Villeneuve et autres* », *Juris. adm.*, t. III, p. 232.
- M. HAURIOU, « Note sous TC, 22 avril 1910, *Préfet de la Côte-d'Or c/ Abbé Piment* », *S.*, 10, III, p. 129 ; *Juris. adm.*, t. I, p. 612.
- M. HAURIOU, « Note sous CE, 8 mars 1912, *Lafage et Schlemmer* », *Juris. adm.*, t. II, p. 130.
- M. HAURIOU, « Note sous CE, 4 avril 1914, *Sieur Gomel* », *Juris. adm.*, t. II, p. 372.
- D. HEDARY, « Concl. sur CE, 3 oct. 2012, *Polesello*, n° 338974 », *Dr. fisc.*, 2012, comm. 537.
- R. HOSTIOU, « Le commissaire-enquêteur ne doit avoir aucun lien personnel ou fonctionnel dans l'opération soumise à enquête publique », *AJDA*, 1996, p. 465.
- S. HUBAC, « Concl. sur CE Sect., 27 avril 1988, *Sophie* », *Lebon* p. 161.
- P. HUBERT, « Concl. sur CE Sect., 3 juill. 1998, *Mme Salva-Couderc* », *BJDU*, 1998, p. 375.
- P. IDOUX, « Un an de droit de la procédure administrative », *Dr. adm.*, 2014, chron. 6.
- D. JEAN-PIERRE, « Une épreuve de sélection est-elle viciée du seul fait qu'un membre du jury connaît un candidat ? », *JCP Adm.*, 2008, comm. 2200.
- G. JÈZE, « Note sous CE, 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges* », *RDP*, 1914, p. 145.
- P.-L. JOSSE, « Note sous CE Ass., 27 avril 1951, *Mélamède* », *D.*, 1951, p. 453.
- R. KELLER, « Concl. sur CE Sect., 4 oct. 2012, *M. Rousseaux* », *RFDA*, 2012, p. 1195.
- R. KELLER, « Concl. sur CE Ass., 13 nov. 2013, *M. Dahan* », *RFDA*, 2013, p. 1175.

- D. LABETOULLE, « Concl. sur CE, 8 déc. 1982, *Marsac et autres* », *JCP*, 1983, II, 20016.
- D. LABETOULLE, « Concl. sur CE, 18 mars 1983, *Spina* », *RDSS*, 1984, p. 86.
- É. LAFERRIÈRE, « Concl. sur TC, 5 mai 1877, *Laumonier-Carriol* », *Lebon* p. 437.
- M.-A. LAFORTUNE, « Concl. sur Cass. Ass. plén., 5 février 1999, *Commission des opérations de bourse c/ Oury* », *Gaz. Pal.*, 24-25 févr. 1999, p. 8.
- M.-A. LAFORTUNE, « Concl. sur Cass. com., 5 oct. 1999 », *Gaz. Pal.*, 1^{er}-2 déc. 1999, p. 9.
- A. LALLET, « Concl. sur CE, 26 oct. 2012, *Commune de Vœgtlinshoffen et Département du Haut-Rhin* », *RJEP*, 2013, comm. 6.
- A. LALLET, « Concl. sur CE, 8 avril 2015, *Laboratoires Genevrier et autres* », *base Ariane*.
- P. LAMBERT, « Vers un assouplissement de la notion d'impartialité objective ? », *JT*, 1993, p. 390.
- F. LAMY, « Concl. sur CE Sect., 20 oct. 2000, *Société Habib Bank Limited* », *Lebon* p. 433.
- C. LANDAIS, « Concl. sur CE, 27 avril 2011, *Association FORMINDEP* », *AJDA*, 2011, p. 1326.
- G. DE LA TAILLE, « La discipline et l'impartialité », *AJDA*, 2013, p. 1510.
- C. LEGRAS, « Concl. sur CE, 1^{er} déc. 2008, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SCI Strasbourg* », *RJF*, 2009, p. 104.
- X. DE LESQUEN, « Concl. sur CE, 3 août 2011, *Société BLS* », *RJEP*, 2012, comm. 11.
- J. LESSI & L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conflits d'intérêts : le déport implique-t-il le départ ? », *AJDA*, 2015, p. 1626.
- M. LETOURNEUR, « Concl. sur CE, 27 janv. 1950, *Billard* », *S.*, 1950, III, p. 41.
- L. LEVIEZ, « Concl. sur CE, 3 févr. 1859, *Batisse et Ronat* », *Lebon* p. 104.
- S.-J. LIÉBER & D. BOTTEGHI, « Des vertus de la simplification », *AJDA*, 2009, p. 2163.
- G. LIET-VEAUX, « Note sous CE Sect., 4 mars 1949, *Sieur Trèbes et autres* », *Rev. adm.*, 1949, p. 260.

- F. LINDITCH, « Un an de droit pénal des marchés publics », *Dr. pénal*, 2009, chron. 9.
- P. LÉGER, « Concl. sur CJCE 3 mars 2005, *Fabricom SA c/ État belge* », *Rec.* p. I-1562.
- M. LOMBARD, « Cumul du pouvoir réglementaire et du pouvoir sanctionnateur », *Dr. adm.*, 2003, comm. 233.
- M. LOMBARD, « Impartialité et dualité de fonctions administrative et contentieuse », *Dr. adm.*, 2004, comm. 168.
- M. LOMBARD, « Que reste-t-il du pouvoir de sanction de l'ARCEP ? – Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2012, p. 1717.
- M. LOMBARD, « Reconstruire le pouvoir de sanction de l'ARCEP (et du CSA) – Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2013, p. 1953.
- M. LOMBARD, « Le collège de l'ARCEP se dédouble afin de pouvoir poursuivre et sanctionner – Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2014, p. 1874.
- M. LONG, « Concl. sur CE, 9 juill. 1956, *Gouverneur général de l'Algérie* », *AJDA*, 1956, p. 383.
- A. LOUVARIS, « Impartialité des organes de régulation (à propos de la Commission bancaire) », *D.*, 2001, p. 2665.
- F.-X. LUCAS, « Interdiction de gérer sur saisine d'office », *D.*, 2001, p. 1069.
- V. MAGNIER, « La notion de justice impartiale – À la suite de l'arrêt *Oury* », *JCP G.*, 2000, 252.
- F. MELLERAY, « Les modalités d'application du principe d'impartialité aux jurys d'examens professionnels », *Dr. adm.*, 2008, comm. 136.
- L. MERCIER, « Rapport sur Cass. crim., 15 déc. 1905, *Lanoix* », *D.*, 1907, I, p. 195.
- J. MOREAU, « Pouvoirs des chambres régionales des comptes en matière de "contrôle de gestion" », *JCP Adm.*, 2007, 2291.
- C. MOREL & M. DENIS-LINTON, « Procédure préalable à la déclaration d'utilité publique et commission d'enquête », *RDI*, 1996, p. 195.
- C. MOSSET, « Concl. sur CE, 2 nov. 1956, *Syndicat des importateurs des centres de consommation et sieur Tranchant* », *AJDA*, 1956, II, p. 442.

S. NICINSKI, « Les organismes consultatifs dans le secteur des télécommunications », *AJDA*, 2002, p. 1499.

J. NORMAND, « Le droit à un juge impartial », *RTD civ.*, 2001, p. 192.

R. ODENT, « Concl. sur CE Ass., 26 oct. 1945, *Mattéi, Belloir, Aramu et Tabti* », *S.*, 1946, III, p. 1.

B. PACTEAU, « Note sous CE, 13 déc. 1985, *Association de défense des expropriés du projet concernant la suppression du passage à niveau n° 416 à Orange et autres* », *RFDA*, 1986, p. 611.

B. PACTEAU, « La preuve par trois dans le procès administratif », *D.*, 2016, p. 2104.

G. PELLISSIER, « Composition de la commission départementale d'équipement commercial : tous les membres doivent être désignés nominativement », *JCP Adm.*, 2008, 2036.

G. PELLISSIER, « Concl. sur CE, 10 déc. 2012, *M. Auclair* », *BJCL*, 2013, p. 23.

PERRET, « Concl. sur CE, 25 mai 1870, *Compagnie générale transatlantique* », *Lebon* p. 644.

R. PERROT, « Impartialité du juge et cumul de fonctions », *RTD civ.*, 1999, p. 193.

É. PEUCHOT, « Note sous CE, 12 févr. 1986, *Commune d'Ota* », *D.*, 1987, p. 73.

B. PLESSIX, « Droit administratif », *JCP G.*, 2009, chron. 551.

J. PRADEL, « Le magistrat qui, en qualité de membre de la chambre d'accusation a statué sur une requête en nullité, peut-il faire ensuite partie de la chambre des appels correctionnels ? », *D.*, 1996, p. 259.

J. QUANDALLE, « Concl. sur TA Lille, 16 août 1961, *Sieur Béague c/ Ministre de la Construction* », *AJDA*, 1962, p. 118.

C. RABANY, « Note sous CE, 20 déc. 1912, *Sieurs Bost et Meunier* », *Rev. gén. d'adm.*, 1914, t. II, p. 35.

T. RAMBAUD & A. ROBLOT-TROIZIER, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle étrangère applicable au droit administratif », *RFDA*, 2007, p. 1289.

F. RAYNAUD, « Note sous CE, 8 juin 2015, *Zegdi* », *Cah. fonction publ.*, n° 356, 2015, p. 91.

A. REYGROBELLET, « Conformité de l'auto-saisine du Conseil de la concurrence aux garanties fondamentales », *D.*, 2002, p. 2043.

J.-P. RELMY, « Impartialité et autorité des marchés financiers : de l'impartialité personnelle à l'impartialité structurelle ? », *RTD com.*, 2010, p. 29.

J.-F. RENUCCI, « La composition de la juridiction compétente en matière d'enfance délinquante : juge des enfants intervenant à différents stades de la procédure », *D.*, 1995, p. 105.

J. RIVERO, « Note sous CE Sect., 7 févr. 1936, *Jamart* », *S.*, 1937, III, p. 113.

A. ROBLOT-TROIZIER & G. TUSSEAU, « Chronique de jurisprudence », *RFDA*, 2013, p. 141.

J. ROMIEU, « Concl. sur CE, 30 mars 1906, *Sieur Ballande* », *Lebon* p. 279.

N. RONTCHEVSKY, « Nouvelle annulation d'une décision de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers pour méconnaissance de l'exigence d'impartialité », *RTD com.*, 2007, p. 803.

J.-A. ROUX, « Note sur CA Rouen, 18 juill. 1896, *Mazier* », *S.*, 1898, II, p. 272.

G. SAINT-PAUL, « Concl. sur CE, 16 nov. 1894, *Sieurs Brault et autres* », *Lebon* p. 595.

G. SAINT-PAUL, « Concl. sur CE, 1^{er} déc. 1905, *Élections du Mans* », *D.*, 1905, III, p. 83.

M. DE SAINT-PULGENT, « Les sanctions infligées par le Conseil des bourses de valeurs : nature et régime juridique », *RFDA*, 1991, p. 612.

C. DE SALINS, « Concl. sur CE, 26 sept. 2008, *Assistance publique – Hôpitaux de Paris* », *JCP Adm.*, 2008, 2282.

P. SARGOS, « Le juge des référés peut-il connaître de l'appel dirigé contre le jugement sur le fond », *JCP G.*, 1998, II, 10198.

P. SARGOS, « Article 6-1 de la Convention européenne des droits et rôle du bâtonnier de l'ordre des avocats », *AJDA*, 2000, p. 762.

O. SCHRAMECK, « Contrôle, à travers la composition d'un jury, du principe d'égalité entre les candidats d'un concours », *AJDA*, 1992, p. 163.

R. SCHWARTZ, « Question de l'indépendance et de l'impartialité de la juridiction du contentieux technique de la sécurité sociale », *AJDA*, 1998, p. 445.

A. SEBAN, « Le principe d'impartialité et les autorités de régulation : le cas du Conseil des marchés financiers », *RFDA*, 2000, p. 584.

L. SERMET, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2000, p. 1059.

I. DE SILVA, « Le contrôle des nuisances sonores aéroportuaires : la procédure de sanction », *RFDA*, 2007, p. 757.

J.-G. SORBARA, « L'affaire *Beausoleil* : la publicité comme preuve de la partialité du juge », *AJDA*, 2017, p. 180.

D. SPIELMANN, « Note sous CEDH, 28 sept. 1995, *Procola c/ Luxembourg* », *RTDH*, 1996, p. 275.

P. SUBRA DE BIEUSSES, « Validité du pouvoir de saisine d'office de la Commission bancaire au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2000, p. 1071.

F. SUDRE, « A propos d'un bric-à-brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction », *JCP G.*, 2000, n° 10, II, 10267.

S. TRAORÉ, « Le principe d'impartialité dans la procédure de délivrance des permis de construire », *AJDA*, 2009, p. 235.

D. TRUCHET, « Note sous CA Rennes, 21 mai 1979, *Ducassou* », *Rev. jur. de l'Ouest*, 1980, p. 90.

L. VALLÉE, « Concl. sur CE, 9 juill. 2003, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Champagne-Bourgogne* », *BJCL*, 2003, p. 801.

J. VAN COMPERNOLLE, « Évolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective », *RTDH*, 1994, p. 437.

H. DE VAUPLANE, J.-J. DAIGRE, B. DE SAINT-MARS & J.-P. BORNET, « Note sous CE, 26 juill. 2007, *Global Equities et autres c/ AMF* », *Banque et Droit*, n° 115, 2007, p. 32.

M. VÉRON, « Le favoritisme sans intention de favoriser », *Dr. pénal*, 2004, comm. 50.

C. VEROT, « Concl. sur CE, 10 janv. 2007, *M. Grass et autres* », *RFDA*, 2007, p. 1071.

R. VICTOR, « Concl. sur CE, 19 juill. 2016, *SAS Fruitofood* », *Dr. fisc.*, 2016, comm. 577.

M. VIRALLY, « Note sous CE, 10 juill. 1954, *Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques* », *D. S.*, 1955, p. 332.

M. WALINE, « Note sous CE, 16 nov. 1928, *Foucher* », *D.*, 1929, III, p. 33.

M. WALINE, « Note sous CE, 12 juill. 1929, *Sieur du Hays* », *D.*, 1930, III, p. 21.

M. WALINE, « Note sous CE Sect., 15 mai 1936, *Sieur Belot* », *D.*, 1937, III, p. 1.

M. WALINE, « Note sous CE Ass., 7 févr. 1947, *Sieur d'Aillières* », *RDP*, 1947, p. 68.

M. WALINE, « Note sous CE Sect., 20 juin 1952, *Legros* », *RDP*, 1952, p. 725.

M. WALINE, « Les Conseils de discipline », *RDP*, 1964, p. 439.

M. WALINE, « Note sous CE Sect., 9 nov. 1966, *Commune de Clohars-Carnoët* », *RDP*, 1967, p. 334.

M. WALINE, « Note sous CE, 11 mai 1973, *Sieur Sanglier* », *RDP*, 1973, p. 1747.

Table des arrêts

Décisions du Conseil constitutionnel

Cons. const., décision n° 82-155 DC du 30 déc. 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, *JORF* du 31 déc. 1982, p. 4034 : *RDP*, 1983, p. 333, note FAVOREU.

Cons. const., décision n° 84-182 DC du 18 janv. 1985, *Loi relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise*, *JORF* du 20 janv. 1985, p. 819 : *D.*, 1986, p. 426, note RENOUX.

Cons. const., décision n° 88-248 DC du 17 janv. 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *JORF* du 18 janv. 1989, p. 754 : *RFDA*, 1989, p. 215, note GENEVOIS.

Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janv. 1987, *JORF* du 25 janv. 1987, p. 924 : *AJDA*, 1987, p. 345, note CHEVALLIER ; *JCP*, 1987, II, 20854, note SESTIER ; *RFDA*, 1987, p. 282, note GENEVOIS ; *RFDA*, 1987, p. 301, note FAVOREU ; *RDP*, 1987, p. 1341, note GAUDEMET ; *D.*, 1988, p. 117, note LUCHAIRE.

Cons. const., décision n° 87-237 DC du 30 déc. 1987, *Loi de finances pour 1988*, *JORF* du 31 déc. 1987, p. 15761.

Cons. const., décision n° 89-260 du 28 juill. 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, *JORF* du 1^{er} août 1989, p. 9676 : *RFDA*, 1989, p. 671, note GENEVOIS.

Cons. const., décision n° 95-360 DC du 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, *JORF* du 7 février 1995, p. 2097 : *RFDC*, 1995, p. 405, note RENOUX ; *D.*, 1995, p. 171, note PRADEL.

Cons. const., décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, *JORF* du 13 avril 1996, p. 5724.

Cons. const., décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, *JORF* du 20 décembre 1999, p. 19730.

Cons. const., décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, *JORF* du 7 juin 2000, p. 8564.

Cons. const., décision n° 2001-451 DC du 27 nov. 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents de travail et les maladies professionnelles*, *JORF* du 1^{er} décembre 2001, p. 19112.

Cons. const., décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, *JORF* du 10 sept. 2002, p. 14953.

Cons. const., décision n° 2003-466 DC du 20 févr. 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, *JORF* du 27 févr. 2003, p. 3480 : *LPA*, 18 sept. 2003, p. 3, chron. VERPEAUX & MATHIEU.

Cons. const., décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, *JORF* du 19 mars 2003, p. 4789.

Cons. const., décision n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour en France et à la nationalité*, JORF du 27 nov. 2003, p. 20154.

Cons. const., décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, JORF du 10 mars 2004, p. 4637.

Cons. const., décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, JORF du 22 juin 2004, p. 11182 : AJDA, 2004, p. 1534, note ARRIGHI DE CASANOVA ; D., 2004, p. 1739, obs. MATHIEU ; D., 2004, p. 3089, note BAILLEUL ; LPA, 9 juill. 2004, p. 5, note CHAGNOLLAUD ; RTD eur., 2004, p. 583, note KOVAR.

Cons. const., décision n° 2006-545 DC du 28 déc. 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, JORF du 21 décembre 2006, p. 20320.

Cons. const., décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, JORF du 13 juin 2009, p. 9675 : JCP G., 2009, 101, note FELDMAN ; RLDI, 2009, p. 103, note ROUSSEAU ; D., 2009, p. 1770, obs. BRUGUIÈRE ; RSC, 2009, p. 609, note FRANCILLON.

Cons. const., décision n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *Jean-Pierre B.*, JORF du 26 mars 2011, p. 5406 : AJDA, 2011, p. 1214, note CRÉPIN-DEHAENE ; JCP Adm., 2011, 2150, note FLEURY.

Cons. const., décision n° 2011-147 QPC du 8 juill. 2011, *M. Tarek J.*, JORF du 9 juill. 2011, p. 11979.

Cons. const., décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur*, JORF du 3 décembre 2011, p. 20496 : JCP E, 2012, 1034, note PACLOT ; AJDA, 2012, p. 578, chron. LOMBARD, NICINSKI & GLASER ; Constitutions, 2012, p. 337, obs. LE BOT ; Bull. Joly Bourse, 2012, p. 55, note LASSERRE-CAPDEVILLE.

Cons. const., décision n° 2012-280 QPC du 12 oct. 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre*, JORF du 13 oct. 2012, p. 16031 : Dr. adm., 2012, comm. 94, note BAZEX ; RFDA, 2013, p. 141, chron. ROBLOT-TROIZIER ; RJEP, 2013, comm. 2, note GENEVOIS.

Cons. const., décision n° 2012-286 QPC du 7 déc. 2012, *Société Pyrénées services et autres*, JORF du 8 déc. 2012, p. 19279 : D., 2013, p. 338, note VALLENS.

Cons. const., décision n° 2013-310 QPC du 16 mai 2013, *M. Jérôme P.*, JORF du 19 mai 2013, p. 8378 : Constitutions, 2013, p. 440, obs. LE BOT.

Cons. const., décision n° 2013-331 QPC du 5 juill. 2013, *Société Numéricâble SAS et autre*, JORF du 7 juill. 2013, p. 11356 : AJDA, 2013, p. 1953, chron. LOMBARD ; RFDA, 2013, p. 1255, chron. ROBLOT-TROIZIER & TUSSEAU ; Constitutions, 2013, p. 437, obs. LE BOT : RLC, 2013, n° 37, p. 86, note IDOUX.

Cons. const., décision n° 2013-341 QPC du 17 sept. 2013, *M. Smaïn Q. et autre*, JORF du 1^{er} oct. 2013, p. 16304 : AJDA, 2013, p. 2437, note ACH ; Constitutions, 2013, p. 599, note LE BOT.

Cons. const., décision n° 2013-676 DC du 9 oct. 2013, *Loi relative à la transparence dans la vie publique*, JORF du 12 oct. 2013, p. 16847 : JCP Adm., 2014, 2018, note VERPEAUX ; D., 2013, p. 2483, note LEVADE.

Cons. const., décision n° 2013-352 QPC du 15 nov. 2013, *Société Mara Télécom et autre*, JORF du 17 nov. 2013, p. 18694.

Cons. const., décision n° 2013-359 QPC du 13 déc. 2013, *Sociétés Sud Radio Services et Sud Radio Plus*, *JORF* du 15 déc. 2013, p. 20432.

Cons. const., décision n° 2013-368 QPC du 7 mars 2014, *Société Nouvelle d'exploitation Sthrau hôtel*, *JORF* du 9 mars 2014, p. 5034.

Cons. const., décision n° 2013-372 QPC du 7 mars 2014, *M. Marc V.*, *JORF* du 9 mars 2014, p. 5036.

Cons. const., décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, *JORF* du 18 mars 2014, p. 5450 : *RTD com.*, 2014, p. 163, note LEGEAIS ; *Dr. pénal*, 2014, comm. 93, note ROBERT.

Cons. const., décision n° 2014-399 QPC du 6 juin 2014, *Société Beverage and Restauration Organisation SA*, *JORF* du 8 juin 2014, p. 9673.

Cons. const., décision n° 2014-438 QPC du 16 janv. 2015, *SELARL GPF Claeys*, *JORF* du 18 janv. 2015, p. 842.

Cons. const., décision n° 2016-741 DC du 8 déc. 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, *JORF* du 10 déc. 2016, texte n° 4.

Cons. const., décision n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017, *Société Barnes et autre*, *JORF* du 11 mars 2017, texte n° 85.

Cons. const., décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, *JORF* du 16 sept. 2017, texte n° 5.

Arrêts du Tribunal des conflits

TC, 30 juill. 1873, *Pelletier, Lebon*, 1^{er} suppl., p. 117, concl. DAVID : GAJA, n° 2.

TC, 8 nov. 1902, *Sieur Grosson c/ Sieur Souhet, Lebon* p. 644.

TC, 7 déc. 1907, *Vauriot c/ Crouzet, Lebon* p. 925.

TC, 9 mai 1908, *Dame veuve Gérôme c/ Gerbault, Lebon* p. 501.

TC, 14 déc. 1925, *Navarro, Lebon* p. 1007.

TC, 9 juill. 1928, *Sieur Thomas c/ Ruaux, Lebon* p. 871.

TC, 5 juin 1947, *Consorts Brun c/ Lieutenant Herlem, Lebon* p. 504.

TC, 17 juill. 1952, *Sieur Parey, Lebon* p. 638.

TC, 12 juin 1961, *Sieur Picot c/ Sieur Lachèze, Lebon T.* p. 973 : *RDP*, 1961, p. 1075, chron. M. WALINE.

TC, 12 juin 1961, *Dordet c/ Bareyre, Lebon T.* p. 1170.

TC, 28 févr. 1977, *Sieur X. c/ Sieurs Jouvent et Fifis*, n° 02050, *Lebon* p. 663, concl. MORISOT.

TC, 14 janv. 1980, *Techer*, n° 02154, *Lebon T.* p. 504.

TC, 26 oct. 1981, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ cour d'appel d'Aix-en-Provence*, n° 02213, *Lebon* p. 657.

Arrêts des juridictions administratives françaises

ARRÊTS DU CONSEIL D'ÉTAT

CE, 29 nivôse an X, *Rochet c/ commune de Dampierre*, *Rec. gén. des arrêts du Conseil d'État*, t. I, 1839, p. 9.

CE, 14 juill. 1811, *Habitans de Montgard c/ commune des Houches*, *Rec. gén. des arrêts du Conseil d'État*, t. I, 1839,., p. 286.

CE, 30 mai 1821, *Sieur Gay-Lugny*, *Rec.* p. 602.

CE, 2 avril 1828, *Bernaut, Dubuc et consorts*, *D.*, 1828, III, p. 37, concl. TARBÉ.

CE, 14 avril 1831, *Sieur Larmagnac*, *Rec.* p. 148.

CE, 28 juill. 1849, *Alard, Bovy et consorts*, *Lebon* p. 437.

CE, 10 mai 1851, *D'Inguibert et consorts c/ le syndicat de la Grande-Camargue*, *Lebon* p. 348.

CE, 27 févr. 1862, *Sieur Gougis*, *Lebon* p. 150.

CE, 25 févr. 1864, *Lesbats*, *Lebon* p. 209, concl. L'HÔPITAL.

CE, 4 mars 1865, *Sieur Fabregat*, *Lebon* p. 257.

CE, 25 juin 1875, *Abribat, Rodondy, Aliès et consorts*, *Lebon* p. 610.

CE, 26 nov. 1875, *Pariset*, *Lebon* p. 934 : GAJA 2015, n° 4.

CE, 18 juill. 1884, *Guiches*, p. 600.

CE, 12 déc. 1884, *Brunaud*, *Lebon* p. 893.

CE, 13 mars 1885, *Simon*, *Lebon* p. 300.

CE, 27 nov. 1885, *Sieur Lacombe*, *Lebon* p. 890, concl. GOMEL.

CE, 14 janv. 1887, *Sieur de Langlard*, *Lebon* p. 22.

CE, 28 avril 1887, *Commune de Châteauneuf-de-Gardagne*, *Lebon* p. 741.

CE, 6 juill. 1888, *Breuillaud et Bassinet*, *Lebon* p. 607.

CE, 24 juin 1892, *Sieur et dame de Quatrebarbes*, *Lebon* p. 564, concl. ROMIEU.

CE, 11 nov. 1892, *Mahé, Ruben de Couder et autres*, *Lebon* p. 740.

CE, 1^{er} juill. 1898, *Société la Seynoise*, *Lebon* p. 498.

CE, 24 mars 1899, *Sieur Petit pour la Compagnie des eaux de Romorantin*, *Lebon* p. 243.

CE, 3 août 1900, *Sieur Bonfaute*, *Lebon* p. 523.

CE, 16 nov. 1900, *Sieur Augustin-Justin*, *Lebon* p. 615.

CE, 16 nov. 1900, *Sieur Maugras*, *Lebon* p. 617.

CE, 15 févr. 1901, *Ville de Gap*, *Lebon* p. 178.

CE, 22 mars 1901, *Sieur Roz*, *Lebon* p. 322.

CE, 29 mars 1901, *Sieur Mazel*, *Lebon* p. 360.

CE, 27 déc. 1901, *Sieurs Hubert et Tasd'homme*, *Lebon* p. 924.

CE, 1^{er} déc. 1905, *Élections du Mans*, *Lebon* p. 894 : D., 1907, III, p. 83, concl. SAINT-PAUL.

CE, 23 mars 1906, *Demoiselle Chauvin dite Sylviac*, *Lebon* p. 251 : S., 1908, III, p. 17, note HAURIOU.

CE, 27 juill. 1906, *Sieur Roure*, *Lebon* p. 686.

CE, 8 févr. 1907, *Lévy et autres*, *Lebon* p. 143.

CE, 22 mars 1907, *Syndicat des employés de commerce de Perpignan*, *Lebon* p. 302.

CE, 26 avril 1907, *Sieur Crémieux*, *Lebon* p. 393.

CE, 12 juill. 1907, *Sieur Jean Prade*, *Lebon* p. 655.

CE, 20 déc. 1907, *Caplain*, *Lebon* p. 962 : D., 1909, III, p. 64.

CE, 20 janv. 1909, *Élections municipales d'Aubenton*, *Lebon* p. 61.

CE, 26 nov. 1909, *Bouchez*, *Lebon* p. 907.

CE, 14 janv. 1910, *Sieur Géraud*, *Lebon* p. 23.

CE, 26 mars 1910, *Sieur Nast*, *Lebon* p. 347.

CE, 23 déc. 1910, *Mailler*, *Lebon* p. 992.

CE, 10 mars 1911, *Commune de Boujailles*, *Lebon* p. 289.

CE, 19 mai 1911, *Sieur Béchou, président de la Commission administrative du bureau de bienfaisance de Saint-Rémy-sur-Durolle*, *Lebon* p. 596.

CE, 7 août 1911, *Dorange*, *Lebon* p. 970.

CE, 6 déc. 1911, *Piquart et autres c/ Hospices de Grenoble*, *Lebon* p. 1139.

CE, 19 juill. 1912, *Sieur de Latour, Mottes et autres*, *Lebon* p. 839.

CE, 27 déc. 1912, *Gaulay, percepteur-receveur de Saint-Pierre-d'Albigny*, *Lebon* p. 1259.

CE, 11 avril 1913, *Sieur Germain Laruas*, *Lebon* p. 389.

CE, 20 juin 1913, *Channelière*, *Lebon* p. 702.

CE, 28 déc. 1913, *Sieur Gouzon*, *Lebon* p. 1161.

CE, 19 juin 1914, *Dufrêne*, *Lebon* p. 730.

CE, 24 juill. 1914, *Junet et Vignon*, *Lebon* p. 908.

CE, 8 déc. 1916, *Sieur Billardon et autres*, *Lebon* p. 548.

CE, 28 déc. 1917, *Brugerolles*, *Lebon* p. 873.

CE, 10 mai 1918, *Commune de Ramerupt et sieur Champy*, *Lebon* p. 441.

CE, 22 nov. 1918, *Mignard et autres*, *Lebon* p. 1038.

CE, 24 janv. 1919, *Péreaud*, *Lebon* p. 63.

CE, 7 mai 1920, *Général Guyot d'Asnières de Salins*, *Lebon* p. 447.

CE, 7 août 1920, *Colonel Secrettand*, *Lebon* p. 853.

CE, 4 févr. 1921, *Sieur Roy*, *Lebon* p. 129.

CE, 22 juin 1921, *Société le Grand dépôt de meubles c/ Ministre de la Guerre*, *Lebon* p. 608.

CE, 20 janv. 1922, *Grasset*, *Lebon* p. 53.

CE, 10 févr. 1922, *Aldeguer et Branlière*, *Lebon* p. 127.
CE, 7 juill. 1922, *Sieur Le Gloahec*, *Lebon* p. 597.
CE, 4 août 1922, *Société du Bourbonnais*, *Lebon* p. 732.
CE, 11 août 1922, *Sieur Beauclou*, *Lebon* p. 744.
CE, 8 juin 1923, *Sieur Gagey*, *Lebon* p. 451.
CE, 9 janv. 1924, *Sieur Lestang*, *Lebon* p. 34.
CE, 22 déc. 1924, *Sieurs Fayolle et Suc*, *Lebon* p. 1051.
CE, 13 mars 1925, *Sieur Desrumeaux*, *Lebon* p. 262.
CE, 26 déc. 1925, *Sieur Rodière*, *Lebon* p. 1067 : *RDP* 1926, p. 35, concl. CAHEN-SALVADOR ; *S.* 1925, III, p. 49, note HAURIOU ; *GAJA*, n° 39.
CE, 30 avril 1926, *Sieur Balle*, *Lebon* p. 430.
CE, 15 déc. 1926, *Sieur Taran*, *Lebon* p. 1106.
CE, 17 juin 1927, *Vaulot*, *Lebon* p. 683.
CE, 2 nov. 1927, *Sieur Bourguignon*, *Lebon* p. 995.
CE, 3 août 1927, *Stade olympique Chabanais*, *Lebon* p. 917.
CE, 4 mai 1928, *Sieur Beau et autres*, *Lebon* p. 548.
CE, 4 mai 1928, *Sieur Dobler*, *Lebon* p. 558.
CE, 16 nov. 1928, *Foucher et autres*, *D.* 1928, III, 33, note WALINE.
CE, 5 juin 1929, *Sieur Dallennes*, *Lebon* p. 543.
CE, 23 oct. 1929, *Sieur Krempp*, *Lebon* p. 918.
CE, 13 mars 1930, *Abbé Petit*, *Lebon* p. 1171.
CE, 9 juill. 1930, *Sieur Sedira Ali*, *Lebon* p. 699.
CE Sect., 18 juill. 1930, *Sieur Célérier*, *Lebon* p. 768.
CE Sect., 25 juill. 1930, *Sieur Legros*, *Lebon* p. 804.
CE, 30 janv. 1931, *Sieur Vaulot*, *Lebon* p. 113.
CE, 7 juill. 1932, *Sieur Lévy*, *Lebon* p. 683.
CE, 8 nov. 1932, *Sieur Clapier*, *Lebon* p. 922.
CE, 14 déc. 1932, *Sieur Haincourt*, *Lebon* p. 1073.
CE, 23 déc. 1932, *Société « L'Éveil de Contres »*, *Lebon* p. 1129 : *D.* 1936, III, p. 9, note DUCLOS.
CE, 18 oct. 1933, *Sieur Vaïtnadin*, *Lebon* p. 924.
CE, 6 déc. 1933, *Société de gymnastique L'Avenir d'Oyonnax*, *Lebon* p. 1135 : *D.*, 1936, III, p. 13.
CE Sect., 24 juill. 1934, *Sieur Ducos*, *Lebon* p. 882.
CE Sect., 11 janv. 1935, *Sieur Varenne*, *Lebon* p. 43.
CE, 22 mai 1935, *Dame Teissier*, *Lebon* p. 579.

CE, 24 mai 1935, *Sieur Lamouidi Lamine*, *Lebon* p. 586.

CE, 4 janv. 1936, *Association amicale des contributions de l'Inde française*, *Lebon* p. 10.

CE, 4 janv. 1936, *Sieur Trolez*, *Lebon* p. 17.

CE Sect., 7 févr. 1936, *Jamart*, *Lebon* p. 172 : S., 1937, III, p. 113, note RIVERO ; GAJA, n° 45.

CE Sect., 15 mai 1936, *Sieur Belot*, *Lebon* p. 544 : D., 1937, III, p. 1, note WALINE.

CE, 16 déc. 1936, *Sieur Ray*, *Lebon* p. 1112.

CE, 13 mars 1937, *Syndicat des agents généraux d'assurance de Nevers*, *Lebon* p. 320.

CE, 28 mai 1937, *Sieur Cortès*, *Lebon* p. 535.

CE, 9 juin 1937, *Sieur Barbier*, *Lebon* p. 573.

CE, 2 févr. 1938, *Sieur Rulhe*, *Lebon* p. 127.

CE, 9 mars 1938, *Sieur de Bionneau d'Eyragues*, *Lebon* p. 249.

CE, 9 mars 1938, *Sieur Huguet*, *Lebon* p. 251.

CE, 23 mars 1938, *Société des transports Citroën*, *Lebon* p. 304.

CE, 15 mars 1939, *Sieur Falchi*, *Lebon* p. 163.

CE, 23 juill. 1938, *Sieur Bouchard*, *Lebon* p. 728.

CE, 8 févr. 1939, *Sieur Salgas-Limeul*, *Lebon* p. 64.

CE, 10 févr. 1939, *Syndicat professionnel de défense agricole et viticole de Cassis*, *Lebon* p. 73.

CE, 21 juin 1939, *Sieur Dominique*, *Lebon* p. 416.

CE, 5 juill. 1939, *Desmarais*, *Lebon* p. 448.

CE, 2 nov. 1939, *Sieur Bouglione*, *Lebon* p. 549.

CE, 10 janv. 1940, *Sieur Thomas Georges*, *Lebon* p. 4.

CE, 7 juin 1940, *Chassagne*, *Lebon* p. 102.

CE, 30 juill. 1941, *Sieur Chauvin*, *Lebon* p. 152.

CE Ass., 24 juill. 1942, *Sieur Piron*, *Lebon* p. 233 : S. 1943.III.1, concl. SÉGALAT, note MESTRE.

CE Sect., 4 mai 1945, *Sieur Le Her*, *Lebon* p. 90.

CE, 27 janv. 1946, *Pétrissans*, *Lebon T.* p. 691.

CE, 22 oct. 1947, *Mayer*, *Lebon* p. 383.

CE, 29 oct. 1947, *Parésy*, *Lebon T.* p. 600.

CE, 12 nov. 1947, *Sieur Cassar et autres*, *Lebon* p. 419.

CE, 16 janv. 1948, *Spinner*, *Lebon* p. 22.

CE, 28 janv. 1948, *Sieur Lacambre*, *Lebon* p. 36.

CE, 23 févr. 1948, *Ruche*, *Lebon* p. 177.

CE, 19 mars 1948, *Guitton*, *Lebon T.*, p. 596.

CE, 21 juill. 1948, *Sieur Audicq*, *Lebon* p. 339.

CE, 14 janv. 1949, *Lamothe*, *Lebon* p. 551.

CE, 18 févr. 1949, *Sieur Viet*, *Lebon* p. 84.

CE, 25 févr. 1949, *Sieur Roncin*, *Lebon* p. 92.

CE Sect., 4 mars 1949, *Sieur Trèbes et autres*, *Lebon* p. 105 : *Rev. adm.*, 1949, p. 260, note LIET-VEAUX.

CE, 18 mars 1949, *Société des Établissements veuve Cote et compagnie*, *Lebon* p. 139.

CE Sect., 29 avril 1949, *Sieur Bourdeaux*, *Lebon* p. 188.

CE, 13 mai 1949, *Sieur Laguens*, *Lebon* p. 218.

CE, 4 nov. 1949, *Sieur Joly*, *Lebon* p. 455.

CE, 13 janv. 1950, *Sieur Ramé*, *Lebon* p. 27.

CE, 20 janv. 1950, *Sieur Fabre*, *Lebon* p. 48.

CE, 26 mai 1950, *Sieur Dirat*, *Lebon* p. 323.

CE Ass., 31 mars 1950, *Dame Slaiher*, *Lebon* p. 209.

CE, 30 juin 1950, *Sieur Grobel*, *Lebon* p. 398.

CE, 12 janv. 1951, *Gstalter*, *Lebon T.* p. 735.

CE, 19 janv. 1951, *Facchinetti*, *Lebon* p. 33.

CE Sect., 20 avril 1951, *Sieur Barthe*, *Lebon* p. 205.

CE Ass., 27 avril 1951, *Sieur Mélamède*, *Lebon* p. 228, concl. DELVOLVÉ : *D.*, 1951, p. 455, note P.-L. JOSSE.

CE, 1^{er} juin 1951, *Sieur Blondeau*, *Lebon* p. 307.

CE Sect., 15 juin 1951, *Galetzky*, *Lebon* p. 337.

CE Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, *Lebon* p. 362 : *D.*, 1951, p. 589, concl. GAZIER ; GAJA, n° 62.

CE Ass., 28 juill. 1951, *Sieur Coudroy*, *Lebon* p. 460.

CE, 9 janv. 1952, *Sieur Sanisart*, *Lebon* p. 20.

CE, 9 janv. 1952, *Sieur Vidal*, *Lebon* p. 22.

CE, 18 juin 1952, *Sieur Jeannin*, *Lebon* p. 316.

CE Sect., 20 juin 1952, *Legros*, *Lebon* p. 327 : *RDP* 1953, p. 724.

CE, 25 juin 1952, *Sieurs Sammarcelli et Ollier*, *Lebon* p. 333.

CE, 4 juill. 1952, *Sieur Decharme*, *Lebon* p. 362.

CE, 5 juin 1953, *Sieur Baudoin*, *Lebon* p. 267.

CE, 24 juin 1953, *Sieur Wirtz*, *Lebon* p. 314.

CE, 17 juill. 1953, *Société Établissement Dubout et Casanova*, *Lebon* p. 382.

CE, 21 oct. 1953, *Sieur Leduc*, *Lebon* p. 446.

CE Ass., 12 déc. 1953, *de Bayo*, *Lebon* p. 544 : *RPDA* 1954, p. 3, concl. CHARDEAU ; *AJDA*, 1954, II, p. 138, note SOTO, chron. GAZIER & LONG.

CE, 29 janv. 1954, *Cazamian* : *RDP*, 1954, p. 553.

CE, 12 mars 1954, *Deullin*, *Lebon T.* p. 804 : *AJDA*, 1955, II, p. 60, note COPPER-ROYER.

CE, 2 avril 1954, *Sieur Ricros*, *Lebon* p. 215.

CE, 18 févr. 1955, *Sieur Offner*, *Lebon* p. 101.

CE, 6 mai 1955, *Sieur Esch Chadely*, *Lebon* p. 238 : *AJDA*, 1955, p. 283, obs. LONG.

CE, 22 juin 1955, *Société civile des Dervallières*, *Lebon* p. 352.

CE, 5 oct. 1955, *Sieur Bernard et autres*, *Lebon* p. 463.

CE, 2 nov. 1955, *Préfet du Pas-de-Calais et Commission administrative de l'hôpital Victor Morel de Campagne-les-Hesdin et Neuville-sous-Montreuil*, *Lebon* p. 514.

CE, 9 juill. 1956, *Gouverneur général de l'Algérie*, *Lebon* p. 315 : *AJDA* 1956, II, 383, concl. LONG.

CE, 11 juill. 1956, *Sieur X.*, *Lebon* p. 318.

CE, 21 nov. 1956, *Sieur Lazarini*, *Lebon* p. 443.

CE Sect., 25 janv. 1957, *Société Gracco*, *Lebon* p. 56, concl. CHARDEAU.

CE, 27 févr. 1959, *Ministre résidant en Algérie c/ Ben Nacer*, *Lebon T.*, p. 1018.

CE, 20 mars 1957, *Sieur Félix*, *Lebon* p. 181.

CE, 5 juin 1957, *Cerveaux*, *Lebon T.* p. 942.

CE Sect., 7 juin 1957, *Sieur Brissaud*, *Lebon* p. 386, concl. GULDNER.

CE, 25 oct. 1957, *Société du parc à essence de Chambry*, *Lebon* p. 544.

CE, 30 oct. 1957, *Sieur Lechêne*, *Lebon* p. 565.

CE, 4 juin 1958, *Ministre des Anciens combattants c/ Vielle*, *Lebon T.* p. 816.

CE, 11 juill. 1958, *Tordo*, *Lebon* p. 431.

CE, 8 oct. 1958, *Sieur Guérin*, *Lebon* p. 474.

CE, 19 nov. 1958, *Butori*, *Lebon*, p. 565 : *AJDA*, 1958, II, p. 450, concl. BERNARD.

CE, 8 janv. 1959, *Demoiselle Cabanac*, *Lebon T.* p. 1085.

CE, 8 avril 1959, *Stora*, *Lebon* p. 213.

CE Ass., 5 juin 1959, *Sieur Seitz*, *Lebon* p. 346.

CE, 5 juin 1959, *Atangana*, *Lebon T.*, p. 893.

CE, 4 nov. 1959, *Sieur Bodin*, *Lebon* p. 574.

CE, 25 nov. 1959, *Dame Veuve Frère*, *Lebon* p. 622.

CE, 25 mars 1960, *Sieur Gamiette*, *Lebon* p. 227.

CE, 11 mai 1960, *Ministre de l'Agriculture c/ Sieur Laniez*, *Lebon* p. 316 : *AJDA*, 1960, p. 279.

CE Sect., 20 mai 1960, *Sieur Lévy*, *Lebon* p. 346.

CE, 29 juin 1960, *Ministre de l'Éducation nationale c/ École de chirurgie dentaire et de stomatologie*, *Lebon* p. 426.

CE, 22 avril 1961, *Fraunié*, *Lebon T.* p. 1077.

CE, 13 oct. 1961, *Dame Blake*, *Lebon* p. 564.

CE, 23 mars 1962, *Mast et Revers*, *Lebon* p. 202 : *D.*, 1962, II, p. 400, note HAMON.

CE, 14 nov. 1962, *Wettel*, *Lebon T.* p. 853.

CE, 14 juin 1963, *Sieur Bernardet*, *Lebon* p. 374.

CE, 10 juill. 1963, *Hôpital-hospices Georges Renon*, *Lebon* p. 422 : *RDP*, 1964, p. 439, note WALINE.

CE, 30 oct. 1963, *Ministre de la Santé publique et de la Population c/ époux Goussebaire-Dupin*, *Lebon* p. 521.

CE, 19 févr. 1964, *Sieur Binet* : *AJDA*, 1964, II, p. 622, note LAPORTE.

CE, 4 mars 1964, *Dame veuve Borderie*, *Lebon* p. 157.

CE Sect., 13 mars 1964, *Sieur Riedacker et autres*, *Lebon* p. 180.

CE, 8 févr. 1965, *Sieur Tremblay*, *Lebon* p. 89.

CE Ass., 23 avril 1965, *Dame veuve Ducroux*, *Lebon* p. 231 : *RDP* 1965, p. 1188, concl. GALABERT.

CE, 7 juill. 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers*, *Lebon* p. 413.

CE, 27 oct. 1965, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Sudaka et Lamas*, *Lebon* p. 557 : *D.*, 1966, p. 146, note GILLI.

CE, 23 févr. 1966, *Sieur Le Penven*, *Lebon* p. 141.

CE, 16 mars 1966, *Sieur Paisnel*, *Lebon* p. 216.

CE, 25 mars 1966, *Ville de Royan et Société anonyme de Royan et sieur Couzinet*, *Lebon* p. 237.

CE Sect., 20 mai 1966, *Dame veuve Pouvillon et autres*, *Lebon* p. 355, concl. BRAIBANT.

CE Sect., 9 nov. 1966, *Commune de Clohars-Carnoët*, *Lebon* p. 591 : *D.*, 1967, II, p. 92, concl. BRAIBANT ; *RDP*, 1967, p. 334, note WALINE ; *AJDA*, 1967, p. 34, chron. MASSOT & LECAT.

CE, 17 févr. 1967, *Ville de Cherbourg*, *Lebon* p. 77.

CE Sect., 13 juill. 1967, *Sieur Bouiller*, *Lebon* p. 312.

CE, 23 janv. 1968, *Sieur Perdereau*, *Lebon* p. 136.

CE, 30 mars 1968, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Schmitt et dame Delmares*, *Lebon* p. 233.

CE, 13 juill. 1968, *Malherbaud*, *Lebon T.* p. 947.

CE, 8 janv. 1969, *Sieur de Saint-Laurent*, *Lebon* p. 13.

CE, 19 févr. 1969, *Ministre des Affaires étrangères c/ Tellier*, *RDP*, 1969, p. 1162.

CE, 12 juill. 1969, *Le Bris*, *Lebon* p. 380.

CE Ass., 31 oct. 1969, *Syndicat de défense des canaux de la Durance et sieur Blanc*, *Lebon* p. 142 : *CJEG*, 1970, p. 154, concl. MORISOT ; *AJDA*, 1970, p. 254, note LANDON.

CE, 27 févr. 1970, *Sieur Chenu et autres*, *Lebon* p. 148.

CE, 20 mars 1970, *Demoiselle Lachenaud c/ Ministre de l'Éducation nationale*, *Lebon* p. 216.

CE, 17 avril 1970, *Rey*, *Lebon* p. 253.

CE Sect., 13 nov. 1970, *Sieur Moreau*, *Lebon* p. 661, concl. BRAIBANT.

CE Ass., 27 nov. 1970, *Agence maritime Marseille-Fret*, *Lebon* p. 704 : *RDP*, 1971, concl. GENTOT ; *D.*, 1971, p. 433, note PACTEAU ; *JCP*, 1971, I, 2407, chron. SAVATIER ; *AJDA*, 1971, p. 150, chron. LABETOULLE & CABANES.

CE Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France c/ Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, *Lebon* p. 750, concl. BERTRAND : *D.* 1971, p. 674, note LOCHAK ; *JCP* 1972.II.17232, note FROMONT ; *RDP* 1971, p. 1224, note WALINE.

CE, 10 mars 1971, *Jannès*, *Lebon* p. 203.

CE Sect., 23 avril 1971, *Commune de Ris-Orangis*, *Lebon* p. 289 : *AJDI*, 1971, p. 654, concl. GENTOT.

CE, 2 avril 1971, *Sieur Zimmermann*, *Lebon* p. 269.

CE, 16 févr. 1972, *Ministre de l'équipement c/ Baron*, *Lebon* p. 139.

CE Sect., 17 mars 1972, *Sieur Auchier*, *Lebon* p. 231.

CE, 5 mai 1972, *Sieur Guillebaud*, *Lebon* p. 340.

CE Sect., 23 juin 1972, *Syndicat des métaux (C.F.D.T.) (C.F.T.C.) des Vosges et autres et S.A. Perrin-Électronique*, *Lebon* p. 473, concl. BERNARD.

CE Ass., 11 mai 1973, *Sieur Sanglier*, *Lebon* p. 344 : *AJDA*, 1973, p. 428, note LARGER ; *RDP*, 1973, p. 1747, note WALINE.

CE, 31 oct. 1973, *Dame Gille*, *Lebon* p. 605.

CE, 28 nov. 1973, *Société coopérative d'élevage et d'insémination de la région de Broglie*, *Lebon* p. 669.

CE Sect., 10 mai 1974, *Sieurs Denoyez et Chorques*, *Lebon* p. 274 : *D.*, 1975, p. 393, note TEDESCHI ; *AJDA*, 1974, p. 298, note FRANC & BOYON ; *RDP*, 1974, p. 467, note M. WALINE ; *Rev. adm.*, 1974, p. 440, note MODERNE.

CE, 22 janv. 1975, *Commune de Vallon-Pont-d'Arc*, n° 91135, *Lebon* p. 43.

CE, 26 févr. 1975, *Garrigou*, n° 92628, *Lebon* p. 154.

CE, 26 févr. 1975, *Sieur Banquels de Marque*, n° 92894, *Lebon* p. 161.

CE Ass., 7 mars 1975, *Association des amis de l'abbaye de Fontevraud et groupement de défense interdépartemental de la forêt de Fontevraud*, n° 89011, *Lebon* p. 179 : *AJDA*, 1976, p. 209, note HOSTIOU.

CE, 9 mai 1975, *Commune de Longvic*, n° 96512, *Lebon T.* p. 1087.

CE Sect., 19 mars 1976, *Ministre de l'Économie et des finances c/ Bonnebaigt*, n° 98266, *Lebon* p. 167.

CE, 28 avril 1976, *Foulquier et autres*, n° 98013, *Lebon T.* p. 949.

CE Ass., 21 janv. 1977, *Ministre de l'Intérieur c/ Dridi*, n° 01333, *Lebon* p. 38 : *Gaz. Pal.* 1977.I.340, concl. GENEVOIS ; *AJDA* 1977, p. 133, chron. NAUWELAERS & FABIUS ; *D.* 1977, p. 527, note JULLIEN-LAFERRIÈRE.

CE Sect., 8 juill. 1977, *Dame Rie, Association pour la sauvegarde et le développement de Talmont et autres*, n° 01160, *Lebon* p. 317 : *RJE*, 1977, p. 396, concl. GENTOT.

CE, 15 févr. 1978, *Plantureux*, n° 00968, *Lebon* p. 73.

CE, 10 mars 1978, *Ministre de l'Agriculture*, n° 02284, *Lebon T.* p. 702.

CE, 22 mars 1978, *Groupement foncier agricole des Cinq Ponts*, n° 01713, *Lebon T.* p. 722.

CE, 15 nov. 1978, *Dame veuve Baldacci et consorts Baldacci*, n° 99343, *Lebon T.* p. 727.

CE, 16 févr. 1979, *Baillet*, n° 05928, *Lebon T.* p. 603.

CE, 19 oct. 1979, *Darlet*, n° 09230, *Lebon* p. 380.

CE, 2 nov. 1979, *Mme X*, n° 09168, inédit.

CE, 14 nov. 1980, *Nemorin*, n° 11800, *Lebon T.* p. 768.

CE Sect., 19 déc. 1980, *Ministre du commerce et de l'artisanat c/ Société Au Printemps*, n° 15736, *Lebon* p. 481, concl. GENEVOIS.

CE, 9 janv. 1981, *Ruhlmann et autres*, n° 17848, *Lebon* p. 11.

CE, 14 janv. 1981, *Putot*, n° 12026, *Lebon* p. 17.

CE, 15 mai 1981, *Virey*, n° 11548, *Lebon* p. 356.

CE, 26 févr. 1982, *Association Renaissance d'Uzès*, *Lebon T.* p. 549.

CE, 21 avril 1982, *Société Omnium d'Entreprises Dumesny et Chapelle et C^{ie}*, n° 31175, *Lebon T.*, p. 777 : *AJDA*, 1982, p. 665, note BOUYSSOU.

CE, 30 avril 1982, *Association pour l'aménagement, la défense et l'expansion harmonieuse du site d'Antibes, Juan-les-Pins et ses environs*, n° 30983 : *AJDA*, 1982, p. 665, note BOUYSSOU.

CE, 17 nov. 1982, *Delcroix et autres*, n° 29018, *Lebon* p. 389 : *D.*, 1983, p. 286, obs. BON.

CE Sect., 18 mars 1983, *Spina*, n° 33379, *Lebon* p. 125 : *RDSS*, 1984, p. 86, concl. LABETOULLE ; *AJDA*, 1983, p. 527, chron. LASSERRE et DELARUE.

CE, 7 oct. 1983, *Mlle Limoge*, n° 35249, *Lebon* p. 403.

CE, 13 janv. 1984, *Commune de Thiais*, n° 35508, *Lebon* p. 6.

CE, 11 mai 1984, *Maire de Calacuccia*, inédit : *RDP*, 1986, p. 275.

CE, 9 nov. 1984, *Mme Laborde-Casteix*, n° 49123, *Lebon* p. 356.

CE Ass., 31 mai 1985, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Association d'éducation populaire de l'école Notre-Dame d'Arc-les-Gray*, n° 55925, *Lebon* p. 167 : *RFDA* 1985, p. 637, concl. ROUX.

CE, 13 déc. 1985, *Association de défense des expropriés du projet concernant la suppression du passage à niveau n° 416 à Orange et autres*, n° 34717, *Lebon T.* p. 660 : *RFDA*, 1986, p. 611, note PACTEAU.

CE, 24 jan. 1986, *Ministre de l'Éducation nationale c/ M. Perez*, n° 55480, inédit.

CE, 12 févr. 1986, *Commune d'Ota*, n° 45146, *Lebon* p. 39 : *D.*, 1987, p. 73, note PEUCHOT.

CE, 17 févr. 1986, *M. Talon*, n° 44504, *Lebon T.* p. 468 : *Dr. fisc.*, 1986, comm. 913, concl. GUILLENCHMIDT.

CE, 7 mars 1986, *Ministre de l'urbanisme, du logement et des transports c/ Fourel*, n° 56609, *Lebon T.* p. 754.

CE, 13 févr. 1987, *Commune de Saint-Vivien-de-Monségur*, n° 70331, inédit.

CE, 3 avril 1987, *Commune de Viry-Châtillon*, n° 63945, inédit.

CE, 2 déc. 1987, *Ministre de l'intérieur et commune de Vocance*, n° 68549, inédit.

CE, 25 mars 1988, *Toutain*, n° 90324, inédit.

CE, 15 avril 1988, *Commune de Saint-Laurent-du-Var*, n° 63609, inédit.

CE Sect., 27 avril 1988, *Sophie*, n° 66650, *Lebon* p. 160, concl. S. HUBAC : *AJDA*, 1988, p. 446, note AZIBERT & BOISDEFFRE.

CE, 6 janv. 1989, *Société Automobiles Citroën*, n° 84757, *Lebon* p. 5 : *RFDA*, 1989, p. 871, concl. TUOT.

CE, 20 janv. 1989, *Association des Amis de Chérence*, n° 75442, *Lebon T.* p. 511.

CE, 20 janv. 1989, *Mme X.*, n° 88730, inédit.

CE, 31 mai 1989, *Époux Rebours*, n° 82958, inédit : *LPA*, 9 janv. 1991, p. 7, note HOLLEAUX.

CE, 5 juin 1989, *Moreau et Association des professions de santé de la ville de Miramas et de ses environs*, n° 82492, inédit.

CE, 13 nov. 1989, *Ministre de l'Éducation nationale*, n° 73896, *Lebon T.* p. 719.

CE, 8 déc. 1989, *Ville de Brest*, n° 71171, inédit.

CE, 23 févr. 1990, *Commune de Plouguernevel*, n° 78130, inédit.

CE, 9 mars 1990, *Consorts Dupré*, n° 52260, *Lebon T.* p. 670.

CE Sect., 25 jan. 1991, *Brasseur*, n° 80969, *Lebon* p. 23, concl. STIRN : *RFDA*, 1991, p. 594, note DOUENCE ; *JCP G*, 1991, II, 21654, note MOREAU.

CE Sect., 25 janv. 1991, *Vigier*, n° 104497, *Lebon* p. 29 : *AJDA*, 1991, p. 389, concl. LEROY.

CE, 5 juin 1991, *Consorts Martin*, n° 85127, *Lebon T.* p. 979.

CE, 19 juin 1991, *Johannet*, n° 68885, *Lebon* p. 245.

CE, 20 sept. 1991, *Blazsek*, n° 100225, *Lebon T.* p. 990 : *AJDA*, 1992, p. 163, note SCHRAMECK.

CE, 27 sept. 1991, *Commune de Villeneuve-lès-Avignon c/ M. Drefous*, n° 117854, inédit.

CE, 8 janv. 1992, *Mme Seronde-Babonaux*, n° 96654, *Lebon T.* p. 685.

CE, 10 janv. 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, n° 97476, *Lebon* p. 13.

CE, 20 mars 1992, *Époux Prost*, n° 105321, *Lebon T.* p. 684.

CE, 24 avril 1992, *Union des fédérations d'organismes d'habitations à loyer modéré*, n° 116489, *Lebon* p. 191.

CE, 22 juill. 1992, *Consorts Canton*, n° 88549, *Lebon T.* p. 794.

CE, 21 oct. 1992, *Ville de Narbonne*, n° 126259, *Lebon T.* p. 1370.

CE, 17 févr. 1993, *Desmons*, n° 115600, *Lebon T.* p. 1084.

CE, 19 févr. 1993, *Commune de Nevian*, n° 90650, inédit.

CE, 28 juill. 1993, *Commune d'Arcangues*, n° 121419, inédit.

CE, 2 avril 1993, *M. Klaus X.*, n° 97417, inédit.

CE, 8 nov. 1993, *Commune de Valenton*, n° 119021, *Lebon T.* p. 823.

CE, 26 nov. 1993, *SCI du domaine de Maurevert*, n° 82285, *Lebon T.* p. 980.

CE, 21 févr. 1994, *Bourges*, n° 124117, inédit.

CE, 4 mars 1994, *Lascombes*, n° 115997, inédit.

CE, 18 mars 1994, *SA Sovemarco-Europe*, n° 68799, *Lebon* p. 131 : *RJF*, 1994, n° 532, concl. MARTIN.

CE, 8 juin 1994, *M. Mas*, n° 141026, inédit : *RDI*, 1994, p. 656, obs. LLORENS & TERNEYRE.

CE, 22 juin 1994, *M. Luga*, n° 131232, inédit.

CE, 29 juill. 1994, *SA Diffusion, Informations, Fabrication, Orientation et Publicité (DIFOP)*, n° 129877, *Lebon* p. 386.

CE, 28 sept. 1994, *M. Bechouche*, n° 124222, *Lebon T.* p. 1013.

CE, 9 nov. 1994, *Marion*, n° 114763, inédit.

CE, 30 nov. 1994, *Bonnet*, n° 136539, *Lebon T.* p. 1206.

CE Sect., 16 déc. 1994, *Commune d'Oullins c/ Association Léo Lagrange*, n° 145370, *Lebon* p. 559 : *AJDA* 1995, p. 72.

CE, 13 janv. 1995, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration*, n° 145384, *Lebon* p. 23.

CE, 10 fév. 1995, *Mme Perrin et autres*, n° 109204, *Lebon T.* p. 851.

CE, 22 févr. 1995, *Commune de Ménotey*, n° 150713, inédit.

CE, 24 mars 1995, *Bouthemy*, n° 122219, inédit.

CE Sect., avis, 31 mars 1995, *Ministre du budget c/ SARL Auto-industrie Méric*, n° 164008, *Lebon* p. 154 : *RJF*, 1995, p. 326, concl. ARRIGHI DE CASANOVA.

CE, 12 avril 1995, *Paisnel*, n° 33744, inédit.

CE, 10 mai 1995, *Arvieu*, n° 135431, inédit.

CE, 26 mai 1995, *Commune de Flammerecourt*, n° 137577, inédit.

CE, 21 juill. 1995, *Sieur Vautrin*, n° 131653, *Lebon T.* p. 651.

CE, 8 nov. 1995, *Ville de Dole*, n° 116452, inédit.

CE, 22 nov. 1995, *Comité d'action locale de La Chapelle-Saint-Sépulcre*, n° 95859, inédit.

CE, 15 janv. 1996, *Dufay*, n° 119894, *Lebon T.* p. 949 : *AJDA*, 1996, p. 465, note HOSTIOU.

CE, 19 janv. 1996, *Association Quartier et avenir*, n° 159392, *Lebon* p. 7 : *AJDA*, 1996, p. 465, note HOSTIOU ; *RDI*, 1996, p. 195, obs. MOREL & DENIS-LINTON.

CE Ass., 14 févr. 1996, *Maubleu*, n° 132369, *Lebon* p. 35 : *AJDA*, 1996, p. 358, chron. STAHL & CHAUVVAUX ; *RFDA*, 1996, p. 1186, concl. SANSON.

CE, 10 mai 1996, *Office public départemental d'habitation à loyer modéré de la Vienne*, n° 115303, inédit.

CE, 12 juin 1996, *Organisme de gestion de l'école catholique de l'Île d'Elle*, n° 146030, *Lebon* p. 226.

CE, 8 juill. 1996, *Association TGV Amiens Picardie et autres*, n° 120275, *Lebon T.* p. 951.

CE, 31 juill. 1996, *Commune de Courpalay*, n° 116500, *Lebon* p. 335.

CE Ass., 6 déc. 1996, *Société Lambda*, n° 167502, *Lebon* p. 466, concl. PIVETEAU : GAJA, n° 94 ; *AJDA*, 1997, p. 152, concl. CHAUVAUX & GIRARDOT ; *D.*, 1997, p. 57, note DOBKINE ; *JCP*, 1997, II, 22752, note HÉRISSON, *Rev. adm.*, 1997, p. 155, note DEGOFFE ; *RDP*, 1997, p. 567, note AUBY.

CE, 10 févr. 1997, *Association des riverains de la zone industrielle des grandes terres et du Cerf*, n° 139577, inédit.

CE, 19 mars 1997, *Cannard*, n° 133338, *Lebon T.* p. 900.

CE, 23 avril 1997, *Commune de Gets*, n° 115523, *Lebon T.* p. 662.

CE, 27 juin 1997, *Tassel*, n° 122044, *Lebon T.* p. 700.

CE, 9 juill. 1997, *Thoubert*, n° 170334, *Lebon T.* p. 880.

CE, 9 juill. 1997, *M. Ben Abdulaziz Al Saoud*, n° 123368, inédit : *BJDU*, 1997, p. 250, concl. TOUVET.

CE, 3 nov. 1997, *Préfet de la Marne c/ Commune de Francheville*, n° 148150, *Lebon* p. 411 : *AJDA* 1998, p. 281, obs. MICHON ; *D.*, 1998, p. 359, obs. TERNEYRE.

CE, 24 nov. 1997, *M. et Mme Merrain*, n° 159190, *Lebon T.* p. 1134.

CE, 10 déc. 1997, *Société coopérative ouvrière de lamenage*, n° 168238, *Lebon T.* p. 659.

CE, 7 janv. 1998, *Trany*, n° 163581, *Lebon* p. 1 : *AJDA*, 1998, p. 445, concl. SCHWARTZ.

CE, 28 jan. 1998, *Merrain*, n° 160042, *Lebon T.* p. 1082.

CE, 28 janv. 1998, *Allex*, n° 179561, inédit.

CE, 1^{er} avril 1998, *Iguacel*, n° 136091, *Lebon T.* 985.

CE, 27 mai 1998, *Havard*, n° 121417, inédit.

CE, 12 juin 1998, *Association française de producteurs de films et de programmes audiovisuels*, n° 170344 et 170349, *Lebon T.* p. 698.

CE Sect., 3 juill. 1998, *Mme Salva-Couderc*, n° 172736, *Lebon* p. 297 : *BJDU*, 1998, p. 375, concl. HUBERT.

CE, 16 nov. 1998, *Mme Bastard-Valentini*, n° 181041, *Lebon* p. 414.

CE, 16 nov. 1998, *Association sauvegarde Layon-Hyrome*, n° 183544, inédit.

CE Sect., 3 févr. 1999, *Montaignac*, n° 149722, *Lebon* p. 5 : *AJDA*, 1999, p. 567, note RAYNAUD & FOMBEUR.

CE, 8 mars 1999, *Association pour la protection des animaux sauvages et du patrimoine naturel*, n° 152810, inédit.

CE, 4 avril 1999, *GIE Oddo-Futures*, n° 182421, *Lebon T.* p. 943.

CE, 7 avril 1999, *Commune de la Crau*, n° 149208, *Lebon T.* p. 660.

CE, 17 mai 1999, *Syndicat des avocats de France*, n° 181769, *Lebon T.* p.

CE Sect., 28 juill. 1999, *GIE Mumm-Perrier-Jouet*, n° 188973, *Lebon* p. 257, concl. BONICHOT : *AJDA*, 1999, p. 783, chron. FOMBEUR & GUYOMAR.

CE, 20 oct. 1999, *Bailleul*, n° 181732, *Lebon* p. 323 : *Dr. adm.*, 2000, comm.13, note MONIOLLE.

CE, 27 oct. 1999, *Fédération française de football*, n° 196251, inédit : *JCP G*, 2000, II, 10377, note PIASTRA.

CE Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, n° 207434, *Lebon* p. 399 : *RFDA*, 2000, p. 584, concl. SEBAN ; *AJDA*, 2000, p. 126, chron. GUYOMAR & COLLIN ; *JCP G.*, 2000, II, 10267, note SUDRE ; *RDP*, 2000, p. 349, note GUETTIER ; *RTD com.*, 2000, p. 405, note RONTCHEVSKY.

CE Ass., 3 déc. 1999, *Caisse de crédit municipal de Bain-Tresboeuf*, n° 197060, *Lebon* p. 397 : *RFDA*, 2000, p. 547, concl. COMBREXELLE ; *JCP G.*, 2000, II, 10267, note SUDRE.

CE Sect., 3 déc. 1999, *Leriché*, n° 195512, *Lebon* p. 402, concl. SCHWARTZ : *AJDA*, 2000, p. 126, chron. GUYOMAR & COLLIN.

CE, 26 janv. 2000, *Bergerault*, n° 169626, inédit : *Dr. fisc.*, 2000, comm. 899, concl. GOULARD.

CE, 27 mars 2000, *SARL Maurel et fils*, n° 187703, *Lebon T.* p. 931 : *Dr. fisc.* 2000, comm. 985, concl. ARRIGHI DE CASANOVA.

CE, 5 juill. 2000, *Mme Rochard*, n° 189523, *Lebon* p. 298 : *AJDA*, 2000, p. 613, chron. GUYOMAR & COLLIN.

CE, 21 avril 2000, *Association de chasse communale « la bête noire »*, n° 161530, inédit.

CE, 28 juill. 2000, *Société Copper Communication*, n° 199773, *Lebon T.* p. 996.

CE, 27 sept. 2000, *Zuber*, n° 310376, inédit.

CE Sect., 20 oct. 2000, *Société Habib Bank Limited*, n° 180122, *Lebon* p. 433, concl. LAMY : *AJDA*, 2001, p. 1001, chron. GUYOMAR et COLLIN et p. 1071, note SUBRA DE BIEUSSES ; *D.*, 2001 ; p. 2665, note LOUVARIS.

CE, 6 nov. 2000, *M. Grégory*, n° 289398, *Lebon T.* p. 814.

CE, 22 nov. 2000, *Crédit agricole Indosuez Cheuvreux*, n° 207697, *Lebon* p. 537 : *AJDA*, 2000, p. 997, chron. GUYOMAR et COLLIN ; *CJEG*, 2001, p.68, concl. SEBAN ; *JCP*, 2000, 10531, note SALOMON .

CE, 22 nov. 2000, *Amirshahi et autres*, n° 215317, *Lebon T.* p. 1106 : *AJDA*, 2001, p. 387, concl. BOISSARD.

CE, 8 déc. 2000, *Association pour l'égalité républicaine à l'école polytechnique*, n° 220401, *Lebon* p. 576 : *Dr. adm.*, 2001, comm. 55.

CE, 15 déc. 2000, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Mme Guichard*, n° 148080, *Lebon* p. 627 : *JCP E*, 2001, p. 792, note JACQUEMONT.

CE, 7 févr. 2001, *du Réau de La Gaignonnière*, n° 215661, inédit.

CE, 23 mai 2001, *Gobry*, n° 206102, inédit.

CE, 6 juin 2001, *M. Vienne*, n° 182550, *Lebon T.* p. 960.

CE, 22 juin 2001, *Société Athis*, n° 193392, *Lebon* p. 276 : *RFDA*, 2002, p. 509, concl. LAMY ; *AJDA*, 2001 p. 634, chron. GUYOMAR et COLLIN.

CE, 27 juill. 2001, *Société Degrémont, Syndicat intercommunal d'assainissement et de protection de l'environnement de Toulon, La Valette, La Garde, Le Pradet*, n° 232820 et 232950, *Lebon* p. 413 : *BJCP* 2001, p. 512, concl. PIVETEAU ; *RDI*, 2002, p. 63, obs. DEGOTTE.

CE, 27 juill. 2001, *Société Mercury Capital Markets*, n° 224100, inédit.

CE, 26 oct. 2001, *Service départemental d'incendie et de secours du Nord*, n° 193306, *Lebon T.* p. 1024 : *Coll. territ. et interco.*, 2002, comm. 13, obs. MOREAU.

CE, 13 janv. 2002, *M. Faget*, n° 241195, *Lebon T.* p. 724 : *AJDA*, 2003, p. 912.

CE, 15 mai 2002, *Chevet*, n° 224701, inédit.

CE, 29 juill. 2002, *M. X*, n° 223148, inédit.

CE, 2 oct. 2002, *SARL Even Media et SARL Copper Communication*, n° 231228, inédit : *AJDA*, 2002, p. 1499, note NICINSKI ; *Contrats-marchés publ.*, 2002, comm. 259, note DELELIS.

CE, 14 oct. 2002, *Cunuder*, n° 201138, *Lebon T.* p. 800 : *JCP Adm.* 2002, 1228, note JEAN-PIERRE.

CE, 28 oct. 2002, *Laurent*, n° 222188, *Lebon* p. 361 : *AJDA*, 2002, p. 1492, note COSTA ; *RDP*, 2002, p. 1607, note PRÉTOT.

CE Ass., 6 déc. 2002, *Trognon*, n° 240028, *Lebon* p. 427 : *RDSS*, 2003, p. 92, concl. FOMBEUR ; *JCP Adm.*, 2003, 380, note JEAN-PIERRE.

CE, 30 déc. 2002, *Association « Expression Village »*, n° 229099, *Lebon T.* p. 631 : *BJDU*, 2003, p. 176, concl. AUSTRY.

CE, 30 déc. 2002, *Société Vortex*, n° 236826, *Lebon T.* p. 724.

CE, 7 févr. 2003, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Mme Bizon*, n° 232217, *Lebon T.* p. 836 : *AJDA*, 2003, p. 1238.

CE, 11 juin 2003, *M. X*, n° 247031, inédit.

CE, 25 juin 2003, *M. S.*, n° 235118, inédit.

CE, 9 juill. 2003, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Champagne-Bourgogne*, n° 248344, *Lebon T.* p. 677 : *AJDA*, 2003, p. 2264, note BLAISE ; *BJCL*, 2003, p. 801, concl. VALLÉE.

CE, 30 juill. 2003, *Banque d'escompte et Wormser frères réunis*, n° 238169, *Lebon* p. 351 : *LPA*, 20 févr. 2004, p. 3, concl. GUYOMAR ; *AJDA*, 2004, p. 26, note LAGET-ANNAMAYER ; *Dr. adm.*, 2003, comm. 233, obs. LOMBARD.

CE, 30 juill. 2003, *Berriot*, n° 228230, *Lebon T.* p. 650.

CE, 30 juill. 2003, *Société Dubus SA*, n° 240884, *Lebon T.* p. 671 : *AJDA*, 2004, p. 26, obs. LAGET-ANNAMAYER ; *LPA*, 20 févr. 2004, p. 3, concl. GUYOMAR.

CE, 17 nov. 2003, *M. Achibet*, n° 232154, inédit.

CE, 30 déc. 2003, *Mme Richard*, n° 251234, inédit : *RFDA*, 2004, p. 365, concl. GUYOMAR.

CE, 4 févr. 2004, *Mme Bata*, n° 239219, *Lebon T.* p. 715.

CE Sect., 6 févr. 2004, *Mme Hallal*, n° 240560, *Lebon* p. 48 : *RFDA* 2004, p. 740, concl. SILVA ; *AJDA* 2004, p. 436, chron. DONNAT & CASAS ; *Dr. adm.* 2004, comm. 51, note CHABANOL.

CE, 28 avril 2004, *M. Frank Attar*, n° 254012, *Lebon* p. 179.

CE, 28 avril 2004, *M. Brangier*, n° 257385, inédit.

CE, 10 mai 2004, *Société Etna Finance*, n° 247130, inédit.

CE, 2 février 2005, *Mme X.*, n° 266967, inédit.

CE, 4 févr. 2005, *Société GSD Gestion et M. Gautier*, n° 269001, *Lebon* p. 28 : *LPA*, 26 avril 2005, p. 5, concl. GUYOMAR.

CE, 23 mars 2005, *Société financière Hottinguer*, n° 260673, *Lebon T.* p. 883.

CE, 27 juill. 2005, *Ministre de l'Outre-Mer c/ Commune Hitia'a O Te Ra*, n° 263714, *Lebon T.* p. 761.

CE, 27 juill. 2005, *Mmes Constancis et Castinel c/ Préfet des Yvelines*, n° 267195, inédit.

CE, 26 oct. 2005, *Sieur Z.*, n° 278224, *Lebon T.* p. 953.

CE, 6 janv. 2006, *Société Lebanese Communication Group*, n° 279596, *Lebon* p. 1.

CE, 27 févr. 2006, *Krempff*, n° 257964, *Lebon T.* p. 801 : *Dr. fisc.* 2006, comm. 513, concl. OLLÉON.

CE Sect., 27 oct. 2006, *Parent c/ AMF*, n° 276069, *Lebon* p. 454 : *RTD com.*, 2007, p. 406, note RONTCHEVSKY ; *AJDA*, 2007, p. 80, note COLLET ; *LPA*, 2006, n° 237, p. 18, note GLATT ; n° 253, p. 4, concl. GUYOMAR ; *Dr. sociétés*, 2007, comm. 55, note BONNEAU ; *JCP E.*, 2007, 1218, obs. DONDERO.

CE, 6 nov. 2006, *Association les amis du Château d'Hénonville*, n° 277829, inédit : *BJDU*, 2007, p. 146, concl. DEVYS.

CE, 17 nov. 2006, *Société CNP Assurances*, n° 276926, *Lebon* p. 473 : *JCP G.*, 2007, II, 10011, note ISRAËL.

CE, 10 janv. 2007, *M. Grass et autres*, n° 297864, *Lebon* p. 8 : *RFDA*, 2007, p. 1071, concl. VEROT.

CE, 26 janv. 2007, *Mme Berthet-Cahuzac*, n° 280955, inédit : *AJDA*, 2007, p. 711.

CE, 12 fév. 2007, n° 290164, *Société Les Laboratoires Jolly-Jatel et autres*, *Lebon T.* p. 1085.

CE, 30 mai 2007, *Société Europe, Finance et Industrie*, n° 288538, *Lebon T.*, p. 695 : *Bull. Joly Bourse*, 2007, p. 371, concl. GUYOMAR.

CE Sect., 22 juin 2007, *M. Lesourd*, n° 288206, *Lebon* p. 253 : *RFDA*, 2007, p. 1077, concl. OLSON.

CE, 26 juill. 2007, *Piard*, n° 293908, *Lebon T.* p. 657 : *AJDA*, 2007, p. 80, note COLLET ; *Bull. Joly Bourse*, 2007, p. 645, concl. GUYOMAR ; *RTD com.*, 2007, p. 803, note RONTCHEVSKY ; *Banque et Droit*, n° 115, 2007, p. 32, note VAUPLANE, DAIGRE, SAINT-MARS & BORNET.

CE, 28 déc. 2007, *Association des sylviculteurs du Sud-Ouest*, n° 282921, inédit.

CE, 16 janv. 2008, *Société Leroy-Merlin*, n° 296528, *Lebon* p. 9 : *BJCP* 2008, p. 177, concl. KELLER ; *JCP Adm.* 2008, 2036, note PELLISSIER ; *RTD com.* 2008, p. 276, note ORSONI ; *Construction-urbanisme*, 2008, comm. 54, note RENAUX.

CE Ord., 19 févr. 2008, *Société Profil France*, n° 311974, inédit.

CE, 22 févr. 2008, *Association Air pur environnement d'Hermeville et ses environs*, n° 291372, inédit : *BJDU*, 2008, p. 105, concl. AGUILA.

CE, 26 mai 2008, *SA Norelec*, n° 288583, *Lebon* p. 186 : *RJF*, 2008, n° 981, concl. SÉNERS.

CE Sect., 18 juill. 2008, *Mme Baysse*, n° 291997, *Lebon* p. 302 : *AJDA*, 2008, p. 2124, concl. AGUILA ; *Dr. adm.*, 2008, comm. 136, note MELLERAY ; *JCP Adm.*, 2008, comm. 2200, note JEAN-PIERRE.

CE, 25 juill. 2008, *Commune de Rougon*, n° 299951, inédit.

CE, 26 sept. 2008, *Assistance publique des Hôpitaux de Paris*, n° 306922, *Lebon* p. 321 : *JCP Adm.*, 2008, 2282, concl. SALINS.

CE, 14 nov. 2008, *Guerra*, n° 305467, *Lebon* p. 419.

CE, 1^{er} déc. 2008, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ SCI Strasbourg*, n° 292166, *Lebon* p. 445 : *RJF*, 2009, p. 104, concl. LEGRAS ; *Rev. adm.*, 2009, p. 256, comm. FOUQUET ; *Dr. fisc.*, 2009, comm. 90, note JOLY.

CE, 19 févr. 2009, *Ghammouni*, n° 315015, *Lebon T.* p. 965.

CE, 23 avril 2009, *Compagnie Blue Line*, n° 314919, inédit.

CE, 27 mai 2009, *Hontang*, n° 310493, *Lebon* p. 207 : *Dr. adm.*, 2007, comm. 104, note MELLERAY.

CE, 3 juill. 2009, *Mmes Lelin*, n° 321634, *Lebon T.* p. 992 : *BJDU*, 2009, p. 285, concl. GEFFRAY ; *LPA*, 14 sept. 2009, note DUTRIEUX.

CE, 31 juill. 2009, *M. Choi*, n° 299959, inédit.

CE, 11 août 2009, *Société Maison Comba*, n° 303517, *Lebon T.* p. 833 : *AJDA*, 2010, p. 954, note SUBRA DE BIEUSSE ; *Contrats-Marchés publ.*, 2009, comm. 364, note ECKERT ; *Dr. adm.*, 2009, comm. 147, note IDOUX ; *RJEP*, 2010, comm. 8, note BRENET ; *JCP Adm.*, 2009, 2261, note VILA.

CE, 12 oct. 2009, *Petit*, n° 311641, *Lebon* p. 367, concl. GUYOMAR : *AJDA*, 2009, p. 2163, chron. LIÉBER & BOTTEGHI.

CE, 5 mai 2010, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ SCI Agora Location*, n° 308430, *Lebon* p. 150 : *Dr. fisc.*, 2010 comm. 421, concl. COLLIN, note ANGOTTI ; *Procédures*, 2010, n° 7, comm. 301, note AYRAULT.

CE, 2 juin 2010, *Fauchère et Mille*, n° 307772, *Lebon T.* p. 973 : *AJDA*, 2010, p. 2165, note DEFFIGIER.

CE, 22 oct. 2010, *Société agricole de Francières*, n° 323896, *Lebon T.* p. 748.

CE, 8 nov. 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*, n° 329384, inédit : *Bull. Joly Bourse*, 2011, p. 76, concl. COLLIN, note CRÉDOT & SAMIN.

CE, 17 nov. 2010, *SCI Domaine de la Rivoire*, n° 338338, inédit : *JCP Adm.*, 2011, 2003, note VIDELIN & YOLKA.

CE, 11 févr. 2011, *Société Aquatrium*, n° 319828, *Lebon* p. 42 : *RJEP*, 2011, comm. 37, note FRIBOULET.

CE, 18 févr. 2011, *M. Genet*, n° 316854, *Lebon T.* p. 789.

CE, 27 avril 2011, *Association FORMINDEP*, n° 334396, *Lebon* p. 168 : *AJDA*, 2011, p. 1326, concl. LANDAIS ; *JCP Adm.*, 2011, 2321, note MOQUET-ANGER.

CE, 10 juin 2011, *Société Air France*, n° 334011, *Lebon T.* p. 1175.

CE, 22 juin 2011, *Roche et Gambini*, n° 336757, *Lebon T.* p. 749.

CE, 24 juin 2011, *Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement*, n° 347720, *Lebon T.* p. 1008 : *BJCP*, 2011, n° 78, concl. BOULOUIS ; *Contrats-marchés publ.*, 2011, comm. 261, note ECKERT ; *RJEP*, 2011, comm. 54, note FRIBOULET.

CE, 3 août 2011, *Société BLS*, n° 337127, inédit : *RJEP*, 2012, comm. 11, concl. X. DE LESQUEN.

CE, 23 sept. 2011, *Banque populaire Côte d'Azur*, n° 336839, inédit.

CE, 3 oct. 2011, *Comité de recherche et d'information indépendante sur le génie génétique et Spiroux de Vendomois*, n° 328326, *Lebon T.* p. 748.

CE, 9 nov. 2011, *Benzoni*, n° 341658, *Lebon* p. 547.

CE, 22 déc. 2011, *Union mutualiste générale de prévoyance*, n° 323612, *Lebon T.* p. 786.

CE, 22 déc. 2011, *Société mutualiste des étudiants de la région parisienne*, n° 323613, inédit.

CE Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, n° 335033, *Lebon* p. 649 : *RFDA*, 2012, p. 284, concl. DUMORTIER ; p. 296, note CASSIA ; *AJDA*, 2012, p. 195, chron. DOMINO & BRETONNEAU ; *Dr. adm.*, 2012, comm. 22, note MELLERAY ; *JCP Adm.*, 2012, 2089, note BROUELLE ; même revue, 2012, 558, note CONNIL.

CE, 30 déc. 2011, *Thannberger*, n° 335621, *Lebon T.* p. 789.

CE, 22 févr. 2012, *Sarrazin*, n° 343052, *Lebon T.* p. 548.

CE, 26 mars 2012, *Société Pages Jaunes Groupe*, n° 353193, *Lebon T.* p. 766.

CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, n° 355756, *Lebon* p. 213 : *AJDA*, 2012, p. 972 ; p. 1404, note DREYFUS ; *RDI*, 2012, p. 400, note BRACONNIER ; *Contrats-marchés publ.*, 2012, comm. 210, note ZIMMER.

CE 11 juill. 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 347146, *Lebon T.* p. 759.

CE, 11 juill. 2012, *SARL Média Place Partners*, n° 351159, *Lebon* p. 583 : *RJEP*, 2013, comm. 11, note FRIBOULET.

CE, 3 oct. 2012, *M. Polesello*, n° 338974, *Lebon T.* : *Dr. fisc.*, 2012, comm. 537, concl. HEDARY, note BONNET.

CE, 19 oct. 2012, *M. Sayah*, n° 344061, *Lebon T.* p. 785 : *AJDA*, 2013, p. 190, note LEGRAND.

CE, 26 oct. 2012, *Commune de Vœgtlinshoffen et Département du Haut-Rhin*, n° 351801, *Lebon T.* p. 604 : *RJEP*, 2013, comm. 6, concl. LALLET ; *AJDA*, 2013, p. 626, note DUBREUIL.

CE, 21 nov. 2012, *M. Chartier*, n° 334726, *Lebon T.* p. 901 : *Construction-Urbanisme*, 2013, comm. 3, note COUTON.

CE, 10 déc. 2012, *M. Auclair*, n° 354044, *Lebon T.* p. 843 : *BJCL*, 2013, p. 23, concl. PELLISSIER ; *Contrats-Marchés publ.*, 2013, comm. 46, note DEVILLERS ; *JCP Adm.*, 2013, 2014, note BRAMERET ; *AJDA*, 2013, p. 1059, note DEVÈS.

CE Ass., 21 déc. 2012, *Société Groupe Canal Plus*, n° 353856, *Lebon* p. 430 : *RFDA*, 2013, p. 55, concl. DAUMAS.

CE Ass., 21 déc. 2012, *Société Groupe Canal Plus*, n° 362347, *Lebon* p. 446 : *RFDA*, 2013, p. 55, concl. DAUMAS ; *AJDA*, 2013, p. 215, chron. DOMINO & BRETONNEAU ; *RJEP*, 2013, étude 7, note IDOUX ; *Dr. adm.*, 2013, comm. 27, note BAZEX.

CE avis, 8 avril 2013, *M. Rajhi*, n° 364558, *Lebon T.* p. 409.

CE, 15 mai 2013, *Société Alternative Leaders Finance*, n° 356054, *Lebon T.* p. 453 : *RJEP*, 2013, n° 714, comm. 49, comm. BROYELLE.

CE, 12 juin 2013, *Société Natixis*, n° 349185, *Lebon T.* : *RSC*, 2014, p. 94, note BRIGANT ; *Bull. Joly Bourse*, 2013, p. 517, MARTIN-LAPRADE ; *RDBF*, 2013, comm. 218, obs. PAILLER ; *Banque et droit*, n° 151, 2013, p. 25, note DAIGRE.

CE, 17 juill. 2013, *Université Paris I-Panthéon-Sorbonne*, n° 361614, inédit.

CE, 25 juill. 2013, *Banque populaire Côte-d'Azur*, n° 366640, inédit.

CE Ass., 13 nov. 2013, *M. Dahan*, n° 347704, *Lebon* p. 279 : *RFDA*, 2013, p. 1175, concl. KELLER ; *AJDA*, 2013, p. 2342, chron. BRETONNEAU & LESSI ; *AJFP*, 2014, p. 5, concl. KELLER, note FORTIER ; *JCP G.*, 2014, n° 149, note VAUTROT-SCHWARTZ ; *JCP Adm.*, 2014, 2093, note JEAN-PIERRE.

CE, 13 nov. 2013, *Société Novartis Pharma SAS*, n° 344490, *Lebon T.*

CE, 16 déc. 2013, *Département du Loiret*, n° 367007, *Lebon T.* p. 653.

CE, 31 janv. 2014, *Mme Picot-Grandjean*, n° 369718, *Lebon T.* p. 715.

CE, 12 févr. 2014, *Union fédérale des enquêteurs de droit privé*, n° 365073, inédit.

CE, 24 mars 2014, *Commune du Luc-en-Provence*, n° 356142, *Lebon T.* p. 498 : *BJDU*, 2014, p. 204, concl. LALLET ; *LPA*, 22 juill. 2014, p. 19, note DUTRIEUX.

CE, 19 sept. 2014, *Jousselin*, n° 364385, *Lebon* p. 272 : *AJDA* 2014, p. 2262, concl. DUMORTIER ; *Dr. adm.* 2014, comm. 70, note AUBY.

CE, 22 oct. 2014, *Société EBM Thermique*, n° 382495, inédit : *Contrats-marchés publ.*, 2014, comm. 36, note ZIMMER.

CE, 21 nov. 2014, *M. D.*, n° 373071, *Lebon* p. 343 : *AJDA* 2014, p. 2280.

CE, 29 avril 2015, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, n° 379574, *Lebon T.* p. 888 : *RTD eur.*, 2015, p. 862, obs. MULLER.

CE, 6 mai 2015, *M. Brothers et autres*, n° 383286, *Lebon T.* p. 685.

CE, 8 juin 2015, *Zegdi*, n° 370539, *Lebon T.* p. 704 : *Cah. fonction publ.*, 2015, p. 91, note RAYNAUD.

CE, 10 juill. 2015, *M. Urban*, n° 371469, *Lebon T.* p. 813 : *JCP Adm.*, 2016, 2069, chron. LE BOT.

CE Sect., 22 juill. 2015, *Société Zambon France*, n° 361962, *Lebon* p. 240, concl. DECOUT-PAOLINI : *AJDA*, 2015, p. 1626, note LESSI & DUTHEILLET DE LAMOTHE ; *Dr. adm.*, 2015, comm. 79, note EVEILLARD.

CE, 14 oct. 2015, *Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 390968, *Lebon T.* p. 540 : *Contrats-marchés publ.*, 2015, comm. 279, note G. ECKERT ; *AJCT*, 2016, p. 40, obs. DIDRICHE.

CE, 9 nov. 2015, *Association France Nature Environnement et Union des fédérations Rhône-Alpes de protection de la nature*, n° 375322, inédit.

CE, 18 nov. 2015, *SARL Mosaïques*, n° 368820, *Lebon T.* 620 : *Dr. fisc.*, 2016, comm. 168, concl. CRÉPEY.

CE, 11 déc. 2015, *Société Bernheim Dreyfus & Co. et autres*, n° 389096, *Lebon T.* p. 675.

CE, 25 janv. 2016, *Parent*, n° 391178, *Lebon T.* p. 642.

CE, 22 févr. 2016, *Société Entreprise routière du grand sud*, n° 367901, *Lebon T.* p. 616.

CE, 6 avril 2016, *Blanc et autres*, n° 380570, *Lebon T.* p. 118 : *Dr. adm.*, 2016, comm. 50, note EVEILLARD ; *Constitutions*, 2016, p. 307, note DOMINGO.

CE, 15 avril 2016, *M. Murat et SCI SM*, n° 390113, *Lebon T.* p. 986 : *Construction-Urbanisme*, 2016, comm. 83, note COUTON.

CE, 11 mai 2016, *Les carrières de Saint-Lubin*, n° 387908, inédit.

CE, 30 juin 2016, *Association BUE-A8*, n° 391274, inédit.

CE, 19 juill. 2016, *SAS Fruitofood*, n° 380716, *Lebon T.* p. 740 : *D.*, 2016, p. 2104, note PACTEAU ; *Dr. fisc.*, 2016, comm. 577, concl. VICTOR, comm. BOUCHER.

CE, 12 oct. 2016, *M. Kerwer*, n° 387308, *Lebon T.* p. 424 : *JCP Adm.*, 2017, 2070, concl. DECOUT-PAOLINI.

CE, 17 oct. 2016, *Université de Nice-Sophia Antipolis*, n° 386400, *Lebon T.* p. 618 : *AJDA*, 2016, p. 1955 ; *AJFP*, 2017, p. 16, note ZARCA ; *Cah. fonction publ.*, 2016, n° 372, p. 79, obs. VEYRET.

CE, 9 nov. 2016, *Société Bayer Healthcare SAS*, n° 391307, inédit.

CE, 21 nov. 2016, *Mme Besson*, n° 390298, *Lebon T.* p. 622.

CE, 31 mars 2017, *Ministre des affaires sociales et de la santé*, n° 388099, *Lebon T.* (à paraître).

CE, 26 avril 2017, *Syndicat SUD travail affaires sociales*, n° 400971, inédit.

CE, 3 mai 2017, *M. B.*, n° 392549, inédit.

CE, 7 juin 2017, *M. D.*, n° 382986, *Lebon T.* (à paraître) : *JCP Adm.*, 2017, act. 442, obs. TOUZEIL-DIVINA ; *AJDA*, 2017, p. 1449, comm. ODINET & ROUSSEL.

ARRÊTS DES COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

CAA Paris, 29 déc. 1994, *M. Sirot*, n° 94PA00328, *Lebon T.* p. 1252.

CAA Nantes, 10 janv. 1996, *M. Z.*, n° 95NT00071, inédit.

CAA Nantes, 15 avril 1998, *M. Breton*, n° 96NT00781, inédit.

CAA Bordeaux, 5 nov. 1998, *Compagnie générale des matières nucléaires*, n° 98BX01320, inédit.

CAA Paris, 29 juin 1999, *SARL Mazel Ambulances Pédiatrie 93*, n° 97PA00404, inédit.

CAA Bordeaux, 18 nov. 2002, *Mme Marchand et Syndicat CFDT des services de la santé et des services sociaux de la Gironde*, n° 99BX00805, inédit : *RFDA*, 2003, p. 721, concl. CHEMIN.

CAA Lyon, 19 juin 2003, *Commune de Rumilly*, n° 98LY02070, inédit : *BJCL*, 2003, p. 441, concl. BOURRACHOT.

CAA Nancy, 1^{er} mars 2004, *Société Cedilor*, n° 99NC00932, inédit : *JCP Adm.* 2004, comm. 1339, note BILLET.

CAA Lyon, 27 avril 2004, *Commune des Vans*, n° 03LY01009, inédit.

CAA Nancy, 6 mai 2004, *M. X*, n° 99NC01091, inédit.

CAA Marseille, 6 juillet 2004, *M. M.*, n° 00MA01932, inédit : *AJFP*, 2004, p. 322.

CAA Bordeaux, 21 oct. 2004, *Préfet de Charente-Maritime*, n° 01BX01593, inédit.

CAA Bordeaux, 25 oct. 2004, *M. Lignereux.*, n° 00BX02321, inédit : *JCP Adm.*, 2004, 1837.

CAA Marseille, 7 mars 2006, *M. X c/ Département des Bouches-du-Rhône*, n° 02MA00434, inédit.

CAA Nantes, 19 déc. 2006, *Société Expan Lanvallay*, n° 05NT01988, inédit : *AJDA*, 2007, p. 683, note ARTUS.

CAA Marseille, 28 juin 2007, *SHF Energies France*, n° 05MA01042, inédit : *RJE*, 2008, p. 109, obs. HÉLIN.

CAA Marseille, 3 juill. 2008, *SCI Planet*, n° 07MA03520, inédit : *BJCL*, 2009, p. 231, note DELIANCOURT.

CAA Bordeaux, 26 août 2008, *Mme X.*, n° 06BX01257, inédit.

CAA Bordeaux, 28 oct. 2008, *M. X*, n° 07BX00061, inédit.

CAA Paris, 13 févr. 2009, *Adam*, n° 07PA04783, inédit.

CAA Paris, 14 juin 2010, *M. A.*, n° 08PA03680, inédit : *JCP Adm.*, 2011, 2000, chron. EVEN.

CAA Marseille, 20 juin 2011, *Commune de Sainte-Maxime*, n° 08MA01415, inédit.

CAA Nancy, 7 juin 2012, *Préfet du Bas-Rhin*, n° 11NC01768, inédit : *AJDA*, 2012, p. 1887.

CAA Douai, 20 nov. 2012, *M. A*, n° 11DA00942, inédit.

CAA Bordeaux, 30 mai 2013, *M. G.*, n° 12BX00987, inédit : *AJDA*, 2013, p. 1510, note LA TAILLE.

CAA Bordeaux, 14 janv. 2014, *Communauté de communes du Montmorillonais*, n° 12BX02132, inédit.

CAA Nantes, 6 juin 2014, *M. D.*, n° 12NT02628, inédit.

CAA Versailles, 23 oct. 2014, *M. G. et autres*, n° 12VE02236, inédit.

CAA Versailles, 2 déc. 2014, *SAS Altlease Finance*, n° 14VE0025, inédit : *RJF*, 2015, n° 233.

CAA Marseille, 16 déc. 2014, *SELARL Centre médical subaquatique*, n° 13MA00525, inédit : *Gaz. Pal.*, 14 mars 2015, p. 14, note DELIANCOURT.

CAA Nancy, 18 déc. 2014, *M. D. A.*, n° 13NC01485, inédit : *AJDA*, 2015, p. 614.

CAA Lyon, 23 avril 2015, *Métropole de Lyon c/ Association BUE-A8*, n° 14LY01183, inédit : *RDI*, 2015, p. 349, note HOSTIOU.

CAA Nancy, 10 mars 2016, *Association Nature, aménagement réfléchi, territoire, environnement, culture sauvegardée*, n° 15NC01873, inédit.

CAA Lyon, 29 mars 2016, *M. B.*, n° 15LY03112, inédit : *AJFP*, 2016, p. 303.

CAA Douai, 29 sept. 2016, *SAS Courceldis*, n° 15DA01229, inédit : *AJDA*, 2017, p. 88.

CAA Nantes, 2 nov. 2016, *Fédération hospitalière de France de la région Basse-Normandie*, n° 14NT02320, inédit.

ARRÊTS DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

TA Orléans, 1^{er} juill. 1969, *Dames Plumet et Soudée, Lebon* p. 645.

TA Orléans, 26 mai 1970, *Dame veuve Imbaut, Lebon* p. 838.

TA Orléans, 14 avril 1972, *Sieur Rosanvallon, Lebon* p. 867.

TA Limoges, 7 déc. 1989, *Mlle Pachaud et autres, Lebon T.* p. 732.

TA Amiens, 30 oct. 1997, *SA Compagnie des sablières de la Seine*, n° 932400, inédit : *Dr. adm.* 1998, n° 9.

TA Lyon, 6 juin 2000, *Commune de Saint-Maurice-de-Rémens*, n° 9700512, inédit : *AJDA*, 2000, p. 1046, note TOMASI.

TA Nice, 7 oct. 2005, *Société Signoret*, n° 9904141, inédit : *AJDA* 2006, p. 98, note DIEU.

TA Nantes, 13 oct. 2005, *Société Guintoli*, n° 014520, inédit : *Env.*, 2006, comm. 29, obs. GILLIG.

TA Besançon, 29 nov. 2007, *M. Roger Bole-Richard et autres c/ Commune de Déservillers*, n° 0500818, inédit : *BJCL*, 2008, p. 164, concl. TISSOT-GROSSRIEDER.

TA Marseille, Ord., 21 déc. 2009, *M. R. c/ Recteur de l'académie d'Aix-Marseille*, n° 0908370, inédit : *Dr. adm.*, 2010, comm. 78, note TAILLEFAIT.

TA Grenoble, 16 mai 2011, *M. Vincent C.*, n° 0905771, inédit.

TA Rennes, 14 août 2013, *Association Environnement et Paysage en Haute-Bretagne et Ille-et-Vilaine*, n° 1104359, inédit.

TA Marseille, 24 sept. 2013, n° 1006138, inédit.

Arrêts des juridictions de l'ordre judiciaire

Cass., 30 sept. 1826, *Bull. crim.* n° 195.

Cass., 5 déc. 1850, *Bull. crim.* n° 410. V. encore Cass., 23 mars 1860, *Bull. crim.* n° 83.

CA Rouen, 18 juill. 1896, *Mazier : S.*, 1898, II, note ROUX ; *D.*, 1896, II, note APPLETON.

Cass. civ., 26 mai 1897 : *D.*, 1897, I, p. 578.

Cass. crim., 23 juin 1904, *Martin : S.*, 1906, I, p. 244.

Cass. crim., 15 déc. 1905, *Lanoix, Bull. crim.* n° 554 : *D.*, 1907, I, p. 195, rapp. MERCIER.

CA Amiens, 24 mai 1951, *Reibel c/ Ziwès, D.*, 1951, p. 773.

Cass. civ., 29 nov. 1963, *Bull. civ.* n° 787.

Cass. civ., 15 avril 1964, *Ministre des armées et autres c/ Société Filmorex*, n° 62-12973, *Bull.* n° 195.

Cass. civ., 2^{ème} ch., 13 avril 1972, n° 70-12774, *Bull. civ. : Rev. arb.*, 1975, p. 235, note LOQUIN.

Cass. crim., 7 oct. 1976, n° 75-92246, *Bull. n° 285: RSC*, 1977, p. 325, obs. VITU.

Cass. civ., 19 oct. 1982, *Zipfel : JCP*, 1983, IV, p. 11.

Cass. crim., 23 févr. 1988, n° 87-82801, inédit.

CA Paris, 15 janv. 1993, n° 92-14779, *Daveloy c/ Agent judiciaire du Trésor : JCP E*, 1993, II, n° 414, p. 71, note DOBKINE ; *Bull. Joly Bourse*, 1993, p. 151, note VIANDIER.

Cass. com., 9 avril 1996, *Haddad*, n° 94-11323, *Bull. civ.*, IV, n° 115: *RD bancaire et bourse*, 1996, p. 177, obs. GERMAIN & FRISON-ROCHE.

Cass. crim., 25 juin 1996, n° 95-80592, *Bull. n° 273 : Dr. pénal*, 1996, n° 264, obs. VÉRON.

CA Paris, 7 mai 1997 : *RD banc.*, 1997, p. 119, obs. GERMAIN & FRISON-ROCHE.

Cass. crim., 2 avril 1998, n° 97-84191, *Bull. n° 131*.

Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1998, n° 96-11637, *Bull. civ. n° 155 : RTD civ.*, 1998, p. 744, obs. PERROT.

Cass. crim., 5 nov. 1998, n° 97-80419, *Bull. n° 289 : JCP*, 1999, II, 10182, note JEANDIDIER.

Cass. Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 94-17709, *Bull.*, n° 4 : *D.*, 1999, p. 1, concl. BURGELIN ; *RTD civ.*, 1999, p. 193, note PERROT.

Cass. Ass. plén., 6 nov. 1996, n° 95-11006, *Bull.*, n° 4.

Cass. civ., 13 nov. 1996, *Ordre des avocats au barreau de Lille*, n° 94-15252, *Bull. civ.*, n° 391 : *JCP G.*, 1997, II, 22816, note MARTIN.

Cass. Ass. plén., 5 février 1999, *Commission des opérations de bourse c/ Oury*, n° 97-16440, *Bull. civ. AP n° 1*, p. 1 : *Gaz. Pal.*, 24-25 févr. 1999, concl. LAFORTUNE, note DEGUELDRE, GRAMBLAT & HERBIÈRE ; *JCP G.*, 1999, I, 10060, note MATSOPOULOU.

CA Paris, 2 juill. 1999, *Dubus* ; *LPA*, 15 oct. 1999, p. 5 note DUCOULOUX-FAVARD ; *RGDP*, 1999, p. 721 note IDOT.

Cass. com., 5 oct. 1999, *SNC Campenon Bernard SGE*, n° 97-15617, *Bull. civ.* IV, n° 158 : *JCP G.*, 2000, II, 10255, note CADOU.

Cass. civ., 5 oct. 1999, n° 97-15277, *Bull. civ. n° 257*.

CA Paris, 7 mars 2000, *Société KPMG*, n° 1999/15862 : *D.*, 2000, p. 212, note BOIZARD ; *JCP G.*, 2000, II, 10408, note DRAGO.

Cass. civ., 23 mai 2000, n° 97-19169, *Bull. civ.*, I, n° 257: *AJDA*, 2000, p. 762, obs. SARGOS.

Cass. crim., 21 juin 2000, n° 99-86871, *Bull. n° 239*.

CA Paris, 27 juin 2000, *France Télécom c/ Télécom Développement*, n° 2000/02659, inédit.

Cass. Ass. plén., 24 nov. 2000, n° 99-12412, *Bull. n° 10 : BICC*, 15 janv. 2001, concl. LAFORTUNE ; *D.*, 2001, p. 2427, note BEIGNER & BLÉRY ; *RTD civ.*, 2001, p. 192, note NORMAND ; *ibid.*, p. 204, obs. PERROT.

Cass. com., 9 oct. 2001, *Société Unibéton et autres*, n° 98-21987, *Bull. civ.*, IV, n° 160 : *D.*, 2001, p. 3530, obs. CHEVRIER ; *RTD com.*, 2002, p. 292, obs. CLAUDEL ; *Contrats-conc.-conso.*, 2001, 174, obs. MALAURIE-VIGNAL ; *Dr. adm.*, 2002, comm. 42, note LOMBARD.

Cass. crim., 21 nov. 2001, n° 00-87532, *Bull. n° 243*.

CA Paris, 27 nov. 2001, *Caisse nationale du crédit agricole : D.*, 2002, p. 2043, note REYGROBELLET ; *RTD com.*, 2004, p. 83, note CLAUDEL.

Cass. crim., 27 févr. 2002, n° 01-86024, *Bull.* n° 48.

CA Paris, 4 févr. 2003, *SA Sogec Gestion et autre*, inédit : *Bull. officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, 31 mars 2003, n° 4.

Cass. com., 23 avril 2003, *Société civile immobilière Les Capucins*, n° 00-19539, *Bull. civ.*, IV, n° 61.

Cass. crim., 14 janv. 2004, n° 03-93396, *Bull.* n° 11 : *Dr. pénal*, 2004, comm. 50, obs. VÉRON ; *RTD com.*, 2004, p. 623, obs. BOULOC.

Cass. com., 9 juin 2004, n° 03-16668, *Bull. civ.*, IV, n° 117.

Cass. com., 31 mai 2005, n° 02-17025, *Bull. civ.*, IV, n° 121 : *AJDI*, 2006, p. 297, note MAUBLANC.

Cass. civ., 20 oct. 2005, n° 04-04114, *Bull. civ.*, n° 272.

Cass. com., 19 déc. 2006, *Société Vivendi Universal*, n° 05-18919 : *D.*, 2007, p. 132.

Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-17852, inédit : *Contrats-conc.-conso.*, 2007, comm. 308, note DECOCQ.

Cass. crim., 14 nov. 2007, n° 07-80220, *Bull.* n° 279.

Cass. crim., 22 oct. 2008, n° 08-82068, *Bull.* n° 212 : *Dr. pénal*, 2009, comm. 3, obs. VÉRON, *BJCL*, 2009, p. 203, obs. JANICOT.

Cass. crim., 3 déc. 2008, n° 08-83532, inédit : *Dr. pénal*, 2009, comm. 38, note VÉRON.

Cass. crim., 17 déc. 2008, n° 08-82318, *Bull.* n° 258 : *Dr. pénal*, 2009, comm. 36, obs. VÉRON.

CA Paris, 16 juin 2009, *Société Colas Midi Méditerranée*, n° 2008/01540.

Cass. com., 23 juin 2009, n° 08-17723, 08-16973 et 08-16644, *Altran technologies c/ AMF*, inédits.

Cass. crim., 30 juin 2010, n° 09-82062, inédit.

Cass. crim., 30 juin 2010, n° 09-84040, inédit.

Cass. civ., 16 févr. 2011, n° 09-71158 : *JCP E*, 2011, 1465, comm. LEBEL.

CA Poitiers, 16 mai 2013, n° 13/00170 : *JCP Adm.*, 2013, 2319, comm. FLEURY.

Cass. com., 25 févr. 2014, n° 13-18871, inédit (*Rev. sociétés*, 2014, p. 670, note ROUSSILLE).

CA Paris, 24 mars 2016, *Compania Internacional Financiera et Coudree Capital Management*, n° 14/24742.

Arrêts de juridictions de l'Union européenne

ARRÊTS DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

CJCECA, 11 févr. 1955, *Industrie Siderurgique Associée (ISA) c/ Haute Autorité*, aff. 4/54, *Rec. p. 177* : *RDP* 1955, p. 618, note JEANTET.

CJCECA, 10 déc. 1957, *Société des usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité*, aff. 1/57 et 14/57, *Rec.* p. 201.

CJCE, 29 oct. 1980, *Heintz van Landewyck et autres c/ Commission*, aff. 209 à 215 et 218/78, *Rec.* p. 3127.

CJCE, 7 juin 1983, *Musique Diffusion française et autres c/ Commission*, aff. 100-102/80, *Rec.* p. 1825.

CJCE, 11 oct. 1990, *Italie c/ Commission*, aff. C-34/89, *Rec.* p. I-3603.

CJCE, 19 mars 1991, *République française c/ Commission*, aff. C-202/88, *Rec.* p. I-1259.

CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd c/ Conseil des Communautés européennes*, aff. C-69/89, *Rec.* p. I-2169.

CJCE, 21 nov. 1991, *Hauptzollamt München-Mitte c/ Technische Universität München*, aff. C-269/90, *Rec.* p. I-5460.

CJCE, 13 déc. 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones et GB-Inno-BM SA*, aff. C-18/88, *Rec.* p. I-5973.

CJCE, 27 oct. 1993, *Mme Decoster*, aff. C-69/91, *Rec.* p. I-5373.

CJCE, même jour, *Taillandier*, aff. C-92/91, *Rec.* p. I-5398.

CJCE, 6 mars 2003, *Interporc Im- und Export GmbH c/ Commission*, aff. C-41/00, *Rec.* p. I-2125.

CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA c/ État belge*, C-21/03 et C-34/03, *Rec.* p. I-1559 : *AJDA*, 2005, p. 1108, chron. BERLOGEY, GERVASONI & LAMBERT ; *Contrats-marchés publ.*, 2005, comm. 108, obs. ZIMMER.

CJUE, 3 déc. 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-424/07, *Rec.* p. I-11431.

CJUE (Grande chambre), 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-518/07, *Rec.* p. I-1885, point 30 : *AJDA*, 2010, p. 937, chron. AUBERT, BROUSSY & DONNAT.

CJUE, 7 novembre 2013, *Gemeinde Altrip et autres c/ Land Rheinland-Pfalz*, aff. C-72/12, à paraître au *Rec.* : *Europe*, 2014, comm. 41, note MICHEL ; *AJDA*, 2014, p. 336, chron. AUBERT, BROUSSY & CASSAGNABÈRE.

ARRÊTS DU TRIBUNAL

TPICE, 24 janv. 1992, *La Cinq c/ Commission*, aff. T-44/90, *Rec. CJCE* p. II-1.

TPICE, 30 janv. 2002, *Max Mobil c/ Commission*, T-54/99, *Rec. CJCE*, p. II.313 : *Europe* 2002, chron. 4, note SIMON.

TPICE, 20 mars 2002, *ABB Asea Brown Boveri/Commission*, aff. T-31/99, *Rec.* p. II-1881.

TPICE, 9 juill. 2002, *Zavvos c/ Commission*, aff. T-21/01, *Rec.* p. I-A-101.

TPICE, 11 sept. 2002, *C. Willeme c/ Commission*, aff. T-89/01, *Rec.* p. II-803.

TPICE, 12 juill. 2005, *De Bry c/ Commission*, aff. T-157/04, *Rec.* p. I-A.-199.

TPICE, 13 déc. 2005, *Cwik c/ Commission*, aff. T-155/03, T-157/03 et T-331/03, *Rec.* 2005, p. I-A-411.

TPICE, 6 avril 2006, *Camos Grau c/ Commission*, T-309/03, *Rec.* p. II-1173.

Trib., 21 janv. 2015, *EasyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-355/13 : *Europe*, 2015, comm. 113, note IDOT.

Trib., 5 juill. 2016, *Commission c/ Hristov et Agence européenne des médicaments*, aff. T-26/15.

ARRÊTS DU TRIBUNAL DE LA FONCTION PUBLIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE

TFPUE, 30 avril 2008, *Dragoman c/ Commission*, aff. F-16/07, *Rec.* p. I-A-1-139.

TFPUE, 11 déc. 2012, *Ntouvas c/ Centre européen de prévention et de contrôle des maladies*, F-aff. 107/11.

TFPUE, 13 nov. 2014, *Hristov c/ Agence européenne de médicaments*, aff. F-2/12.

Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, n° 6878/75, série A, n° 43.

CEDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack c/ Belgique*, n° 8692/79, *Rec.*, série A, n° 53 : *JDI*, 1985, p. 210, obs. TAVERNIER.

CEDH, 21 févr. 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, n° 8544/79, série A, n° 73.

CEDH, 22 oct. 1984, *Sramek c/ Autriche*, n° 8790/79, série A, n° 84.

CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique*, n° 9186/80, *Rec.*, série A, n° 86.

CEDH, 30 nov. 1987, *H. c/ Belgique*, n° 8950/80, série A, n° 127.

CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, n° 10486/83, *Rec.*, série A, n° 154.

CEDH, 25 févr. 1992, *Pfeifer et Plankl c/ Autriche*, n° 10802/84, *Rec.*, série A, n° 227.

CEDH, 16 déc. 1992, *Sainte-Marie c/ France*, n° 12981/87, *Rec.*, série A, n° 253.

Comm. EDH, 30 juin 1993, *J.-L. c/ France*, n° 18845/91.

CEDH, 24 août 1993, *Nortier c/ Pays-Bas*, n° 13924/88, *Rec.*, série A, n° 267 : *RTDH*, 1994, p. 437, note VAN COMPERNOLLE.

CEDH, 24 novembre 1993, *Imbrioscia c/ Suisse*, n° 13972/88, série A, n° 275 : *RSC*, 1994, p. 144, obs. PETTITI.

CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun c/ France*, n° 12547/86, série A, n° 284 : *RSC*, 1994, p. 612, obs. PETTITI.

CEDH, 22 sept. 1994, *Hentrich c/ France*, n° 13616/88, série A, n° 296 : *LPA*, 1995, n° 69, p. 8, note FLAUSS.

CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, n° 13427/87, série A, n° 301.

CEDH, 28 sept. 1995, *Procola c/ Luxembourg*, n° 14570/89, *Rec.*, série A, n° 326 : *RFDA*, 1996, p. 777, note AUTIN & SUDRE ; *RTDH*, 1996, p. 271, note SPIELMANN.

CEDH, 23 oct. 1995, *Gradinger c/ Autriche*, n° 15963/90, série A, n° 328 : *AJDA*, 1996, p. 376, chron. FLAUSS ; *RSC* 1996, p. 487, obs. KOERING-JOULIN ; *JCP*, 1996, I, 3910, obs. SUDRE.

CEDH, 22 févr. 1996, *Bulut c/ Autriche*, n° 17358/90 : *RTDH*, 1996, p. 627.

CEDH, 26 sept. 1996, *Miailhe c/ France*, n° 18978/91.

CEDH, 19 déc. 1997, *Helle c/ Finlande*, n° 20772/92.

CEDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane Kaïd*, n° 22921/93.

Comm. EDH, 21 oct. 1998, *Mignot c/ France*, n° 37489/97.

CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France*, n° 34130/96 : *D.*, 2001, p. 339.

CEDH, 25 juill. 2000, *Tierce et autres c/ Saint-Marin*, n° 24954/94.

CEDH, 7 nov. 2000, *Kingsley c/ Royaume-Uni*, n° 35605/97.

CEDH, 27 août 2002, *Didier c/ France*, n° 58188/00 : *JCP G.*, 2003, II, 10177, note GONZALEZ.

CEDH, 11 juin 2009, *Dubus c/ France*, n° 5242/04, § 60 et s. : *AJDA*, 2009, p. 1936, chron. FLAUSS ; *D.*, 2009, p. 2247, note A. COURET ; *AJ pénal*, 2009, p. 354, note LASSERRE-CAPDEVILLE.

CEDH, 15 oct. 2009, *Micallef c/ Malte*, n° 17056/06 : *RTD civ.*, 2010, p. 285, obs. MARGUÉNAUD.

CEDH, 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics SRL c/ Italie*, n° 43509/08 : *RTD eur.*, 2012, p. 117, note ABENHAÏM.

CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et a. c/ Italie*, n° 18640/10, § 123 et § 137 : *RSC*, 2014, p. 110, note STASIAK ; *Bull. Joly Bourse*, 2014, p. 209, note CHACORNAC ; *Dr. sociétés*, 2014, comm. 87, note TORCK ; *RJEP*, 2014, comm. 48, note ECKERT ; *Rev. soc.*, 2014, p. 675, note MATSOPOULOU ; *RSC*, 2015, p. 169, note MARGUÉNAUD.

CEDH (Grande Chambre), 23 avril 2015, *Morice c/ France*, n° 29369/10 : *Dr. pénal*, 2015, étude 14, note MARÉCHAL.

CEDH, 1^{er} sept. 2016, *X et Y c/ France*, n° 48158/11.

CEDH, 6 oct. 2016, *Beausoleil c/ France*, n° 63979/11, § 38 : *AJDA*, 2016, p. 1900.

Arrêts de juridictions britanniques

Sir Nicholas Bacon's Case [1563] 73 ER KB 487.

Dr Bonham's Case [1610] 77 ER CP 638.

Brookes v. Earl of Rivers [1668] Hardres 503.

Great Charte v. Kennington [1730] 2 Str. 1173.

Dimes v. Grand Junction Canal [1852] 3 HLC 759.

Tinkler v. The Board of Works for the Wandsworth District ([1858] 27 *Law Journal*, Chancery 342.

Cooper v. Wandsworth Board of Work [1863] 143 ER 414.

R. v. Rand [1866] 1 QB 230.
Serjeant v. Dale [1877] 2 QB 558.
Spackman v. Plumstead District Board of Works [1885] 10 AC 229.
Eckersley v. Mersey Docks and Harbour Board [1894] 1 QB 667.
Bray v. Ford [1896] AC 44.
R. v. LCC ex parte Corrie [1918] 1 KB 68.
R. v. Sussex Justices ex. p. McCarthy [1924] 1 KB 256.
Re Manchester (Ringway Airport) Compulsory Purchase Order [1935] 153 LT 219.
Cooper v. Wilson [1937] 2 KB 309.
R. v. Salford Assessment Committee [1937] 2 KB 397.
Franklin v. Minister of Town and Country Planning [1948] AC, 87.
Nakkuda Ali v. Jayaratne [1951] AC 66.
R. v. Metropolitan Police Commissioner ex p. Parker [1953] 1 WLR 1150.
R. v. Camborne Justice, ex. p. Pearce [1955] 1 QB 41.
Ridge v. Baldwin [1964] AC 40.
Metropolitan Properties (F.G.C.) Ltd. V. Lannon [1969] 1 QB 577.
R. v. Gaming Board for Great Britain, ex. p. Benaim [1970] 2 All ER 528.
Breen v. Amalgamated Engineering Union [1971] 2 QB 175.
R. v. Gough [1993] AC 646.
R. v. Inner West London Coroner, ex parte Dallaglio [1994] 4 ER 139.
R. v. Secretary of State for the Environment ex p. Kirkstall Valley Campaign Ltd [1996] 3 All ER 304.
Locabail (UK) Ltd v. Bayfield Properties [2000] 2 WLR 870.
Weatherill v. Lloyds TSB Banks PLC [2000] CPLR 584.
Porter v. Magill [2002] 2 AC 357.
Helow v/ Secretary of State for Home Department [2008] 1 WLR 2416.
O'Neill v/ Her Majesty's Advocate [2013] UKSC 36.

Arrêts de juridictions d'autres ordres juridiques

Newfoundland Telephone Co. c/ Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities), [1992] 1 RCS 623.
 SCOTUS, 8 juin 2009, *Hugh M. Caperton et al. v. A. T. Massey Coal Company Inc. et al.*, n° 08-22, [2009] 556 US 868).
Loughran v. Federal Trade Commission, 143 F.2d, 8^e cir., 1944.

Index

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

-A-

Acte administratif :

- Acte exécutoire : 40 ; 55 ; 77 ; 116
- Acte juridique : 19 ; 23 ; 33 ; 35 ; 36 et s.
- Manifestation de volonté : v. « Volonté »

Acte complexe (théorie doctrinale) : 72 ; 77

Administration :

- Définition : 21 et s.
- Différentes conceptions : 17 ; 22 ; 53
- Économique : 97
- Évolution du rôle ; 22-23 ; 95 et s.
- Fiscale : 204-205 ; 247 ; 257 ; 387 ; 390-391
- Et juridiction : 15 ; 75 ; 80-81 ; 227 ; 324 ; 472

Apparences :

- Et impartialité : 25 ; 151 ; 277 ; 306 ; 322 ; 356 ; 395 ; 399 ; 406
- Et réalité : 132-133
- Théorie des apparences : 129 et s. ; 131 ; 138 ; 498

Autorité administrative indépendante :

- Conception générale : 229-230
- Cadre constitutionnel : 262
- Et conflits d'intérêts : 374
- Diversité : 233 et s.
- Et procès équitable : 250 et s. ; 392-393
- Statut général : 397 ; 452 ; 474

Autorité de la concurrence : 253 ; 269 ; 393 ; 470-471

Autorité des marchés financiers : 235 ; 375 ; 410 ; 426 ; 427-428

Autorité de régulation des communications électroniques et des postes : 269-270 ; 470-471

Autosaisine : 342 ; 475

-B-

Bonne administration : 59 ; 101 ; 104 ; 106 et s. ; 143

-C-

Case of necessity : 197 ; 290

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 107-108 ; 484

Collégialité : 49 ; 71 ; 116 ; 185 ; 196 ; 221 ; 288 ; 291 et s. ; 302

Commissaire enquêteur : 165 ; 168 ; 199 ; 220 ; 293 ; 312 et s. ; 338-339 ; 374 ; 376 ; 392 ; 432 ; 450-451 ; 455-456 ; 460-461

Commission administrative paritaire : 205 ; 379 ; 390

Commission bancaire : 267-268 ; 469-470 ; 483-484 ; 479-480

Commission de déontologie : 438-439 ; 440 et s.

Commission nationale informatique et libertés : 256 ; 396 ; 473

Commission des opérations de bourse : 251-252 ; 263 ; 342 ; 348 ; 392

Commissions de remembrement : 372 ; 463

Compétence liée : 65 et s. ; 105

Confiance : 125 et s. ; 146 ; 150 ; 215 ; 277 ; 363 ; 373 ; 395 ; 402 ; 409 ; 442

Conflits d'intérêts :

- Gestion des risques de conflits d'intérêts : 437
- Et impartialité : 217 et s.
- Et moralisation de l'action publique : 24 ; 223 ; 358
- Notion : 212 ; 213 et s.
- Prévention : 202 ; 207 ; 361 ; 414 ; 437
- Et représentation : 163 ; 213
- Répression : 357 ; 361 ; v. aussi « Prise illégale d'intérêts »

Connaissance préalable de l'affaire : 183 ; 205 ; 313 ; 387 et s. ; 391

Conseil constitutionnel (jurisprudence) : 262 et s. ; 436 ; 442 ; 468 et s. ; 481 et s.

Conseil de discipline : 183 ; 291 ; 311 ; 325 ; 380 ; 386 ; 389 ; 463

Conseil des marchés financiers : 255 ; 259

Conseil municipal : 77 ; 156 et s. ; 196 ; 199 ; 300 et s. ; 412 ; 416 ; 455

Contradictoire (principe) : 26 ; 92 ; 146 ; 193 ; 261 ; 321 ; 496

Contrôle juridictionnel :

- Casuistique : 270 ; 306 ; 309 ; 337 ; 395 et s. ; 404 ; 405 ; 408 ; 463 ; 477
- Contrôle abstrait : 270 ; 397-398 ; 408 ; 481
- Contrôle concret : 306-307 ; 319 ; 397 et s. ; 477
- Contrôle de cassation : 267 ; 307 ; 409
- Et interprétation : 46 ; 134 et s. ; 158 ; 165 et s. ; 182 ; 202 ; 204 ; 206-207 ; 243 ; 251 ; 296 ; 299 et s. ; 307 ; 311 et s.
- Méthodes : 270-271 ; 405 ; 407 ; 410
- Observateur raisonnable et informé : 402-403
- Recours pour excès de pouvoir : 40 ; 76 ; 81 ; 115 ; 123 ; 142-143 ; 146 ; 332
- Recours de pleine juridiction : 245 ; 255 ; 267 ; 428 ; 484
- Et vice de procédure : 139 et s. ; 317 ; 321 ; 405

Cour européenne des droits de l'homme (jurisprudence) : 24 ; 127 ; 130-131 ; 133 et s. ; 136-137 ; 244 et s. ; 397 ; 481 ; 486

Cumul d'activités : 294 ; 438 ; 441

Cumul de fonctions : 181 ; 229 ; 236 ; 460 ; v. aussi « Incompatibilités » et « Séparation des fonctions »

-D-

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : 169 ; 264 ; 265 et s. ; 468 ; 487

Démocratie : 215 ; 495

Démocratie administrative : 23 ; 96 ; 98

Déontologie :

- Sens général : 212 ; 214
- Contrôle des obligations déontologiques : 361 ; 439-440
- Et droit : 214
- Obligation déontologique d'impartialité : 27-28 ; 148 ; 292
- Référent déontologique : 441-442

Désintéressement : 297 ; 345 ; 352

Détournement de pouvoir : 115-116 ; 122 et s. ; 332 et s.

Droits de la défense : 189 ; 261 ; 264 ; 265 ; 321

Doute sur l'impartialité :

- *Apparent bias* : 130
- Essence de l'impartialité objective : 130 et s. ; 136-137 ; 151 ; 365 ; 394 ; 399
- Gestion des risques de partialité : 279 ; 351 ; 366 ; 396 ; 437
- Pénalisation : 357
- *Real likelihood of bias* : 402
- *Reasonable suspicion* : 401
- Et risque de partialité : 279-280 ; 287 ; 310 ; 368
- Et vice de procédure : 145 ; 319-320

-E-

Effet utile : 191-192 ; 239 ; 340 ; 388 ; 392

Efficacité de l'action administrative : 235 ; 242 ; 244 ; 251-252 ; 275 ; 290 ; 322 ; 328 ; 330 ; 363 ; 396 ; 479 ; 493

Égalité : 112 et s. ; 132 ; 384 ; 415

Épuration : 173 et s. ; 187 ; 388-389 ; 393

État actionnaire : 238

État de droit : 3 ; 13 ; 58 ; 74 ; 82 et s.

-F-

Faute disciplinaire : 171 ; 344-345

Faute personnelle :

- Généralités : 346
- Et partialité subjective : 346 et s.

Faute de service : 347 ; 348

Fettering of discretion : 108

-G-

Garantie : 13 ; 18 ; 28 ; 86 ; 106 ; 118 ; 124 ; 131 ; 137 ; 144 ; 149 ; 155 ; 163 ; 167-168 ; 182-183 ; 224 ; 236 ; 260 ; 264 ; 271 ; 320-321 ; 338 ; 341 ; 356 et s. ; 367 et s. ; 390 ; 401 ; 425 et s. ; 430 ; 449 et s. ; 454 ; 467 ; 481-482 ; 484-485

Généralité de la loi : 12 et s.

-H-

Haute Autorité pour la transparence de la vie publique : 223 ; 439 ; 440 et s.

Hiéarchie : 14 ; 89 ; 176 ; 181 ; 230 ; 323

-I-

Incompatibilités : v. aussi « Séparation des fonctions »

- Généralités : 447 et s.
- Caractère abstrait : 388 ; 447-448
- Et détermination du risque de partialité : 451
- Et droit écrit : 453 et s.
- Fonctionnelles : 459 et s.
- Et impartialité : 225
- Personnelles : 457 et s.

Incompétence : 58 ; 196 ; 288-289 ; 333

Indépendance :

- Sens général : 12 ; 15 ; 229
- Et impartialité : 13 et s. ; 217-218 ; 229 ; 231 ; 238-239
- Obligation déontologique : 294 et s. ; 345
- Subordination hiérarchique : 386

Indisponibilité des compétences : 195-196 ; 221 ; 286 et s. ; 324

Impartialité (notion) :

- Conception générale : 3 et s. ; 6 et s. ; 11-12 ; 15-16 ; 18
- Caractère procédural : 138 ; 157 ; 190 ; 331 ; 410 ; 485
- Et déontologie : 17 ; 27 ; 219
- Et égalité : 111 et s. ; 132
- Fonctionnelle : 133 ; 200 ; 205 ; 207 ; 274 ; 323 et s. ; 327 ; 388
- Et for intérieur : 27-28 ; 119
- Et indépendance d'esprit : 15 ; 453
- Institutionnalisation : 225 et s.
- Et justice : 3 et s.
- Et neutralité : 18-19 ; 132
- Objective : 24 ; 117 ; 125 et s. ; 132 et s. ; 136
- Personnelle : 133 ; 200
- Structurelle : 133 ; 226 ; 448 ; 458
- Subjective : 115 ; 117 ; 121 et s. ; 128 ; 133 ; 136

Impartialité (principe) :

- Double dimension : 145 et s. ; 331 ; 490
- Principe constitutionnel : 266 et s. ; 468 et s.

- Principe jurisprudentiel : 184 et s. ; 191 et s. ; 198 et s. ; 205 et s. ; 324 et s. ; 419

Intérêt :

- Conception générale : 158 et s.
- Et conflit : v. « Conflits d'intérêts »
- Indétermination : 369
- Intérêt à l'affaire : 156-157 ; 160 ; 161 ; 308 ; 313 ; 368 et s.
- Collectif : 202
- Général : 160-161 ; 216 ; 370
- Personnel : 156 et s. ; 160 ; 327 ; 334 ; 379
- Moral : 378 et s.
- Et passions : 7 ; 159
- Pécuniaire : 149 ; 370 et s.
- Social : 370 et s.

Intime conviction : 337

Irrégularité procédurale :

- Et impartialité : 165 ; 337
- Irrégularité substantielle : 139 ; 405 ; 421
- Régime : 140 ; 321
- Relation du fond et de la procédure : 140 ; 316-317 ; 318

-J-

Juridiction administrative spécialisée : 227 ; 231 ; 267

Jurys :

- De concours : 165 ; 206 ; 383 ; 415 ; 458 ; 462
- D'examen : 206 ; 383 ; 462

-L-

Légicentrisme : 16 ; 52

Liberté :

- D'accès à la commande publique : 356 ; 416 ; 456
- D'accès aux fonctions publiques : 417

- Liberté individuelle : 468
- Libertés publiques : 232

Lignes directrices : 105

Lois municipales : 156 et s. ; 299-300

-M-

Manquement à l'impartialité :

- *Actual bias* : 118 ; 133
- Animosité : 205 ; 327 ; 335 ; 338-339 ; 387
- Et détournement de pouvoir : v. « Détournement de pouvoir »
- Difficultés de la preuve : 121 et s. ; 333
- Essence de l'impartialité subjective : 117 ; 137 ; 138 ; 331
- Et faute personnelle : v. « Faute personnelle »
- Faveur : 206 ; 334 ; 339
- Parti pris : 327 ; 335 ; 339 ; 347
- Et partialité avérée : 304 ; 331
- Préjugement : 204 ; 208 ; 340-341 ; 478
- Prévention : 6 ; 120
- Et vice de procédure : 147 ; 316

Mesures conservatoires : 393 ; 400

Moralité administrative : 86, 101-102 ; 104 ; 164 ; 167

-N-

***Natural Justice* : 25 ; 92-93 ; 197**

***Nemo judex in re sua* : 11 ; 92 ; 167 ; 469**

-O-

Obligation d'abstention : 221

- Généralités : 367 et s.
- Et conscience individuelle : 292 ; 413
- Et indétermination du risque de partialité : 450

- Et pouvoir d'organisation des services : 411
- Souplesse : 395 et s.

Obligation d'examen :

- Caractère procédural : 104
- Devoir de diligence : 94
- Obligation d'examen des circonstances : 103
- Obligation d'examen diligent et impartial : 107

Obligations d'information :

- Généralités : 431 et s.
- Déclaration d'intérêts : 219 ; 223 ; 431 et s.
- Déclaration de patrimoine : 223
- Et effectivité de l'obligation d'abstention : 437
- Obligation de révélation : 220 ; 432

Opportunité des poursuites : 295

-P-

Personnalité morale : 46 ; 54 ; 161

Pouvoir discrétionnaire :

- Conception générale : 58 et s.
- Approche résiduelle : 62
- Et autonomie de l'Administration : 59 ; 61
- Dimension subjective : 60
- Encadrement juridique de son exercice : 85 et s. ; 90 et s.
- Et opportunité : 59 ; 63

Pouvoir de police : 413

Présomption (caractères généraux) : 148-149 ; 279 et s. ; 447 et s.

Présomption d'impartialité :

- Caractères généraux : 286 et s.
- Caractère implicite : 287
- Caractère résiduel : 298 et s.
- Rejet par le juge : 299 et s. ; 315 ; 323

Preuve : 121 et s. ; 135 ; 138 ; 142 ; 148 ; 279 ; 333 ; 337-338 ; 350

Principe juridique :

- Notion : 146-147 ; 491
- Principes généraux du droit : 184 et s.
- Et règle juridique : 26 ; 146

Prise illégale d'intérêts :

- Et conflits d'intérêts : 353 ; 357 ; 360
- Et impartialité : 350-351 ; 356
- Objectivation : 352 ; 353 et s.
- Propositions de réforme : 360

Probité : 223 ; 351

Procedural fairness : 92

Procédure administrative :

- Théorie générale : 83 et s.
- « Code jurisprudentiel » : 185
- Codification : 79 ; 82 ; 185 ; 315
- Conception dynamique : 69, 72 ; 85 ; 111 ; 124
- Conception statique : 69
- Désintérêt doctrinal : 70 ; 77 ; 78
- Et État de droit : 74 et s. ; 84-85
- Et forme : 75
- Et pouvoir discrétionnaire : 86 ; 94
- Principes de la procédure : 98
- Procédure d'avancement : 166 ; 379
- Procédure de concours : 165 ; 166 ; 168 ; 381 ; 382 et s. ; 386 ; 414
- Procédure consultative : 142 ; 192 ; 200 ; 315 ; 463
- Procédure contradictoire : 93 ; 98 ; 433
- Procédure disciplinaire : 181 et s. ; 186 ; 205 ; 311 ; 323 et s. ; 340 ; 427
- Procédure d'enquête publique : 167-168 ; 199 ; 312 ; 429 ; 455
- Procédure de passation d'un contrat : 192 ; 456
- Et vice de procédure : 117 ; 139 ; 146 ; v. aussi « Irrégularité procédurale »

Procédure pénale :

- Modèles : 178 et s.
- Et impartialité : 179 ; 462 ; 468 ; 476 ; 486

Procès équitable :

- Conception générale : 244
- Champ d'application : 246-247 ; 248 ; 259
- Et Constitution : 261 et s. ; 265-266 ; 469 ; 483
- Et Convention européenne des droits de l'homme : 243 ; 244 et s.
- Dans la jurisprudence administrative : 246 ; 248 ; 254 et s.
- Dans la jurisprudence judiciaire : 251-252 ; 253-254
- Modulation des garanties : 248 ; 253
- Procès administratif équitable : 243 ; 261

-Q-

Quorum : 185 ; 197 ; 306 ; 415

-R-**Récusation :**

- Et abstention : 419
- Droit de récusation : 421
- Formalité substantielle : 421
- Et impartialité : 136 ; 148 ; 204 ; 287 ; 410
- Inadaptation à l'Administration : 411 ; 426 et s.
- Péremptoire et motivée : 422-423
- Et renonciation : 424 et s.

Renvoi pour cause de suspicion légitime :
137

Représentation : 47 ; 49 ; 52 ; 54 ; 213

Répression administrative :

- Généralités : 173 et s. ; 183 ;
- Encadrement constitutionnel : 262 et s.

Répression disciplinaire : 170 et s. ; 263

Répression pénale : v. *aussi* « **Prise illégale d'intérêts** » :

- Forfaiture : 349
- Délit de favoritisme : 355
- Et légalité administrative : 309-310
- Et répression administrative : 174

-S-

Secteur sanitaire : 216-217 ; 431 et s.

Séparation des fonctions :

- Généralités : 225 et s.
- Et impartialité : 229 ; 237-238 ; 240
- Modèles : 471
- Et procédure disciplinaire : 462
- Et procédure pénale : 181 ; 264 ; 266
- Et saisine d'office : v. « Autosaisine »
- Séparation des fonctions d'opérateur et de régulateur : 236 et s. ; 274
- Séparation des fonctions de poursuite et de sanction : 261 ; 270 ; 325 ; 466 et s. ; 470

Substitution de motifs : 68

-T-

Test of bias : 401

Théorie de l'organe :

- Conception générale : 46 et s.
- Et corporation : 47
- Et mandat : 50 et s. ; 54
- Réception : 49 et s. ; 71 ; 158

Transparence : 79 ; 99 ; 219 ; 221 ; 408 ; 431 ; 436

-U-

Unicité du jury : 384

Urbanisme :

- Autorisation d'urbanisme : 162 ; 196 ; 288

- Documents d'urbanisme : 190 ; 307 ; 335

-V-

Volonté :

- Et acte administratif : 37 ; 41 ; 55 ; 66 ; 69
- Déclaration de volonté : 36 et s. ; 39 et s. ; 69
- Encadrement juridique : 75 et s. ; 83 ; 86 ; 100 ; 102 ; 163
- Dans l'État : 46 et s.
- Et impartialité : 23 ; 28 ; 33 ; 119 ; 122
- Manifestation de volonté : 22 ; 36 et s. ; 44 ; 66-67 ; 73
- Objectivation : 38
- Et organe du droit : 48 et s.
- Et pouvoir discrétionnaire : 58 et s.
- Volontarisme juridique : 42-43
- Volonté générale : 17 ; 48

Table des matières

Remerciements	I
Sommaire	III
Liste des principales abréviations	V
Introduction générale	3
Première partie	
La construction d'un principe juridique d'impartialité de l'Administration	31
Titre premier	
Une exigence liée au vouloir juridique de l'Administration	33
Chapitre I	
La juridicisation progressive de la volition de l'Administration	35
Section 1 : Une prise en compte dans la construction de la théorie de l'acte administratif..	35
I. L'acte administratif comme déclaration de volonté des organes du droit	36
A. L'acte administratif est une manifestation extérieure et objective de la volonté	37
B. La volonté de l'Administration est celle de ses organes	46
II. Les conséquences de ces constructions sur le droit administratif	57
A. Le pouvoir discrétionnaire comme possibilité pour l'Administration de manifester sa propre volonté	58
B. La possibilité de réglementer la volition de l'Administration	69
Section 2 : La procéduralisation de l'acte administratif, condition d'émergence d'un principe autonome d'impartialité	73
I. L'émancipation de la vision « débilante » de la procédure : la réglementation de la manifestation de la volonté de l'Administration	74
A. L'État de droit procédural : l'approfondissement de la liaison de l'Administration par le droit	74
B. La réglementation de l'opération de manifestation de la volonté de l'Administration permettant de mieux garantir l'opportunité de la décision	85
II. L'encadrement du pouvoir discrétionnaire par la procédure	90
A. Le changement d'optique dans la période récente : la contrepartie d'un pouvoir discrétionnaire grandissant	90
B. Le « droit à l'exercice du pouvoir discrétionnaire »	100
	605

Conclusion du chapitre	110
Chapitre II	
L'autonomisation du principe d'impartialité	111
Section 1 : Le dépassement du lien originel avec l'égalité	111
I. La partialité comme rupture d'égalité	112
A. L'impartialité et l'égalité de traitement par l'Administration	112
B. L'interdiction de la partialité subjective en découlant	115
II. La particularité de la réalité englobée par la notion d'impartialité : le processus de décision interne de chaque agent	118
A. La spécificité de cette garantie de la régularité de l'application du droit	119
B. L'insatisfaisante interdiction de la partialité subjective	121
Section 2 : L'autonomisation du principe par son régime	125
I. L'appréciation et la garantie objective de l'impartialité	125
A. Le fondement du principe autonome d'impartialité : la confiance envers l'Administration	125
B. Le traitement juridique particulier au moyen de la notion de doute : l'impartialité apparente	129
II. La conséquence du caractère objectif de l'impartialité pour sa discussion contentieuse : la procéduralisation de l'exigence d'impartialité	139
A. La nature procédurale du principe d'impartialité objective	139
B. Le maintien d'une double face du principe d'impartialité, source d'ambiguïtés	146
Conclusion du chapitre	151
Conclusion du titre premier	152
Titre second	
La révélation du contenu du principe d'impartialité	153
Chapitre I	
Du « germe infiniment discret » de la règle au principe général du droit	155
Section 1 : Une prise en compte ancienne mais parcellaire de la garantie de l'impartialité de l'Administration	155
I. Les lois municipales et le droit de la fonction publique	156
A. La prise en compte de la personnalité des agents au travers de la notion d'intérêt	156
B. Les premières procédures administratives intégrant la garantie de l'impartialité, à l'aide du juge administratif	163
II. Le développement naturel du principe dans le champ des sanctions	169
A. La diversité des sanctions prononcées par l'Administration	169

B.	L'importation d'un principe fondamental du droit pénal	177
	Section 2 : Une matrice pour l'énonciation du principe général d'impartialité	184
I.	Le champ d'application très général d'un principe à valeur modeste	184
A.	Un principe supplétif à valeur législative	184
B.	Une exigence implicite butant sur la répartition des compétences	191
II.	La consolidation du contenu d'un principe centré sur les liens d'intérêts	199
A.	L'intérêt personnel des agents, cœur du principe d'impartialité de l'Administration	199
B.	L'évolution progressive vers un élargissement du doute sur l'impartialité de l'Administration	204
	Conclusion du chapitre	210
	Chapitre II	
	La montée en puissance de l'exigence d'impartialité	211
	Section 1 : Une prise en compte plus globale dans la période récente	212
I.	La personnalisation de la règle de compétence dans la loi et la lutte contre les conflits d'intérêts	212
A.	Le principe d'impartialité comme fondement original de la prévention des conflits d'intérêts en droit public	213
B.	L'extension récente du dispositif traditionnel : un agent n'est compétent qu'en tant qu'il est objectivement impartial	221
II.	L'institutionnalisation de l'impartialité comme réponse à la diversité des missions de l'Administration	225
A.	La séparation des fonctions	225
B.	L'obligation d'instituer une entité indépendante pour garantir son impartialité	236
	Section 2 : Une prise en compte européenne et constitutionnelle plus accidentelle.....	242
I.	Le procès administratif équitable : à la source d'un malentendu	243
A.	L'orthodoxie initiale des jurisprudences internes et strasbourgeoise	244
B.	L'interprétation débordante de la Convention européenne des droits de l'homme par les juges français	250
II.	La constitutionnalisation du procès administratif équitable et la consécration d'une césure organique dans la garantie d'impartialité	261
A.	La transposition d'un principe fondamental du droit pénal aux autorités administratives indépendantes dans l'exercice de leur pouvoir de sanction	262
B.	Des implications constitutionnelles au champ limité	269
	Conclusion du chapitre	275
	Conclusion du titre second.....	276
	Conclusion de la première partie	277

Deuxième partie

La mise en œuvre du principe d'impartialité de l'Administration au travers d'un système présomptif 279

Titre premier

La présomption d'impartialité : l'Administration structurellement impartiale 283

Chapitre I

L'étendue de la présomption d'impartialité de l'Administration..... 285

Section 1 : L'effet de l'absence d'une garantie législative de l'impartialité apparente de l'Administration 285

- I. L'indisponibilité de la compétence ou l'impossibilité de faire valoir la partialité d'un agent 286
- A. La dimension logique de la présomption d'impartialité 286
- B. La remise en cause plus aisée de la présomption d'impartialité en dehors de la réserve liée à la compétence 291
 - II. Une organisation institutionnelle longtemps considérée comme satisfaisante 294
- A. L'indépendance des fonctionnaires statutaires : une garantie partielle d'impartialité 294
- B. Le caractère résiduel de la présomption d'impartialité 298

Section 2 : La présomption d'impartialité découlant de la jurisprudence..... 298

- I. L'interprétation restrictive de la garantie d'impartialité par le juge 299
- A. Le droit municipal ou le maintien d'un faisceau d'indices comportant un élément subjectif 299
- B. L'interprétation stricte de certains textes particuliers : la possible incomplétude du principe 311
- II. Le refus du juge de poser certaines présomptions 315
- A. La possible ambiguïté de la sanction du principe dans la jurisprudence 315
- B. Le rejet d'une présomption de partialité fonctionnelle dans la jurisprudence administrative 323

Conclusion du chapitre 330

Chapitre II

La limite de la partialité avérée de l'Administration 331

Section 1 : La sanction de toute forme de partialité en droit administratif 331

- I. La sanction diverse du parti pris dans le contentieux de la légalité 332
- A. Le détournement de pouvoir : la censure de la partialité d'une autorité décisionnelle 332
- B. L'irrégularité procédurale : la censure de la partialité dans la formation de l'acte 336
- II. Le droit disciplinaire et la faute personnelle découlant des comportements partiels 344
- A. La rareté du contentieux disciplinaire 344
- B. L'abondance du contentieux de la responsabilité 345

Section 2 : La pénalisation de certains comportements partiels.....	349
I. Le noyau de la répression pénale : le délit de prise illégale d'intérêts	349
A. La répression pénale de la partialité des agents publics	349
B. Le délit d'ingérence, principale source de la répression pénale de la partialité des agents publics	350
II. L'évolution ambiguë des délits réprimant la partialité de l'Administration	353
A. L'objectivation de la répression par la réduction de l'élément moral	353
B. La garantie de l'impartialité objective de l'Administration par le juge pénal	356
Conclusion du chapitre	362
Conclusion du titre premier	363
Titre second	
La présomption de partialité : l'ouverture à une impartialité objective de l'Administration	365
Chapitre I	
L'obligation d'abstention : la prise en charge objective du risque ponctuel de partialité	367
Section 1 : La garantie concrète de l'impartialité de l'Administration.....	367
I. La variété des risques de partialité à l'origine de la mise en œuvre de l'obligation d'abstention	368
A. L'hégémonie de l'intérêt à l'affaire	368
B. Les autres risques de partialité plus discrètement pris en compte	386
II. La souplesse recherchée au travers de l'obligation d'abstention	395
A. L'annulation casuistique de la décision entachée de partialité objective	395
B. La nécessaire obligation pour l'Administration de veiller à l'impartialité de ses organes	411
Section 2 : Des règles complémentaires pour garantir l'efficacité de l'obligation d'abstention.....	418
I. Le droit pour un tiers d'exiger l'abstention : la récusation	418
A. Pas de récusation sans texte	419
B. L'ouverture partielle d'un mécanisme peu adapté à l'Administration	426
II. L'enrichissement récent des règles garantissant l'obligation d'abstention	431
A. Les obligations déontologiques d'information	431
B. La densification complexe de la gestion des risques de partialité	438
Conclusion du chapitre	444
Chapitre II	

Les incompatibilités : la présomption de partialité décrétée.....	447
Section 1 : Les situations interdites.....	449
I. L'impartialité radicalement objective garantie par les incompatibilités	449
A. La prise en charge purement objective de l'impartialité comme critère de distinction	449
B. Le droit écrit comme lieu privilégié de la mise en place d'une incompatibilité	453
II. Des risques de partialité inadmissibles : l'impartialité structurelle	457
A. Le déclin de la réglementation de la situation externe des agents par incompatibilités	457
B. L'organisation structurante des cumuls de fonctions internes à l'Administration	459
Section 2 : L'impartialité exigée des autorités administratives indépendantes dans le prononcé de sanctions	465
I. La forte normativité du principe d'impartialité sur l'organisation pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes	465
A. Deux fonctions purement incompatibles	466
B. La diversité des modèles d'organisation du pouvoir de sanction peu affectée par l'adoption du statut général	470
II. La fin de l'autosaisine des autorités administratives indépendantes	475
A. L'équilibre précaire de la jurisprudence administrative	476
B. L'inconstitutionnalité de l'autosaisine et la difficulté à étendre le champ d'application du principe constitutionnel d'impartialité	481
Conclusion du chapitre	489
Conclusion du titre second.....	491
Conclusion de la seconde partie	493
Conclusion générale	495
Bibliographie	501
Sources de philosophie et de sciences politiques et sociales.....	501
Sources de sciences juridiques	504
Ouvrages généraux	504
Thèses, monographies, ouvrages spéciaux	512
Ouvrages de langue anglaise	518
Ouvrages de langue allemande	519
Rapports et études.....	520
Rapports en langue anglaise	521

Articles, études et contributions	521
Articles en langue anglaise	552
Notes, chroniques et conclusions	554
Table des arrêts	567
Décisions du Conseil constitutionnel	567
Arrêts du Tribunal des conflits	569
Arrêts des juridictions administratives françaises	570
Arrêts du Conseil d'État	570
Arrêts des Cours administratives d'appel	588
Arrêts des tribunaux administratifs	590
Arrêts des juridictions de l'ordre judiciaire	590
Arrêts de juridictions de l'Union européenne	592
Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne	592
Arrêts du Tribunal	593
Arrêts du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne	594
Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme	594
Arrêts de juridictions britanniques	595
Arrêts de juridictions d'autres ordres juridiques	596
Index	597
Table des matières	605

Louis de FOURNOUX

Le principe d'impartialité de l'Administration

Exigence fondamentale de justice, l'impartialité est un devoir qui incombe également aux agents de l'Administration. Toutefois, elle se révèle comme étant plus qu'une simple obligation déontologique : elle revêt également un aspect procédural, dans sa dimension objective.

Cette double dimension est à la source des riches développements du principe d'impartialité, appliqué à l'Administration. Celui-ci vise, d'une part, à réguler les risques de conflits d'intérêts qui traversent l'Administration. Il permet, d'autre part, de garantir l'effet utile des procédures administratives, conçues pour encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et garantir la meilleure opportunité des décisions administratives.

Dans cette optique, il apparaît que le principe d'impartialité de l'Administration se concrétise au travers un système présomptif complexe, qui permet, outre la sanction de la partialité de l'Administration, la garantie de son impartialité apparente.

Fundamental requirement of Justice, impartiality is also a duty of public servants. However, impartiality turns out to be more than an ethical duty : it assumes a procedural angle, in its objective extent.

This double aspect causes rich developments of the principle of impartiality, applied to the Administration. This principle aims at regulating the risks of conflicts of interests which cross the Administration. It also enables to secure the effectiveness of administrative procedures, understood as a legal framework of administrative discretion and the guarantee of the adequacy of administrative decisions.

In this context, the principle of impartiality is enforced through a complex presumptive system which enables, not only the sanction of administrative partiality, but also the safeguard of appearances of impartiality.