

Nel Dalin,

463

p. 813 els.

LE SYSTÈME FRANÇAIS DE PROTECTION  
DES CITOYENS CONTRE L'ARBITRAIRE  
ADMINISTRATIF A L'ÉPREUVE  
DES FAITS

PAR

JEAN RIVERO

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT  
ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES DE PARIS.

1. La vertu du système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif est un dogme qui ne compte guère d'hérétiques, tout au moins déclarés. Ce serait péché de l'ébranler pour le plaisir; en pareille matière, d'ailleurs, on peut faire confiance à l'opinion: si les Français étaient livrés sans défense à une tyrannie bureaucratique, leurs réactions ne se limiteraient pas à cette mauvaise humeur latente, mais finalement acceptante, qui est l'état d'esprit normal de tout administré à l'égard de toute administration.

Pourtant, les principes et les techniques par lesquels législateur et juge ont tenté d'écarter de la vie administrative le bon plaisir, tout en y conservant la nécessaire autorité, appellent la réflexion; car voici plus d'un demi-siècle déjà qu'ils ont trouvé leur équilibre, au terme d'une lente construction; et quel demi-siècle! Si vraiment le système, parvenu à son point de perfection avant 1914, conserve son efficacité en 1962 vis-à-vis d'un pouvoir transformé dans sa structure et son étendue, la louange qu'on lui accorde en général n'est pas suffisante: il faut en exalter davantage la singulière vertu. Mais y aurait-il lieu de s'étonner si la louange traditionnelle masquait une certaine inadapation? En toute hypothèse, il n'est pas inutile — pour l'éloge ou la critique — de reconsidérer les grandes lignes de l'édifice,

et de s'interroger sur la valeur pratique de ses deux assises, l'une — le principe de légalité —, commune à tous les États qui se réclament du « *Rechtstaat* », l'autre, plus typiquement nationale, le contrôle des actes de l'administration par le juge administratif.

## I

2. On n'entend point ici reprendre les discussions qui se sont déroulées depuis quelques années touchant la définition exacte du principe de légalité (1). Faut-il, avec Charles Eisenmann, entendre, par légalité, la seule conformité à la loi formelle, ou, avec la majorité de la Doctrine, donner au mot un sens large, celui de conformité à l'ensemble des règles de droit quelle qu'en soit la source? Dans la perspective toute pragmatique de cette étude, il importe peu.

Ce qui importe, par contre, c'est d'analyser les mécanismes par lesquels le principe de légalité protège les administrés contre l'arbitraire.

Or, l'effet protecteur de la liaison par le droit de l'action administrative se réalise par deux voies bien distinctes.

3. La première tient à la généralité de la règle; le seul fait que l'administration, dans ses décisions particulières, est liée, sur certains points tout au moins, par une disposition générale, quelle qu'en soit la nature et quel qu'en soit l'auteur, apporte à l'administré un élément de sécurité; même si la règle est, par elle-même, sévère, elle est protectrice, parce qu'elle permet à l'individu de connaître d'avance les conséquences de son acte; à la limite, la règle selon laquelle « tout condamné à mort aura le tête tranchée » offre, aux citoyens, sécurité et protection: elle les garantit contre la fantaisie individuelle du bourreau.

Certes, la dose de pouvoir discrétionnaire qui subsiste au profit de l'administration là où cessent les impératifs de la légalité ne permet pas toujours à l'intéressé de connaître d'avance avec certitude la décision qui sera prise à son égard; du moins

(1) Cf. CH. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *Études et Documents du Conseil d'Etat*, n° 11, p. 25.

peut-il en prévoir quelque chose; elle cesse d'être pour lui cet éclair soudain jailli de la nuée qu'est la manifestation du bon plaisir.

4. Si toute règle générale constitue par elle-même une protection contre l'arbitraire administratif, la protection est, bien entendu, inégale selon le contenu de la règle; mais ce contenu, dans une mesure importante, est fonction du fait que l'administration a part ou non à l'élaboration de la règle. Il faut reprendre la vieille leçon de Montesquieu: « Lorsque, dans la même personne ou le même corps de magistrature, la puissance législative est unie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté »; mais il faut la nuancer: le péril n'est plus que l'autorité qui réunit dans sa main le pouvoir de statuer par voie générale et la décision particulière puisse, comme le Souverain absolu, décider contre sa propre règle, et en annihiler ainsi l'effet protecteur; le péril est que, élaborée par l'administration, la règle fasse bon marché des intérêts des particuliers, et s'inspire exclusivement des commodités de l'action administrative, ou, au mieux, de la représentation qu'elle se fait de l'intérêt public; le péril est aussi que, si la règle, à l'usage, se révèle trop favorable aux particuliers, elle change, afin d'épouser toujours au plus près les idéaux de l'administration. La protection des particuliers est donc singulièrement renforcée lorsque la règle qui lie l'administration échappe à sa volonté, et reflète des préoccupations qui ne sont pas nécessairement les siennes.

5. Rejoint-on, par cette voie, l'analyse de Charles Eisenmann? Est-on conduit à conclure que le principe de légalité n'acquiert sa véritable signification et sa vertu pratique que lorsqu'il désigne la liaison de l'administration par la loi, reflet direct de la volonté nationale? Ce serait prendre des choses une vue abstraite, trop pessimiste d'un côté, trop optimiste de l'autre.

6. Il convient d'abord de noter que, lorsqu'on parle des règles « élaborées par l'Administration », on schématise un état de choses d'une extrême complexité. Pour l'autorité locale, la règle administrative élaborée par le pouvoir central est aussi étrangère à sa volonté, aussi extérieure et contraignante, que la loi. Au sein



même de l'administration d'État, les agents d'exécution n'ont pas facilement accès à l'exercice du pouvoir réglementaire constitutionnel; la lourdeur et la lenteur de la procédure du décret les font reculer : plutôt que de tenter d'obtenir la modification d'un texte reconnu gênant à l'expérience, il leur arrive de l'accepter tel quel, quitte à ruser avec lui à l'application. C'est donc seulement si l'on considère le sommet de la pyramide hiérarchique, l'échelon ministériel et gouvernemental, qu'il y a identification entre les auteurs de la règle générale et ceux qui assurent la conduite de l'action administrative.

7. Si maintenant l'on s'interroge sur la vertu protectrice de la loi, une constatation de fait vient jeter le doute sur ce que cette vertu paraît avoir de spécifique. Les vieilles fictions de la loi « expression de la volonté générale » écartées, il apparaît que, dans la réalité, la loi tend à être, en France, l'œuvre du pouvoir exécutif, non celle du Parlement, et la Constitution de 1958 n'a fait, sur ce point, qu'accélérer une évolution depuis longtemps amorcée.

Il est classique de souligner la rareté des lois dues à l'initiative parlementaire; c'était déjà vrai à la fin de la III<sup>e</sup>, et sous la IV<sup>e</sup> République : à l'origine de la loi, il y a, le plus souvent, non une proposition parlementaire, mais un projet gouvernemental; et le projet peut, au cours du débat, se modifier; mais, compte tenu du décalage tant de fois signalé entre le besoin quantitatif de lois et le faible rendement de l'élaboration parlementaire, combien de projets furent, dans les séances du matin, adoptés presque sans débats, devant des bancs vides?

Sous l'empire de la Constitution actuelle, il est inutile de s'appesantir : tout a été réglé de telle sorte que le gouvernement, en matière d'initiative législative, jouit d'un monopole de fait : seuls ses projets ont chance de parcourir jusqu'au bout les étapes de la procédure qui fait la loi, avec le minimum d'amendements (1).

De qui donc émane le projet? Quelle volonté en fixe l'objet

(1) Depuis le début de la législature en cours, sur 496 propositions de loi d'origine parlementaire, 21 seulement ont été inscrites à l'ordre du jour; sur 273 projets de loi d'origine gouvernementale, 206 ont été adoptés (chiffres cités par M. TOMASINI au Congrès de l'U. N. R., le 23 septembre 1961).

et le contenu? Il semble qu'il faille ici distinguer. Il existe d'abord des projets proprement gouvernementaux, qui ne reflètent pas nécessairement les vues de l'administration, et qui parfois même les contrarient; sous les deux précédentes républiques, ces projets étaient l'œuvre, soit des états-majors des partis au pouvoir, soit des cabinets ministériels; sous le régime actuel, ils peuvent émaner, soit des collaborateurs du Chef de l'État, lorsqu'ils touchent à la haute politique, soit, lorsqu'il ne s'agit pas de ces « matières réservées », des groupes de travail, commissions d'études, et autres équipes, auxquels le pouvoir se plaît à confier, dans le secret, la préparation des destins français.

Mais les textes directement gouvernementaux font, dans la production législative, figure d'exceptions. Le plus souvent, le projet correspond aux préoccupations d'une administration centrale; c'est elle qui le réclame, c'est elle qui l'élabore, c'est, à travers le Gouvernement et le Parlement, elle qui, en dernière analyse, fait la loi, au sens actif du verbe *faire* : elle en détermine le contenu, elle coule sa volonté dans le moule législatif.

8. Si cette analyse, encore que sommaire, n'est pas inexacte, on en voit les conséquences quant à la valeur de la garantie que procure, à l'administré, la soumission de l'administration à la règle de droit : c'est, pour l'essentiel, une autolimitation qui en résulte pour elle.

Sous l'empire de la Constitution de 1958, l'autolimitation est évidente pour toutes les matières réglementaires, et pour les ordonnances élaborées dans le cadre de l'article 38, réserve faite de ce qui a été dit plus haut des textes d'inspiration « gouvernementale », et non pas administrative; encore faut-il noter, à ce dernier point de vue, que la multiplication des ministres issus, non du Parlement, mais de la haute administration, tend à atténuer ce dualisme, le chef du département étant alors, de par sa formation, enclin à faire siennes les vues de ses services.

Quant à la loi, son caractère d'autolimitation n'est, on l'a vu, guère moins marqué dans la pratique. Pour l'essentiel donc, c'est l'administration qui détermine elle-même les règles générales par lesquelles son action sera liée. Seuls échappent à cette conclusion, d'une part, les textes proprement gouvernementaux



au sens dégagé plus haut, d'autre part les règles jurisprudentielles, et au premier rang, les principes généraux : encore le juge administratif, en les élaborant, obéit-il au légitime souci de ne point risquer d'entraver, par des hardiesses inconsidérées ou des précisions inopportunes, les nécessités administratives.

9. Il serait sans doute excessif de dénoncer, au vu de ces constatations, un « nouveau despotisme » imputable à l'administration, comme le fit, en Grande-Bretagne, l'ouvrage retentissant de Lord Denning. L'exemple, d'ailleurs, donne à penser ; car le « new despotism » britannique ne doit rien à l'abaissement du Parlement ; au contraire, il est, dans une large mesure, l'œuvre des Communes, en vertu du mécanisme bien connu par lequel les élus du parti majoritaire s'interdisent de refuser, à leurs leaders qui assument les responsabilités gouvernementales, les moyens d'action que ceux-ci jugent nécessaires ; quand la loi elle-même donne au ministre le pouvoir de prendre telle décision « lorsqu'il le jugera utile », la limitation de l'arbitraire par la loi se réduit évidemment à peu de choses (1).

L'élaboration de la règle par le Parlement n'est donc pas, en soi, une garantie certaine de sécurité effective pour les particuliers ; et il n'est pas évident, à l'inverse, que la règle élaborée par l'administration sacrifie nécessairement les garanties qui leur sont dues ; il y aurait quelque puérité à imaginer une conjuration permanente et générale de l'administration contre la liberté des citoyens, alors que les agents qui donnent corps à cette administration sont eux-mêmes des citoyens, baignés dans le milieu national, et partageant dans une large mesure ses aspirations et ses idéaux.

Il n'en reste pas moins qu'en France, la technique d'élaboration de la décision administrative obéit à des principes et à des traditions peu favorables, *a priori*, à la prise en considération du point de vue de l'administré, — et l'on ne saurait distinguer, pour la suite de ces développements, entre l'acte réglementaire et la décision individuelle : car l'un et l'autre émanent

(1) Cf. C. J. HAMSON, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, trad. française de A. COCÂTRE-ZILGIEN, 1958.

des mêmes administrateurs, et reflètent, dès lors, la même psychologie liée aux mêmes méthodes.

10. La procédure d'élaboration de la décision administrative, tant réglementaire qu'individuelle, peut s'inspirer de deux schémas opposés : la décision juridictionnelle, ou la décision militaire. On peut la concevoir comme le terme d'un processus d'élaboration contradictoire, au cours duquel le ou les intéressés ont été appelés à faire entendre leur voix, à présenter leurs vœux et leurs doléances, à défendre leur dossier. On peut aussi la concevoir comme le résultat d'une conférence d'état-major, où les divers bureaux ont soumis au grand chef, dans le secret, leurs besoins et leurs possibilités, les assujettis n'ayant d'autre rôle que l'obéissance à l'ordre, avec le recours, si cette obéissance les laisse encore de ce monde, de la réclamation après coup.

Dire de l'administration française qu'elle ne pouvait pas, de par sa tradition napoléonienne, ne pas adopter ce second schéma, serait peut-être conclure hâtivement, et créditer l'Empereur d'une dose d'esprit militaire sans doute excessive ; car les vieilles procédures dont il 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 comme les cuivres ciselés celles des meubles, mais multiplient les garanties préalables au profit des intéressés ; que l'on reprenne les trois grandes réglementations de la seule année 1810, celle de l'expropriation, celle des mines, celle des établissements dangereux, incommodes, ou insalubres (1) : elles portent la même marque et relèvent de la même inspiration ; 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 (2).

(1) Lois du 8 mars 1810 (expropriation), du 21 avril 1810 (mines), décret du 15 octobre 1810 (établissements dangereux).

(2) Dans son *Cours* de 1822, GÉRANDO, premier professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Paris, écrit notamment : « Il ne suffit pas d'accueillir ces



11. Seulement, la tradition s'est perdue; plus exactement, elle s'est déplacée; car, si les principes militaires ne paraissent pas avoir prévalu, à l'origine, dans les rapports de l'administration et de l'administré, ils avaient pourtant une place dans l'administration impériale: ils régissaient la situation des fonctionnaires, soumis sans réserve à la rigueur hiérarchique. Or, par un retour singulier, le schéma juridictionnel, qui a progressivement évacué le domaine des relations de 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. Dans les rapports avec les administrés, par contre, le souci d'efficacité l'emportant sur la préoccupation des garanties, le dialogue s'est progressivement éteint; et l'on se trouve ici à la charnière des deux éléments fondamentaux du système de protection de l'individu: la règle de droit, le contrôle du juge; car il est apparu, au fur et à mesure des progrès du contentieux administratif, que les garanties préalables, avec leur lenteur et leur poids, étaient d'autant moins nécessaires qu'après coup le contrôle du juge venait, en cas de besoin, rétablir le particulier dans ses droits; entre le système de la garantie préalable à la décision, qui triomphe dans le droit américain, et auquel Gérando, aux origines du droit administratif, donnait la préférence, et celui de la garantie postérieure à la décision, l'évolution française a, sans hésiter, opté pour la seconde solution.

12. Le trait qui caractérise le mieux cet état de choses, du point de vue juridique, c'est l'absence de toute obligation, pour l'autorité administrative, de faire connaître les motifs de ses décisions individuelles. Certes, le juge administratif a fait de méritoires efforts pour assurer aux administrés le bénéfice des garanties de forme prévues par les textes, et même pour leur ajouter celles que lui paraissaient imposer les principes généraux;

réclamations; il faut, en quelque sorte, aller au-devant d'elles... C'est à l'administration à prévoir quels intérêts la mesure projetée pourra rencontrer, et à provoquer les observations » (cours publié dans la *Thémis* de 1822, p. 69).

dans cette voie, il est allé très loin en ce qui concerne les décisions présentant un caractère de sanction (1). Mais sa hardiesse se limite à ce domaine; et elle donne d'autant plus de relief, par contraste, à son refus d'ériger en principe général du droit l'obligation de motiver les décisions administratives. La formule reste constante: en dehors d'un texte précis le lui imposant, l'administration n'est pas tenue de faire connaître les motifs de ses décisions (2).

A vrai dire, cette jurisprudence constamment affirmée ne paraît découler d'aucune exigence logique; car ils sont heureusement fréquents, les cas où le juge a pris argument d'un texte limité dans sa portée pour étendre le principe qu'il consacrait à l'ensemble de l'activité administrative. Ici, l'attitude inverse a prévalu: les textes qui imposent la motivation sont considérés, non comme les applications particulières d'un principe général du droit, mais comme des exceptions à une règle; et pourtant, le principe *audi alteram partem* paraissait mériter de la part du juge la même prise en considération que le principe du caractère contradictoire de la procédure préalable à toute sanction, ou encore que le caractère de droit commun du recours pour excès de pouvoir (3): l'audace n'eût pas été plus grande dans un cas que dans les autres; pourtant, l'argument *a contrario* l'a emporté ici, l'argument *a fortiori* ailleurs. Sans doute, le juge peut obliger l'administration, en cas de recours contre une décision non motivée, à lui en faire connaître les motifs; mais l'obligation affirmée par l'arrêt Barel (4) concerne les rapports de l'administration avec son juge, non ses rapports avec l'administré; elle n'existe que pour les actes faisant l'objet d'une contestation; elle n'existe surtout qu'autant que le juge décide de la faire jouer; le Conseil d'État, enfin, se réserve le monopole de cette décision, qu'il interdit aux tribunaux administratifs; la solution confirme donc pleinement l'orientation essentiellement contentieuse qu'a

(1) C. E., 5 mai 1944, dame Trompier-Gravier, *Revue de droit public*, 1944, p. 256, concl. CHENOT, note JEZE. Les références au Conseil d'État, dans cette étude de droit français, visent toutes, bien entendu, le Conseil d'État de France.

(2) C. E., 5 avril 1946, Roussel, *Rec.*, p. 105; 10 février 1950, MULLER, *Rec.*, p. 90.

(3) C. E., 17 février 1950, dame Lamotte, *Rec.*, p. 110.

(4) C. E., 28 mai 1954, Barel, *Revue de droit public*, 1954, p. 509, concl. LETOURNEUR, note WALINE.



prise en France la protection du particulier contre l'arbitraire administratif : jusqu'à l'intervention du juge — si elle se produit —, l'administré subit la décision ; il est, vis-à-vis d'elle, en situation de sujet.

13. Cette situation juridique est-elle cause ou effet ? Quoi qu'il en soit, elle répond à une tradition solide : lorsque l'administration élabore, elle élabore seule, sans engager le dialogue avec les administrés intéressés ; c'est vrai de la décision particulière ; c'est plus vrai encore de la décision réglementaire, surtout élaborée au stade des administrations centrales pour lesquelles l'administré demeure une abstraction.

Que l'on n'objecte pas la multiplicité des organismes consultatifs ! Dans la plupart des cas, leur composition reflète davantage un souci d'information technique qu'une volonté d'association des intéressés à la décision ; les représentants des divers ministères dont elle peut recouper les attributions y ont une large part. Si dialogue il y a, et même colloque, dans l'administration française, l'un ou l'autre lui sont le plus souvent intérieur : les divers services intéressés confrontent, ou affrontent, leurs points de vue, la voix qui parle le plus haut étant, bien entendu, en règle générale, celle du Ministère des finances ; nombre de décisions, et non des moindres, sont ainsi le résultat d'une négociation, où les parties tentent de faire prévaloir leurs positions, de réduire les avantages de la partie adverse, d'aboutir, à tout le moins, à un compromis entre prétentions opposées : mais ce jeu se joue entre services administratifs, et l'administré, destinataire final de l'acte, n'est point convié à y participer.

14. Maniée par des fonctionnaires dont la conscience, le sens du bien public, et la valeur technique devraient être un sujet de fierté nationale, une telle méthode, on l'a dit, ne sacrifie pas nécessairement le particulier ; malgré tout, il est humainement impossible que des hommes, sûrs de la valeur de leurs solutions techniques, ne considèrent pas avec quelque impatience les résistances auxquelles elles risquent de se heurter ; leur hâte de réaliser « le bonheur commun » peut servir de masque à une inconsciente volonté de puissance ; à tout le moins, il est inévitable que, dans l'aménagement des procédures, ils prêtent

plus d'attention à ce qu'ils vivent quotidiennement — les exigences de l'action administrative — qu'à ce qu'ils voient, en quelque sorte, de l'extérieur — les incidences de cette action sur la vie des particuliers.

Au total, l'absence presque absolue de toute participation organisée des administrés à l'élaboration des décisions administratives risque fort d'orienter celles d'entre elles qui, ayant une portée générale, constituent une limite à l'arbitraire, non vers l'accroissement des garanties auxquelles peuvent aspirer les administrés, mais vers la plus grande efficacité de l'action administrative.

15. Il ne faut pas majorer indûment la portée de cette transformation. Les mythes révolutionnaires selon lesquels la Loi, expression de la volonté générale, ne pouvait, par définition, être oppressive, sont depuis longtemps dissipés. Les positivistes libéraux de la génération de Gaston Jèze et de Paul Duez avaient tenté de les remplacer par une analyse qui se voulait réaliste, et selon laquelle la technique de l'élaboration parlementaire, la publicité des débats, conféraient nécessairement à la loi une allure de compromis propre à en écarter l'arbitraire : c'était attribuer à l'institution et à la technique ce qui résultait de données contingentes : une certaine situation politique, la multiplicité et l'inorganisation des partis français, l'état de l'opinion (1). L'expérience a détruit l'illusion : il est des majorités tyranniques, et des lois d'origine parlementaire qui oppriment ; et il peut y avoir des règles générales d'origine administrative qui ne font pas fi de la liberté.

Le développement de la compétence normative de l'administration au détriment de l'initiative parlementaire ne signifie donc pas, nécessairement, le passage de la loi libérale à la loi tyrannique. Mais la tyrannie d'une majorité est en général accidentelle, et passionnée ; la toute-puissance de l'administration légiférante, au rebours, s'inscrit dans une continuité ; nulle passion ne l'échauffe ; elle est froide. Seule l'expérience dira

(1) Cf. J. RIVERO, « L'Etat moderne peut-il être encore un Etat de droit ? », *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1957, p. 65 et suiv.



laquelle est, à la longue, plus dangereuse pour la liberté des citoyens.

## II

16. Même lorsque décroît la vertu protectrice de la règle générale pour l'administré, cette vertu ne disparaît pas ; d'abord, on l'a vu, la règle générale crée toujours, par rapport au bon plaisir de la décision individuelle, un élément de sécurité ; de plus, dans l'arsenal des textes, même d'origine administrative, beaucoup ne répudient pas les idéaux du libéralisme, qui inspirent en outre les règles non écrites dégagées par le juge.

Il n'est donc nullement indifférent de s'interroger sur la valeur de l'instrument par lequel s'exerce le contrôle de la conformité des actes de l'administration à la règle de droit. C'est le second élément du système français de protection de l'administré, le plus original, et le plus caractéristique.

17. Au moment de hasarder quelques remarques critiques sur le recours pour excès de pouvoir, on éprouve un certain malaise ; tant de maîtres ont loué sans restriction le chef-d'œuvre de la juridiction administrative que la critique, ici, prend facilement allure de blasphème. De la part des membres de la Haute Assemblée, cette unanimité dans l'admiration ne saurait surprendre : le Conseil d'État, justement fier de son œuvre, est, comme tout corps, peu enclin à l'autocritique ; on lui ferait volontiers application de la parole du psalmiste : « De la bouche de ses enfants, il s'est suscité une louange parfaite ». Mais la doctrine, elle aussi, est sans réticence : « la plus merveilleuse création des juristes », disait du recours Gaston Jèze, peu porté à l'admiration béate, en 1928 ; et encore : « l'arme la plus efficace, la plus économique, la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés » (1). A cet unisson, l'étranger s'est joint, non seulement pour admirer, mais pour adopter : sur le marché international des produits juridiques, le recours pour excès de pouvoir est un de nos meilleurs articles d'exportation.

(1) G. JÈZE, « Rapport à l'Institut international de Droit public », *Annuaire de l'Institut*, 1929, p. 162.

Admirations justifiées, certes, mais qui desserviraient en fin de compte leur objet si, en jetant sur ses faiblesses le manteau de Noé, elles le figeaient dans cet immobilisme qui annonce les déclins. Or, du point de vue de la garantie des particuliers, le recours pour excès de pouvoir présente deux points faibles, d'une gravité telle qu'ils lui ôtent fréquemment toute utilité pratique : l'absence de tout caractère suspensif, la nature et les suites de la décision d'annulation. Sur ces deux points, le juge administratif, dont on a justement, sur tant d'autres, loué les hardiesses vis-à-vis de l'administration, ne s'est pas départi d'une timidité qui infirme toutes les thèses sur le caractère « hiérarchique » que le recours devrait à son origine ; mais ce sont deux points essentiels.

18. Le décret du 22 juillet 1806 fut sage en refusant de façon générale, dans son article 6, tout caractère suspensif au recours porté devant le Conseil d'État. Non que la décision s'imposât en logique : nul principe ne s'opposait, au temps de la justice retenue, à ce que le Roi, chef de l'administration, et ses héritiers arrêtaient le cours de l'action administrative. Opposer à cette affirmation le caractère « exécutoire » de la décision, ce serait mettre la charrue de la théorie avant les bœufs de l'histoire ; c'est précisément le refus d'attacher au recours un effet suspensif qui a déterminé, dans une large mesure, le caractère exécutoire de l'acte administratif.

La décision, encore une fois, fut sage : car un recours suspensif n'aurait pu connaître le développement qui fut celui du recours pour excès de pouvoir ; il eût fallu, sous peine de compromettre l'activité de l'administration, et de permettre aux intérêts particuliers de tenir en échec l'intérêt général, en limiter le champ de façon étroite.

19. Mais trop de sagesse peut cesser d'être sage ; car il est évident que, bien souvent, refuser au recours l'effet suspensif, c'est lui ôter toute efficacité pratique ; c'est le cas pour toutes les décisions qui épuisent leur effet en un seul moment : l'interdiction annulée, la manifestation interdite n'aura cependant pas eu lieu ; c'est le cas pour celles dont l'effet, pour se prolonger dans la durée, n'en découle pas moins d'une opération immé-



diat : il faut quelques heures pour abattre les arbres centenaires que l'administration a illégalement condamnés ; il faut cent ans pour reconstituer l'allée disparue ; et s'il faut quelques mois pour construire le building qui déshonore une perspective, l'annulation du permis de construire illégal, une fois l'immeuble achevé, ne rétablira pas la perspective.

Ce sont des exemples simplifiés, mais non point rares ; dans tous ces cas, et dans bien d'autres, l'annulation n'apportera, à l'administré, qu'une satisfaction morale : dans sa querelle avec l'administration, il saura qu'il avait raison. Sous-estimer une telle satisfaction serait méconnaître des données psychologiques élémentaires, et la force de l'amour-propre ; mais la tenir pour suffisante, à l'inverse, c'est verser dans un idéalisme sans doute excessif : proclamer le Droit alors qu'il ne peut plus être rétabli dans les faits, c'est l'exposer aux mêmes ironies que les carabiniers d'Offenbach : il n'y gagne rien.

20. Le remède était simple, et son nom est connu : c'est le sursis à l'exécution. En ordonnant le sursis avec un certain libéralisme, le juge aurait mis d'accord les impératifs de l'action administrative, la sécurité des particuliers, l'efficacité du recours et, par surcroît, son propre prestige. Au lendemain de la réforme de 1953, les tribunaux administratifs, plus directement au contact des plaideurs, et des réalités humbles de l'administration quotidienne, l'ont compris : ils ont tenté d'interpréter aussi largement que possible leurs pouvoirs en ce domaine. On sait comment le Conseil d'État brisa ces tentatives (1). Souci de ne pas se voir, dans la voie du libéralisme, devancé par les juridictions inférieures ? Il arrive parfois que Rome condamne celui qui va dans la voie où elle souhaitait s'engager, mais trop tôt et trop vite. Malheureusement, il semble que la tentative des tribunaux administratifs ait été jugée, non prématurée, mais blâmable en soi : rien n'indique, dans la voie de l'extension du sursis, une quelconque évolution jurisprudentielle ; certes, le Conseil d'État, récemment, s'est montré libéral en ce qui concerne

(1) C. E., 18 juin 1954, préfet du Var, et le commentaire de l'arrêt, qui fait le point de la jurisprudence. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 3<sup>e</sup> éd., p. 411.

les décisions mettant fin aux sursis d'incorporation des étudiants appelés au service militaire (1) ; il a fréquemment accepté d'ordonner de surseoir à l'exécution de ces décisions. Mais il ne faut pas oublier qu'il s'agissait, en l'espèce, de décisions juridictionnelles émanant des Conseils de révision, tribunaux administratifs d'attribution, et non de décisions administratives : c'est par la voie du recours en cassation que le Conseil d'État était saisi, non par le recours pour excès de pouvoir ; rien n'indique que la Haute juridiction soit disposée à faire preuve, sur ce dernier terrain, du libéralisme qu'elle a manifesté sur le premier. Qu'elle ait, pour cela, de puissantes raisons, ce serait lui faire injure que de le mettre en doute ; mais le fait demeure : la quasi-inexistence du sursis à exécution, combinée avec la lenteur de la procédure, aboutit à conférer, à maintes annulations, un caractère de censure doctrinale : elles sauvegardent les principes, mais non point les intérêts des administrés.

21. Au terme du procès, si le juge est convaincu de l'illégalité de la décision administrative, il l'annule.

Qu'il lui soit juridiquement impossible de faire davantage, c'est la conviction commune du juge lui-même, et de la doctrine : le principe de la séparation de la fonction administrative et de la fonction juridictionnelle au sein de l'exécutif serait méconnu si le juge faisait acte d'administrateur, soit en substituant lui-même, à la décision censurée, la décision légale, soit en adressant à son auteur une injonction afin que soient tirées, de l'annulation, les conséquences qu'elle implique.

Le principe déborde le cadre du recours pour excès de pouvoir ; dans le contentieux de pleine juridiction, il interdit toute condamnation à faire : seule la condamnation pécuniaire peut être prononcée par le juge à l'encontre des personnes publiques. Mais, dans le cas du recours pour excès de pouvoir, il se trouve renforcé par une autre considération : la nature propre de celui-ci ; recours en annulation, il n'autorise pas le juge à aller au-delà de la mise à néant de l'acte reconnu illégal. Il y a donc, à la limitation des effets du recours pour excès de pouvoir, une double

(1) C. E., 20 novembre 1959, 23 décembre 1959, D., 1961, p. 256, note JEANNEAU.



assise : la plus large est inhérente à la séparation de la fonction administrative et de la fonction du juge administratif, la plus étroite se rattache à la spécificité du recours pour excès de pouvoir au sein du contentieux administratif.

22. Si traditionnelle que soit la première, elle ne découle pourtant, ni d'un texte formel, ni d'une nécessité logique. On ne saurait invoquer ici les lois révolutionnaires qui fondent la séparation des pouvoirs, les solennelles défenses faites aux juges de s'immiscer dans l'action administrative : car les seuls juges visés par ces textes sont les organes du pouvoir judiciaire ; à l'égard du juge administratif, au contraire, ces mêmes textes sont traditionnellement considérés comme les fondements de sa compétence : à lui tout le contentieux ôté aux tribunaux ordinaires. Si le juge administratif s'interdit ce qu'il considère comme une immixtion dans l'action administrative, c'est donc en vertu d'une autolimitation, non d'un impératif extérieur à sa volonté.

23. Cette autolimitation ne procède évidemment pas d'une nécessité logique : lorsqu'on la justifie par la distinction de la fonction juridictionnelle et de la fonction administrative, on s'abuse ; car la fonction juridictionnelle, prise en elle-même, ne saurait évidemment se limiter à un pouvoir d'annulation ni même à un pouvoir d'indemnisation ; l'injonction adressée à celui dont le droit condamne la prétention fait partie des pouvoirs normaux du juge. Si donc, lorsque son justiciable est l'administration, il s'interdit d'user de ces pouvoirs, ce n'est pas en vertu de la nature de sa fonction, mais au contraire à partir de la volonté de la restreindre eu égard à la qualité de l'une des parties : la fonction juridictionnelle perd sa dimension normale lorsqu'elle s'exerce à l'encontre de l'administration.

24. Bien entendu, cette conclusion ne méconnaît nullement l'obligation qui s'impose au juge, en vertu de la nature de sa mission, de respecter le pouvoir discrétionnaire de l'administration ; par définition, le pouvoir discrétionnaire résulte de l'absence de toute règle de droit applicable aux éléments sur lesquels il s'exerce ; chaque fois que l'acte censuré suppose une part d'appréciation discrétionnaire, le juge empiéterait sur un domaine qui

n'est pas le sien en décidant lui-même, ou en dictant à l'administration l'ensemble de la conduite à tenir ; ainsi par exemple d'un refus d'avancement au choix, annulé pour illégalité : de ce que la procédure suivie pour dresser le tableau n'a pas été régulière, il ne découle pas nécessairement que le fonctionnaire qui n'y a pas été inscrit possédât des mérites supérieurs à ceux qui y figurent.

Mais chaque fois que les exigences de la légalité ne laissent à l'administration, pour remettre les choses en l'état, qu'une voie ouverte, c'est-à-dire dans les cas de compétence liée, le juge, en tirant de l'annulation les conséquences nécessaires, ne ferait que dire le droit, ce qui est sa fonction même.

Ce n'est donc pas sur la base d'une soi-disant séparation de la fonction juridictionnelle et de la fonction active au sein de l'administration que peut se justifier l'attitude du juge de l'excès de pouvoir.

25. Le second fondement de cette attitude est plus modeste ; il est d'ordre procédural, et tient au caractère propre du recours, orienté vers la seule annulation. Mais cette constatation suffit à faire baisser de plusieurs tons le concert des louanges suscitées par la vertu du recours.

Au service de la légalité, l'annulation est la seule arme que le juge s'estime autorisé à manier. Force est de constater que l'arme se révèle souvent inefficace ; et que l'illégalité, reconnue et théoriquement censurée, peut triompher allègrement dans les faits.

La distinction des contentieux interdit-elle donc au juge d'explicitement les conséquences de l'annulation, en tant du moins qu'elles relèvent du droit, non de l'opportunité, et d'enjoindre à l'administration d'agir dans le sens prescrit ? Là encore, on peut en douter ; l'annulation, en effet, dans l'intention de celui qui la sollicite, n'est pas une fin en soi, mais un moyen au service d'un but : le rétablissement de la légalité ; dans une conception « finaliste » du recours, on concevrait donc fort bien que le juge, adaptant le moyen au but, n'hésitât pas à énoncer clairement ce qui n'est, en définitive, que le contenu de l'annulation : l'ensemble des conséquences juridiquement nécessaires



qu'elle emporte. On peut même penser que, ce faisant, le juge ne statuerait pas *ultra petita* : car l'annulation, pour qui la sollicite, ne vaut que par ces conséquences.

- 26. On objectera que la vraie source des insuffisances pratiques du recours n'est point dans le refus du juge de déduire, de l'annulation, l'injonction qui en est l'aspect positif; elle est plus profonde, dira-t-on, et découle de la nature des choses : il n'existe pas, il ne peut exister, de moyens de contraindre l'administration à s'exécuter; il n'y a pas de contrainte contre qui en détient le monopole légal. Dès lors, l'injonction risquerait fort de demeurer tout aussi dénuée d'effets pratiques que l'annulation pure et simple : si l'administration refuse d'en tenir compte, qui l'y obligera? Et le juge, en présence de cette impuissance fondamentale qui est la sienne, a sagement agi en se limitant à la seule annulation : l'inexécution, dans ce cas, est, à son égard, une insulte moins affirmée que ne le serait la désobéissance directe à son injonction; elle entame moins son prestige : n'ayant rien commandé, il ne s'expose à aucune insubordination; c'est la méthode suivie par certains parents, peu sûrs de la docilité de leurs rejetons : ils sauvegardent leur autorité en ne s'en servant pas.

27. Piètre argument que celui-là ! Mesurer l'autorité du juge à ce que le justiciable est disposé à accepter de lui, ce serait avouer l'impuissance du Droit; tous les progrès qui, depuis son origine, ont marqué l'évolution du recours, ont été, à leur date, des coups d'audace : le juge a osé, et l'administration s'est inclinée; admettre que le temps des audaces créatrices est révolu, ce serait condamner à la stagnation, et finalement à la mort, un instrument juridique dont les virtualités sont loin d'être épuisées. Au surplus, il est permis de penser qu'une décision de justice précise, positive, impérative, disant clairement ce qui doit être fait, couperait court à bien des dérobades que facilite, au contraire, le caractère purement négatif de l'annulation; plus la décision est claire, plus la désobéissance devient psychologiquement difficile. Il n'est même pas certain que nombre d'administrateurs ne se sentiraient point soulagés par une injonction ferme et des directives précises, qui dégageraient d'autant

leurs responsabilités et leur épargneraient tout effort d'initiative.

28. Le Conseil d'État s'en est parfois rendu compte; il lui est arrivé, à défaut d'injonction, d'énoncer, dans les considérants de l'arrêt, la marche à suivre pour redresser la situation; malheureusement, cette attitude n'a guère débordé le seul terrain du contentieux de la fonction publique; et il est caractéristique de retrouver, sous la plume de tous les auteurs, à l'appui de son exposé, la même référence au même arrêt (1), déjà ancien d'ailleurs, ce qui donne à penser que l'attitude en question fait figure d'exception plus que de tendance. Mais l'exemple suffit à montrer que, juridiquement, rien ne s'oppose à ce que, par la voie de la directive, le juge précise les conséquences concrètes de l'annulation, mettant ainsi l'auteur de l'acte en présence de ses responsabilités, tout en lui facilitant la tâche.

Peut-on concevoir qu'il aille plus loin et que, passant de la directive à l'injonction, il énonce, non plus dans les motifs mais dans le dispositif, les conséquences nécessaires de l'annulation?

Si le juge, demain, s'engageait dans cette voie, on voit mal, tant sur le terrain de la logique juridique que sur celui de la distinction des contentieux, à quelles objections majeures pourrait se heurter son initiative. On voit clairement, par contre, le pas décisif qu'elle constituerait pour l'efficacité pratique du recours.

29. Car c'est toujours là qu'il faut en revenir lorsqu'on veut porter, sur l'instrument essentiel dont disposent les Français contre l'arbitraire administratif, un jugement dûment motivé : dans quelle mesure réalise-t-il sa fin? Comment assure-t-il, à celui qui l'a intenté, la protection de la légalité?

On le sait : si l'administration ne tire pas elle-même les conséquences de l'annulation, et ne les traduit pas en actes, il reste à l'administré la possibilité de déférer au juge, à nouveau, la décision, expresse ou tacite, consacrant le refus d'exécuter; elle sera annulée; le jeu pourra continuer, au fil des années, sans plus de résultats; reste le passage au plein contentieux :

(1) C. E., 26 décembre 1925, Rodière, S., 1925, III, p. 49, note HAURIUO.



pour la faute commise en n'exécutant pas, l'administration sera, au terme d'une nouvelle procédure, condamnée à indemniser la victime; et tout sera dit; l'illégalité sera définitivement consommée, l'administration aura atteint le but qu'elle s'était proposé dès le départ; elle aura acheté sa liberté vis-à-vis du Droit et du juge à un prix d'autant plus léger à ses yeux que c'est le contribuable, en définitive, qui supportera l'indemnité.

Un pareil résultat ne fait donc que consacrer l'impuissance du juge à faire prévaloir le Droit; encore s'est-on placé dans l'hypothèse optimum: celle du plaideur persévérant, qui ne se laissera pas rebûter par les instances en cascades, qui n'hésitera pas devant les frais qu'entraîne le passage par le plein contentieux, et qui, matériellement, pourra attendre. Combien s'arrêteront en chemin, découragés par l'inefficacité de leur première démarche, et laisseront l'administration s'installer gratuitement dans l'illégalité triomphante!

30. Tout cela est bien connu; mais on n'aime guère, parmi les juristes, à s'attarder sur cet aspect des choses; on analyse avec une scrupuleuse attention les conditions de recevabilité du recours, l'évolution des cas d'annulation; l'issue du litige intéresse moins que les chemins qui y mènent (1); lorsqu'on en vient au problème des effets du recours, on se borne à l'exposer, sans s'appesantir outre mesure sur les difficultés pratiques auxquelles se heurte le requérant, comme s'il s'agissait d'un phénomène secondaire, et d'ailleurs inévitable (2). L'analyse se maintient dans l'abstrait; le recours intéresse plus que le requérant; il en a été l'occasion, il a déclenché les savants mécanismes du contentieux; ce service une fois rendu au jeu juridique, il est implicitement prié de ne point venir perturber l'harmonie des constructions, la subtilité des exégèses, avec sa petite et souvent misérable histoire personnelle; quel commentateur s'intéresse à l'humble question de savoir comment s'est traduite, dans la

(1) Il est curieux de relever que l'ouvrage classique d'ALIBERT (*Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, 1926) ne consacre pas de développements distincts aux effets du recours.

(2) Cf. toutefois l'ouvrage de P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, 1952.

vie du requérant, l'annulation? qui donc voit en lui, non seulement l'occasion du recours, mais sa fin? qui soupçonne, derrière le nom qui, passant à la postérité avec l'arrêt qu'il désigne, se verra estropié par des générations d'étudiants, un être de chair et de sang qui, victime d'une injustice concrète, attend de son recours le rétablissement d'une situation conforme au droit?

Si l'on veut que le recours pour excès de pouvoir mérite pleinement les éloges qui lui sont traditionnellement décernés, c'est sous cet angle qu'il convient de l'envisager, c'est dans cette voie qu'il faut engager son évolution; à défaut, il risquerait de n'être plus, à la longue, qu'un mécanisme destiné à dire le droit pour l'agrément du juriste, non à réaliser le droit pour la sécurité de l'administré.

### III

31. On a cru pouvoir déceler, dans le rempart dressé pour la protection des citoyens contre l'arbitraire par le droit public français, deux séries de fissures: la soumission de l'administration à la règle de droit perd une partie de sa vertu libérale lorsque la règle, œuvre de l'administration dans une large mesure, tend à s'inspirer des nécessités de celle-ci plus que des vœux des citoyens. Le recours pour excès de pouvoir, faute d'arrêter le bras de l'administration lorsque l'illégalité risque d'emporter des conséquences graves, faute d'orienter son dispositif vers le rétablissement effectif de la légalité, apparaît, dans trop de cas, comme une censure toute théorique.

Ces deux ordres de déficiences se rejoignent-ils autrement que par leurs effets?

32. Peut-être n'est-ce point céder à un excès de systématization que de reconnaître, à la racine des unes et des autres, une identique déviation, à vrai dire classique. Tout système juridique, et chacune des pièces qui le composent, est ordonné à une fin; celle qu'ont assignée, à l'ordre juridique occidental, les héritages dont il est issu, et au premier chef l'enseignement chrétien, c'est le service de l'homme. Lorsque l'institution juridique s'écarte de sa fin, lorsqu'elle ne sait plus « de quel esprit elle est », le péril qui la menace est plus grave que tous ceux



que peuvent entraîner des insuffisances techniques : c'est l'essentiel qui est en cause.

Or, la prévalence du moyen sur la fin est la plus fréquente, on dirait presque la plus normale, de toutes les déviations qui menacent un ordre juridique. Qu'une administration ait tendance à prendre, comme norme des règles qu'elle élabore, l'idée qu'elle-même se fait de sa mission, plutôt que les vœux des administrés, que l'évolution du recours pour excès de pouvoir n'adopte point, comme axe essentiel, la protection concrète du requérant contre les atteintes concrètes à la légalité, il n'y a donc pas lieu d'en être surpris.

Mais ce serait trahir l'inspiration profonde du principe de la soumission de l'administration au Droit et au juge que d'enregistrer passivement les déficiences qu'on vient de signaler ; d'autant plus que le redressement est, tout à la fois, possible, et plus nécessaire que jamais.

33. Il est possible. Sur le terrain de la règle de droit tout d'abord, l'extension des compétences de l'administration par rapport à celles du Parlement pourrait être l'occasion, pour le citoyen, non d'une perte, mais bien d'un gain. A l'élaboration de la loi, il ne participe que par l'intermédiaire de ses représentants : participation purement abstraite qui le laisse hors du jeu — sauf lorsqu'il s'y réintroduit en fraude par le biais du groupe de pression. L'élaboration administrative de la règle échappe, tout à la fois, au mythe de la représentation et au rituel de la procédure parlementaire. Rien ne s'oppose donc, juridiquement, à ce que l'administration, tout en se réservant le nécessaire droit de dernier mot qui doit rester l'apanage du pouvoir, fasse, de ce mot ultime, la conclusion d'un dialogue ou d'un colloque ; que les intéressés présentent leurs dossiers, apportent leurs suggestions, échangent avec les techniciens administratifs, précisions et informations : la règle, ainsi élaborée, aura toute chance de tenir mieux compte que ne l'eût fait, peut-être, la loi elle-même, de toutes les données humaines du problème (1). En

(1) GÉRANDO, dans son cours précité (*Thémis*, 1822, p. 70), notait déjà : « Le succès d'une mesure administrative n'est jamais véritablement complet que par la conviction et la confiance. Cette confiance ne peut être acquise qu'autant que

matière d'administration économique, telle fut, on le sait, la méthode voulue par Jean Monnet pour l'élaboration des plans ; l'œuvre accomplie justifie la méthode. Est-il impossible de la transporter hors de son domaine originel, et de concevoir, à l'instar de l'« économie concertée », une « administration concertée » qui donnerait, au principe démocratique de la participation des citoyens à l'élaboration de la règle, un contenu non plus mythique, mais réel ?

34. En ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir, l'inflexion que l'on souhaite dépend tout entière de la seule volonté du Conseil d'État. Comment douter que la Haute Assemblée, justement fière de l'instrument où l'on s'accorde à voir son chef-d'œuvre, veuille, après une pause qui fut peut-être nécessaire, aller plus avant dans la voie qui lui permettra d'imposer à l'administration le respect du droit, et le respect du juge ? Est-ce pur hasard si l'avant-dernier cahier des Études et Documents du Conseil d'État a accueilli un article du professeur Lessona (1) consacré à l'exécution par l'administration des décisions du juge en droit italien, et aux procédés juridiques qui s'efforcent de l'assurer ?

35. Possibles, les redressements que l'on souhaite sont, en tout cas, nécessaires. La contemplation du monument élevé par le droit public français pour la protection de l'homme contre l'arbitraire a pu, un certain temps, retenir les juristes, et peut-être inciter nombre d'entre eux à penser que, le monument étant achevé, toute retouche ne pourrait que le défigurer. Mais, pendant cette pause, le monde a continué sa route, et les relations de l'homme avec le pouvoir ont pris un cours nouveau. Le nécessaire et bienfaisant accroissement d'autorité qu'entraîne, dans la société contemporaine, le phénomène de la socialisation tel que vient de l'analyser l'Encyclique *Mater et Magistra*, appelle, en contrepartie, un accroissement corrélatif de la protection

tous les intérêts privés auront été entendus. Sans doute, ils pourront se plaindre encore... mais non d'avoir été négligés, méconnus... ». On ne relit pas assez les vieux auteurs !

(1) LESSONA, « De l'obligation pour l'administration de se conformer à la chose jugée par les tribunaux », *E. D. C. E.*, n° 14, p. 319.



des citoyens contre l'arbitraire (1). Il faut mettre à l'échelle du pouvoir d'aujourd'hui le système de garanties qui s'est développé dans le monde d'hier : c'est la seule façon de demeurer fidèle aux idéaux de l'humanisme occidental, qui ne se sauveront qu'en suivant avec plus de rigueur et plus d'invention l'exigence inépuisable qu'ils portent en eux (2).

(1) J. RIVERO, « Vers de nouvelles structures politiques », dans *Socialisation et Personne humaine* (47<sup>e</sup> Semaine sociale de France, 1960), p. 393.

(2) Depuis la rédaction de cette étude, l'auteur a cru devoir reprendre le problème de l'efficacité du recours pour excès de pouvoir dans une chronique parue au *Recueil Dalloz* (« Le huron au Palais royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, Chr., p. 37); les mêmes préoccupations ont inspiré à M. BRAIBANT, maître des requêtes au Conseil d'État, une très intéressante étude (« Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *Études et Documents du Conseil d'État*, n° 15, p. 53); l'apparition simultanée d'un souci identique au sein de la Haute Assemblée et dans la doctrine, le fait que le Conseil d'État l'ait en quelque sorte avalisée en insérant l'article de M. Braibant dans son organe officiel, confirment et renforcent les espoirs formulés *supra*, n° 34.

## L'ÉVOLUTION DE LA RÉGLEMENTATION DE LA CONCURRENCE ET L'EXPÉRIENCE DES ÉTATS-UNIS

(De la liberté de la concurrence à l'égalité  
dans la concurrence)

PAR

MARIO ROTONDI

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE MILAN,  
DIRECTEUR DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARÉ  
« ANGELO STRAFFA » DE MILAN.

### SOMMAIRE.

1. Passage de la protection de la liberté de la concurrence à la protection de l'égalité dans la concurrence. — 2. Absence d'ordonnancement unitaire : superposition de l'ordonnancement fédéral et des ordonnancements des États. — 3. Absence de principe général : le *privilege of competition* et ses abus. — 4. Les concepts traditionnels : le *passing of*. La *misrepresentation* : la publicité trompeuse. Le boycott. — 5. La répression des pratiques monopolistiques et des accords de prix. — 6. Passage de la protection du concurrent à la protection de l'intérêt général. — 7. De la répression judiciaire de la concurrence déloyale à l'action préventive de l'administration. — 8. De l'action en réparation à l'action en cessation. — 9. Progressive irrelevance de la qualité subjective de commerçants en relation de concurrence aux fins de la répression des actes illicites. — 10. La progressive irrelevance des éléments de faute et de préjudice et la réglementation de la concurrence comme protection du *goodwill*.

1. « Liberté, égalité, fraternité » fut le slogan de ce profond renouvellement des institutions et des esprits découlant de la