L'arrêt Blanco sous l'angle privatiste : une tendance unitariste.

Emmanuel Jeuland

▶ **To cite this version:**

Emmanuel Jeuland. L'arrêt Blanco sous l'angle privatiste : une tendance unitariste.. 2022. hal-03868915

HAL Id: hal-03868915
https://hal.science/hal-03868915

Preprint submitted on 24 Nov 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'arrêt Blanco sous l'angle privatiste : une tendance unitariste.

Par Emmanuel Jeuland, professeur de droit privé à l'École de droit de la Sorbonne.

Depuis la révolution française, la relation entre la responsabilité civile et la responsabilité administrative a pris la forme d'une sorte de dialectique se traduisant par des conflits de compétence. Des rapprochements et des éloignements ont eu lieu selon les périodes et les sujets. Les privatistes ont été généralement favorables à un rapprochement des régimes de responsabilité. Je les qualifierai d'unitariste en empruntant ce terme au vocabulaire théologique et politique. Lorsqu'une véritable « garantie des fonctionnaires » a été établie au début du début du 19° siècle (en application de l'article 75 de la constitution de l'an VIII qui supposait une décision du Conseil d'État) pour limiter les recours en responsabilité contre les fonctionnaires[1], les civilistes ont défendu l'application des règles de la responsabilité civile concernant les dommages causés par des fonctionnaires au motif qu'on ne pouvait pas laisser un préjudice sans réparation. Quand la mise en jeu de la responsabilité des agents publics a été reconnue avec le décret-loi du 19 septembre 1870, la compétence des tribunaux judiciaires a été retenue mais le tribunal des conflits dans l'arrêt Pelletier s'est prononcé en faveur de la compétence des tribunaux administratifs pour les fautes de service ne laissant aux tribunaux judiciaires que les fautes personnelles[2]. Il semble que cet arrêt rendu *contra legem* n'ait suscité aucune réaction de la part des civilistes[3]. Il faut dire que le tribunal des conflits avait également affirmé dans un arrêt rendu le 8 févr. 1873, Dugave et Bransiet[4] que l'article 1384 alinéa 5 sur la responsabilité des commettants du fait de leur préposé ne s'appliquait pas aux rapports de « l'État avec ses fonctionnaires publics, les agents et les employés administratifs » et ne prévoyait pas « les conséquences juridiques que ces rapports peuvent produire entre les tiers et l'État ». La responsabilité de l'État relevait en effet d'un régime spécial. L'arrêt Blanco du 8 février 1873 a, lui, retenu la compétence des tribunaux administratifs pour engager la responsabilité de l'État du fait des dommages causés par les services publics. Si l'on ajoute à cela la loi du 24 mai 1872 qui avait rendu autonome la juridiction administrative tout en recréant le tribunal des conflits, on s'aperçoit qu'un véritable système de solutions s'est mis en place en quelques mois.

Quand les deux régimes de responsabilité paraissent se rapprocher au gré de la disparition de certaines théories (distinction des actes de gouvernement et des actes de gestion, distinction de la faute de service et de la faute du service) ou de revirement de jurisprudence (Cour de cassation, Costedoat en 2000[5] ouvrant la voie à une forme d'impunité du préposé comme il existe une sorte d'impunité de l'agent public), le publiciste a tendance à insister sur les spécificités de la responsabilité administrative qui protège l'agent et constitue une responsabilité substitutive plus qu'une responsabilité garantie[6]. Quand la notion de garde inspirée par la jurisprudence judiciaire est reprise par la jurisprudence administrative en matière de responsabilité du fait d'autrui, un rapprochement a lieu qui pourrait conduire à une fusion,

[1] *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, sous la dir. de François Gazier et Roland Drago, Dalloz, 2022, n°17.
[2] 30 juil. 1870*, n°00035 Lebon.*
[3] B. Delaunay, « Fait du préposé et responsabilité civile - Le point de vue du publiciste : la faute de service de l'agent public », *Responsabilité civile et assurances n° 3, Mars 2013, dossier n°14.*
[4] *Rec. CE 1873, 1er suppl., p. 70.*
[5] Cass. Ass. Plén., 25 février 2000, *n° 97-17.378* : « Attendu que n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant ».

[6] B. Delaunay, art. précit., n°17.

mais là encore les publicistes continuent de dégager des différences[7]. Les civilistes sont donc en général unitaristes quand les publicistes défendent, ce que j'appellerai ici le binarisme[8] en matière de responsabilité.

En tant que civiliste processualiste, je ne considère pas les questions de compétence comme les suites logiques des questions de fond mais plutôt comme des questions corrélées mais autonomes. La compétence administrative ne se justifie pas seulement par des règles de fond spécifiques mais aussi par la prise en compte d'une asymétrie des positions des particuliers et de l'administration dans le contentieux. Il reste par ailleurs toujours une trace de l'irresponsabilité liée à la souveraineté pour certains actes, notamment pour les jugements, si je mets à part la responsabilité de l'État du fait du service défectueux de la justice.

L'évolution de la position des privatistes vis-à-vis de la jurisprudence Blanco est à comprendre à l'aune de cette tendance unitariste. Cette jurisprudence ayant été mise en évidence après coup par les publicistes, les auteurs privatistes ne l'ont, semble-t-il, guère critiquée au moment de sa publication. Il faut dire qu'entre-temps la Cour de cassation s'était mise dans les pas du Tribunal des conflits sans être spécialement critiquée par la doctrine. De ce point de vue-là d'ailleurs, on ne peut pas dire que l'arrêt Blanco soit un mythe ou ait été ignoré sauf dans sa formulation. Pour autant la doctrine civiliste était plutôt favorable à la solution inverse à celle de l'arrêt Blanco avant sa publication et elle n'a pas spécialement approuvé l'arrêt tout en acceptant sa solution. On peut se demander aussi s'il ne faudrait pas, comme le propose Luchet[9], faire entrer dans la doctrine « civiliste » des auteurs classés comme publicistes mais qui ont défendu la position des civilistes. Certains arguments relèvent du droit des sources, d'autres du droit de la responsabilité et, plus rarement, portent sur la notion de service public elle-même.

Il est toujours difficile de remonter le temps. Il semble néanmoins possible de distinguer l'avant Blanco avec quelques auteurs tels que Larombière, Laurent ou Aubry et Rau, puis l'après Blanco avec les réticences de la doctrine civiliste envers la solution retenue ainsi qu'envers la notion de service public (Bonnecase, Bartin, etc.)[10]. Les civilistes restent finalement unitaristes en s'appuyant sur des arguments qui changent avec le temps : des arguments de source et des arguments de fond.

1.- L'avant Blanco : l'approche civiliste.

L'irresponsabilité des personnes publiques et de leurs agents étaient une conséquence de la constitution de l'an VII puisqu'une décision du Conseil d'État était nécessaire pour pouvoir saisir les tribunaux judiciaires et que le Conseil ne donnait que rarement cette autorisation créant ainsi ce qui a été appelé une « garantie des fonctionnaires ». La solution apparaissant choquante et générant une forme d'arbitraire, les privatistes (si le terme a un sens précisément déterminé au 19° siècle ; on peut dire ici qu'il s'agit des auteurs qui commentent le Code civil) ont défendu l'idée que les actes fautifs des agents publics devaient être condamnés par les tribunaux

[7] M. Deguergue, « Regard sur les transformations de la responsabilité administrative », RFDA, 2013/3 (N° 147), pages 575 à 587.

[8] Terme emprunté à la linguistique pour éviter de recourir au terme de dualisme se référant plutôt au dualisme juridictionnel pour ne pas créer de confusion, même si les deux attitudes sont liées.

[9] J. Luchet, *L'arrêt Blanco : la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'État*, Thèse de la Faculté de droit de l'Université de Nancy, Les Presses modernes (Paris)1935.

[10] Le site Gallica a grandement facilité mes recherches.

judiciaires. Des résistances publicistes ont émergé car cette jurisprudence conduisait à nier la distinction des autorités judiciaire et administrative et remettait en cause l'interdit pour le juge judiciaire de juger l'administration. Le décret-loi de 1870 (précité) est revenu sur l'impunité des agents publics et l'on pouvait penser que les actions en responsabilité des agents publics allaient pouvoir être traitées par les tribunaux judiciaires comme faisant partie du régime de la responsabilité des commettants du fait de leur préposé. La rénovation du tribunal des conflits et la jurisprudence Blanco ont certes reconnu l'existence d'une responsabilité des personnes publiques du fait de leur préposé mais de manière spécifique et devant le Conseil d'État.

Dans le répertoire Dalloz publié entre 1887 et 1904[11] dans une entrée consacrée à la Comptabilité publique (chapitre V responsabilité de l'État) une distinction est faite entre deux systèmes, celui qui considère que les règles de responsabilité du Code civil s'appliquent à la responsabilité de l'État et celui qui estime qu'une responsabilité spécifique doit être créée et relever de la compétence des juridictions administratives. Le premier système est ainsi décrit : « D'après un premier système, la responsabilité de l'État est soumise, en thèse générale, aux règles du droit commun, spécialement à celles des art. 1382, 1383, 1384 C. civ. ; par suite, l'action en responsabilité doit être portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire. Ce système tire argument des expressions larges du Code civil. En disposant que tout fait qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer, l'article 1382 ne pose aucune restriction relative à l'État. De même, en déclarant le commettant responsable des actes de ses préposés « dans les fonctions auxquelles il les a employés », l'article 1384 ne distingue pas entre les fonctions publiques ou privées. Cette première opinion est adoptée par une fraction considérable de la doctrine, surtout par les auteurs qui font le plus autorité en matière de droit civil. Elle a été également admise pendant longtemps par la cour d'appel et la Cour de cassation ».

Au sein de ce premier système qui est retenu par la doctrine civiliste, je prendrai trois exemples. Larombière[12] soumet l'État à la même responsabilité qu'un simple particulier, sans pourtant lui appliquer indistinctement le principe de droit commun posé dans l'art. 1384. Il distingue à cet égard entre l'acte de puissance qui ne peut engager la responsabilité de l'État et l'acte de gestion, qui, même concernant les services publics, le soumet à la responsabilité de l'article 1384. Il écrit plus spécifiquement à propos de la responsabilité de la Poste : « En vertu du principe général et de droit commun posé par l'article 1384, l'administration des postes est encore civilement responsable du dommage causé par ses préposés dans l'exercice de leurs fonctions »[13].

Aubry et Rau ont défendu cette position dans la 4° édition de leur Cours de droit civil mais Bartin a dû, dans la 5° édition[14] tenir compte du changement de jurisprudence survenu avec l'arrêt Blanco. C'est pourquoi il écrit « Nous admettions, dans nos précédentes éditions (15 octies) que l'État, représenté par les divers ministères et administrations ou régies publiques, est, comme tout commettant, responsable des dommages causés par ses employés, agents, ou serviteurs, dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur service ». Bartin a conservé une note de bas de page de la précédente édition pour montrer la position traditionnelle d'Aubry et

[11] Jurisprudence générale de MM. Dalloz. Code des lois politiques et administratives annotés et expliquées d'après la jurisprudence et la doctrine, avec renvois au "Répertoire alphabétique" et au "Recueil périodique" de MM. Dalloz. Tome 4 / par MM. E. Dalloz, Ch. Vergé, Ch. Vergé fils, G. Griolet, 1887-1904 ; http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb33965183k (accès au 19 nov. 2022).
[12] L. Larombière, *Des obligations*, t. 5, Paris, Durand, 1857, p. 756, art. 1384, n° 15.
[13] *Op. cit*., p°754, n°13.
[14] *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae,* Tome 6 / par MM. Aubry et Rau, Falcimaigne, Gault et Bartin, 5° éd. 1897-1922.

Rau défendant l'application du Code civil à l'État : « Ce principe est constant. Il a même été consacré par des dispositions législatives spéciales… Mais la question de compétence a soulevé de sérieuses difficultés. D'après la jurisprudence du Conseil d'État, ce serait à l'autorité administrative seule qu'il appartiendrait, en l'absence de toute loi contraire, de connaître des actions qui tendent à constituer l'État débiteur ». Aubry et Rau s'appuient à la fois sur le Code civil qui ne distingue pas selon les auteurs du dommage (l'État est un commettant comme les autres), sur la loi ayant établi la séparation des autorités administratives et judiciaire (Loi des 6-22 août 1791) et sur des textes spéciaux. Ils notent cependant que certains décrets spéciaux vont dans un sens opposé et donc qu'un droit spécial se met en place progressivement. Ils notent aussi que le problème se pose surtout sous l'angle de la compétence car l'État débiteur devrait être jugé par une autorité administrative.

Laurent a une position particulière et intéressante en tant que juriste belge commentant le droit français. Il estime qu'il s'agit d'une question de compétence au sens procédural et de pouvoir au sens politique : « L'État est commettant dans les cas où un particulier l'est et sous les mêmes conditions[15]… A vrai dire, le conflit qui existe en France entre le conseil d'État et la cour de cassation concerne la compétence plutôt que le principe de l'article 1384 ; c'est une lutte du pouvoir exécutif contre le pouvoir judiciaire. Si le conseil d'État soutient que l'article 1384 ne s'applique pas à l'État, c'est pour soustraire à la juridiction ordinaire l'action en responsabilité dirigée contre le gouvernement, mais une fois que l'action est portée devant un tribunal administratif, le conseil d'État applique les règles du droit civil et déclare le gouvernement ou la commune responsables, alors même qu'il s'agit d'intérêts politiques. Et quand les tribunaux civils sont saisis d'une question de responsabilité, ils font de même » [16].

Néanmoins, Laurent exprime globalement une position de civiliste favorable à l'application de l'article 1384 CC au service public.

Le répertoire de jurisprudence Dalloz précité[17] dégage pourtant un second système de solutions : « Suivant un second système, la responsabilité de l'État est d'une nature particulière. Ainsi, la responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait de personnes qu'il emploie dans le service public n'est pas régie par les dispositions du Code civil qui règlent les rapports de particulier à particulier ; elle n'est ni générale ni absolue et a ses règles spéciales, qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés. Dès lors, l'action en responsabilité est, en général, soumise à la compétence administrative... Les tribunaux civils ne peuvent être régulièrement saisis de l'examen de cette responsabilité que dans les cas où la connaissance leur en a été expressément attribuée par une disposition légale. Cette opinion est soutenue par les auteurs qui se sont occupés particulièrement du droit administratif. Elle a été adoptée, dès l'origine, par le Conseil d'Etat. spécialement, Cons.d'Et. 6 déc. 1855, ibid., n os 85S et 859; D. P. 59. 3. 34. Elle a été admise par le Tribunal des conflits, reconstitué en vertu de la loi du 24 mai 1872 … et spécialement, Trib. confi. 8 févr. 1873 (5 e espèce), ibid., n 09 881 à 883. Depuis que le Tribunal des conflits l'a admise, elle a été adoptée par la Cour de cassation, ainsi que par la plupart des cours d'appel et des tribunaux ».

[15] F. Laurent, *Principes de droit civil*, Tome 20, Durand, Bruylant-Christophe, Bruxelles, Paris, n°593, p.638, 1876.
[16] F. Laurent, *Principes de droit civil*, Tome 20, Durand, Bruylant-Christophe, Bruxelles, Paris, n°595, p.641 1876.
[17] V. note de bas de page 11.

On peut citer parmi les arrêts de la Cour de cassation, celui du 19 novembre 1883 rendu au visa de la loi des 16-24 août 1790 et de la loi du 16 fructidor an 3 qui reprend la solution de l'arrêt Blanco à propos de la perte d'un canot dans le port de Lorient : « Attendu qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative de connaître des actions tendant à faire condamner l'État, puissance publique, comme responsable du fait ou de la négligence de ses agents dans l'exécution d'un service public ». Mais si la Cour de cassation s'est pliée sans résistante à la jurisprudence Blanco, la doctrine privatiste s'est montrée plus réticente au fil du temps exprimant ainsi une tendance unitariste.

2.- L'après-Blanco : réticences de la doctrine civiliste.

Après la réception de la solution de l'arrêt Blanco par la Cour de cassation, la doctrine civiliste paraît se résigner à son développement mais avec une certaine réticence. Ainsi, dans l'ouvrage de Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Rodière[18], la résistance de la chambre criminelle de la Cour de cassation n'est pas désapprouvée : « Les dommages causés aux usagers par des fonctionnaires ou agents dans l'exécution des services publics relèvent-ils de l'article 1384, alinéa 5 ? La jurisprudence civile, la jurisprudence administrative, le Tribunal des conflits et les auteurs le nient. La règle de droit privé posée par ce texte est incompatible avec les exigences du service public. Cependant, et chaque fois qu'un arrêté de conflit n'a pas suspendu la marche du procès, la chambre criminelle de la Cour de cassation persiste dans l'application de l'article 1384, alinéa 5 qui permet à la victime de retenir à la fois le fonctionnaire et l'administration de laquelle il relève (Crim. 28 mai 1930, D.P. 1930.1.161 ; Crim. 30 mars 1933, D.P. 1934. 1.127) ». Ces auteurs paraissent douter de la spécificité de la responsabilité du service public du fait de ses agents[19] : « Quant à la responsabilité civile personnelle des fonctionnaires et agents des services publics, elle ne relève de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire et n'est réglée suivant les principes du droit privé que lorsque l'action laisse apparaître une faute personnelle détachable de l'exercice de la fonction elle-même. Sans nous y appesantir davantage, nous signalerons que le degré d'originalité de cette jurisprudence administrative comparée quant au fond aux règles de la responsabilité extracontractuelle du droit privé, a été récemment contesté (Ch. Eisenmann, Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques, 2 articles, J.C.P. 1949.1.472 et notamment 751 (Le droit public et le droit privé de la responsabilité extra-contractuelle diffèrent-ils foncièrement ?) ».

J. Luchet a tenté en 1935 de faire le tour de la doctrine concernant l'arrêt Blanco[20]. Il classe Gény dans la catégorie des civilistes qui critiquent l'inapplicabilité de l'article 1384 CC à l'État et la faiblesse des motifs de l'arrêt Blanco : « La netteté avec laquelle l'éminent doyen et maître civiliste de Nancy se prononce pour la compétence administrative en matière de responsabilité de l'État, suffirait, à elle seule pour honorer ce parti de la doctrine et sa haute conscience juridique. Seulement... il y a encore un seulement... et même plusieurs. D'abord, M. Gény, avec autant de justice que de sévérité, condamne l'argument unique de l'arrêt Blanco : l'inapplicabilité de l'art. 1384 à l'État… Ensuite — et surtout — ce que condamne M. Gény c'est, comme conséquence de l'observation qui précède, l'erreur d'avoir « trop souvent mêlé la difficulté de la compétence avec le fond même du problème ». Luchet conclut : « Une décision juridictionnelle dont le motif est si formellement contesté, et par de telles autorités — Michoud et Gény : Droit

[18] *Cours de droit civil français*. 2e édition publiée par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, Tome 9 bis. Les Contrats et les obligations, 1952, Paris, Rousseau, n°1478.
[19] Op. cit. n°1387.
[20] Thèse précitée.

public et Droit civil — n'est-ce pas, en effet, une construction dont la base est sapée ? On peut bien s'efforcer de la rétablir sur une autre base, on peut changer le motif de l'arrêt Blanco, mais alors même qu'on en pourrait maintenir le dispositif — et nous verrons que rien n'est plus douteux — il ne faut plus parler de l'arrêt Blanco ». Luchet cite également P. Cuche disant : « Sous les dehors d'une encombrante vénération pour le principe de la séparation des pouvoirs, cette extension à outrance de la compétence administrative ne poursuit d'autre but que d'augmenter le nombre des procès où l'État peut jouer à la fois les rôles de juge et de partie, grâce à l'amovibilité des magistrats administratifs, amovibilité dont il n'existe pas de motifs avouables ».

Luchet cite encore Jules Coumoul[21] et Achille Mestre qui critiquent la docilité de la Cour de cassation : « L'union s'est faite... entre les jurisprudences civile et administrative : la Cour de Cassation, dès qu'on ne lui a plus opposé la règle de « l'État débiteur » s'est montrée très conciliante, trop conciliante selon nous, en reconnaissant la compétence administrative relativement aux actions en indemnité lorsqu'elles sont dirigées contre l'État à raison d'un préjudice imputé au fait des agents employés dans un service public ».

Il ne semble pas cependant que la majorité de la doctrine civiliste se montre spécialement critique de la jurisprudence Blanco du point de vue de la compétence. On peut certes noter une absence d'enthousiasme. Ainsi Planiol[22] écrit : « Anciennement les tribunaux judiciaires se reconnaissaient compétents pour statuer sur les actions en responsabilité dirigées contre l'État ; mais la compétence en cette matière a été définitivement attribuée à l'autorité administrative... Hors de là, sa responsabilité ne peut pas être régie par les règles établies pour les rapports de particulier à particulier : elle a ses règles spéciales, et reste soumise à l'équité ». La référence à l'équité paraît assez curieuse comme si le Conseil d'État avait davantage de marge de manœuvre que la Cour de cassation. Il est vrai qu'il s'agit d'un droit prétorien beaucoup plus que le droit privé.

Plus délicat à saisir et plus subtil est la réticence des civilistes vis-à-vis des solutions de fond en matière de responsabilité d'une personne morale du fait de ses agents. Les civilistes admettent qu'il s'agisse d'une question de compétence mais se demandent en quoi les solutions de fond devraient varier d'autant que des débats importants ont lieu pendant ces années de la fin du 19° siècle sur la responsabilité objective des employeurs. La crainte est que la responsabilité de l'État du fait de ses agents soit plus difficile à démontrer que celle des commettants privés. Bartin mettant à jour l'ouvrage d'Aubry et Rau après l'arrêt Blanco a ainsi une position modérée mais qui subtilement jette le trouble[23] :

« Lors donc qu'on se sert, devant les juridictions administratives, de cette expression de responsabilité, il est bien entendu qu'elle n'a et ne peut avoir aucun rapport avec l'art. 1382, et dans ces conditions, l'obligation pour l'État, le département et la commune, de réparer le préjudice causé par le fonctionnement de leurs services publics ne saurait reposer sur l'art. 1382. Elle repose uniquement sur des considérations d'équité, en dehors du droit écrit, et cette conséquence, les jurisconsultes qui ont fait prévaloir tout le système, l'acceptent expressément

[21] J. Coumoul, *Traité du Pouvoir judiciaire*, 2" éd., 191 l, p. 111 et s. cité par J. Luchet.

[22] *Traité élémentaire de droit civil* (9ème édition), par Marcel Planiol, F. Pichon et Durand-Auzias (Paris),1922-1924, n°881, nbp 3,

[23] Op. cit., n°18.

…». On note de nouveau cette référence à l'équité qui distingue la jurisprudence de la Cour de cassation sur la responsabilité des commettants de celle du Conseil d'État. On peut également observer une critique de la notion de faute de service qui conduit à une forme d'impunité des fonctionnaires et qui n'est pas suffisamment encadrée. Les propos de Bartin résonnent curieusement aujourd'hui puisque la jurisprudence de la Cour de cassation s'est montrée elle-même de plus en plus favorable à l'extension de la responsabilité des commettants et à une forme d'impunité des préposés[24] se rapprochant ainsi de la jurisprudence administrative.

Bonnecase montre de plus grandes réticences que ses collègues privatistes en critiquant la notion de service public elle-même. Pour le comprendre, il convient de citer tout d'abord Duguit qui écrivait dans son ouvrage sur les transformations du droit public : « La décision Blanco devient ainsi le point de départ de toute une évolution. Les tribunaux judiciaires s'inclinent et refusent de statuer sur les actions en responsabilité contre l'État, à moins qu'un texte ne leur attribue expressément compétence... La notion du service public est devenue la notion fondamentale du droit public »[25]. Bonnecase, un civiliste proche de Beudant et maître de Carbonnier exprime cependant des doutes à l'égard des positions de Duguit et donc indirectement à l'égard de l'arrêt Blanco[26] en 1928 : « Quoi qu'il en soit, il s'agit pour l'instant, avant même de décrire la lutte engagée contre les notions traditionnelles, de signaler le véritable état d'esprit qui l'anime. Cette lutte qui, en effet, s'efforce de revêtir un caractère purement objectif et de s'appuyer sur la puissance des faits a, en réalité pour origine première chez ses chefs, une idée préconçue ; ils sont tous sous l'empire de la conception du Droit dite sociale, par opposition à la conception dite individualiste ; dès lors, prenant leurs désirs ou leurs idées pour des réalités, ils proclament que les notions traditionnelles doivent s'évanouir parce que contraires à la conception qui règne dans leur esprit et qu'ils considèrent comme absorbant le monde extérieur… Ce que Hauriou reproche à Duguit c'est donc vouloir mettre à terre les notions d'individu, de liberté individuelle, de propriété individuelle, tout simplement parce que ces notions ne cadrent pas avec le dieu suprême pétri de toutes pièces par le doyen de Bordeaux : le Droit objectif ». Pour Bonnecase, Duguit est un romantique car il s'affranchit des positions traditionnelles plus individualistes et n'accepte l'existence de l'individu que comme sujet du droit objectif. A l'inverse, Bonnecase défend le droit des individus et le droit naturel.

Une autre critique développée par les civilistes au sens large (comprenant des publicistes défendant les thèses civilistes) a été de dire que la différence de compétence ne se justifiait pas, exceptée pour quelques actes spécifiques à l'administration. On peut y voir une critique atténuée et donc une forme de réticence. F. Fairé comparant les deux responsabilités dans une thèse soutenue en 1923 écrit[27] : « Les partisans de la doctrine civiliste préoccupés de restreindre le champ d'activité de la juridiction administrative, essayèrent d'y parvenir en donnant une définition plus étroite des actes administratifs. MM. Berthélémy et Michoud, partant de l'idée que la puissance publique commande, tandis que la personne morale, gère, distinguèrent entre les actes de gestion accomplis par celle-ci en vue des services publics et les actes, d'autorité par lesquels, la première se manifeste. En l'absence de texte, les art. 1382 et s. du Code civil leur

[24] Costedoat, précit.
[25] Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, Chapitre 5, L'acte administratif : Revue générale du droit *on line*, 2014, numéro 17372 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=17372) consulté le 5 avril 2022.
[26] *Science du droit et romantisme : le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, Librairie du recueil Sirey (Paris), 1928, n°14.

[27] *Les transformations des principes de la responsabilité en droit public et privé* : thèse, 1923, rééd. 2020, Hachette/BNF.

étant inapplicables et la constatation de l'équité étant insuffisante comme source d'actions, les actes d'autorité ne pourraient être l'objet d'aucun recours … Au contraire, par les actes de gestion des services publics que les civilistes assimilent aux actes de gestion du domaine privé, l'État pourrait devenir débiteur comme les particuliers, non pas parce que l'équité le commande, puisqu'elle ne peut justifier la responsabilité de l'État, puissance publique, mais en vertu des art. 1382 et s.».

En somme, les privatistes sont plutôt réticents à l'égard de la spécificité de la responsabilité de l'État du fait de ses fonctionnaires même s'ils ne contestent pas la compétence des juridictions administratives.

Mme Deguergue note que récemment les deux responsabilités se sont rapprochées autour de la notion de garde ce qui aurait pu accréditer les positions de civilistes unitaristes considérant que le fondement de la responsabilité quelle qu'elle soit est le droit à la sécurité[28]. Mais l'emprunt de la théorie de la garde d'autrui n'a pas éliminé toutes les différences : « Le mirage du droit privé prend la forme de la théorie de la garde d'autrui ... le juge administratif a-t-il recours désormais à la théorie civiliste de la garde qui entraîne la responsabilité sans faute de la personne publique qui avait, au titre de l'assistance éducative et au moment de la commission du dommage, « la responsabilité d'organiser, diriger et contrôler la vie du mineur » ? … Il est remarquable que le juge administratif a paru effrayé par sa propre audace à faire éclater les cadres de la responsabilité administrative sans faute, puisqu'il a admis que les victimes tiers d'un mineur délinquant conservent le choix entre la base juridique du risque spécial et celle de la garde pour faire engager la responsabilité de la personne publique … La simplicité n'est donc pas, malgré les apparences, la vertu première de l'emprunt de la théorie de la garde au droit privé ... Elle accrédite en effet l'idée, défendue par des professeurs de droit privé, selon laquelle la sécurité de la victime est un droit, au fondement de la responsabilité de l'État, et serait la contrepartie de son obligation générale de sécurité et de sa puissance. Cette idée de sécurité n'est finalement pas très éloignée de celle de sûreté, que Duguit voyait à l'œuvre dans les transformations du droit public, et traduit l'oscillation du fondement de la responsabilité administrative entre les trois piliers de la Déclaration de 1789, à savoir la sûreté, l'égalité et la liberté »[29].

Mme Deguergue s'approcherait ainsi d'une vision unitariste d'une responsabilité fondée sur la sécurité comme les auteurs de droit privé tout en montrant qu'il reste suffisamment de différences pour demeurer binariste. Mais dans l'autre sens on peut noter un rapprochement de la jurisprudence civile avec les solutions du droit administratif. On peut ainsi noter qu'un civiliste proposait avant même l'arrêt Costedoat de la Cour de cassation, qui lui a donné raison, de se rapprocher de la jurisprudence administrative[30]. On peut y voir une autre manière d'être unitariste : « cette solution ne peut-elle être envisagée dans la perspective d'un rapprochement des mécanismes du droit civil régissant la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés et de certaines règles du droit administratif s'appliquant à la responsabilité de l'Administration du fait de ses agents ? Une partie de la doctrine publiciste estime

[28] Art. précit.

[29] CE, S., 11 février 2005, *GIE Axa Courtage*, *Rec*. p. 45, concl. Devys.

[30] B. Puill, « Responsabilité civile - Les fautes du préposé : s'inspirer de certaines solutions du droit administratif ? », *JCP G*, n° 24, 12 Juin 1996, doctr. 3939.

que *"l'analogie entre la responsabilité publique et la responsabilité privée sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, est illusoire"* (F. Roques, L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité : AJDA 1991, p. 75). Pourtant, certains mouvements récents de la jurisprudence de droit privé peuvent laisser penser que des rapprochements s'opèrent entre les deux systèmes de responsabilité. Ceux-ci ont-ils d'ailleurs des raisons d'être fondamentalement différents, dans la mesure où ils intègrent tous deux la notion d'autorité exercée sur l'auteur direct du dommage et le souci de garantir les intérêts de la victime ? »[31]. L'auteur cite à l'appui de sa position l'ouvrage de R. Chapus (*Responsabilité publique et responsabilité privée*, LGDJ, 1957) et celui de G. Cornu (*Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, thèse Paris, 1951).

La responsabilité du commettant permet de mieux prendre en compte les intérêts de la victime puisque le commettant offre généralement des garanties de solvabilité meilleures que celles de son préposé. Cette garantie de la victime est renforcée par l'assurance contractée par le commettant.

Les civilistes ont essayé de montrer que les deux responsabilités civiles et administratives se rapprochaient du point de vue de leur fondement (le droit à la sécurité selon Cornu[32]) ou en raison de l'impunité du préposé et la solvabilité de celui qui a l'autorité. Mais cette approche unitariste reste battue en brèche par les publicistes. Ainsi M. Delaunay note[33] : « À l'égard de l'Administration, l'agent public n'est pas un préposé comme les autres. L'immunité dont il dispose est ancienne et n'a rien à voir avec celle, toute relative, dont bénéficie le préposé même depuis l'arrêt *Costedoat* précité. C'est un trait de distinction très important avec le droit civil qui n'a pas d'équivalent. Source légale qui remonte au statut général des fonctionnaires civils du 14 septembre 1941 mais annulée avec le rétablissement de la légalité républicaine, puis a été reprise depuis lors avec des variantes dans tous les statuts successifs applicables aux fonctionnaires, la règle de la protection fonctionnelle de l'agent public, hissée au rang de principe général du droit est spécifique au droit public … La responsabilité de l'Administration pour faute de service n'est pas une responsabilité pour autrui prévue par l'article 1384 du Code civil mais une responsabilité directe : le service public est censé être l'auteur de la faute[34] ».

Conclusion. Un arrêt classique, dit-on, est celui que l'on peut relire mille fois et qui révélera encore quelque chose de nouveau à la millième lecture. Duguit a découvert le critère du service public dans l'arrêt Blanco. On pourrait tout aussi bien y retrouver aujourd'hui le concept de rapport de droit public. Le processualiste civiliste y trouverait son compte car la notion de rapport de droit public peut avoir un volet processuel en tant que rapport processuel de droit public afin de contribuer à la théorisation du droit processuel. On sait que le critère du service public n'est plus aujourd'hui central. Selon la fiche du Conseil d'État sur l'arrêt Blanco : « Le droit de la responsabilité administrative, depuis l'arrêt Blanco, s'est construit sur un fondement essentiellement jurisprudentiel, de façon autonome par rapport au droit civil. Il ne s'ensuit toutefois pas que les solutions dégagées par le juge administratif soient radicalement différentes de celles dégagées par le juge judiciaire, ni que le code civil ou les principes dont il s'inspire

[31] Ibid.

[32] Cornu Gérard (1951), *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Reims, Matot-Braine, p. 249, 264 à 279.

[33] Art précit. n°33 s.

[34] V. B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif : Éd. Panthéon-Assas 2003, p. 701.*

ne s'appliquent jamais à la responsabilité administrative, comme le montre la responsabilité décennale des constructeurs. Et si la principale spécificité du droit administratif résidait au départ dans l'absence de caractère général et absolu de la responsabilité de l'État, celle-ci a été reconnue de plus en plus largement, y compris en l'absence de faute, que ce soit sur le terrain du risque ou sur celui de la rupture d'égalité devant les charges publiques »[35].

S'il est question de rapports de particulier à particulier dans l'arrêt Blanco, on peut y lire en creux l'existence d'un rapport des particuliers aux personnes morales de droit public dont il est question dans « l'arrêt jumeau » du 8 févr. 1873, Dugave et Bransiet[36] indiquant que l'article 1384 al. 5 sur la responsabilité des commettants du fait de leur préposé ne s'appliquait pas aux rapports de « l'État avec ses fonctionnaires publics, les agents et les employés administratifs » et ne prévoyait pas « les conséquences juridiques que ces rapports peuvent produire entre les tiers et l'État ».

La notion de rapport de droit public a émergé avec Blackstone en Angleterre puis avec Savigny en Allemagne. Elle est au fondement du droit public notamment en Allemagne, en Italie et en Suisse[37]. Elle est évoquée en Espagne et en Autriche[38]. Elle pourrait aujourd'hui jouer un rôle pour théoriser davantage le contentieux administratif en combinaison avec la notion de rapport processuel public[39]. En tant que civiliste processualiste et sans rechercher à tout prix une fusion entre les responsabilités administratives et civiles, j'insisterai sur l'existence d'une distinction entre rapports de droit privé et rapports de droit public se reflétant dans le rapport processuel de droit public donnant la compétence au juge administratif en matière de responsabilité. Les deux régimes de responsabilité peuvent dès lors être proches, mais la manière procédurale de les traiter reste différente en raison de l'asymétrie des rapports entre les particuliers et les personnes publiques, en matière de preuve notamment. Plutôt que de chercher les différences entre les deux régimes de responsabilité, il importe de les coordonner afin que les citoyens puissent bénéficier de jurisprudences compatibles dans des circonstances similaires. Le tribunal des conflits est l'un de ces lieux de coordination et de discussion entre des membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation. On peut donc être binariste en procédure et unitariste modéré en droit de la responsabilité.

[35] V. La fiche du Conseil d'État sur l'arrêt Blanco site du Conseil d'État consulté le 7 avril 2022.
[36] *précit.*

[37]H. Maurer, *Le droit administratif allem*and, trad. M. Fromont LGDJ, 1999, p. 167 s. ; Achterberg, *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung*, Duncker et Humblot, Berlin, 1982 ; P. Moor, *Droit administratif,* vol. II, Stämpfli Verlag AG 3° éd., 1991, chap. 1. ; M. Proto, *Il Rapporto ammistrativo*, Giuffre, 2017 citant comme précurseur Blackstone qui définissait le droit public comme l'ensemble des rapports juridiques publics et privés entre le Monarque et les sujets.

[38] A. Wimmer, *Rechtsverhältnisse im öffentlichen Recht, Ein Perspektivenwechsel,* Monografie, orschungen aus Staat und Recht – Band 184, Seiten, 5 ; D. Utrilla Fernández-Bermejo, « La relación jurídica en el sistema de derecho administrativo », *Revista de Derecho Público : Teoría y Método*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, vol. 2, 2020, pp. 73-118, Madrid, 2020.
[39] V. Colloque sur le droit processuel public, Université Paris 1, 2021, à paraître.