

*Revue de*GP 29/1478/3/5
PA**DROIT PROSPECTIF****ÉDITÉE PAR****L'ASSOCIATION DES ÉTUDIANTS EN DOCTORAT
DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE III***" La seule découverte digne de notre effort est de construire l'Avenir "*

(Pierre TEILHARD DE CHARDIN)

Jean-Marc ZAORSKI

« Trois ans déjà : Autocritique et essai d'un bilan " prospectif " d'activité »

Marceau LONG

(Secrétaire Général du Gouver-
nement)« La situation des gouvernements de la V^e République à la suite d'élections
législatives »

Hubert AMIEL

(Docteur en Droit - Assistant à
l'Université d'Aix-Marseille III)« Le sursis d'exécution des décisions administratives : évolution récente
et perspectives »

André HOLLEAUX

(Conseiller d'Etat - Professeur
à l'Institut d'Etudes Politiques
de Paris)

« Les pouvoirs multiples dans le pouvoir »

Pierre LEMIEUX

(Avocat au Barreau du Québec)

« Le fédéralisme et le cas du Québec »

Jean-Yves LASSALLE

(Docteur en Droit - Assistant
à la Faculté de Droit et de
Science Politique d'Aix - Mar-
seille)« Les personnes responsables des engagements souscrits pour le compte
des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du
commerce »

UNIVERSITE AIX-MARSEILLE 3 - CODE PERIODIQUE



150023264

JANVIER-JUIN 1978

Parution Octobre 1978

25 FRANCS

N° 5

GP 29



Trois ans déjà...



094 042086 0

autocritique, ou essai d'un bilan "prospectif" d'activité

Avec ce cinquième numéro, la REVUE DE DROIT PROSPECTIF entre dans sa troisième année d'existence. C'est une simple constatation que je voudrais faire en commençant, et je ne cherche pas, ce faisant, à en tirer une gloire particulière. Ainsi se trouve démentie la prédiction qui m'avait été faite, après la publication du premier numéro, par un éditeur juridique parisien pessimiste. S'étonnant de la témérité de notre tentative, eu égard à notre manque d'expérience dans le domaine de l'édition, qui était total, il m'avait assuré que nous ne parviendrions jamais au cinquième numéro. Ce numéro existe donc, puisque vous l'avez maintenant entre les mains, et je puis vous assurer que nous préparons activement les suivants, et notamment un numéro spécial consacré aux collectivités locales, qui paraîtra à la fin de l'année prochaine.

Trois ans, c'est peu ! Mais cela nous inter-dit-il de tenter de faire un premier bilan rapide de notre activité ? Il ne s'agit pas de jeter un simple regard en arrière, pour mesurer le chemin parcouru, et nous complaire dans une quelconque auto-satisfaction. Le bilan que nous allons essayer d'établir est un bilan « prospectif », c'est-à-dire critique. Du côté positif, nous mettrons le simple fait que la Revue existe. Si l'on songe aux conditions artisanales dans lesquelles elle est éditée, et à la faiblesse des moyens dont nous disposons, cela n'est peut-être déjà pas si mal. Doit-on pour autant être satisfait par ce simple constat d'existence ? Certainement pas. Notre but, lorsque nous avons créé cette Revue, n'était pas d'ajouter une publication supplémentaire à la liste déjà longue des revues juridiques.

Revue jeune, la REVUE DE DROIT PROSPECTIF a cherché à affirmer dès sa création son originalité, en proposant l'exploration d'un domaine jusque-là délaissé par les revues existantes : la prospective juridique. Il ne s'agissait pas, en effet, de faire double emploi avec ces revues, dont la qualité, fruit d'une longue expérience, n'était plus à démontrer, et qui possèdent des moyens bien plus importants que ceux dont peut disposer une association d'étudiants. Notre ambition était d'ouvrir la voie à une nouvelle approche de la recherche juridique, qui aurait trouvé sa place au sein de celle-ci, en faisant éclater quelque peu le carcan positiviste dans lequel elle est enfermée. L'idée qui sous-tend cette notion de « Droit prospectif » est une nouvelle manière d'envisager la recherche juridique, qui opère un renversement complet de la démarche adoptée jusqu'ici ; elle tient en deux mots : « construire l'Avenir ». Et, dans le premier numéro, nous avons lancé un appel pour que les juristes tentent de mettre en œuvre dans leurs travaux cette nouvelle approche, cette approche prospective de la recherche juridique.

Devons-nous reconnaître que nous sommes un peu déçus, car, cet appel semblant ne pas avoir été entendu, la réalisation n'aura malheureusement pas été à la hauteur de nos ambitions ? Certes, nous ne nous attendions pas à bouleverser du jour au lendemain des habitudes trop anciennes pour changer en si peu de temps. C'est pourquoi, tout en créant cette tribune pour qu'une voix nouvelle puisse se faire entendre, nous avons annoncé, par prudence, que nous publierions aussi des études « classiques ». Or, il se trouve qu'au fil des numéros, celles-ci l'ont très nettement emporté, en nombre, sur les études spécifiquement prospectives, même dans le numéro spécial sur l'Europe ! Ainsi disparaissait le critère de l'originalité de la Revue, et la

justification de son titre. Fallait-il pour autant renoncer à publier ces études « classiques » (dont je tiens à remercier les auteurs qui nous les ont données pour la marque de confiance qu'ils nous ont ainsi apportée) ? Je ne le pense pas, car sinon la Revue aurait cessé d'exister par manque de contenu. Une trop grande intransigeance aurait anéanti dès l'origine l'effort entrepris.

Nous espérons cependant que notre voix, si faible fût-elle, trouverait un écho plus grand, et que l'on nous proposerait des articles « prospectifs ». Nous avons reçu d'assez nombreuses marques d'intérêt. Les abonnements se sont développés à un rythme que nous pouvons juger convenable, tant en France qu'à l'étranger. Nous avons reçu un soutien actif, qui nous a été très précieux, et nous tenons à l'en remercier une nouvelle fois au moment où il s'apprête à quitter ses fonctions, de la part du Président de notre université. Mais, pourquoi le cacher, nous ne sommes pas satisfaits du résultat obtenu. Nous éprouvons quelques difficultés à trouver des articles « prospectifs », non pas tellement en raison d'un manque d'intérêt pour cette nouvelle démarche, que, semble-t-il, pour la crainte qu'inspire toujours l'inconnu. Peut-être en sommes-nous d'ailleurs partiellement responsables, puisque nous n'avons pas encore défini (si ce n'est en une phrase lors du lancement de la Revue, ce qui, nous l'avouons, est notablement insuffisant) la notion de « Droit prospectif ». Il ne s'agit ni d'un oubli, ni d'une carence de notre part, mais un enchaînement de circonstances nous a empêché de le faire jusqu'à présent. Nous envisageons, pour y pallier, d'organiser, dans le courant de l'année prochaine, à AIX-EN-PROVENCE, avec le soutien de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, un colloque sur la prospective juridique.

Nous avons également envisagé, il y a quelque temps déjà, la création d'une chronique de jurisprudence prospective, dans laquelle auraient été commentés les arrêts de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat importants pour l'Avenir, soit parce qu'ils laissent entrevoir, soit parce qu'ils apportent une modification substantielle du Droit existant (revirements de jurisprudence). Nous devons, pour le moment, y renoncer, faute d'avoir pu trouver une personne disponible, prête à la tenir régulièrement.

Faut-il conclure de tout ce qui précède que l'attitude prospective sera définitivement étrangère à la recherche juridique ? Il faut espérer qu'il n'en sera rien. L'Avenir inquiète, et l'esprit hésite avant de s'aventurer sur ses chemins incertains. Or, il ne s'agit en aucun cas de prédire l'avenir, ce qui serait impossible et ne présenterait aucun intérêt, mais de participer à sa construction. Si le Droit peut, dans un certain sens, être considéré comme un « ensemble de normes qui régissent la conduite d'êtres humains » (KELSEN), il n'en reste pas moins vrai que ces normes ne sont pas immuables ; elles évoluent en même temps que la société qu'elles régissent. Autant l'on comprend aisément la nécessité d'étudier les normes positives, autant l'on est en droit de s'étonner de ce que l'on ne se préoccupe pas d'anticiper leur évolution afin d'être en mesure de les adapter à temps à celle de la société, voire de la devancer. La prospective permet d'agir, au lieu de réagir, et cela est bien préférable.

Il faut d'ailleurs bien voir, lorsqu'on s'interroge sur l'utilité d'une telle démarche, qu'elle ne concerne naturellement pas uniquement le Droit, mais que celui-ci est étroitement lié à d'autres disciplines interdépendantes. C'est une attitude globale, qui envisage l'évolution future de l'humanité toute entière. Elle est, certes, encore récente, mais elle commence à s'imposer progressivement dans les esprits, comme la seule réponse cohérente au défi que nous lance le Temps. Pourquoi le Droit est-il resté, jusqu'à présent, en dehors de ce mouvement ? Pourquoi les juristes n'ont-ils pas encore rejoint la cohorte de ces chercheurs, animés d'un foi solide dans le Progrès, qui tentent, dans les domaines les plus divers, d'anticiper l'évolution de l'humanité, et de préparer ce qui sera le cadre de vie des nouvelles générations, comme celles-ci auront à construire celui de celles qui leur succéderont ? Cela tient vraisemblablement à leur mentalité étroitement positiviste et à leurs habitudes naturelles, qui les poussent à regarder en arrière.

Pour que cette entreprise difficile ait quelques chances de réussir, il nous faut changer radicalement nos habitudes et nos mentalités ; il nous faut adopter un nouvel état d'esprit. Il faut en finir avec cette croyance absurde que l'homme est prisonnier de son passé. Le passé n'est richesse que parce que l'avenir y puise ses racines. Mais, il n'implique de contraintes, que celles que l'on veut bien accepter. Rien n'est à jamais définitif, et le poids de l'Histoire n'est pas si écrasant qu'on veut bien le dire. « On ne fait pas du neuf ! », s'était exclamé un jour le Président POMPIDOU, « ce sont là des phantasmes d'adolescents ou de romantiques ! Il n'y a jamais de pages blanches ! On doit se contenter de poursuivre une tapisserie entamée par d'autres, et dont la trame vous est imposée »⁽¹⁾. L'image est séduisante, mais fautive. Ainsi, nous devrions nous résigner à jamais à porter les vêtements usagés de nos aînés, sans même l'espoir d'en avoir un jour des neufs ! Quelle vision singulièrement triste et pessimiste de l'Avenir ! Quelle erreur funeste ! Ce sont des idées telles que celles-ci qui conduisent à l'inaction, à la paralysie, à l'immobilisme destructeur, qui est la pire de nos maladies politiques. Ce sont de telles idées qui étouffent tout progrès et enracinent le mal dont nous croyons souffrir, en refusant l'idée même que l'on puisse agir sur lui autrement qu'au coup par coup. Ceci est encore plus grave lorsque ces idées émanent d'hommes qui détiennent les plus hautes

responsabilités, et ont, par leurs fonctions et le pouvoir dont ils sont investis, la charge de conduire l'Evolution. Voilà la source de tous nos maux : la crainte du mouvement. Nous en sommes revenus à une société féodale, dans laquelle il est impossible de s'attaquer à des droits acquis, sans provoquer une levée immédiate de boucliers, au nom de la défense d'intérêts supérieurs que l'on a parfois du mal à apercevoir. La défense des positions acquises passe avant la recherche du progrès ; or, avec la mentalité d'assistés dont nous faisons preuve, celles-ci sont de plus en plus nombreuses. Nous devons nous convaincre d'une chose : TOUT EST POSSIBLE, à condition de le vouloir. Mais, cette volonté, moteur de l'action, doit être motivée, tendue vers un but à atteindre. C'est le rôle de la Prospective de fixer des buts et de proposer des moyens pour y parvenir.

Ces considérations d'ordre général sur l'utilité de la démarche prospective ne doivent pas nous faire perdre de vue le bilan que nous sommes en train de dresser. Le second point que nous notons, du côté positif, est la publication de travaux d'étudiants. Il est en effet extrêmement difficile pour un étudiant, dans les conditions actuelles de l'édition, de publier le résultat de ses travaux de recherche, quel qu'en soit le mérite. Il est donc normal (nous sommes nous-mêmes étudiants, et cela a toujours été une de nos raisons d'être) que nous leur offrions une telle possibilité. Nous poursuivrons donc, dans l'avenir, cette politique d'ouverture, même si ces articles ne sont pas toujours parfaits.

Le second point négatif de ce bilan, auquel nous allons tenter de remédier dès l'année prochaine, est le trop grand écart de temps entre chaque parution. Six mois, c'est trop long ! Ceci est d'autant plus vrai que cet écart s'est trouvé accru par des retards divers, tenant aux conditions artisanales dans lesquelles nous travaillons. Nous sommes en train d'étudier la possibilité de réduire le format de la Revue (tout en conservant la qualité de sa présentation) afin de pouvoir en augmenter la périodicité. La Revue pourrait ainsi devenir trimestrielle à partir du N° 7 (Janvier-Mars 1979).

L'une des principales critiques adressées à la Revue est son orientation trop marquée vers le Droit Public. Nous avons, certes, pris soin d'indiquer que la REVUE DE DROIT PROSPECTIF ignorait la frontière traditionnelle entre le Droit Public et le Droit Privé, puisque la frontière séparant le « Droit Prospectif » du Droit positif n'était pas matérielle, mais temporelle. Et, si nous avons effectivement publié des articles relevant des deux domaines, nous sommes obligés de constater que les articles de Droit Public sont plus nombreux. Si l'on peut fournir une explication de cet état de fait (la Revue a été créée et est dirigée par des publicistes), on ne doit évidemment pas s'en satisfaire. Pour y remédier, nous avons procédé à une réforme de notre Comité de rédaction et obtenu le concours de deux enseignants de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, MM. Pierre ABRAM (Assistant, Droit Privé) et Jean-Claude RICCI (Maître-Assistant, Droit Public), qui ont bien voulu assurer, chacun dans sa matière, la tâche de rédacteur en chef adjoint. Ils devront coordonner les recherches et veiller à ce qu'un équilibre soit instauré dans chaque numéro (à l'exception toutefois des numéros spéciaux) entre les deux domaines.

Voici quels sont les premiers éléments d'un bilan d'activité de la Revue, alors que nous abordons notre troisième année d'existence. Il est bien évident que c'est avec reconnaissance que nous accueillerons vos suggestions et vos critiques, qui nous permettront d'améliorer le contenu de la Revue.

Je voudrais, en terminant, faire une brève observation relative au contenu du présent numéro. En raison de l'importance quantitative de l'un des articles, nous avons été amenés à reporter au numéro suivant (juillet-décembre 1978, qui devrait paraître dans le courant du mois de janvier 1979), la publication de certaines rubriques habituelles (dîner-débat, entretien, chronique de bibliographie), et vous prions de bien vouloir nous en excuser.



JEAN-MARC ZAORSKI
Directeur de la Publication
Directeur de la Rédaction

(1) Georges POMPIDOU. Déclaration faite à Alain PEYREFITTE le 7 octobre 1969 et rapportée par celui-ci dans son ouvrage « Le Mal Français », Fayard, Paris, 1976, p. 94.

CENTRE DE DIETETIQUE ET DE GERIATRIE

DU DOCTEUR ZAORSKI

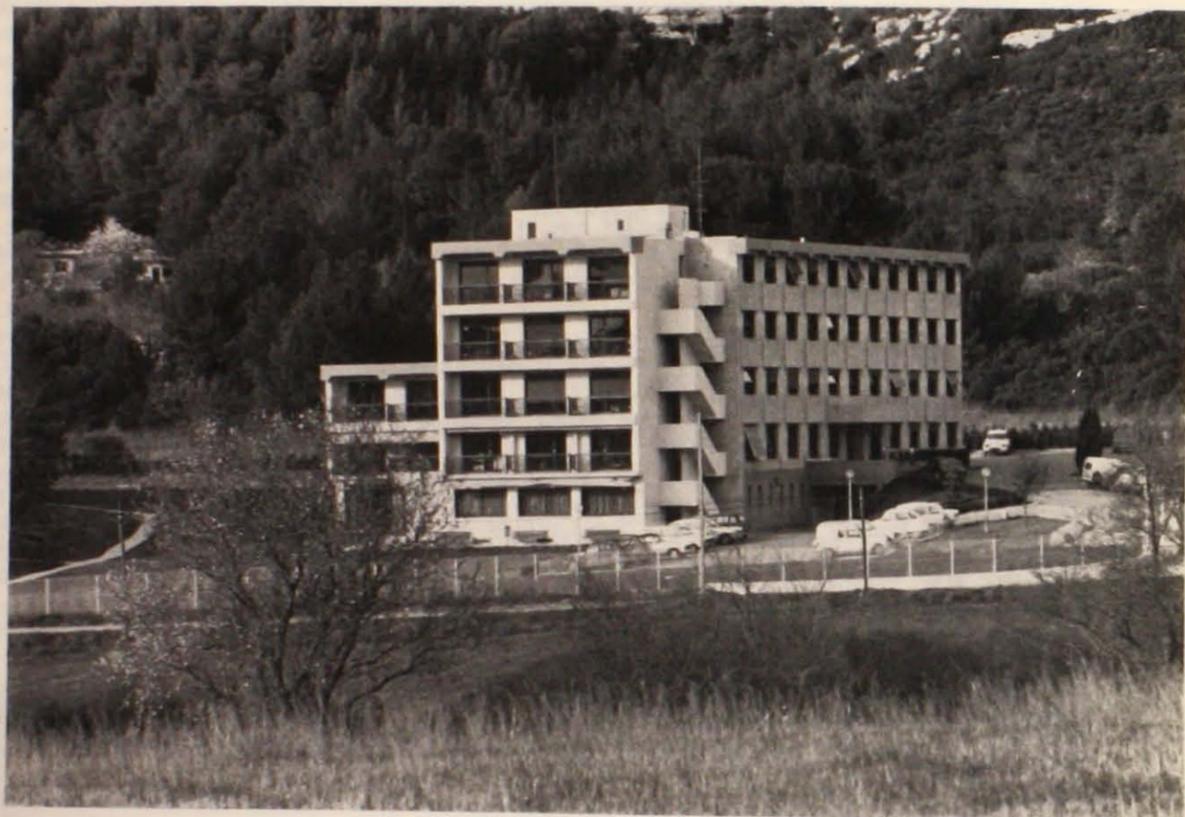
UN CADRE IDEAL
POUR LA
CONVALESCENCE

"La Chênaie"

13320 BOUC-BEL-AIR

Tél. administration : (42) 22 14 20 - 22 15 31

appel chambres : (42) 22 12 20 - 22 13 24



**MAISON DE SOINS
SPECIALISE
108 Lits**

*Pour hommes et femmes à
partir de 50 ans*

SITUATION REMARQUABLE

*A 20 km de Marseille et 11 km
d'Aix-en-Provence par l'auto-
route face à la chaîne de
l'Etoile dans un site calme et
ensoleillé réputé pour la pureté
de son air et la douceur de
son climat*

NON ADMIS :

Contagieux - Psychiques - Grabataires

Établissement jouissant de TOUT LE CONFORT MODERNE

Mixte à partir de 50 ans, sans limite d'âge. Non admis : Contagieux, Psychiques, Grabataires. Aucun malade assuré social n'est admis s'il ne présente sa prise en charge.

Equipe médicale spécialisée sous la direction de M. le P^r AUDIER et de M. le D^r PASTUREL. Deux médecins résidents et un médecin généraliste. Cardiologue, Radiologue, Biologiste, Ophtalmologiste, Orthophoniste, Diététicienne. Equipe de kinésithérapeutes. Infirmières D.E.

Six chambres équipées d'oxygène. Salle de kinésithérapie. Service de radiologie.

Grand confort hôtelier. Chambres individuelles et à deux lits avec salle de bains et W.C. particulier. Téléphone dans chaque chambre. Distributeur radio dans les chambres. T.V. sur demande. Deux salons. Bibliothèque. Parc de deux hectares. Jeu de boules.

Agréé par la Sécurité Sociale et tous organismes sociaux (sauf A.M.G.). Conventonné par la Caisse Régionale d'Assurance Maladie.

Direction : M^{me} J. ZAORSKI.

Les entrées et les sorties ont lieu entre 14 h et 18 h

Revue de DROIT PROSPECTIF

REVUE SEMESTRIELLE

éditée par

L'ASSOCIATION DES ETUDIANTS
EN DOCTORAT DE L'UNIVERSITE
D'AIX-MARSEILLE III

3, avenue Robert-Schuman
13621 AIX-EN-PROVENCE

Directeur de la Publication : Jean-Marc ZAORSKI

REDACTION

Directeur de la Rédaction : Jean-Marc ZAORSKI

Adjoint : Gilles WOLKOWITSCH

Rédacteur en Chef : Richard GHEVONTIAN

Adjoints : Pierre ABRAM (Droit Privé)

Jean-Claude RICCI (Droit Public)

Comité de Rédaction : Jean-Jacques BOUSQUET,

Alain CHABERT, Jean-Yves CHEROT,

Francis GIURATO, Jean GUEIT, Christian JOLY,

Eugène MINOT, Eric TURCON, Michel ZAORSKI

PHOTOGRAPHIES

DA SILVA : 3

Jean-Marc ZAORSKI : 9

Xavier AGELOU : 11

ABONNEMENTS

FRANCE :

Année 1978, prix du numéro : 25 F

(les deux numéros : 45 F)

Années antérieures (1976, 1977) :

45 F chacune.

ETRANGER :

Année 1978, prix du numéro : 35 F français

(les deux numéros : 65 F français)

Années antérieures (1976, 1977) :

65 F français chacune

Abonnement de sympathie : à partir de 200 F

PUBLICITE

MARSEILLE : Georges NATAF

8, rue Saint-Jacques, 13006 Marseille

Tél. : (91) 37.42.44, 37.42.45

AIX-EN-PROVENCE : « DELTA-PUB », Michel ZINK

4, rue des Chartreux, 13100 Aix-en-Provence

Tél. : (42) 26.73.85, 26.06.17

IMPRIMERIE

Imprimerie Typo-Offset « DON BOSCO »
78, Rue Stanislas-Torrents, 13006 Marseille

*Les manuscrits doivent être envoyés à
l'Association (adresse sus-indiquée) ; ils ne
sont pas rendus et deviennent, une fois
publiés, la propriété de la Revue.*

*Les opinions émises dans les articles publiés
dans la REVUE DE DROIT PROSPECTIF
n'engagent que leurs auteurs.*

ISSN 0396-3667

© 1978 - REVUE DE DROIT PROSPECTIF

Tous droits de reproduction par quelque procédé
que ce soit réservés pour tous pays

Dépôt légal 3^e trimestre 1978 - N° 42617 L 7

Liste de Sympathie

La Direction de la Revue tient à remercier les personnes dont les noms suivent pour l'aide qu'elles ont bien voulu lui apporter dans la réalisation de ce numéro.

M^e BARONE BERNARD
Avocat à AIX-EN-PROVENCE

M^e CENAC GÉRARD
Avocat à AIX-EN-PROVENCE

M^e DAYDE PIERRE
Avocat à AIX-EN-PROVENCE

M^e DE PORTALON MIREILLE
Avocat à AIX-EN-PROVENCE

M^e DI MARINO GAETAN
Avocat à AIX-EN-PROVENCE

M^e DRUJON d'ASTROS
Avocat à AIX-EN-PROVENCE

DUCRETET FAÇONNAGE
Rue Georges-Claude - Z.I. LES MILLES

ESCARGOT (L')
Avenue Winston-Churchill, AIX-EN-PROVENCE

LIBRAIRIE-PAPETERIE DES LIERRES
Avenue Gaston-Berger, AIX-EN-PROVENCE

M^e MARCHESSAUX
Avocat à AIX-EN-PROVENCE

PHARMACIE DES NOUVELLES FACULTES
Les Terrasses, AIX-EN-PROVENCE

M^e ROBERT
Avocat à AIX-EN-PROVENCE

SOCIETE COHEN, PASCAL, BARONNET, FRUGUES
Professionnelle d'Avocats
Avocats à AIX-EN-PROVENCE

Liste des Librairies dépositaires de la REVUE DE DROIT PROSPECTIF

* PARIS

Librairie DALLOZ, 11, rue Soufflot (5^e)

Librairie B. DEY, 162, rue Saint-Jacques (5^e)

Librairie de Jurisprudence ancienne et moderne E. DUCHEMIN,
18, rue Soufflot (5^e)

Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), 24, rue
Soufflot (5^e)

Librairie JOLY et Fils, 19, rue Cujas (5^e)

Librairie MONTCHRESTIEN, 160, rue Saint-Jacques (5^e)

Librairie PEDONE, 13, rue Soufflot (5^e)

Librairie des Sciences Politiques, 30, rue Saint-Guillaume (7^e)

Librairies Techniques (LITEC), 26, rue Soufflot (5^e) et 27, place
Dauphine (1^{er}).

* AIX-EN-PROVENCE

Librairie Facultés-Presse, avenue Winston-Churchill

Librairie de l'Université, 12 a, rue Nazareth.

* NICE

Librairie « A LA SORBONNE », 23, rue Hôtel-des-Postes et 42, rue
Gioffredo

Librairie du CENTENAIRE, 15, rue de l'Hôtel-des-Postes

* TOULON

Librairie BONNAUD, 7, boulevard de Strasbourg

Librairie « HALL DE LA PRESSE », Maison MICHEL, boulevard Général-Leclerc

L'Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille

propose, en formation continue, les stages suivants, spécialement adaptés aux horaires des salariés (demi-journée par semaine ou une journée, dont le samedi)

- * Préparation aux B.T.S. « Secrétariat de Direction » et « Gestion et Exploitation des Centres Informatiques ».
- * Préparation à l'examen spécial d'entrée à l'Université pour les non-bacheliers.
- * Modules en programmation linéaire, informatique, recherche opérationnelle, etc...
- * **TOUTE FORMATION « A LA CARTE ».**

Pour tout renseignement et inscription, s'adresser à la Mission Formation Continue de l'Université,

3, Avenue Robert-Schuman, 13621 AIX-ENPROVENCE - Tél. (42) 59.25.24

Librairie

DE L'UNIVERSITE

DEPOSITAIRE : OCDE

Editions de la Présidence du Conseil

La Documentation Française

Sciences Juridiques, Economiques et Sociales
Cours polycopiés

12 a, Rue Nazareth
AIX-EN-PROVENCE

Tél. (42) 26 16 08

Papeterie
MICHEL

59, Cours Mirabeau - 13100 Aix-en-Provence
Tél. : 26 17 65 - 26 52 11

MARSEILLE-PAPETERIE

TOUS LES ARTICLES DE BUREAU DE QUALITÉ
EQUIPEMENT DE BUREAU - PHOTOCOPIE
AUDIO-VISUEL - CALCUL

86, Rue de Rome

13006 MARSEILLE Tél. : (91) 33 36 69

**cabinet de gestion
F.N.A.I.M. immobilière**

21, Boulevard de la République
13100 Aix-en-Provence Tél. 26.03.48

**achats - ventes - locations
syndic d'immeubles**

Traitement des données par l'Informatique
Assurances toutes branches

M. CARLES, Licencié ès Sciences Economiques

MNEF Mutuelle Nationale des Etudiants de France

Sections locales M.N.E.F. :

AIX-EN-PROVENCE

« Les Lierres », ch. du Coton-Rouge

Arc-de-Meyran - Tél. : (42) 26.38.06

MARSEILLE

8, Marché des Capucins (1^{er})

Tél. : (91) 54.24.65

400.000 ADHERENTS ont à leur service
35 SECTIONS LOCALES et bénéficient
de TRENTE ANNEES D'EXPERIENCE

FAITES COMME EUX, au moment de CHOISIR votre MUTUELLE, ne pariez pas sur votre SANTE ni A, ni B, ni C, choisissez la SECURITE - ADHEREZ A LA « M.N.E.F. » - Un seul contrat : 150 F

Grâce à la solidarité de plus de 400.000 étudiants, vous bénéficierez, avec vos ayants-droit, d'une couverture sociale très complète (gratuité médicaments et hospitalisations, responsabilité civile, assurance-accident, stages...), d'un réseau dense d'œuvres sociales (centres d'orthogénie, consultations juridiques gratuites, logements étudiants, BAPU, dispensaires...), et des tas d'avantages supplémentaires (vois charters, réductions sur voyage, cinémas, transports...)

Pour en savoir plus : renseignements à la section et envoi de la brochure sur demande

sommaire

Jean-Marc ZAORSKI	« Trois ans déjà : Autocritique et essai d'un bilan " prospectif " d'activité »	1
Marceau LONG (Secrétaire Général du Gouvernement)	« La situation des gouvernements de la V ^e République à la suite d'élections législatives »	12
Hubert AMIEL (Docteur en Droit - Assistant à l'Université d'Aix-Marseille III)	« Le sursis d'exécution des décisions administratives : évolution récente et perspectives »	21
André HOLLEAUX (Conseiller d'Etat - Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris)	« Les pouvoirs multiples dans le pouvoir »	35
Pierre LEMIEUX (Avocat au Barreau du Québec)	« Le fédéralisme et le cas du Québec »	44
Jean-Yves LASSALLE (Docteur en Droit - Assistant à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille)	« Les personnes responsables des engagements souscrits pour le compte des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce »	49
	Liste des publications de la Faculté de Droit	79

NOUS signalons la création de l'Association des diplômés de l'Institut des Assurances d'Aix-Marseille (A.D.I.A.M.) dont les statuts ont été déposés le 26 avril 1978 à la Préfecture des Bouches-du-Rhône.

Cette association de professionnels, qui se compose de membres d'honneur, d'enseignants, de diplômés de l'Institut et d'étudiants en cours d'étude à l'Institut, a pour but de développer les relations de l'Institut des Assurances d'Aix-Marseille avec les professionnels et de contribuer à l'évolution et à la promotion de l'assurance dans tous les domaines.

Le bureau de l'A.D.I.A.M., dont le siège est situé 7, rue Chevillon, 13380 Plan-de-Cuques (Tél. (91) 68.86.51), se compose :

- D'un Président : M. Gérard PESSAH (U.A.P. Vie),
- de deux Vice-Présidents : MM. Bruno GATT (Bruno Rostan) et Gérard FAIS (A.G.F. Vie),
- d'un Trésorier : M. Jean-Louis BODIN (Comité des Assureurs Maritimes),
- d'un Secrétaire Général : M. Bernard SEGADÉ (Royale Belge),
- Membres du Bureau : M^{lles} J. GUILLAUME et Joëlle FABRE.

L'A.D.I.A.M. serait heureuse de recevoir toutes suggestions des professionnels et également de connaître leurs besoins.

La cotisation annuelle a été fixée à 100 F; pour adhérer s'adresser au Siège.

PHOTOGRAPHIE SEPIA

art - industrie - publicité

B. MAGNIN - A. BERBERIAN

PORTRAIT - REPORTAGE - DÉCORATION
TRAVAUX D'AMATEURS

20, rue Gaston-de-Saporta - 13100 AIX-EN-PROVENCE
Téléphone : (42) 23 50 06

Des cartes de visites de luxe
au prix de cartes ordinaires

IMPRIMERIE LA PENSÉE UNIVERSITAIRE

IMPRIMERIE - PHOTOCOPIES - COMPOSITION

1, avenue Henri Poncet
13100 AIX-EN-PROVENCE

Tél. : 59 25 76

Les Caves Henri IV

RESTAURANT
GASTRONOMIQUE

Dans un cadre authentique

Ambiance Air conditionné Accueil

32, rue Espariat

Tél. : (42) 27 86 39

13100 Aix-en-Provence



S.A. AIXOISE DE BOISSONS

B. P. 9 — Quartier de la Badesse

13290 LES MILLES

Téléphone (42) 24.22.35 et 24.20.40

"LOU MAS" de La JOUINNESSO

**Sandwichs - Plats cuisinés
Jus de fruits naturels - Pizza**

34, Avenue Robert-Schumann

Aix en Provence

Tél. 59.36.02

bureau moderne AIX

**Bureaux - Sièges
Machines - Classement**

6, rue Mazarine

Aix en Provence

Tél. (42) 27.54.31

SODEB

Spécialistes réalisation Thèses - Mémoires

Tous documents universitaires ou juridiques
Frappe, Reprographie, Façonnage

Prix fermes définis par Devis

Livraison dans les délais prévus

84, Cours Sextius - 13100 Aix-en-Provence

Téléphone : 26 69 29

Aix Facultés Carburants Station B P

LIBRE SERVICE - MARCHÉ MINUTE

Ouvert tous les jours

1 avenue Robert Schumann

13100 Aix-en-Provence

Tél. (42) 59.08.57

La Roseraie

M. REINA

4, Avenue des Belges

13100 Aix-en-Provence



M. FAVOREU succède à M. DEBBASCH à la présidence de l'Université d'Aix-Marseille III

Après cinq ans d'un mandat bien rempli, M. Charles DEBBASCH quitte la présidence de l'Université de Droit et des Sciences Economiques d'Aix-Marseille III. M. Charles DEBBASCH, rappelons-le, est l'un des principaux fondateurs de cette Université.

Le Conseil de l'Université, réuni récemment à Aix, a élu un nouveau président. Il s'agit de M. Louis FAVOREU, l'actuel doyen de la Faculté de Droit.

Le Doyen Louis FAVOREU est né en 1936. Diplômé de l'I.E.P. de Paris et agrégé des Facultés de droit, il a présidé, en 1971 et 1972, le Centre universitaire de la Réunion, avant d'être élu, en 1973, doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille et vice-président de l'Université d'Aix-Marseille III. Il est, par ailleurs, membre de l'Institut Français de Sciences Administratives, de la Société Française de Droit International et président de l'Association des Institutions Universitaires de Formation et de Recherche en Administration Locale.

Auteur de nombreux ouvrages, il s'est consacré plus particulièrement, ces dernières années, au Conseil Constitutionnel en réalisant en collaboration « Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel » et le « Conseil Constitutionnel ». Il a publié deux articles sur le Conseil Constitutionnel dans la « Revue de Droit Prospectif ». Il tient régulièrement une chronique dans la « Revue du Droit Public et de la Science Politique ».

La « Revue de Droit Prospectif » adresse toutes ses félicitations au nouveau Président de l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille. Nous espérons qu'il maintiendra son établissement dans la ligne tracée par le doyen DEBBASCH : libéralisme, continuité du service public, ouverture sur le monde extérieur, adaptation des études aux réalités contemporaines, recherche des débouchés pour les étudiants. Cette politique, menée depuis 1973 par M. DEBBASCH, a permis à l'Université d'Aix-Marseille III d'être un exemple sur le plan national et d'avoir une réputation internationale.

S. A. T. A. P.

Lignes : **Aix - Marseille**
Marseille - Aix

Demi-tarif aux Etudiants

1, avenue Victor-Hugo
13100 Aix-en-Provence
Téléph. : (42) 21.02.23

agence VACHON

VENTE ACHAT LOCATION GERANCES
IMMEUBLES VILLAS
PROPRIETES COMMERCES

3, Rue du 4-Septembre - AIX-EN-PROVENCE
Téléphone : 26 22 74

Facultés - Presse

LIBRAIRIE - PAPETERIE - JOURNAUX

4, avenue Winston-Churchill
A côté de la Faculté de Droit
13100 AIX-EN-PROVENCE - Tél. (42) 59.16.13

gilbert barles andré salen



26 42 05
photographie industrielle - architecture déco-
ration - reprographie - laboratoire noir et blanc
laboratoire ektachrome - duplicata - tirage de
diapositives sur papier - portraits - mariages
collage sur bois et encadrement.

27 83 63
distribution de matériel photo - cinéma - son
laboratoire - produits photos - location de
matériel.

BOUTIQUE EXPO - CINE PHOTO PROVENCE

7, Rue d'Italie - 13100 AIX-en-Provence
Téléphone : 26 30 18

Sauna Finlandais

GYMNASTIQUE

2a, Place Jeanne-d'Arc - 3^e étage
13100 AIX-EN-PROVENCE - Tél. (42) 26.60.04
(Sur Rendez-vous)

PATISSERIE

René Bertrand

Réception - Lunch

4, rue Nazareth - 13100 AIX-EN-PROVENCE
Téléphone : Tél. 26.23.47

Si vous n'êtes pas abonné... abonnez-vous !

Si vous l'êtes, faites connaître la

Revue de DROIT PROSPECTIF

éditée par l'Association des Etudiants en Doctorat de l'Université d'Aix-Marseille III
3, Avenue Robert-Schuman - 13621 AIX-en-Provence

Doctrines

Etudes

Documents

LA SITUATION DES GOUVERNEMENTS DE LA V^e REPUBLIQUE A LA SUITE D'ÉLECTIONS LÉGISLATIVES



par M. MARCEAU LONG
Secrétaire Général du Gouvernement

Les élections législatives sont un moment très important de la vie des institutions d'un pays démocratique. L'enjeu et les résultats de celles que nous venons de vivre le 12 et le 19 mars ont donné lieu à d'innombrables analyses et commentaires qu'exploitera la science politique. Il est des aspects moins spectaculaires, si j'ose dire, de tels moments et qui sont cependant fort importants pour la pratique constitutionnelle et non moins significatifs de l'esprit des institutions. Il s'agit de l'ensemble des procédures et des actes qui sont la conséquence de ces élections législatives. Le Secrétaire Général du Gouvernement est particulièrement bien placé pour consigner tous ceux qui concernent la situation du Gouvernement après elles. L'observation minutieuse de ce qui se passe permettra, en d'autres occasions semblables, de donner les précédents qui permettront de répondre aux questions que l'on se posera; chaque situation conduit d'ailleurs à créer tel ou tel précédent qui servira d'autres fois... L'ensemble de ces précédents crée une pratique. Les pratiques et coutume traduisent à la fois l'esprit des institutions — il faut recourir à l'esprit pour appliquer le texte lorsqu'il ne donne pas expressément la solution — et leur évolution plus ou moins lente, car ces pratiques qui s'étalent dans le temps ne peuvent ignorer le contexte de l'époque dont elles datent.

Selon l'art. 8 de la Constitution, « le Président de la République nomme le Premier Ministre. Il met fin à ses fonctions sur la présentation, par celui-ci, de la démission du Gouvernement.

» Sur la proposition du Premier Ministre, il nomme les autres membres du Gouvernement et met fin à leurs fonctions ».

L'art. 20 précise que le Gouvernement: « ... est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux art. 49 et 50 ».

L'art. 50 de la Constitution fixe la conduite du Premier Ministre au moment où l'Assemblée retire sa confiance au Gouvernement: « Lorsque l'Assemblée Nationale adopte une motion de censure ou lorsqu'elle désapprouve le programme ou une déclaration de politique générale du Gouvernement, le Premier Ministre doit remettre au Président de la République la démission du Gouvernement ».

De la combinaison de ces trois articles s'est dégagée la doctrine selon laquelle le Gouvernement émane du Président de la République et peut se maintenir jusqu'au moment où: soit le Président de la République lui demande de se retirer, soit l'Assemblée Nationale vote une motion de censure ou désapprouve son programme ou une déclaration de politique générale.

Cette thèse s'est élaborée progressivement.

L'art. 50 n'a pas soulevé de difficultés, car il est clair et dans la pure tradition parlementaire qu'il exige que le Gouvernement donne sa démission lorsqu'il ne dispose plus de la confiance de l'Assemblée Nationale.

Par contre, l'art. 8 a fait naître bien des controverses.

Certes, le principe selon lequel le Gouvernement « émane » du Président de la République, affirmé plusieurs fois avec

force par le Général DE GAULLE, le Président POMPIDOU et plusieurs Premiers Ministres n'a pas été sérieusement controversé. De même il a été admis sans peine que le Premier Ministre peut offrir sa démission lorsqu'il n'est pas d'accord avec certains aspects de la politique défendue par le Président de la République. Par contre, il a été contesté que le Président de la République puisse, d'après la Constitution, révoquer le Premier Ministre. Cette controverse se fonde sur une réponse donnée par le Général DE GAULLE à une question de M. Paul REYNAUD devant le Comité consultatif constitutionnel, et dont celui-ci tirait la conclusion suivante: « ... Le Gouvernement est responsable devant le Parlement et non pas responsable devant le Chef de l'Etat. Il en résulte que malgré l'accroissement des pouvoirs du Chef de l'Etat c'est bien de régime parlementaire qu'il s'agit ». Mais, après l'adoption du principe de l'élection du Président de la République au suffrage universel, le Général DE GAULLE déclare le 31 janvier 1964: « Le Président qui est l'homme de la Nation, désigné par elle pour répondre de son destin, qui nomme le Gouvernement et en particulier le Premier Ministre, peut le changer lorsqu'il estime que la tâche qu'il lui destinait est terminée ou bien s'il se trouve qu'il ne s'entend plus avec lui ». De son côté, M. POMPIDOU, Premier Ministre, en réponse à une question orale avec débat de M. MITTERAND sur les pouvoirs respectifs du Président de la République et du Premier Ministre, déclare le 24 avril 1964 à l'Assemblée Nationale que la « nécessaire cohésion entre le Gouvernement, son chef et le Chef de l'Etat rend quelque peu formel, me semble-t-il, le problème de savoir si le Président de la République a ou non le pouvoir de révoquer le Gouvernement. Je ne saurais pour ma part imaginer qu'un Premier Ministre qui aurait perdu la confiance du Chef de l'Etat et risquerait de voir se refuser d'avaliser et de signer les décisions gouvernementales puisse faire autre chose que de remettre sa démission ». C'est ce que déclarait aussi M. CHIRAC au « Figaro » le 15 juin 1974. Et, quoi qu'il en soit de la controverse, c'est bien dans ce sens que s'est établie la pratique.

Mais de ce que le Gouvernement émane du Président doivent résulter nécessairement certaines conséquences quant à la position de celui-ci en face d'une nouvelle Assemblée à la suite d'élections législatives. Le Gouvernement doit-il démissionner? S'il le fait, quand et comment? Nous allons donc examiner ce qu'il est advenu, sous la V^e République, des Gouvernements, à la suite d'élections législatives, ce qui s'est passé pendant la période entre la démission du Gouvernement et la nomination du Gouvernement suivant, et comment le Gouvernement a pris contact avec le Parlement.

I. — LA DEMISSION DU GOUVERNEMENT

Aucune disposition constitutionnelle ne fait donc obligation du Premier Ministre de présenter la démission du Gouvernement au Président de la République à la suite d'un renouvellement de l'Assemblée Nationale. On peut même imaginer que le Président de la République ne mette pas fin aux fonctions du Gouvernement, et que le Premier Ministre se présente devant la nouvelle Assemblée pour exposer son programme ou pour faire une déclaration de politique générale.

Jusqu'ici cette situation ne s'est cependant pas produite. D'ailleurs, serait-elle conforme à l'esprit des institutions? Si le Gouvernement émane du Président, il n'en est pas moins responsable devant l'Assemblée et peut être renversé par elle: il doit donc tenir compte de la composition de la majorité de la nouvelle Assemblée. En effet, même si la majorité est reconduite, ses contours et le paysage poli-

tique ne sont cependant jamais identiques à ce qu'ils étaient avant les élections et il est nécessaire d'en tenir compte.

Depuis le début de la V^e République en tout cas tous les Premiers Ministres ont présenté la démission de leur Gouvernement après le renouvellement de l'Assemblée Nationale. C'est donc devenu une tradition.

Il me paraît intéressant d'examiner quand et comment, dans le passé, sont intervenues les démissions du Gouvernement.

Année 1962

C'est le premier renouvellement de l'Assemblée Nationale élie en 1958, non pas au terme normal de la législature, mais à la suite de la dissolution de l'Assemblée Nationale.

— 5 octobre: L'Assemblée Nationale vote la censure.

— 6 octobre: La Présidence de la République fait publier le communiqué suivant:

« Le Général DE GAULLE, Président de la République, a décidé de prononcer la dissolution de l'Assemblée Nationale.

» D'autre part, le Président de la République a reçu la démission du Gouvernement qui lui a été présentée par M. Georges POMPIDOU, Premier Ministre.

» Le Général DE GAULLE a donné au Premier Ministre acte de cette démission et a invité le Gouvernement à continuer d'assurer ses fonctions jusqu'au début de la prochaine législature ».

— 18 et 25 novembre: premier et deuxième tours des élections. Entre temps, le 28 octobre, avait eu lieu le référendum sur l'élection du Président de la République au suffrage universel.

— 27 novembre: soit 53 jours après la dissolution de l'Assemblée Nationale et 2 jours après le deuxième tour des élections, le Président de la République accepte la démission du Gouvernement.

Année 1967

Les élections ont lieu au terme normal de la législature.

— 5 et 12 mars, se déroulent le premier et le deuxième tour des élections législatives.

— 1^{er} avril, le Premier Ministre remet la démission du Gouvernement au Président de la République, qui l'accepte, 19 jours après le second tour.

Année 1968

Comme en 1962, les élections interviennent à la suite de la dissolution de l'Assemblée Nationale consécutive aux événements de Mai.

— 30 mai, dissolution de l'Assemblée Nationale.

— 23 et 30 juin, premier et deuxième tours des élections législatives.

— 10 juillet, démission du Gouvernement, soit 41 jours après la dissolution de l'Assemblée Nationale et 10 jours après le deuxième tour des élections.

Année 1973

Le renouvellement de l'Assemblée Nationale intervient normalement au terme des cinq années de législature.

- 4 et 11 mars, premier et deuxième tours des élections.
- 28 mars, M. MESSMER, Premier Ministre, remet la démission de son Gouvernement au Président de la République, qui l'accepte. Il s'est écoulé 17 jours entre le deuxième tour des élections et la démission du Gouvernement.

Année 1978

- 12 et 19 mars, premier et deuxième tours des élections législatives, au terme de la législature.
- 22 mars, à la fin du Conseil des Ministres, le Premier Ministre offre sa démission. Le Président de la République en prend acte, mais ne l'accepte que le 31 mars à l'issue d'un Conseil des Ministres. Il s'est donc écoulé 12 jours entre le deuxième tour des élections législatives et l'acceptation de la démission du Gouvernement.

Si l'on met à part les élections de 1962 et de 1968, qui ont lieu à la suite d'une motion de censure, on constate qu'un délai assez long sépare le deuxième tour des élections de la date de démission du Gouvernement.

C'est en fait le Président de la République qui décide du moment où la démission du Gouvernement devient effective.

On a observé à plusieurs reprises, en 1962 et en 1978, que le Président de la République a demandé au Premier Ministre de rester en fonction, après que celui-ci lui ait présenté sa démission. C'est la confirmation d'un principe traditionnel. Le Président de la République peut différer l'acceptation de la démission du Gouvernement, non seulement quand celle-ci est une démission consécutive à la mise en œuvre de l'art. 50 de la Constitution.

Ce principe est important, car il touche à un autre problème dont on aura à parler plus tard, celui des pouvoirs des Gouvernements démissionnaires.

Examinons maintenant la procédure de démission. On note que dans chacun des cas, c'est par lettre que le Premier Ministre présente sa démission au Président de la République.

Le contenu de la lettre de démission de M. POMPIDOU, en 1962, n'a pas été rendu public. Cela est dommage, car la situation d'alors ne s'est jamais reproduite. C'est en effet la seule fois dans l'histoire de la V^e République, que l'Assemblée Nationale a adopté une motion de censure; la lettre de démission devait donc faire allusion à cet événement. Il convient de souligner que le Président de la République, bien que le Gouvernement ait été désavoué dans la forme constitutionnelle le mettant dans l'obligation de partir, n'a pas cru devoir accepter immédiatement la démission présentée par le Premier Ministre. Cet épisode n'a cependant pas fait l'objet de commentaires.

En 1967, M. POMPIDOU adresse la lettre suivante au Général DE GAULLE, Président de la République: « Vous avez bien voulu me faire part de votre intention au moment où va se réunir l'Assemblée Nationale élue les 5 et 12 mars, de procéder à la nomination d'un nouveau Gouvernement.

« J'ai l'honneur, en conséquence, et conformément à l'art. 8 de la Constitution, de vous présenter la démission du Gouvernement ».

On note que le Premier Ministre ne subordonne pas son départ à l'événement que constituent les élections législatives, mais qu'il répond à une demande exprimée par le Président de la République.

En 1968, M. POMPIDOU reprend dans sa lettre de démission, les mêmes termes que ceux de sa lettre de 1967.

En 1973, par contre, M. MESSMER s'adresse ainsi au Président de la République: « La nouvelle Assemblée Nationale, élue les 4 et 11 mars 1973, devant se réunir le 2 avril prochain, j'ai l'honneur de vous remettre la démission du Gouvernement, conformément à l'art. 8 de la Constitution ».

Il faut remarquer que cette lettre est moins dans la ligne de la Constitution de 1958, car elle peut laisser à penser que l'art. 8 fait obligation au Gouvernement de démissionner à la suite des élections législatives.

En 1978, à la fin du Conseil des Ministres réuni le 22 mars, le Premier Ministre s'adresse au Président de la République en ces termes: « Il vous appartient, compte tenu de l'analyse de la campagne électorale et des résultats des élections, de fixer maintenant les grandes orientations de la politique de la France. Si vous estimez qu'elles rendent nécessaire la formation d'un nouveau Gouvernement, je suis prêt, au moment que vous jugerez le plus opportun, à vous remettre ma démission et celle du Gouvernement, conformément à l'art. 8 de la Constitution ». Le Président de la République a déclaré alors qu'il prenait acte de l'intention exprimée par le Premier Ministre et qu'il ferait connaître, le moment venu, sa décision. Cette déclaration s'inscrit tout à fait dans la ligne de la Constitution de 1958. Elle souligne la prééminence du Président de la République, qui est libre du choix du moment où la démission du Gouvernement deviendra effective. La lettre qu'adresse le Premier Ministre au Président de la République le 31 mars s'inscrit dans la même perspective. Il reprend d'ailleurs la rédaction des lettres adressées au Président de la République par M. POMPIDOU en 1967 et en 1968.

II. — LA NOMINATION DU PREMIER MINISTRE

Conformément à l'art. 8 de la Constitution, le Premier Ministre est nommé par décret individuel du Président de la République. Ce décret, en vertu de l'art. 19 de la Constitution, ne comporte aucun contreseing. Cela signifie que le Président de la République a une liberté de choix absolue. La nomination de M. POMPIDOU en 1962 en est une illustration, car il n'était, ni n'avait été parlementaire et qui plus est, n'appartenait pas au parti de la majorité.

1. — Il est intéressant d'examiner à quel moment se situe la nomination du Premier Ministre par rapport à la démission du prédécesseur.

Année 1962

- 28 novembre: décret mettant fin aux fonctions de M. Georges POMPIDOU.
- 28 novembre: décret nommant M. Georges POMPIDOU comme Premier Ministre.

Année 1967

- 1^{er} avril: décret mettant fin aux fonctions de M. Georges POMPIDOU.
- 6 avril: décret nommant M. Georges POMPIDOU comme Premier Ministre.

Année 1968

- 1^{er} juillet: décret mettant fin aux fonctions de M. Georges POMPIDOU.
- 1^{er} juillet: décret nommant M. COUVE DE MURVILLE comme Premier Ministre.

Année 1973

- 28 mars: décret mettant fin aux fonctions de M. Pierre MESSMER.
- 2 avril: décret nommant M. Pierre MESSMER comme Premier Ministre.

Année 1978

- 31 mars: décret mettant fin aux fonctions de M. Raymond BARRE.
- 31 mars: décret nommant M. Raymond BARRE comme Premier Ministre.

2. — Tout d'abord, on relève que le délai qui sépare le décret mettant fin aux fonctions du Premier Ministre de celui nommant le nouveau Premier Ministre est en général court.

En 1962 et en 1978, les deux décrets ont la même date et sont publiés au même « Journal Officiel »; dans les autres cas, le délai entre les deux décrets ne dépasse pas cinq jours.

En réalité, ce délai est plus ou moins court selon que l'on souhaite que celui qui sera le Premier Ministre participe ou non comme député à l'élection du Président de l'Assemblée Nationale, car il s'agit là d'un événement politique de première importance.

En 1962, la majorité est confortable, mais M. POMPIDOU, qui ne s'est pas présenté aux élections législatives, ne peut, en tout état de cause, participer au scrutin pour l'élection du Président de l'Assemblée Nationale. Il est reconduit comme Premier Ministre dès le 28 novembre; la rentrée du Parlement a lieu le 7 décembre. M. POMPIDOU n'est pas présent à la séance au cours de laquelle est élu le Président de l'Assemblée Nationale.

Dans un cas, celui de 1967, la majorité qui se dégage des élections est réduite à un siège. Aucune voix ne doit manquer pour l'élection du Président de l'Assemblée Nationale; celle de M. POMPIDOU, qui a été élu député du Cantal, est nécessaire. C'est pourquoi M. POMPIDOU ne sera reconduit dans ses fonctions de Premier Ministre que le 6 avril. Il participera donc à l'élection du Président de l'Assemblée Nationale, le 3 avril, en sa qualité de député.

En 1968, les élections amènent à l'Assemblée Nationale une majorité renforcée, puisque l'U.D.R., à elle seule, dispose de la majorité absolue. M. COUVE DE MURVILLE, qui a été élu député de Paris, est nommé Premier Ministre dès le 1^{er} juillet, la veille de la rentrée parlementaire. Il assiste à la séance d'élection du Président de l'Assemblée Nationale, sans évidemment participer au scrutin.

En 1973, les données du problème sont différentes; la majorité dispose de 60 voix. Pour des raisons de cohésion, on souhaite que tous les membres de la majorité participent à l'élection du Président de l'Assemblée Nationale. M. MESSMER, qui a été reconduit comme Premier Ministre, prendra part au scrutin en sa qualité de député de la Moselle, le 2 avril; sa nomination comme Premier Ministre intervenant le lendemain, 3 avril.

En 1978, la majorité qui entre à l'Assemblée Nationale est suffisamment large pour ne pas poser de problème. Dès le 31 mars, l'Elysée, dans une déclaration, fait connaître que M. BARRE est à nouveau désigné comme Premier Ministre, mais qu'il ne sera chargé de former le Gouvernement qu'après l'installation de la nouvelle Assemblée. Celle-ci se réunit le 3 avril et élit son Président. M. BARRE ne sera nommé Premier Ministre que le lendemain, 4 avril, et participe au scrutin de l'élection du Président de l'Assem-

blée comme député du Rhône; il faut noter que, si l'élection d'un candidat de la majorité n'était guère douteuse, l'élection revêtait une grande importance politique pour la majorité, du fait des personnalités qui briguaient les fonctions — M. CHABAN-DELMAS et M. Edgar FAURE — et des conditions dans lesquelles elles présentaient leur candidature.

A la lumière de ces précédents, on ne relève pas une ligne de conduite très nette. Souvent la participation du futur Premier Ministre à l'élection du Président de l'Assemblée Nationale a été décidée en fonction de facteurs d'opportunité. Il semble cependant qu'une tendance plus précise se dessine. C'est, semble-t-il, ce qu'a voulu indiquer le Président de la République en 1978: il a d'abord fait connaître que M. BARRE serait le Premier Ministre, mais que sa nomination n'interviendrait qu'après la rentrée parlementaire, afin de lui permettre de participer à l'élection du Président de l'Assemblée.

III. — CONSTITUTION DU NOUVEAU GOUVERNEMENT

Il faut noter la brièveté du délai qui sépare la nomination du Premier Ministre de la nomination des membres du Gouvernement.

En 1962, le délai est de 8 jours. M. POMPIDOU est nommé le 28 novembre et le Gouvernement le 6 décembre. C'est le délai le plus long, mais une explication peut en être donnée, qui tient à la conjoncture politique. L'explication paraît être que le Chef de l'Etat n'a pas voulu placer dès le départ l'Assemblée Nationale face à un Gouvernement déjà constitué. Le Général DE GAULLE, au cours du dernier Conseil des Ministres du Gouvernement démissionnaire, dit en substance aux Ministres: « Beaucoup d'entre vous viennent d'être élus députés par le suffrage universel. Il est donc convenable qu'ils siègent à leur banc dans la nouvelle Assemblée le jour de l'installation de celle-ci ».

1. — En 1967, M. POMPIDOU est nommé le 6 avril, le Gouvernement est nommé le lendemain 7 avril.

En 1968, le délai est de deux jours, M. COUVE DE MURVILLE étant nommé le 10 juillet et le Gouvernement le 12 juillet.

En 1973, M. MESSMER est nommé le 2 avril, les ministres le 5 avril, soit trois jours après, et les secrétaires d'Etat le 12 avril.

En 1978, M. BARRE est nommé le 3 avril, les ministres le 5 avril, soit deux jours après, et les secrétaires d'Etat le 6 avril.

Il est intéressant d'établir une comparaison avec la IV^e République, bien que les procédures soient très différentes. En effet, sous la IV^e République, la procédure se décomposait en trois phases: d'abord le Président de la République désignait le Chef du Gouvernement; ensuite celui-ci sollicitait son investiture par l'Assemblée Nationale; depuis 1954, il se présente en faisant connaître la composition de son Gouvernement. Enfin, lorsque l'investiture est votée, le Président de la République nomme, dans un seul décret, le Président du Conseil et les membres du Gouvernement.

Le délai est bref entre l'investiture et la nomination du Gouvernement, car il s'agit d'un acte purement formel du Président de la République, qui constate, en quelque sorte, l'investiture de l'Assemblée Nationale. Par contre en cas de renouvellement de l'Assemblée, le délai est souvent assez long entre le moment où le Gouvernement démissionne et le moment où le nouveau Gouvernement est nommé. Il faut d'ailleurs indiquer, pour comprendre le mécanisme, que l'Assemblée élue ne peut se réunir que trois semaines après les élections.

Après les élections du 17 mai 1951 :

- M. QUEUILLE démissionne le 10 juillet.
- M. PLEVEN est investi le 8 août.
- Le Gouvernement est nommé le 11 août.

Après les élections du 2 janvier 1956 :

- M. Edgar FAURE démissionne le 24 janvier.
- M. Guy MOLLET est investi le 31 janvier.
- Le Gouvernement est nommé le 3 février.

2. — Examinons la structure des Gouvernements constitués à la suite des élections législatives :

• **Deuxième Gouvernement de M. POMPIDOU :**

Constitué le 6 décembre 1962 il comprend vingt-cinq membres, soit un de plus que le Gouvernement précédent, dont quatre ministres d'Etat et quatre secrétaires d'Etat. On constate le départ de deux ministres remplacés par deux nouveaux ministres, six membres du Gouvernement précédent changent d'attributions. La composition du Gouvernement n'est pas sensiblement modifiée. Les quelques départs enregistrés n'en ont pas changé sa physionomie.

• **Quatrième Gouvernement de M. POMPIDOU :**

Formé le 7 avril 1967, il comprend vingt-huit membres, dont cinq ministres d'Etat et sept secrétaires d'Etat. Le nombre des ministres augmente et passe de dix-sept à vingt et un. Le dosage politique est inchangé et il est difficile de trouver dans la composition de ce Gouvernement d'autres intentions que celles de la continuité. On note que M. COUVE DE MURVILLE et M. MESSMER, bien qu'ayant été battus aux élections législatives, sont néanmoins ministres. D'autre part, parmi les innovations, les relations avec le Parlement sont confiées à un ministre d'Etat et il est créé un portefeuille de ministre chargé de l'aménagement du territoire et du plan.

• **Gouvernement de M. COUVE DE MURVILLE :**

Il est formé le 12 juillet 1968. On s'attendait, après les élections de 1968, qui ont amené à l'Assemblée une majorité renforcée, à d'importantes modifications. On constate en fait un très léger remaniement de l'équipe du dernier Gouvernement POMPIDOU. Sur les trente membres du Gouvernement, cinq sont des nouveaux venus (tous des secrétaires d'Etat). La pondération politique malgré le succès de l'U.D.R. n'est que très légèrement modifiée. Il y a moins de ministres : dix-huit au lieu de vingt-deux, plus de secrétaires d'Etat : douze au lieu de sept. On note également davantage de ministres fonctionnaires. Parmi les rares innovations, la présence de M. Edgar FAURE à l'Education Nationale.

• **Deuxième Gouvernement de M. MESSMER :**

Formé le 5 avril 1973, il comprend trente-sept membres, vingt et un ministres et seize Secrétaires d'Etat. Il n'y a ni ministre d'Etat, ni ministre délégué, contrairement au Gouvernement précédent. Huit personnalités font leur entrée au Gouvernement, dont deux personnalités non parlementaires de marque : M. JOBERT et M. DRUON. Ainsi on renoue avec la tradition : dans tous les Gouvernements nommés par le Général DE GAULLE, se trouvait un certain nombre de ministres non parlementaires. Neuf ministres quittent le Gouvernement.

• **Troisième Gouvernement de M. BARRE :**

Formé en deux temps le 5 avril 1978, pour les ministres, et le 6 avril pour les secrétaires d'Etat, ce Gouvernement

comprend dix-neuf ministres, deux secrétaires d'Etat autonomes et seize secrétaires d'Etat rattachés, mais ni ministre d'Etat, ni ministre délégué. Il présente quelques innovations : la scission du Ministère de l'Economie et des Finances en un Ministère de l'Economie et un Ministère du Budget, la création d'un ministère chargé de la participation — il s'agit du Ministère du Travail — et d'un Ministère de l'Environnement et du Cadre de Vie, l'adjonction des problèmes de la communication au Ministère de la Culture.

Il ne semble donc pas que les Gouvernements formés après les élections législatives aient été très différents par leur structure, leur composition, leurs effectifs, ainsi que par la nature des attributions des ministres des Gouvernements qui les avaient précédés au cours de la législature. Une brève analyse des Gouvernements de la V^e République le confirme.

• **Gouvernement de M. DEBRE :**

Le Gouvernement constitué le 8 janvier 1959 comprenait vingt ministres et six secrétaires d'Etat, dont quatre ministres d'Etat et un ministre délégué auprès du Premier Ministre.

• **Premier Gouvernement de M. POMPIDOU :**

Constitué le 15 avril 1962, il comprenait vingt et un ministres et sept secrétaires d'Etat, dont cinq ministres d'Etat, trois ministres délégués, dont un chargé des relations avec le Parlement. Pour la première fois apparaît un Ministère de la Culture, dont le titulaire est André MALRAUX, déjà ministre d'Etat dans le précédent Gouvernement, avec des attributions analogues, mais sans en avoir le titre. Autre nouveauté, la création d'un Secrétaire d'Etat aux Rapatriés.

• **Troisième Gouvernement de M. POMPIDOU :**

Formé le 8 janvier 1966, il comprenait dix-sept ministres et dix secrétaires d'Etat, dont trois ministres d'Etat et un ministre délégué. Il était caractérisé par la constitution d'un grand Ministère des Affaires Sociales confié à M. JEANNENEY.

• **Gouvernement de M. CHABAN-DELMAS :**

Constitué le 22 juin 1969, il comprend trente-huit membres, c'est-à-dire beaucoup plus que les précédents Gouvernements de la V^e République : dix-huit ministres et vingt secrétaires d'Etat, dont trois ministres d'Etat et deux ministres délégués.

• **Premier Gouvernement de M. MESSMER :**

Formé le 6 juillet 1962, il comprend dix-neuf ministres et dix secrétaires d'Etat, dont deux ministres d'Etat et trois ministres délégués, dont un chargé de la protection de la nature et de l'environnement. Il est institué un secrétaire d'Etat auprès du Premier Ministre, porte-parole du Gouvernement, qui est M. LECAT. Apparaît à nouveau un grand Ministère des Affaires Sociales confié à M. Edgar FAURE.

• **Troisième Gouvernement de M. MESSMER :**

Formé le 1^{er} mars 1974, c'est une équipe moins nombreuse : quinze ministres au lieu de vingt et un, dont trois ministres d'Etat et treize secrétaires d'Etat au lieu de seize. A noter qu'il n'y a pas de ministre délégué.

• **Gouvernement de M. CHIRAC :**

Formé le 28 mai 1974, il comprend quinze ministres et vingt et un secrétaires d'Etat, dont un ministre d'Etat, mais pas de ministre délégué. Parmi les innovations : un ministre

des Réformes, M. SERVAN-SCHREIBER, dont la durée sera éphémère, un ministre de la Qualité de la Vie, un secrétaire d'Etat aux Universités, un secrétaire d'Etat à la Formation Professionnelle, un secrétaire d'Etat aux Travailleurs Immigrés, un secrétaire d'Etat à la Condition Pénitentiaire et un secrétaire d'Etat à l'Action Sociale. Quelques semaines plus tard, était créé un Secrétariat d'Etat à la Condition Féminine.

C'est le Gouvernement de la V^e République qui présente les plus grandes innovations en ce qui concerne sa structure, notamment l'apparition de secrétaires d'Etat « de mission » (Condition Féminine, Condition Pénitentiaire) et celle d'un ministre de la Qualité de la Vie : en ce qui concerne ce dernier, l'innovation est moins dans les structures, qui sont celles d'un ministère classique, que dans la signification politique d'une population qui correspond aux aspirations de nos contemporains. Il faut noter que ces innovations font suite à une élection présidentielle et à un changement de Président de la République, non à une élection législative et à un nouveau Parlement.

• **Premier Gouvernement de M. BARRE :**

Formé le 27 août 1976, il comprend dix-sept ministres et dix-huit secrétaires d'Etat, dont trois ministres d'Etat et un ministre délégué à l'Economie et aux Finances, le Premier Ministre étant ministre de l'Economie et des Finances. A noter la création d'un Secrétariat d'Etat à la Consommation et d'un Secrétariat d'Etat aux Travailleurs Manuels.

• **Deuxième Gouvernement de M. BARRE :**

Formé le 30 mars 1977, complété le 1^{er} avril, avec trente-neuf membres : quatorze ministres et vingt-trois secrétaires d'Etat, est le plus nombreux des Gouvernements de la V^e République. Il se distingue peu du Gouvernement précédent dans sa structure, si ce n'est que pour la première fois, apparaît un secrétaire d'Etat aux Collectivités Locales.

Si l'on compare au passage les Gouvernements de la V^e République avec ceux de la IV^e République, on note que les effectifs sont plutôt en diminution. En effet, plusieurs Gouvernements de la IV^e République ont atteint ou dépassé l'effectif de quarante membres :

— M. Joseph LANIEL	40 membres
— Premier Gouvernement de M. Edgar FAURE	41 "
— M. Guy MOLLET	42 "
— M. MENDES-FRANCE	43 "
— M. BOURGES-MAUNOURY	46 "

3. — L'expédition des affaires courantes :

Il est d'usage, lorsque le Président de la République accepte la démission du Gouvernement présentée par le Premier Ministre, qu'il charge le Gouvernement d'expédier les affaires courantes. Le principe de la continuité du service public impose cette solution qui découle de la nécessité. Cette situation peut se produire soit lorsque l'Assemblée Nationale adopte une motion de censure ou lorsqu'elle désapprouve le programme ou une déclaration de politique générale, soit en cas d'élection d'une nouvelle Assemblée Nationale, soit lorsque le Premier Ministre, pour une raison personnelle, souhaite mettre fin à ses fonctions.

Cependant, aucun de ces événements n'ouvre par lui-même et automatiquement la période d'expédition des affaires courantes : il faut, en outre, que le Gouvernement ait cessé d'exercer ses fonctions. Sous la IV^e République, c'était le moment où le Président de la République acceptait la démission du Gouvernement, sous la V^e République, c'est la date

du décret mettant fin aux fonctions du Premier Ministre et des membres du Gouvernement, c'est-à-dire qu'il y a concomitance entre la démission et la cessation de fonctions.

Le délai qui sépare les circonstances qui amènent le Gouvernement à renoncer à ses fonctions de la cessation proprement dite des fonctions est très variable, par exemple, en 1962, entre le vote de la censure, le 5 octobre, et le décret mettant fin aux fonctions du Gouvernement, le 28 novembre : 54 jours ; en 1979, entre le deuxième tour des élections législatives, le 19 mars, et la cessation des fonctions du Gouvernement BARRE, le 31 mars : 13 jours ; en 1976, entre la démission de M. CHIRAC, remise le 26 juillet au Président de la République et le décret mettant fin aux fonctions du Gouvernement, le 25 août : 30 jours.

Ainsi, tant que le décret qui met fin aux fonctions du Gouvernement n'est pas publié, celui-ci, même si le Premier Ministre a déjà remis sa démission au Président de la République, dispose de la plénitude de ses attributions. Ce n'est qu'à partir de la publication du décret que s'ouvre la période d'expédition des affaires courantes.

Quant à la durée de cette période, la doctrine a admis sous la IV^e République, en l'absence de jurisprudence, qu'elle n'était pas clôturée par la désignation du nouveau Président du Conseil, mais se prolongeait jusqu'à la nomination du Gouvernement. Sous la V^e République, cette interprétation a prévalu : le 6 octobre 1962, l'Assemblée Nationale adopte une motion de censure, le jour même le Premier Ministre présente la démission du Gouvernement au Président de la République qui lui demande de rester en fonction avec son Gouvernement. Il est mis fin aux fonctions du Gouvernement le 28 novembre et, le même jour, le Président de la République confirme M. POMPIDOU comme Premier Ministre.

Le lendemain, le Gouvernement démissionnaire est réuni en Conseil des Ministres pour régler des affaires en cours. C'est évidemment en sa qualité de Premier Ministre du Gouvernement démissionnaire que M. POMPIDOU assiste au Conseil des Ministres, et non comme Premier Ministre du nouveau Gouvernement ; celui-ci ne sera formé que le 6 décembre.

Au cours de la dernière période d'expédition des affaires courantes, huit décrets⁽¹⁾ ont été publiés au « Journal Officiel », datés des 3 et 4 avril 1978, contresignés des Ministres expédiant les affaires courantes, depuis la démission du Gouvernement, le 31 mars. Il faut noter que

(1) Décret 78-493 du 3 avril 1978 portant modification du décret 72-19 du 7 janvier 1972 relatif à l'enrichissement de la langue française (« J.O. » des 3 et 4 avril 1978).
— Décret 78-511 du 3 avril 1978 portant virement de crédits (« J.O. » du 6 avril 1978).

— Décret 78-512 du 3 avril 1978 modifiant et complétant le décret 68-1060 du 26 novembre 1968 relatif à la vérification des comptes des organismes de Sécurité Sociale (« J.O. » du 6 avril 1978).

— Décret 78-513 du 4 avril 1978 modifiant les art. D 424-3, D 424-4 et D 424-7 du Code de l'aviation civile (« J.O. » du 6 avril 1978).

— Décret 78-521 du 4 avril 1978 modifiant le décret 58-1286 du 22 décembre 1958, fixant la composition des tribunaux de Grande Instance et d'Instance et des Cours d'appel, ainsi que le ressort des tribunaux d'instance (« J.O. » du 7 avril 1978).

— Décret 78-523 du 4 avril 1978 fixant les conditions d'exécution des opérations de la section locale du fonds d'investissement des départements d'outre-mer et de Mayotte (« J.O. » du 7 avril 1978).

— Décret 78-526 du 3 avril 1978 pris pour l'application de l'art. L 970-5 du titre VII du livre IX du Code du travail, relatif à la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente aux agents non titulaires des offices publics d'habitation à loyer modéré (« J.O. » du 7 avril 1978).

— Décret 78-630 du 3 avril 1978 portant attribution d'une indemnité forfaitaire au chargé de mission affecté à l'aide à l'exportation du livre français et arrêté du 3 avril 1978 fixant le montant de cette indemnité (« J.O. » du 9 avril 1978).

M. BARRE avait été reconduit dans ses fonctions de Premier Ministre depuis le 3 avril et que le nouveau Gouvernement n'a été nommé que le 5 avril.

Les périodes d'expédition des affaires courantes ont été réduites le plus possible sous la V^e République. La stabilité gouvernementale a facilité cette tendance. Alors que sous la IV^e République, en douze ans, on a expédié les affaires courantes pendant huit mois, sous la V^e République, cette période a été seulement de trente-huit jours.

La notion d'affaires courantes a été précisée par le juge administratif, qui a fixé les limites de la compétence d'un Gouvernement démissionnaire par un contrôle de la qualification juridique. A l'occasion de l'important arrêt « Syndicat Régional des Quotidiens d'Algérie » (CE 1952) le Commissaire du Gouvernement DELVOLLE en a donné la définition suivante : « Les affaires courantes sont celles qui relèvent de l'activité quotidienne et continue de l'administration, les décisions qui sont tous les jours préparées automatiquement par les bureaux sur lesquels les Ministres se bornent habituellement à exercer en fait un simple contrôle et à apposer leur signature ».

C'est ainsi que les décisions individuelles, à moins qu'elles soient, par leur objet, d'une importance primordiale, entrent dans cette catégorie. La nomination de fonctionnaires, sauf exception liée à l'importance des fonctions à pourvoir, en est un exemple type. L'approbation d'un marché, hormis ceux qui présentent un caractère exceptionnel, la fixation de prix, sont des affaires courantes. Il en est de même pour l'établissement d'un tableau d'avancement d'administrateur civil, pour l'approbation d'une délibération instituant une taxe municipale. En ce que concerne les actes réglementaires, ceux-ci ne peuvent être exclus, a priori, de la catégorie des affaires courantes, sauf, selon la formule du Commissaire DELVOLLE : « Les grands règlements statutaires et les règlements modifiant les dispositions légales ou les droits reconnus par la loi ».

Par contre, se trouve exclu du domaine des affaires courantes, toute nomination ou promotion d'une personne attachée, à un titre quelconque, à un cabinet ministériel, conformément à l'art. 41 de la loi du 23 juillet 1911, de même est exclu le dépôt d'un projet de loi sur le bureau du Parlement.

Toutefois, la notion d'expédition des affaires courantes est susceptible d'extension en cas d'urgence : en 1952, le Gouvernement présidé par M. Edgar FAURE a pu, bien que démissionnaire, négocier une convention importante avec la Banque de France et la soumettre à l'approbation du Gouvernement.

IV. — LE PREMIER CONTACT ENTRE LE NOUVEAU GOUVERNEMENT ET LE PARLEMENT

Nous avons vu que, conformément à l'art. 8 de la Constitution, le Chef de l'Etat nomme le Premier Ministre et, sur proposition du Premier Ministre, nomme les membres du Gouvernement. La constitution du Gouvernement est juridiquement parfaite par la publication des décrets de nomination du Premier Ministre et du Gouvernement au « Journal Officiel ». Dès que le Gouvernement est formé, il dispose de la plénitude de ses compétences et n'a pas à solliciter la confiance de l'Assemblée Nationale. Cependant, il convient de rappeler l'art. 49, alinéa 1^{er}, de la Constitution, qui précise : « Le Premier Ministre, après délibération du Conseil des Ministres, engage devant l'Assemblée la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou, éventuellement, sur une déclaration de politique générale ». Ainsi, à la suite d'élections législatives, tous les Gouvernements se sont

présentés devant l'Assemblée Nationale, soit pour exposer leur programme, soit pour faire une déclaration de politique générale.

Cela paraît en effet correspondre à l'esprit de la Constitution, bien qu'il faille se garder de considérer cette procédure comme une investiture. La Constitution ne l'a pas voulu et on verra que le Premier Ministre n'est pas obligé d'engager la responsabilité du Gouvernement, auquel cas le débat n'est pas sanctionné par un vote, à moins que l'opposition ait déposé une motion de censure.

A cette occasion il convient d'ouvrir une parenthèse et de rappeler que, lors de la constitution de son troisième Gouvernement, en 1966, M. POMPIDOU ne jugea pas utile de solliciter la confiance de l'Assemblée Nationale. Aux reproches qui lui furent faits, le Premier Ministre répondit en substance qu'il ne fallait pas que le Gouvernement soit considéré comme obligé d'accomplir cette formalité chaque fois qu'un nouveau cabinet se formerait. Cette observation vaut sans doute pour les Gouvernements formés à la suite d'élections législatives, bien que dans ce cas il paraisse plus normal que le Gouvernement prenne contact avec les nouveaux élus et fasse connaître son programme et la politique qu'il a l'intention de conduire. Vérifions la pratique des différents Gouvernements.

1. — En 1962, le 13 décembre, soit sept jours après la nomination du Gouvernement, M. POMPIDOU présente une déclaration du Gouvernement sur sa politique générale suivie d'un vote sur l'approbation de cette déclaration. Le Premier Ministre déclare : « Le Gouvernement mesure le poids des responsabilités que le Président de la République lui a confiées en le désignant. Il désire, pour mieux les assumer, avoir les preuves de votre confiance. C'est pourquoi il a pris l'initiative de vous demander, à l'issue de ce débat, de la lui donner expressément ». C'est ce que fait l'Assemblée par 268 voix contre 116 sur 453 votants.

En 1967, le 18 avril, soit onze jours après la nomination du Gouvernement, M. POMPIDOU fait une déclaration du Gouvernement sur la politique générale, mais, cette fois-ci, n'engage pas sa responsabilité.

M. POMPIDOU s'en explique : « Par delà les problèmes nés de la complexité des dispositions constitutionnelles qui régissent l'incompatibilité des fonctions ministérielles et parlementaires, par delà aussi toute considération touchant à la composition de cette Assemblée, le Gouvernement entend ainsi confirmer purement et simplement sa conception des rapports entre le législatif et l'exécutif.

» A qui en douterait, je donnerai pour preuve les déclarations que je faisais à cette même tribune il y a exactement un an et cinq jours : « La lettre et l'esprit de la Constitution de 1958 veulent en effet que le Gouvernement soit entièrement libre de demander ou non un vote de confiance et qu'il appartienne, de préférence, à l'Assemblée de mettre en cause la responsabilité ministérielle par la procédure la plus normale et la mieux adaptée, je veux dire la motion de censure. Si je tiens à mettre ainsi l'accent sur la procédure, ce n'est pas par intérêt gouvernemental immédiat, on voudra bien l'admettre, c'est parce qu'il me paraît important, alors que nous ne faisons qu'aborder le second septennat de la V^e République, de créer des précédents. On en connaît l'importance en matière institutionnelle, même en pays de droit écrit et il n'est pas inutile à la stabilité des pouvoirs publics de fixer clairement et en connaissance de cause les règles pour l'avenir. » M. MITTERAND critique cette attitude et reproche au Gouvernement de se contenter de faire une déclaration de politique générale et non de présenter son programme. Il estime qu'un nouveau Gouvernement, dès le premier débat de la première session d'une nouvelle législature, doit obtenir la confiance de l'Assemblée. Il ajoute : « Il faut que ce soit clair, en aucune circonstance

je n'ai dit qu'il fallait engager ici un débat d'investiture. J'ai affirmé que le Premier Ministre devait poser la question de confiance. Ce point est capital car, si dans le régime actuel, c'est le Président de la République qui désigne et investit le Gouvernement, c'est l'Assemblée Nationale qui accorde sa confiance et qui contrôle ».

En 1968, le 17 juillet, soit cinq jours après la nomination du Gouvernement, M. COUVE de MURVILLE fait une déclaration du Gouvernement sur sa politique générale. Ce débat ne soulève pas de passion. Il n'y a que M. Robert FABRE pour soutenir que le Gouvernement se contente d'une simple déclaration au lieu de demander un vote de confiance, tout en reconnaissant que le résultat d'un tel vote, compte tenu de la composition de l'Assemblée Nationale, ne ferait aucun doute. Il regrette cependant que la tradition ouverte par M. DEBRE en 1959 et M. POMPIDOU le 27 avril 1962 et le 14 décembre 1962 ne soit pas confirmée.

Le Premier Ministre a délibérément choisi de faire une simple déclaration sans engager la responsabilité du Gouvernement pour se placer dans la ligne indiquée par M. POMPIDOU en 1967. L'opposition ne déposera pas de motion de censure.

En 1973, le 10 avril, soit cinq jours après la nomination du Gouvernement et deux jours avant la nomination des secrétaires d'Etat, M. MESSMER présente une déclaration de politique générale du Gouvernement, faite en application de l'art. 49, alinéa 1^{er}, de la Constitution, qui est approuvée par 294 voix contre 206.

Au cours du dernier débat, l'aspect constitutionnel de la question n'a été évoqué que très discrètement.

Le Premier Ministre, dans son intervention, a simplement indiqué que la décision d'organiser ce débat au Sénat, conformément à l'art. 49, alinéa 4 de la Constitution, avait été prise en Conseil des Ministres, bien qu'il convienne cependant de souligner que, pour mettre en œuvre l'alinéa 4 de l'art. 49, la délibération du Conseil des Ministres n'est pas imposée par la Constitution. Il a ajouté : « Au seuil de cette phase nouvelle de son action, le Gouvernement a souhaité exposer sa politique au Sénat et lui demander de voter sur sa déclaration... S'engageant dans une action qui sera difficile, il souhaite compter sur le concours de l'ensemble de la représentation nationale ».

M. de MONTALEMBERT, traduisant sans aucun doute, la satisfaction profonde, bien que discrète, des sénateurs, a cru pouvoir dire que l'application de l'art. 49 au Sénat lui paraissait « devenir la règle », mais M. CAILLAVET ne s'y est pas trompé : « Vous nous demandez d'approuver une déclaration et cependant vous ne sollicitez pas notre confiance... Vous nous demandez un engagement intellectuel... ».

En 1978, le 19 avril, soit quatorze jours après la nomination du Gouvernement et treize jours après celle des secrétaires d'Etat, M. BARRE fait la déclaration du Gouvernement sur la politique générale et, conformément à l'art. 49, alinéa 1^{er} de la Constitution, engage la responsabilité du Gouvernement. Cette déclaration est approuvée par 250 voix contre 197 et 2 abstentions. Aucun commentaire constitutionnel ne sera fait au cours des débats.

2. — Chaque fois que le Premier Ministre présente son programme ou fait une déclaration de politique générale devant l'Assemblée, un membre du Gouvernement, habituellement le Garde des Sceaux, lit le même texte devant le Sénat. Cela n'a aucune signification politique et ne comporte pas de conséquence juridique, puisqu'il n'y a pas de débat engagé à la suite.

Une innovation est cependant à noter en 1978. Lorsque le Premier Ministre a soumis au Conseil des Ministres les grandes lignes de la déclaration de politique générale qu'il allait présenter devant l'Assemblée Nationale et qu'il a été autorisé à engager la responsabilité du Gouvernement en application de l'art. 49, alinéa 1^{er} de la Constitution, il a également annoncé qu'il allait demander au Sénat, en vertu de l'art. 49, alinéa 4 de la Constitution, l'approbation d'une déclaration de politique générale.

Cette disposition constitutionnelle a été mise en œuvre à trois occasions :

— Le 11 juin 1975, M. Jacques CHIRAC fait une déclaration de politique générale sur la politique étrangère du Gouvernement, notamment en matière européenne, approuvée par 176 voix contre 97.

— Le 5 mai 1977, M. Raymond BARRE fait une déclaration de politique générale approuvée par 167 voix contre 92 et 15 abstentions.

— Le 11 mai 1978, M. Raymond BARRE fait une déclaration de politique générale approuvée par 181 voix contre 100 et 5 abstentions.

Il ne faut pas voir, en effet, dans cette innovation, une évolution vers une procédure nouvelle tendant à obtenir la confiance du Sénat.

La déclaration de politique générale à l'Assemblée Nationale et l'approbation d'une déclaration de politique au Sénat sont deux débats totalement indépendants. Le débat au Sénat s'engagera sur une déclaration du Premier Ministre différente de celle prononcée quelques jours avant à l'Assemblée Nationale. Pour bien marquer la différence et l'originalité du débat au Sénat, celui-ci sera éloigné dans le temps, il n'aura lieu que le 11 mai.

Le Président de la République, au cours du Conseil du 19 avril, avait bien précisé le sens de cette procédure.

« Le Gouvernement a été nommé en application de l'art. 8 de la Constitution et il exerce normalement ses attributions. Il ne s'agit donc pas d'investiture.

» Pour achever le redressement et pour conduire l'importante œuvre d'adaptation économique et sociale de la France aux données de notre temps, il est utile que le Gouvernement sache qu'il peut compter, dans les deux Assemblées, sur le soutien actif de la majorité des élus du pays ».

Et c'est bien ce qu'a déclaré le Premier Ministre à l'Assemblée et au Sénat...

Nous avons observé que la Constitution de la V^e République a institué des mécanismes nouveaux par rapport à ceux de la Constitution de 1946 et du Gouvernement et en matière de rapports entre le Gouvernement et l'Assemblée Nationale.

L'évolution qui s'est produite en vingt ans de vie politique ne s'est pas faite dans le sens d'un retour aux pratiques du parlementarisme de la IV^e République, bien au contraire. Cela est particulièrement net dans l'interprétation de l'art. 49, alinéa 1^{er} de la Constitution. C'est en effet un point fondamental du système politique français.

Sous la V^e République, chaque Premier Ministre, après sa désignation et la constitution de son équipe, est venu devant l'Assemblée Nationale, soit présenter le programme de son Gouvernement, soit faire une déclaration de politique générale ; une seule exception, celle de M. MESSMER après la constitution de son troisième Gouvernement, mais le Parlement se trouvait hors session.

Ainsi, sept premiers ministres à la tête de quatorze gouvernements se sont succédé depuis 1958 : à sept reprises la responsabilité du Gouvernement a été engagée, à six reprises elle ne l'a pas été et deux fois l'opposition a déposé une motion de censure.

Cela montre que si le Gouvernement « procède » du Président de la République, il s'assure, néanmoins, du « soutien » de l'Assemblée Nationale, soit de façon explicite en laissant à l'opposition le soin de déposer une motion de censure.

Mais en s'assurant du « soutien » de l'Assemblée Nationale, le Gouvernement ne sollicite pas une investiture. C'est pourquoi a été distinguée la présentation du programme du Gouvernement ou la déclaration de politique générale de l'engagement de responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée Nationale. L'opposition s'appuyant sur les travaux préparatoires de la Constitution a contesté cette pratique comme conforme ni à l'usage ni à l'esprit de la Constitution : l'art. 49, alinéa 1^{er} n'est-il pas rédigé à l'indicatif : « Le Premier Ministre, après délibération du Conseil des Ministres, engage la responsabilité du Gouvernement... » D'ailleurs, selon M. Guy MOLLET, le Général DE GAULLE aurait lui-même déclaré devant le Comité

consultatif constitutionnel, qu'en terme de droit, l'indicatif a valeur impérative. Mais M. MESSMER, dans une déclaration à l'Assemblée Nationale, en 1962, a combattu cette argumentation : «... l'engagement de la responsabilité du Gouvernement serait automatique. Quel sens aurait alors une délibération du Conseil des Ministres, qui ne pourrait rien décider, puisque la décision aurait été prise par un texte constitutionnel en dehors de lui ? » C'est dans ce sens, en tout cas, que s'est fixée la pratique.

L'étude minutieuse de la pratique constitutionnelle du 19 mars au début du mois de mai 1978 est d'autant plus intéressante que cette phase importante de notre vie institutionnelle s'est déroulée presque « au ralenti ». Le Gouvernement a pris tout son temps ; le succès électoral de la majorité lui donnait toute l'assurance nécessaire ; consciemment ou inconsciemment, il a donné à ce qui s'est passé un caractère exemplaire ; on en devine bien l'une des raisons : le Gouvernement a marqué avec d'autant plus de soin les suites institutionnelles d'élections législatives sous la V^e République qu'il ne pouvait, sans doute pas, ne pas songer à ce qu'auraient pu être les problèmes au cas où ces élections auraient amené un changement de majorité.

Marceau LONG.

LE SURSIS A EXECUTION DES DECISIONS ADMINISTRATIVES

Evolution récente et perspectives



par HUBERT AMIEL

Docteur en Droit,
Assistant à l'Université de Droit,
d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille

Les recours contentieux formés devant les juridictions administratives ne sont pas suspensifs, sauf dispositions législatives spéciales⁽¹⁾. Par conséquent, les actes administratifs attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir sont exécutés jusqu'à ce que le juge se prononce sur le fond du litige⁽²⁾. De même les décisions rendues par les juridictions s'appliquent immédiatement nonobstant l'exercice des voies de recours⁽³⁾. Ces solutions sont juridiquement fondées sur la présomption de légalité qui s'attache à l'acte unilatéral et sur l'autorité de chose jugée des décisions juridictionnelles.

(1) On peut relever en particulier les dispositions suivantes : les recours contre les retraits d'agrément des Compagnies d'Assurances et de Capitalisation (Décret du 14 juin 1938), les recours contre les décisions de la commission départementale relatives au classement des chemins vicinaux ordinaires (art. 86 de la loi du 10 août 1871), l'opposition aux états exécutoires (art. 54 de la loi du 13 avril 1898). On constatera que ces matières ne constituent qu'une faible partie des recours contentieux.

(2) Voir sur cette question : LAVAU : « Du caractère non suspensif des recours devant les tribunaux administratifs », R.D.P., 1950, pp. 777 et suiv.

(3) Sur la comparaison de l'effet non suspensif du recours pour excès de pouvoir et des voies de réformation, voir : M. TOURDIAS : « Le sursis à exécution des décisions administratives », L.G.D.J., 1957, Paris. En sens contraire, cf. : Ch. DEBBASCH : « Procédure administrative contentieuse et procédure civile », L.G.D.J., 1961, Paris, pp. 302-303.

M. DEBBASCH, à la différence de M. TOURDIAS, critique l'usage d'une même expression pour désigner deux procédures sans rapport entre elles : sursis à exécution d'une décision administrative et sursis à exécution d'une décision de justice. « Dans le premier cas, l'urgence seule justifie la mesure demandée, l'instance déjà formée, ou éventuelle n'est là que pour attester l'existence d'un litige. Dans le second, l'existence de l'instance constitue l'élément générateur de la mesure de suspension prise par le juge ou ordonnée par la loi ».

Mais l'application rigoureuse du principe conduirait à priver les administrés d'un recours effectif lorsque la mise en vigueur de la décision emporte un préjudice irréparable. Aussi est-il tempéré par la procédure du sursis à exécution qui permet au requérant d'assortir ses conclusions principales d'une requête tendant à suspendre l'exécution de l'acte ou de la décision jusqu'à ce que le juge ait statué sur le fond du litige⁽⁴⁾. La procédure du sursis apparaît donc comme un échec à la règle du caractère exécutoire des actes administratifs, qui est une donnée de base de notre droit public et au principe de l'effet non suspensif des voies de recours, trait commun à l'appel et au pourvoi en cassation portés devant le Conseil d'Etat.

La faculté d'accorder le sursis à exécution a été reconnue au Conseil d'Etat par le décret du 2 juillet 1806, dont l'art. 3 disposait : « Le recours au Conseil d'Etat n'a pas d'effet suspensif, sauf s'il n'en est autrement ordonné par

(4) Sur le sursis à exécution, voir : M. TOURDIAS, thèse, op. cit. ; GLELE : « Le sursis à exécution d'une décision négative », D. 1969, p. 161 et suiv. ; Y. GAUDEMET : « Remarques à propos du sursis à exécution des décisions administratives », R.D.P., 1973, pp. 385 et suiv. ; R. DRAGO, note ss. arrêt Ferrandiz Gil Orteza, R.D.P. 1975, pp. 278 et suiv. ; DAUSSIN-CHARPENTIER, note sous T.A. de Nice, 6 juin 1975, A.J.D.A., 1976, pp. 98-99 ; J.-J. GLEIZAL : « Le sursis à exécution des décisions administratives, théorie et politique jurisprudentielle », A.J.D.A., 1975, pp. 381 et suiv. ; J.-M. AUBY et R. DRAGO : « La réforme du Conseil d'Etat » (Décrets du 26 août 1975) ; R.D.P. 1975, pp. 1.503 et suiv. ; R. DRAGO : note sous arrêt Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame, R.D.P. 1976, pp. 903 et suiv. ; Sur le sursis en matière fiscale, voir DRAGO, note sous arrêt du 17 décembre 1976, Dame X, req. n° 01 692, R.D.P., 1977, pp. 679 et suiv.

la section du contentieux ou par l'Assemblée plénière». Les dispositions de ce texte, qui réservaient l'octroi du sursis aux seules formations les plus élevées, ont été étendues aux sous-sections réunies du Conseil (5) et aux tribunaux administratifs. Ces derniers sont habilités à priver un acte administratif de son caractère exécutoire par l'art. 9 du décret du 30 septembre 1953, qui prescrit que «le recours devant le tribunal administratif n'a pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par le tribunal à titre exceptionnel».

Malgré les dispositions restrictives de ces textes, on est porté à se demander si la procédure du sursis à exécution conserve encore aujourd'hui son caractère exceptionnel. En effet, l'examen de l'évolution de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat, et l'analyse des dernières dispositions réglementaires (6) font percevoir l'élargissement du domaine d'application d'une procédure dont les justiciables réclament de plus en plus souvent le bénéfice. Désormais, le sursis est accordé plus libéralement et à la suite d'une instance simplifiée.

Assiste-t-on alors à une mutation profonde de la finalité même du sursis ? Conçu à l'origine comme un moyen marginal, il apparaît aujourd'hui comme la contrepartie de l'extension des activités administratives et comme une amélioration du fonctionnement et de l'efficacité des juridictions de l'ordre administratif. Soulignons enfin que s'il est difficile d'évaluer la portée exacte de ces mutations et leur évolution probable, il est en revanche certain que le processus est irréversible. Il ne semble plus possible de priver les administrés d'un recours qui confère à la justice l'efficacité dont elle ne doit jamais se départir. Pour conserver à la procédure du recours pour excès de pouvoir la réputation qui est la sienne, il convient d'accorder le sursis au requérant qui présente au juge des moyens d'annulation sérieux et qui risque de subir un préjudice difficilement réparable si l'acte attaqué est exécuté par l'administration.

I. — L'EVOLUTION DES CONDITIONS DU SURSIS A EXECUTION

Les décisions du Conseil d'Etat les plus récentes maintiennent les conditions dégagées par le Commissaire du Gouvernement MARGUERIE et fixées par une jurisprudence maintenant abondante (7). On remarquera tout de même que la Haute Assemblée a renversé l'ordre de l'examen de ces conditions. Désormais le juge s'assure en premier lieu que le requérant produit des moyens sérieux à l'appui de son recours au fond avant de prendre en considération la gravité du préjudice (8). En revanche, on aperçoit une évolution importante de la jurisprudence à la lecture d'arrêts

(5) Décret n° 75-731 du 26 août 1975, art. 14 : «... le sursis peut être ordonné à la demande du requérant, par les sous-sections réunies, par la section ou par l'Assemblée du contentieux, si l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée...».

(6) Pour une analyse de ces dispositions, voir : AUBY et DRAGO : «La réforme du Conseil d'Etat», R.D.P., 1975, pp. 1.503 et suiv.

(7) Conclusions MARGUERIE, sous C.E.S., Soeurs Hospitalières de l'Hôtel-Dieu de Paris, 23 novembre 1888, R. p. 874.

(8) La condition relative à la protection d'un intérêt général ou d'ordre social n'apparaît plus dans la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat. En fait, cette condition, soulignée dans l'arrêt «Soeurs Hospitalières de l'Hôtel-Dieu» n'a jamais été véritablement exigée par le Juge administratif dans sa jurisprudence ultérieure. Voir cependant, en sens contraire : LAVAU, op. cit.

rendus ces dernières années (9). Il apparaît en effet que si l'exigence relative aux moyens conserve toute sa rigueur, les formules retenues pour qualifier le préjudice s'assouplissent progressivement.

L'art. 54 du décret du 30 juillet 1963 dispose en effet que le sursis ne peut être accordé que «si les moyens énoncés dans la requête paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée». Cette formule, reprise dans les décisions du Conseil d'Etat, permet au juge de s'assurer que le sursis n'est pas intenté dans un but purement dilatoire. Mais elle peut s'interpréter de différentes façons, laissant au juge un large pouvoir d'appréciation. On doit alors se demander si l'interprétation de la Haute Assemblée est restée figée ou, au contraire, si elle a subi une évolution. A l'origine de la jurisprudence, dans un arrêt BUSSIERES (10), le Conseil d'Etat se réfère implicitement aux moyens soulevés dans le recours principal. Et dans ses conclusions, le Commissaire du Gouvernement MARGUERIE en fait une condition obligatoire, même si les termes de l'arrêt ne le mentionnent pas expressément. Cependant, des arrêts rendus par la Haute Assemblée imposent une condition plus rigoureuse en exigeant que les moyens soient non seulement sérieux, mais fondés (11). La différence entre un moyen sérieux et un moyen fondé est capitale si on admet que le moyen seulement sérieux est de nature à entraîner l'annulation de la décision attaquée dans le recours au fond, alors que le moyen fondé est celui que le juge ne pourra pas ne pas retenir. Il semble bien que l'exigence quant au moyen soit renforcée dans la jurisprudence récente.

Initialement en effet, le Commissaire du gouvernement DETTON (12) et le Commissaire du gouvernement DAYRAS (13) s'accordaient pour reconnaître que la formation chargée de statuer sur la demande de sursis ne devait prononcer qu'après avoir examiné les moyens du recours principal, sans pour autant appeler l'affaire au fond. Il pouvait donc y avoir divergence d'interprétation sur la valeur des moyens entre la formation jugeant la demande de sursis et celle chargée d'examiner l'affaire au fond.

La conséquence immédiate de cette exigence souple était de permettre au juge statuant au fond, de rejeter le recours bien que le sursis ait été accordé, sans désavouer la décision sur le sursis. En effet, un moyen sérieux peut ne pas être retenu (14).

En revanche, dès lors que le moyen doit être fondé, il ne semble plus possible de concevoir une contradiction de décision. On peut en effet se demander si l'arrêt de sursis ne préjuge pas juridiquement la solution qu'adoptera

(9) L'évolution est marquée par les formules retenues par le Conseil d'Etat. Ainsi, dans l'arrêt «Soeurs Hospitalières de l'Hôtel-Dieu», il soulignait que «s'il était procédé à l'exécution provisoire de l'arrêté attaqué et que celui-ci vint ensuite à être annulé, il pourrait en résulter des difficultés graves, préjudiciables aux intérêts même d'un service public». Au contraire, dans la jurisprudence contemporaine, la Haute Assemblée se limite à mentionner que l'acte «présente, dans les circonstances de l'affaire, un caractère de nature à justifier le sursis à exécution» et qu'un «moyen sérieux au moins est de nature à justifier l'annulation» (C.E., Assemblée, 19 décembre 1975, Préfet de Paris contre Marché Saint-Germain, A.J.D.A., 1976, pp. 422 et suiv. concl. Franc).

(10) Conseil d'Etat, 22 avril 1872, R. p. 244.

(11) Conseil d'Etat, Association des Sports Randenay, A.J.D.A., 1955, p. 289, concl. Laurent; 23 juin 1972, Ministre de l'Equipement et du Logement contre Thibault, R. p. 488.

(12) Concl. sous Conseil d'Etat, 27 novembre 1936, Mouvement Social Français des Croix de Feu, R. p. 39, Sirey 1937, 3, 14.

(13) Concl. sous Conseil d'Etat, 12 novembre 1938, Chambre Syndicale des Constructeurs d'Avions, R. p. 840, Sirey 1939, 3, 63.

(14) Voir notamment : Mouvement Social Français des Croix de Feu, précité; Conseil d'Etat, 4 février 1966, J.C.P. 1966, II, 14.610, note M.T.

le Conseil d'Etat lorsqu'il statuera sur le recours principal. C'est dans ce sens que s'est orienté M. le Président ODENT lorsqu'il écrit que «le Conseil d'Etat ne consent à ordonner le sursis que s'il est convaincu du bien fondé de la requête (15)». On est alors en droit de s'interroger sur l'utilité d'un examen de l'affaire au fond, et surtout de se demander quelle sera la liberté d'appréciation d'un tribunal administratif statuant sur la requête principale après que le Conseil d'Etat ait accordé le sursis à l'exécution de la décision attaquée. En réalité, la position de la Haute Assemblée semble beaucoup plus nuancée, d'autant que la réforme du Contentieux de 1953 introduisit un élément nouveau, en donnant la possibilité aux tribunaux administratifs de prononcer le sursis à exécution.

Au cours de l'année 1954, les juridictions du premier degré accordèrent le sursis très libéralement et provoquèrent une réaction du Conseil d'Etat qui infirma un grand nombre de décisions (16). C'est pour cette raison que les tribunaux administratifs adoptèrent une jurisprudence très rigoureuse, n'accordant le sursis que lorsqu'un moyen d'annulation présentait un caractère très sérieux et même fondé.

Mais cette tendance n'a pas été confirmée par la Jurisprudence ultérieure. En effet, le Conseil d'Etat a considérablement assoupli la condition relative aux moyens d'annulation. La jurisprudence récente montre qu'un équilibre a été établi entre la conception initiale du sursis à exécution accordé dès lors que le requérant présente des moyens sérieux et la thèse selon laquelle les moyens doivent être fondés et ne laisser aucun doute quant à l'issue du procès. Dans plusieurs décisions, les formules retenues par la Haute Assemblée ne mentionnent plus le caractère sérieux (17), mais précisent qu'«en l'état de la procédure, l'un au moins des moyens invoqués à l'appui de la requête est de nature à justifier une demande de sursis à exécution» (18). Mais le recours à une formule aussi imprécise, voire arbitraire, permet plusieurs interprétations. On peut ainsi penser que la thèse consacrée par le Conseil d'Etat est plus libérale et permet d'octroyer le sursis à exécution dès lors que les moyens soulevés ne sont manifestement pas dénués de fondement. Certes, le Conseil d'Etat ne paraît pas admettre cette théorie sans restriction. Mais il semble bien ne plus exiger que le moyen soit suffisamment sérieux pour conférer des chances de succès au recours au fond. C'est du moins l'expression qui ressort de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt Ministre des Finances contre Crédit Coopératif Foncier (19). Dans cette décision, la Haute Assemblée se satisfait d'un moyen susceptible d'amener l'annulation de l'acte attaqué, ce qui est une exigence moindre que le moyen fondé ou même simplement sérieux.

Cette libéralisation de la jurisprudence du Conseil d'Etat se confirme dans une évolution qui se dégage de décisions récentes (20). Dans certains arrêts en effet, le juge a renversé la charge de la preuve quant à la qualité du moyen soulevé dans le recours au fond. C'est l'administration qui doit prouver le manque de fondement du recours au fond pour justifier l'annulation de l'acte attaqué quand les juges du premier degré ont accordé le sursis à exécution. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a décidé que «si le Ministre allègue que ce moyen ne présente pas un caractère sérieux, il n'apporte à l'appui de son alléguation aucune précision de nature à infirmer l'appréciation faite par le

tribunal administratif»; on peut alors déduire qu'à partir du moment où la demande de sursis n'est pas présentée dans un but purement dilatoire et dès lors qu'un des moyens du recours principal paraît «de nature à justifier l'octroi du sursis à exécution», c'est à l'administration qu'il incombe de faire la preuve que ce moyen n'est pas sérieux.

La solution adoptée par le Conseil d'Etat paraît logique. En effet, si le juge compétent pour accorder le sursis à exécution vérifiait la qualité des moyens, il devrait se livrer à un véritable prédélibéré et empiéterait ainsi sur les compétences du juge du litige principal. Et la jurisprudence en matière de décisions intéressant l'ordre public donne un intérêt pratique évident à cette limite : le Conseil d'Etat peut être saisi d'une demande de sursis alors que l'affaire, au fond, reste de la compétence du Tribunal administratif. Cette remarque explique que les tribunaux administratifs se montrent parfois plus rigoureux que le Conseil d'Etat pour admettre que le moyen est de nature à justifier le sursis. Et pour permettre au juge d'appel d'exercer son contrôle, les jugements mentionnent la teneur du moyen soulevé à l'appui du recours. On a constaté alors que les expressions utilisées par les juges du premier degré permettaient de souligner que le recours principal devait non seulement être fondé sur des moyens sérieux, mais encore avoir des chances incontestables de succès (21). Puis leur jurisprudence s'est progressivement alignée sur celle du juge d'appel et ils ont pu retenir tout moyen qui n'est pas manifestement dépourvu de fondement (22). Cependant, l'examen de cette jurisprudence conduit à penser qu'ils n'accordent le sursis qu'avec une certaine prudence tenant à la condition relative aux moyens. Une décision du Tribunal administratif de Bordeaux met en évidence cette rigueur. Il a en effet subordonné l'octroi du sursis à exécution d'une décision administrative à la réunion «de moyens tenant tant à la régularité de la procédure suivie, qu'à la légalité du fond de l'arrêté» (23).

Ainsi, si lors de la réforme du contentieux, le Conseil d'Etat a été amené à tempérer les tribunaux administratifs, depuis une dizaine d'années sa jurisprudence est plus libérale. On le constate également pour la condition relative à la gravité du préjudice.

La condition relative à l'existence et à la gravité du préjudice marque l'étendue de l'évolution jurisprudentielle. Initialement, le Conseil d'Etat exigeait la preuve d'un préjudice irréparable. A l'heure actuelle, le juge a atténué la rigueur de cette condition en n'imposant plus qu'un préjudice simplement difficilement réparable dès lors qu'un moyen sérieux est produit à l'appui du recours au fond (23 bis).

Bien qu'au début du XIX^e siècle le juge se révèle très libéral pour admettre la présence de cette condition, sa jurisprudence devient progressivement plus rigoureuse pour aboutir à la stricte exigence d'un préjudice manifestement irréparable. Il subordonne l'octroi du sursis à exécution d'une décision administrative à la présence d'un tel préju-

(19) Conseil d'Etat, 1^{er} octobre 1954, R. p. 492.

(20) Voir notamment : Conseil d'Etat, 24 juin 1961, Ministre de l'Agriculture contre Claquin, R. P. 259.

(21) Tribunal Administratif de Toulouse, 8 avril 1954.

(22) Tribunal Administratif d'Alger, 8 juin 1954, Dlle Goffard et autres contre Ville d'Alger, Tribunal administratif de Caen, 28 avril 1978, Le Monde, 30 avril-2 mai 1978.

(23) Tribunal Administratif de Bordeaux, 24 janvier 1962.

(15) R. ODENT : «Contentieux administratif», cours I.E.P., Paris, 1971-1972, p. 919.

(16) Cf. TOURDIAS, thèse, op. cit.

(17) Conseil d'Etat, 13 juillet 1956, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement contre Société Rhône-Poulenc, R. p. 347.

(18) Conseil d'Etat, 28 juin 1974, Gallot et autres, R. p. 381.

dice dès 1829⁽²⁴⁾. Ultérieurement la Haute Assemblée apportera des précisions sur cette notion sans toutefois amorcer un revirement de sa jurisprudence initiale. Ainsi, dans un arrêt LHUILLIER, le juge n'accorde le sursis que parce que « la démolition aurait pour conséquence de priver les requérants d'une façon définitive et irrévocable des avantages qu'ils tiennent de l'art. 5 de la loi du 2 janvier 1907 »⁽²⁵⁾. Le Conseil d'Etat ne pouvait mieux préciser que le préjudice irréparable est bien celui qu'il est absolument impossible de réparer, ou qu'une compensation en argent ne saurait atténuer. Plus simplement l'idée « d'impossibilité de reconstituer » sera le fondement de deux arrêts relatifs à la protection des perspectives monumentales⁽²⁶⁾.

Mais le Conseil d'Etat va assouplir sa position initiale. Dans l'arrêt Mouvement social des Croix de Feu⁽²⁷⁾, il admet que l'interruption du fonctionnement d'œuvres sociales constitue un préjudice irréparable. L'année suivante il ordonne le sursis à exécution de deux décisions administratives venant réformer les conditions de travail dans des établissements thermaux. Et les motifs des arrêts semblent consacrer l'abandon du préjudice irréparable au profit du simple préjudice important et difficile à modifier. Il décide en effet que le sursis doit être ordonné dans la mesure où l'application de l'arrêté attaqué aurait pour conséquence immédiate l'institution dans l'industrie que représente la chambre syndicale requérante d'un état de fait qui entraînerait des changements importants dans les conditions de fonctionnement de ladite industrie et qu'il serait pratiquement très difficile de modifier de nouveau au cas où l'arrêté dont s'agit viendrait à être ultérieurement annulé⁽²⁸⁾.

Dans cette espèce le Conseil d'Etat a estimé qu'il serait difficile à un employeur de revenir sur des avantages accordés à ses salariés. On perçoit alors une évolution très nette dans la jurisprudence de la Haute Assemblée. S'il est certes difficile de priver des salariés d'avantages acquis cela n'est cependant pas matériellement impossible : ce n'est que difficile et malgré tout, cela justifie l'octroi du sursis à exécution de la décision attaquée.

A partir de ces nouvelles données les auteurs ont proposé des définitions du préjudice susceptibles d'ouvrir droit au sursis à exécution. Et malgré l'évolution de la jurisprudence les définitions doctrinales restent encore trop restrictives⁽²⁹⁾.

(23 bis) L'ordre dans lequel le juge examine les conditions du sursis ne semble pas immuable. A l'origine, c'est la condition relative aux moyens qui, la première, est prise en considération. Mais, vers 1955, des arrêts permettent de constater que cet ordre a été renversé et que le juge vérifie d'abord la gravité du préjudice. (Conseil d'Etat, 19 janvier 1955, Préfet de la Seine, R. p. 35 ; 3 février 1956, Petalas, R. p. 44). A l'heure actuelle, la Haute Assemblée ne semble pas attacher une importance capitale à cet ordre et emploie des formules dont la teneur ne permet pas de préciser l'économie de son raisonnement. Cf. Concl. Heurté sous T.A. de Marseille, 7 octobre 1955, A.J.D.A., 1955, II, 288.

(24) Conseil d'Etat, 30 décembre 1829, COGNET ; 14 février 1834, Commune de Bray-en-Singlay.

(25) Conseil d'Etat, 7 mars 1913, L'HUILLIER, R. p. 323.

(26) Conseil d'Etat, 27 juin 1930, Sieur FENAILLE et autres, R. p. 668 ; 27 décembre 1938, R. p. 985.

(27) Conseil d'Etat, 17 juillet 1936, Mouvement Social des Croix de Feu, précité.

(28) Conseil d'Etat, 9 juin 1937, Union des Etablissements Thermaux et des Stations Climatiques de France, R. p. 578 ; 12 novembre 1938, Chambre syndicale des constructions de moteurs d'avion, R. p. 840.

(29) La doctrine définit strictement la gravité du préjudice. Ainsi M. DEBBASCH (Contentieux administratif, Précis Dalloz, 1975), p. 454 souligne que « la conception actuelle de la suspension de l'activité de l'administration ne peut être comparée au référé civil... » Et l'auteur d'ajouter que l'on ne peut nier que le sursis n'est ordonné que pour éviter de causer un préjudice irréparable à un requérant. Cette mesure d'urgence reste donc exceptionnelle. MM. AUBY et DRAGO soulèvent la difficulté pour qualifier le préjudice. Ils précisent

On ne peut suivre sur ce terrain le Commissaire du Gouvernement LAURENT lorsqu'il affirme que le dommage irréparable s'entend de celui qui ne peut être « effacé, réparé ou compensé par un procédé quelconque, fut-il indemnitaire », au cas où la décision viendrait à être annulée au fond.

La jurisprudence amène en effet à observer que le Conseil d'Etat n'exige plus la certitude de conséquences irréparables. Il accorde le sursis lorsque la décision de l'administration « risquerait d'entraîner pour le requérant des conséquences difficilement réparables »⁽³⁰⁾. C'est ainsi que le Commissaire du Gouvernement RIGAUD soulignait dans ses conclusions : « Il est clair en tous cas que le Conseil d'Etat n'exige pas toujours que l'exécution de la décision attaquée porte atteinte à un intérêt public ou général. Il est seulement plus sévère, semble-t-il, dans l'appréciation des conséquences d'une décision quand elle froisse un intérêt strictement particulier »⁽³¹⁾.

En admettant la possibilité d'une gradation dans la gravité du préjudice, M. RIGAUD écarte l'exigence d'un préjudice irréparable. En effet, le préjudice est irréparable ou il ne l'est pas. Il n'est pas susceptible de degré. En revanche un préjudice peut être plus ou moins facilement réparable et le juge appréciera s'il est suffisamment grave pour justifier le sursis à exécution de la décision attaquée.

Il ne semble pas cependant que la Haute Assemblée distingue, selon que l'intérêt en jeu est un intérêt public ou un intérêt particulier. En revanche, le juge se montre plus ou moins exigeant selon que l'acte qui fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ou la décision juridictionnelle déferée en appel concerne les libertés publiques ou la protection de la propriété privée ou des intérêts purement matériels.

Les décisions administratives ou juridictionnelles qui mettent en péril le droit de propriété ou un intérêt matériel sont examinées avec moins de bienveillance au cours de l'instance relative au sursis à exécution. Toutefois, l'évolution de la jurisprudence a aussi touché ce domaine. Ainsi, par exemple, en matière de recours en annulation de permis de construire : à de nombreuses reprises la Haute Assemblée a jugé que le préjudice résultant de la construction d'un immeuble qui risque d'apporter à l'état des lieux des changements auxquels il serait pratiquement très difficile de remédier en cas d'annulation du permis de construire, est de nature à justifier le sursis à exécution. Cette jurisprudence a pour origine un arrêt de Section du 17 juin 1955⁽³²⁾. Elle a été confirmée depuis lors à de nombreuses reprises⁽³³⁾. Initialement elle visait à conserver des sites historiques ou présentant un intérêt écologique. Mais elle a été étendue à des cas où l'atteinte est portée à un envi-

que le préjudice peut donner lieu à « autant d'incertitude que par le passé » car les arrêts qui rejettent la demande se contentent d'indiquer que « le préjudice n'est pas de nature à justifier une demande de sursis. (Contentieux administratif, op. cit., no 886). Seul M. le Président ODENT adopte une position plus souple en notant que le préjudice est suffisant dès lors qu'il ne peut être réparé par une indemnité en espèces (Contentieux administratif, op. cit., p. 919).

(30) Conseil d'Etat, 15 avril 1966, Sieur Pennec, R. p. 861 ; 12 juillet 1969, BEHAR, R. p. 919.

(31) Conseil d'Etat, 18 octobre 1957, Dame Moineau, R. p. 993, concl. Rigaud.

(32) Conseil d'Etat, 17 juin 1955, Association des Sports Randena, A.J., 1955, II, 289, Concl. Laurent.

(33) Voir notamment : Conseil d'Etat, 13 juillet 1956, Ministre de la Reconstruction et du Logement, Dalard et E.D.F., R. p. 349, 6 décembre 1961 : Dame veuve Blitte et époux Jacques, R. p. 691 ; 13 juillet 1961, Société Civile Immobilière de la Résidence des Lacs Saint-James, R. p. 1136 ; 2 décembre 1970, Ministre du Logement et de l'Équipement contre Commune des Piscop, R. p. 732.

ronnement plus modeste⁽³⁴⁾. Elle a, en particulier, permis à des communes qui ne présentaient aucun caractère architectural ou naturel particulier, de se prévaloir des atteintes portées à leur plan d'urbanisme par l'octroi de permis de construire manifestement illégaux. Ainsi, dans un arrêt Commune du Grau-du-Roi, le Conseil d'Etat a posé le principe de façon absolue⁽³⁵⁾.

Il serait cependant excessif de prétendre qu'en matière de permis de construire, le Conseil d'Etat en arrive à supprimer la condition relative au préjudice pour ne prendre en considération que celle visant les moyens sérieux d'annulation. La Haute Assemblée a rappelé les limites de son libéralisme. Elle a parfois refusé d'accorder le sursis à exécution d'un permis de construire quand le requérant n'était pas en mesure de prouver que la construction autorisée était de nature à lui causer un simple préjudice⁽³⁶⁾. Cette décision, qui peut paraître aller de soi, mérite d'être mentionnée, car elle rappelle que le préjudice résultant de l'exécution de l'acte attaqué doit être certain. En outre, le Conseil d'Etat a également posé une limite, en estimant qu'un préjudice purement financier ne saurait justifier le sursis à exécution⁽³⁷⁾, puisqu'un préjudice financier peut toujours être réparé.

Cependant, lorsque le dommage porte atteinte à la propriété privée, le Conseil d'Etat se montre de plus en plus libéral. Pourtant, force est d'admettre qu'une atteinte à un bien peut toujours être compensée par l'attribution d'une indemnité. Il n'en demeure pas moins que, dans ce domaine, la juridiction administrative a élargi progressivement le champ d'application de sursis à exécution.

Ainsi, au cours d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, notamment en matière de recours contre l'acte déclaratif d'utilité publique, le sursis à exécution peut être ordonné.

Initialement le Conseil d'Etat ne l'accordait qu'exceptionnellement : quelques légitimes que soient les intérêts privés, la protection de ceux-ci ne pouvait faire obstacle à une opération destinée à satisfaire un intérêt général⁽³⁸⁾. Cette conception semble bien abandonnée ou fortement atténuée. C'est ainsi que la transformation d'un terrain en cimetière serait de nature à compromettre gravement la salubrité des environs et justifie l'octroi d'un sursis⁽³⁹⁾. De même, l'installation d'un établissement incommode, insalubre ou dangereux crée un préjudice provisoire suffisamment grave pour justifier le sursis à exécution⁽⁴⁰⁾. Enfin, la protection des deniers publics a été prise en compte par la Haute Assemblée⁽⁴¹⁾.

Mais c'est dans le domaine des libertés publiques et du respect des droits de la personne que l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat a été la plus nette. En matière d'extradition et d'expulsion d'étrangers le Conseil d'Etat prononce maintenant presque systématiquement le sursis à exé-

(34) Conseil d'Etat, 23 octobre 1959, Société Civile Immobilière « La Canadienne », R. p. 543 ; 4 décembre 1963, Ministre de la Construction contre Segard, R. p. 957 ; 10 juin 1964, Société Saint-Yves, R. p. 970.

(35) C.E., 27 mai 1966, Ministre de la Construction contre Commune du Grau-du-Roi.

(36) Conseil d'Etat, 19 juin 1968, Corrad, R. p. 1.054.

(37) Conseil d'Etat, 8 juillet 1970, Schwetsoff, R. p. 475.

(38) Conseil d'Etat, 21 février 1958, Société des Mines de Garrot, R. p. 122 ; 27 mars 1963, Ministre de la Construction contre Sieur Morel, R. p. 957.

(39) Conseil d'Etat, 31 janvier 1964, Consorts Caffort, R. p. 62.

(40) Conseil d'Etat, 22 juin 1956, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement, contre Sieur Abadie, R. p. 262.

(41) Conseil d'Etat, 12 juin 1959, Ministre des Finances contre Société Raffinerie Havraise, R. p. 365.

cutio. Depuis l'arrêt PETALAS⁽⁴²⁾ il admet implicitement que la liberté individuelle doit l'emporter sur les menaces à l'ordre public⁽⁴³⁾. De même en matière de sanctions administratives ou de mesures à caractères disciplinaires prononcées par une juridiction administrative, le Conseil d'Etat s'oriente vers une extension de la notion de préjudice grave. On peut citer entre autres décisions, l'arrêt Sieur PENNEC. Le sursis à exécution ordonné pour l'exécution d'une mesure disciplinaire prononcée par le Conseil National de l'Ordre des Médecins⁽⁴⁴⁾, confirme la tendance de l'arrêt PENNEC. Enfin, le Conseil d'Etat a estimé que la perte d'une année scolaire ou universitaire était un préjudice suffisant pour justifier un sursis à exécution, en décidant qu'il serait sursis à l'exécution des décisions des Conseils de révision autorisant l'incorporation de jeunes gens⁽⁴⁵⁾.

Telles sont les conditions que pose le Conseil d'Etat pour accorder le bénéfice du sursis à exécution. Ce sont elles qui s'appliquent en principe et qui constituent ce que l'on pourrait appeler le régime du droit commun du sursis. Mais parallèlement à ce régime, le juge administratif a élaboré une jurisprudence récente qui permet de préciser que ces conditions ne sont parfois pas nécessaires ou, au contraire, parfois pas suffisantes.

La présentation traditionnelle du sursis à exécution subordonné à deux conditions — un moyen sérieux et un préjudice difficilement réparable — ne rend pas compte exactement de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Deux limitations doivent être apportées à ce principe. D'une part la réunion des deux conditions n'est pas imposée par le juge dans tous les cas, d'autre part leur cumul n'entraîne pas l'obligation pour le juge d'accorder le sursis à exécution.

Il y a des affaires dans lesquelles le juge administratif peut accorder le sursis seulement si le requérant présente des moyens sérieux à l'appui de sa requête. C'est dans le cas où il est fait appel d'un jugement de tribunal administratif prononçant l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision administrative. L'alinéa 3 de l'art. 54 du décret du 30 juillet 1963 ne pose qu'une seule condition au juge d'appel pour accorder le sursis à l'exécution du jugement : que « les moyens invoqués par l'appelant paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation ou la réformation du jugement attaqué, le rejet des conclusions à fin d'excès de pouvoir accueillies par ce jugement ». Ainsi, le décret de 1963 permet au Conseil d'Etat juge d'appel d'ordonner, qu'il soit sursis à l'exécution d'une décision de justice, même si l'exécution de cette décision n'entraîne pas un préjudice grave et difficilement réparable pour le requérant^(45 bis).

Cette exception peut surprendre. En effet, pourquoi faire une différence entre le sursis à exécution d'une décision administrative et le sursis à exécution d'une décision juridictionnelle ? Mais en fait la disposition réglementaire ne manque pas de logique et de rigueur juridique.

La procédure du sursis à exécution d'un acte administratif permet de faire échec au caractère exécutoire des décisions en en suspendant l'exécution jusqu'à ce que le juge se soit prononcé sur l'affaire au fond. Un principe fondamental du droit public est donc tenu en échec. Au contraire, la procédure prévue par le 3^e alinéa de l'art. 54

(42) Conseil d'Etat, 3 février 1956, Petalas, R. p. 44.

(43) Conseil d'Etat, 11 juin 1976, Moussa Konete, précité.

(44) Conseil d'Etat, 23 juillet 1974, sieur Sultan, R. p. 458.

(45) Conseil d'Etat, 20 novembre 1959, Sieur Jaouen et Sieur Glihsman, R. p. 619 ; 27 novembre 1959, Drevet, R. p. 632 ; 12 juillet 1967, Behar, précité.

(45 bis) Conseil d'Etat, 18 mai 1977, Dame X..., req. no 6.245.

du décret de 1963 permet de rendre à l'acte administratif son caractère exécutoire. Cette explication justifie la différence de régime ; on peut cependant être surpris par le fait qu'il est plus facile d'arrêter l'application d'une décision rendue par un juge, que l'exécution d'un acte administratif qui bénéficie certes d'une présomption de légalité, mais d'une légalité qui est contestée par le requérant.

En fait, cette hypothèse se rencontrera rarement (46). Les conditions qu'elle suppose sont en effet nombreuses et peu vraisemblables : il faut qu'un tribunal administratif ait annulé un acte administratif qui a de très fortes chances d'être légal. Pour cela il faut que les moyens invoqués par l'appelant soient de nature à justifier l'annulation ou la réformation du jugement attaqué et que le Conseil d'Etat rejette les conclusions à fin d'excès de pouvoir accueillies par ce jugement. Il faut enfin que le tribunal administratif n'ait pas statué au fond et que le Conseil d'Etat ne puisse se saisir de l'ensemble du litige.

Ce régime d'exception tend à limiter en réalité le champ d'application du sursis à exécution des décisions administratives. Il permet en effet au juge d'appel d'effacer les effets de l'annulation de l'acte. En rendant son caractère exécutoire à un acte administratif, le Conseil d'Etat va à l'encontre du but visé par la procédure du sursis à exécution des actes administratifs. C'est en ce sens que l'on peut souligner que les dispositions du troisième alinéa de l'art. 54 du décret de 1963 ont les mêmes effets juridiques que la procédure de révocation du sursis prévue au profit du Président de la section du contentieux (47).

Inversement, le Conseil d'Etat n'impose, dans certains cas, que la preuve du caractère irréparable du préjudice sans égard aux moyens. C'est lorsque le sursis est présenté par une collectivité publique appelant d'un jugement qui la condamne à verser une indemnité à une personne insolvable (48). Dans cette hypothèse le sursis est accordé, même si les moyens soulevés par la personne publique ne paraissent pas fondés.

La suppression de cette condition marque une étape dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. A l'origine la Haute Assemblée impose la réunion des deux conditions (49). Mais la volonté de préserver les deniers publics a conduit la juge à accorder le sursis dès lors que l'adversaire de l'administration est réputé insolvable.

Limitée aux personnes morales de droit public, le juge a enfin étendu le bénéfice de cette jurisprudence à tous les organismes chargés de gérer un service public (50).

Ces hypothèses permettent de constater que le juge accorde le sursis à exécution d'une décision juridictionnelle plus facilement que le sursis à exécution d'un acte administratif. Cette tendance semble se renforcer depuis que le Conseil d'Etat a rappelé que le sursis à exécution d'un acte administratif n'était jamais un droit, même lorsque les deux conditions relatives au préjudice et aux moyens étaient réunies.

(46) Conseil d'Etat, 19 novembre 1948, Chambre des Métiers de la Vienne, R. p. 436.

(47) Cf. III^e partie.

(48) Conseil d'Etat, section, 12 juin 1959, Ministère des Affaires Economiques et Financières contre Société Raffinerie Pavraise, R. p. 365 ; section, 15 mars 1963, Centre Hospitalier Régional de Grenoble contre Bosse, R. p. 173, D. 1963, p. 597, note Lindon, R.D.P., 1963, p. 1026, note Waline.

(49) Conseil d'Etat, section, 1^{er} avril 1938, Ville de Bône, R. p. 337 ; Assemblée, 19 novembre 1948, Chambre des Métiers de la Vienne, précité.

(50) Conseil d'Etat, section, 4 mars 1960, Conseil National de l'Ordre des Médecins contre Grumberg, R. p. 177.

Dans un arrêt Association de sauvegarde du Quartier Notre-Dame à Versailles, le Conseil d'Etat a décidé que, même lorsque les conditions fixées par l'alinéa 4 de l'art. 54 du décret du 30 juillet 1963 sont remplies, « il appartient au juge administratif d'apprécier, dans chacun des cas qui lui sont soumis, s'il y a lieu d'ordonner le sursis à exécution de la décision attaquée, faisant ainsi échec au caractère exécutoire des décisions administratives, dont le principe est rappelé par l'art. 48 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 » (51).

L'examen de la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat indique que la position de la Haute Assemblée est nouvelle et que c'est la première fois qu'elle se reconnaît compétente pour apprécier l'opportunité du sursis à exécution de la décision administrative attaquée devant le juge de l'excès de pouvoir. Il s'agit certes de juger l'opportunité d'ordonner le sursis si les conditions sont réunies, et non de l'ordonner dans l'hypothèse où elles ne seraient pas remplies. Quand il ordonne qu'il soit sursis à l'exécution d'un jugement, la formation contentieuse mentionne toujours la présence de deux conditions (52). Mais cette jurisprudence qui, jusqu'à présent, n'a pas eu de suite, ne va pas sans poser de problèmes, sauf sans doute en ce qui concerne ses fondements juridiques.

L'alinéa 4 de l'art. 54 du décret du 30 juillet 1963 dispose en effet que le sursis « peut être ordonné... si l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée ». L'analyse de ce texte implique que le juge subordonne l'octroi du sursis par le Conseil d'Etat à la réunion de ces deux conditions, mais en laissant un pouvoir d'appréciation au juge par le seul recours à la formule « peut être ordonné ». Il semble évident que si le juge peut, c'est qu'il n'a pas l'obligation et conserve la liberté de le refuser. Cette interprétation va d'ailleurs dans le sens du caractère exceptionnel du sursis à exécution et du respect du principe de la décision exécutoire.

A l'appui de la décision du Conseil d'Etat on peut également soulever le principe de l'examen particulier des circonstances, qui s'applique non seulement aux autorités administratives, mais aussi aux juridictions administratives (53). On peut alors se demander pourquoi l'application de cette règle s'imposait aux juridictions statuant au fond et non à celles jugeant une requête aux fins de sursis à exécution.

On peut, certes, désapprouver par des considérations de fait la régression que l'on constate dans la jurisprudence Association de défense du quartier Notre-Dame à Versailles, mais force est d'admettre que le raisonnement du Conseil d'Etat est irréfutable et conforme à l'esprit même de la procédure du sursis à exécution.

Mais le problème essentiel reste posé : dans quels cas le juge administratif accordera-t-il le sursis lorsque les conditions réglementaires sont réunies ? A la lecture de l'arrêt, il semble bien que le juge oppose son pouvoir discrétionnaire à la compétence de l'administration. Mais les faits de l'arrêt peuvent apporter une réponse différente,

(51) Conseil d'Etat, Assemblée, 13 février 1976, R. p. 100, A.J.D.A., 76, 300, chr. Nauwelaers et Fabius ; R.D.P., 1976, p. 903, note Drago.

(52) Conseil d'Etat, Assemblée, 11 juin 1976, Sieur Moussa Konate, R. p. 321, A.J.D.A., 1976, p. 582, concl. Genevoix.

(53) Conseil d'Etat, 28 février 1936, Société Travaux Industriels pour l'Electricité Trindal, R. p. 263 ; Section 231, mal 1963, X..., R. p. 346.

car si le Conseil d'Etat avait accordé le sursis à exécution de la décision attaquée, il en aurait résulté la paralysie d'un service public. C'est donc la protection de l'intérêt général qui déterminerait la position du juge. Mais en réalité on arrive à un paradoxe : le juge estime que le préjudice est irréparable ou au moins difficilement réparable et que l'acte administratif est vraisemblablement illégal, et il refuse d'accorder le sursis, sachant que lorsque l'affaire sera appelée au fond il ne sera plus possible de remédier aux effets de l'acte illégal. Il était plus simple de regarder le préjudice comme réparable pour rejeter la demande de sursis (54) à moins que le juge n'ait souhaité établir cette jurisprudence pour rappeler le caractère exceptionnel du sursis aux tribunaux administratifs.

L'art. R 96 du Code des Tribunaux administratifs régissant la procédure du sursis à exécution devant ces juridictions est rédigé en des termes différents du décret de 1963 relatif au Conseil d'Etat. Ce texte dispose en effet que « la requête devant le tribunal administratif n'a pas d'effets suspensifs, s'il n'en est ordonné autrement par le tribunal à titre exceptionnel ».

En premier lieu l'article ne mentionne pas l'existence de conditions. Mais la jurisprudence du Conseil d'Etat a étendu les conditions énoncées dans le décret de 1963 (55). En second lieu si le texte prévoit bien que le sursis doit conserver un caractère exceptionnel, il ne précise pas si le tribunal peut ou doit accorder le sursis quand les conditions sont réunies.

On doit cependant relever des éléments qui permettent de penser que le tribunal administratif a les mêmes pouvoirs que le Conseil d'Etat. D'une part, dans l'arrêt Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame, la Haute Assemblée vise « le juge administratif » et non le seul Conseil d'Etat. D'autre part, si l'article R. 96 du Code des Tribunaux Administratifs dispose que le sursis à exécution conserve un caractère exceptionnel lorsqu'il est prononcé par le Tribunal, cela implique que le Juge doit conserver sa liberté d'appréciation pour ordonner ou refuser le sursis. La seule limite apportée aux pouvoirs du juge du premier degré vise les décisions intéressant l'Ordre public. Mais dans ce domaine, la jurisprudence du Conseil d'Etat a modifié le régime du sursis à exécution.

II. — LE SURSIS A EXECUTION DES DECISIONS ADMINISTRATIVES INTERESSANT L'ORDRE PUBLIC

Les pouvoirs des Tribunaux Administratifs pour ordonner le sursis à exécution des actes administratifs ont été limités par l'art. R. 96 du Code des Tribunaux administratifs, qui dispose que : « En aucun cas le Tribunal ne peut prescrire qu'il soit sursis à l'exécution d'une décision intéressant l'Ordre public (56). Ainsi, les matières que la réforme du contentieux de 1953, modifiées par le décret du 28 janvier 1969, ont placées dans la compétence des Tribunaux administratifs, pour en connaître en premier ressort et intéressant l'ordre public, ne peuvent plus faire l'objet d'une demande de sursis à exécution. Une requête à cette fin ne peut être, en effet, présentée devant le Tribunal, ni devant le Conseil

(54) On relève de nombreux arrêts où le juge estime que le préjudice n'est pas de nature à justifier l'octroi du sursis, alors que, traditionnellement, le préjudice est regardé dans ces domaines, comme irréparable. Voir : Conseil d'Etat, 27 mars 1963, Ministère de la Construction contre Morel, A.J.D.A., 1963, p. 497, concl. Henry, et la jurisprudence citée.

(55) Conseil d'Etat, 11 juin 1976, Moussa Konate, précité.

(56) Décret n° 69-87 du 28 janvier 1969, devenu art. R. 96, § 2 du Code des Tribunaux administratifs.

d'Etat, Juge d'appel, en vertu du principe selon lequel le Juge d'appel ne peut posséder plus de pouvoir que le Juge de première instance. Cette réforme avait entraîné, en matière de sursis à exécution, des décisions administratives intéressant l'ordre public, un véritable délit de justice qui a pu être considéré, à juste titre, comme une « véritable régression du droit » (57).

Pour tempérer les effets des dispositions nouvelles du Code des Tribunaux administratifs, le Conseil d'Etat avait considérablement réduit la notion d'Ordre public qui, par ailleurs, n'était définie dans aucun texte. Mais désormais, le Conseil d'Etat adopte une position beaucoup plus audacieuse en estimant, depuis un arrêt d'Assemblée du 24 juillet 1974, Ferrandiz Gil ORTEGA (58), que les décisions administratives de la compétence en premier ressort des Tribunaux administratifs et intéressant l'Ordre public, peuvent faire l'objet d'une demande de sursis devant le Conseil d'Etat statuant en premier et dernier ressort.

Ainsi, la Jurisprudence Ferrandiz Gil ORTEGA met fin à une situation défavorable aux administrés. Confirmée à plusieurs reprises elle semble désormais bien établie, mais n'est pas exempte, pour autant, de toute critique (59).

S'il était, en effet, regrettable que la réforme du contentieux de 1953 ait exclu la faculté pour les Tribunaux administratifs d'ordonner le sursis à exécution des décisions intéressant l'ordre public, la solution retenue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 24 juillet 1974 donne une interprétation des textes qui ne peut être admise.

L'argumentation de la Haute Assemblée se fonde sur le fait que l'article R. 96 du Code des Tribunaux administratifs n'a pas eu pour effet « de priver les justiciables de la faculté qu'ils tenaient de l'art. 48 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, de demander qu'il soit sursis à l'exécution « des décisions intéressant l'ordre public et relevant de la compétence du Tribunal administratif en premier ressort. Par conséquent, si le tribunal ne peut ordonner le sursis, la décision relève du Conseil d'Etat.

Cette interprétation des textes ne peut être admise, car elle néglige le principe selon lequel le décret de 1953 a fait du Conseil d'Etat un juge d'attribution et des tribunaux administratifs, les juridictions de droit commun en matière administrative. En effet, les compétences du Conseil d'Etat sont limitativement énumérées par le décret du 30 septembre 1955 (60) ou par des textes spéciaux (61). En

(57) Cf. compte rendu du 1^{er} Congrès du Syndicat de la Juridiction administrative, Le Quotidien Juridique, 10 janvier 1974.

(58) Conseil d'Etat, Assemblée, Ferrandiz Gil Ortega, R. p. 448, A.J.D.A., 74, 423, Chr. Franc et Boyon, R.D.P., 1975, p. 278, note Drago.

(59) Conseil d'Etat, Section, 13 juin 1975, sieurs Beaume et Cimmino, R. p. 352, A.J.D.A., 1975, p. 326, chr. Nauwelaers et Fabius, p. 300 ; Section, 23 janvier 1976, Dame Le Muzic, A.J.D.A., 1976, p. 154, R. p. 55, concl. Rougevin-Baville.

(60) Alinéa 2 de l'art. 2 du décret du 30 septembre 1953 dispose : « Toutefois le Conseil d'Etat reste compétent pour connaître en premier et dernier ressort : « Soit l'énumération des compétences justifiées, soit par la nécessité d'assurer un juge unique à des recours contre des actes administratifs dont le champ d'application s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif, soit par l'importance des affaires à juger ». En plus du fait que la liste qui suit est limitative, il apparaît que le sursis à exécution des décisions intéressant l'ordre public n'entre dans aucun des motifs de restrictions de la compétence des tribunaux administratifs. Soulignons enfin que l'art. 16 du même décret spécifie que « sont abrogées toutes les dispositions législatives ou réglementaires contraires à celles du présent décret ».

(61) Décrets du 30 juillet 1963, du 13 juin 1966, du 28 janvier 1969 qui sont venus compléter le décret de 1953, et art. 10 de l'ordonnance du 29 décembre 1958 sur les élections au Conseil Economique et Social, art. 1652, 1 à 4, du Code général des Impôts, sur les recours contre les décisions de la Commission Centrale des Impôts directs, recours dirigés contre les décisions administratives prises par les organismes collégiaux à compétence nationale des ordres professionnels, élargi par le décret du 26 août 1975 à tous les organismes collégiaux.

dehors de cette liste exhaustive il ne peut y avoir de compétence de la Haute Assemblée (62). Et si l'on s'en tient à l'intention du législateur, on constate qu'il avait souhaité exclure du champ du sursis à exécution les décisions intéressant l'ordre public, afin de ne pas paralyser l'action de l'administration en matière de police (63). Ainsi la jurisprudence Ferrandiz Gil ORTEGA semble aller dans le sens contraire des dispositions établies par les textes. Si l'on doit cependant approuver cette solution, il faut cependant souligner qu'il aurait été préférable que ce soit le pouvoir réglementaire qui intervienne et qui abroge la restriction relative à l'ordre public, comme cela a été le cas en matière de référé (64) qui est désormais ouvert, même dans les matières concernant l'ordre et la sécurité publique. En outre, l'intervention du pouvoir réglementaire aurait permis de recourir à une solution plus logique en donnant compétence au tribunal administratif lui-même pour prononcer le sursis à exécution.

La solution adoptée par le Conseil d'Etat est, en effet, critiquable également par les conséquences qu'elle implique. Le juge compétent pour ordonner le sursis est également juge d'appel de la juridiction compétente pour statuer au fond. Cette jurisprudence ignore le principe selon lequel le juge compétent, pour prendre des mesures d'urgence, ne peut avoir plus de pouvoir que le juge compétent pour statuer au fond. De plus les pouvoirs exercés par l'organe chargé de prendre les mesures d'urgence sont exercés pour le compte de la juridiction et ne visent qu'à faciliter la solution ultérieure du litige. Ils ne peuvent donc être de la compétence de deux juridictions différentes. Le sursis, comme le référé, prépare le jugement et ne peut, par définition, relever du juge d'appel du litige au fond.

Enfin, l'arrêt du 23 juillet 1974 présente deux inconvénients d'ordre pratique. En premier lieu il complique la procédure en imposant aux parties de s'adresser à deux juges pour finalement résoudre un seul litige. Il étend le risque de contradiction de décision et rend possible des situations juridiquement anormales. Ainsi, nous pouvons supposer que le Conseil d'Etat accorde le sursis à exécution et que le Tribunal administratif rejette le recours au fond. La Haute Assemblée pourra alors infirmer le jugement et annuler l'acte attaqué. On aura alors un acte administratif qui aura perdu sa force exécutoire du fait de l'octroi du sursis, qui l'aura retrouvée ipso facto à la suite du jugement du tribunal administratif, pour la perdre à nouveau définitivement avec l'arrêt du Conseil d'Etat statuant au fond. Il est certain qu'une telle hypothèse met en évidence l'insécurité des rapports juridiques qui résulte de la jurisprudence Ferrandiz Gil ORTEGA (65).

En second lieu on peut relever que le véritable droit d'évocation qui s'est reconnu le Conseil d'Etat en matière de sursis à exécution limite considérablement la liberté des juridictions du premier degré. Sera-t-il en effet possible à un tribunal administratif d'annuler un acte quand le Conseil d'Etat aura estimé que le requérant ne soulève pas des moyens sérieux à l'appui de sa requête ou, au contraire,

(62) Bien que le Conseil d'Etat comprenne largement ces textes, il a confirmé l'interprétation selon laquelle le décret de 1953 a abrogé tous les textes contraires (Cf. Conseil d'Etat, 17 janvier 1970, Maire de la Commune de Saint-Laurent-l'Abbaye, R. p. 25, A.J.D.A. 1970, 101, concl. G. Guillaume).

(63) Ainsi le législateur a également exclu le recours à la procédure de référé pour les mesures intéressant l'ordre et la sécurité publics (Cf. loi du 28 novembre 1955).

(64) Par le décret du 28 janvier 1969, devenu art. R 102 du Code des Tribunaux administratifs.

(65) Une telle hypothèse n'est en effet pas invraisemblable si on admet que les tribunaux administratifs doivent se livrer à un premier examen des requêtes sans se comporter comme de véritables membres d'une juridiction suprême. Ils doivent se préoccuper plus d'efficacité que de nuances et de perfection et rendre ainsi une justice dans l'intérêt immédiat du requérant. (Sur ce problème, cf. C. Bonifant, Plaidoyer pour les premiers juges, A.J.D.A., 1978, p. 152).

de refuser d'annuler lorsqu'il aura accueilli la demande de sursis, considérant par là que les conditions sont remplies ?

Ainsi, dans toutes les hypothèses que l'on peut envisager, l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 23 juillet 1974 est sujet à critique. Si on doit approuver la volonté de la Haute Assemblée de mettre fin à un déni de justice, il faut cependant souligner que cette réforme aurait dû être faite par voie réglementaire et prévoir que le juge du fond devrait également être compétent pour statuer sur le sursis. Dans ce sens il aurait été possible de disposer que lorsque l'affaire était pendante devant le Tribunal administratif, lui seul pouvait accorder le sursis et que dès lors qu'elle était portée devant le Conseil d'Etat en appel, la Haute Assemblée deviendrait seule compétente pour connaître de la demande pour fins de sursis à exécution. Et, en outre, une telle solution aurait eu le mérite d'écartier la difficulté relative à la définition de la notion d'ordre public.

La distinction entre les décisions intéressant l'ordre public et celles qui y sont étrangères, revêtaient une importance capitale jusqu'à l'arrêt Ferrandiz Gil ORTEGA. En effet, la faculté de prononcer le sursis à exécution en dépendait. Désormais cette distinction permet seulement de déterminer la juridiction compétente pour connaître la demande de sursis. Toutefois, les éléments de cette distinction ne sont pas sans intérêt, d'autant que la jurisprudence récente du Conseil d'Etat montre qu'ils ne sont pas immuables. L'évolution de cette jurisprudence est due à la volonté du juge et du pouvoir réglementaire d'étendre le domaine du sursis à exécution. C'est la raison pour laquelle la notion d'ordre public a été considérablement restreinte.

Elle a d'abord été restreinte par le pouvoir réglementaire qui a substitué l'ordre public au « maintien de l'ordre, de la sécurité et de la tranquillité publics » par l'art. 2 du décret du 28 janvier 1969.

Malgré les hésitations de la doctrine, il apparaît que la notion d'ordre public est plus restrictive que la notion de « maintien de l'ordre de la sécurité et de la tranquillité publics ». C'est ainsi que Monsieur le Président ODENT souligne que les dispositions du décret de 1969 confèrent aux tribunaux administratifs des pouvoirs plus étendus que ceux que le décret du 30 septembre 1933 leur avait attribués (66).

Cette interprétation du décret de 1969 est celle qui a été retenue par le Conseil d'Etat dans une jurisprudence maintenant bien établie et malgré les restrictions soulevées par certains commissaires du gouvernement qui ont pu faire remarquer que la notion d'ordre public englobait et même dépassait les notions de « maintien de l'ordre, de sécurité et de tranquillité publics » (67). La Haute Assemblée ne s'est pas rangée aux conclusions de son Commissaire du Gouvernement en retenant un sens très restrictif pour définir la notion d'ordre public (68).

Ainsi les problèmes posés par l'application des nouvelles dispositions ont été résolus dans un sens favorable à l'extension du sursis à exécution au profit des tribunaux administratifs. Cette solution se fonde juridiquement sur l'idée que l'art. R. 96 nouveau du Code des Tribunaux administratifs interdit au Tribunal de prononcer le sursis à exécution d'une décision tendant à maintenir ou à rétablir l'ordre au sens matériel du terme (69). On est alors loin du contenu des dispositions antérieures qui interdisait l'octroi du sursis par le tribunal administratif pour l'ensemble des mesures

(66) R. ODENT : Contentieux administratif, Cours I.E.P., Paris, 1970-1971, p. 917.

(67) Voir notamment Conclusions VUGHT sous Conseil d'Etat, 8 octobre 1971, Librairie François Maspéro, A.J.D.A., 1971, p. 647.

(68) Conseil d'Etat, 14 mai 1975, Bouchal, R. p. 298 ; Beaumé et Cimmino, concl. Boutet, précité.

(69) Cf. concl. Boutet, précité.

de police (70), même si le Conseil d'Etat avait limité ultérieurement le champ d'application de la restriction prévue par le décret de 1953. L'évolution postérieure à 1963 est beaucoup plus rapide. Elle a été rendue possible parce que la notion d'ordre public laisse au juge administratif une latitude beaucoup plus grande que les notions plus précises de « maintien de l'ordre, de sécurité et de tranquillité publics ». En effet, malgré le recours fréquent à la notion d'ordre public, il apparaît qu'aucun texte, ni qu'aucune décision de justice ne la définit. Le juge administratif avait donc toute latitude pour l'interpréter. Il a choisi de retenir une interprétation restrictive, d'abord pour élargir le domaine d'application du sursis à exécution, ensuite, après l'arrêt Ferrandiz Gil ORTEGA, pour désencombrer le rôle du Conseil d'Etat en confiant la connaissance d'affaires plus nombreuses aux tribunaux administratifs.

La restriction du domaine intéressant l'ordre public se dégage de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat. Si sous l'empire des anciennes dispositions la Haute Assemblée considérait qu'intéressait l'ordre public l'interdiction d'habiter un immeuble menaçant ruine (71), la suspension par l'autorité administrative d'un permis de conduire (72), le retrait d'ouverture d'un établissement classé (73), sa jurisprudence marque une évolution considérable.

Il faut souligner en premier lieu qu'il a dégagé la notion d'ordre public de la notion d'activité de police administrative, en jugeant que le tribunal administratif était compétent pour ordonner le sursis à exécution d'une mesure de police de la circulation (74). De même, si autrefois le Conseil d'Etat estimait que la fermeture de débits de boissons par l'autorité administrative concernait l'ordre public (75) il a décidé désormais qu'« en l'absence de circonstances particulières, les décisions intervenant en application des art. L. 62 et L. 63 du Code des débits de boissons, sont au nombre de celles qui, par leur nature, n'intéressent pas l'ordre public » (76). De même, la section du contentieux a jugé que les interdictions notifiées à des jockeys, de fréquenter les champs de course, « bien qu'elles aient le caractère de mesures de police et non de sanctions, ne sauraient être regardées, dans les circonstances de l'affaire, comme intéressant l'ordre public au sens des dispositions sus-rappelées de l'article R. 96 du Code » (77). Il résulte de ces arrêts du Conseil d'Etat que le juge doit prendre en considération la nature de la mesure et le domaine dans lequel elle intervient et non le but qu'elle vise. Il est en effet certain que si le Conseil d'Etat avait retenu le but pour qualifier ces mesures, il aurait conclu qu'elles se rapportaient à l'ordre public, puisque toutes avaient pour but de prévenir un désordre. Il aurait alors englobé dans les décisions intéressant l'ordre public, toutes les mesures de police administrative.

Inversement il est certain qu'il y a des mesures de police administrative qui intéressent l'ordre public. Mais l'examen de la jurisprudence actuelle nous permet de discerner un seul domaine : celui des expulsions d'étrangers. Avant la réforme de 1969, le Conseil d'Etat estimait que le tribunal administratif ne pouvait ordonner qu'il soit sursis à l'exé-

(70) Cf. TOURNIAS, thèse, op. cit., p. 140.

(71) Conseil d'Etat, 19 février 1960, Berthaud, R. p. 128.

(72) Conseil d'Etat, 22 avril 1964, Lefer, R. p. 239.

(73) Conseil d'Etat, 1^{er} février 1963, Ministre de l'Industrie contre Rollet, R. p. 66, A.J.D.A. 63, p. 300.

(74) Conseil d'Etat, 19 mars 1975, Comité de Défense des Riverains de la communauté urbaine de Lyon, R. p. 206.

(75) Conseil d'Etat, Assemblée, 8 janvier 1971, Ministre de l'Intérieur contre Dame Desamis, R. p. 19, A.J.D.A., 1971, p. 297.

(76) Conseil d'Etat, Section, 23 janvier 1976, Dame Le Muzic, A.J.D.A. 1976, p. 154 ; T.A. de Nice, 6 juin 1975, Sieur Michelini, A.J.D.A., 1976, p. 97, note Daussin-Charpentier.

(77) Conseil d'Etat, Section, 13 juin 1975, Beaumé et Cimmino, précité.

cution d'un arrêté du ministre de l'Intérieur prononçant l'expulsion de France d'un étranger en vertu des dispositions de l'art. 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (78). Cette jurisprudence a été maintenue par l'Assemblée du contentieux (79). Cet exemple pose alors le problème de la définition de la notion d'ordre public. On constate en premier lieu qu'elle n'a jamais été définie dans aucun texte législatif ou réglementaire et que le juge ne l'a jamais explicitée (80). Et cela conduit à renoncer à en donner une définition exhaustive et à se contenter d'une liste limitative des matières intéressant l'ordre public. On peut cependant souligner que la jurisprudence récente du Conseil d'Etat entend la notion d'ordre public au sens d'ordre matériel et policier du terme. Dès lors qu'une mesure intervient dans un domaine étranger au maintien de l'ordre, le Conseil d'Etat estime qu'elle n'intéresse pas l'ordre public.

De plus, le juge administratif a encore restreint cette notion en décidant que la mesure devait non seulement prévenir un désordre, mais encore le prévenir directement. Il faut que l'inexécution de la décision attaquée ait pour effet direct de porter atteinte à l'ordre public.

Le Conseil d'Etat a affirmé ce principe dans une décision de 1863 (81). En application de la législation sur les établissements classés, un préfet avait ordonné la fermeture d'une usine. Le motif de l'arrêté préfectoral était la protection de la salubrité publique que l'autorité administrative intégrait à l'ordre public. Se fondant sur une jurisprudence constante, cette décision ne paraissait pas pouvoir faire l'objet d'un sursis à exécution. Le Conseil d'Etat en a décidé autrement en estimant que « l'impossibilité pour les tribunaux administratifs de prononcer le sursis à exécution... ne vise que les décisions édictant, dans l'intérêt du maintien de l'ordre, de la sécurité et de la tranquillité publiques, des mesures de police dont l'exécution ne pouvait être différée sans porter atteinte à l'intérêt public en vue desquelles elles ont été prises. Elle ne fait pas obstacle à l'octroi du sursis à exécution d'une décision se bornant à accorder ou à retirer une autorisation à laquelle les textes en vigueur subordonnant, dans l'intérêt du maintien de l'ordre, de la sécurité et de la tranquillité publique, l'exercice d'une activité déterminée ». Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises (82). Et depuis lors elle a encouragé les tribunaux administratifs à accorder le sursis à exécution en respectant les mêmes règles que celles applicables devant le Conseil d'Etat sous réserve que la décision intéressant l'ordre public ne trouble pas le maintien de l'ordre. C'est ainsi que les tribunaux administratifs sont compétents pour ordonner le sursis à exécution d'actes administratifs accordant l'autorisation d'ouverture d'un établissement classé, instituant des sens interdits, des couloirs de circulation et des interdictions de stationner dans une agglomération.

Certains tribunaux administratifs ont interprété largement la faculté que leur accordait le Conseil d'Etat sans encourir sa sanction. Le tribunal administratif de Grenoble a opéré une distinction qui ne manque pas d'audace. Il s'est reconnu le droit d'ordonner le sursis à exécution d'une décision administrative dont l'inapplication présentait seulement un risque pour le maintien de l'ordre. En ventilant les cas où

(78) Conseil d'Etat, 25 novembre 1954, Sieur Van Peborgh, R. p. 626 ; 23 décembre 1954, Wygodda, R. p. 697 ; 10 novembre 1967, Sieur dit Onassis, R. p. 889.

(79) Conseil d'Etat, Assemblée, 24 juillet 1975, Ferrandiz Gil Ortega, précité ; Assemblée, 11 juin 1976, Sieur Moussa Konate, A.J.D.A., 1976, p. 582, concl. Genevoix.

(80) Voir note C. Philip sous le jugement du T.A. de Paris du 20 novembre 1972, Kamitatu Massamba, A.J.D.A., 73, p. 604.

(81) Conseil d'Etat, 1^{er} février 1863, Ministre de l'Industrie contre Rollet, R. p. 66.

(82) Conseil d'Etat, 30 janvier 1970, Préfet de l'Yonne contre Tannerie Avallonnaise Maurice Menant, R. p. 1149.

« le législateur a entendu exclure du champ d'application de ces dispositions les décisions qui ont pour objet, notamment de préserver la sécurité publique » de celles « qui pourraient la compromettre », cette juridiction a apporté une nouvelle extension au champ d'application du sursis à exécution (83).

Dans le même sens d'autres tribunaux administratifs ont estimé que la réforme de 1969 étendait leur compétence (84). C'est ainsi que le tribunal administratif de Lyon a jugé que la réglementation de la circulation n'intéressait pas l'ordre public (85). De même, en 1972, le tribunal administratif de Nantes (86). Or nous avons vu que le Conseil d'Etat a attendu 1975 pour élaborer une telle jurisprudence. Est-ce à dire que dans ce domaine précis les tribunaux administratifs ont montré la voie au Conseil d'Etat ? En fait les deux juridictions ne se sont jamais trouvées en opposition, car toutes deux avaient pour objectif d'élargir le domaine du sursis à exécution et de simplifier les règles de répartition des décisions intéressant l'ordre public et relevant désormais du Conseil d'Etat en premier et dernier ressort et des décisions de la compétence des tribunaux administratifs (87). Mais dès à présent ce problème n'est plus qu'une simple difficulté de procédure, comme l'indique implicitement le Conseil d'Etat dans l'arrêt Ferrandiz Gil ORTEGA. Il souligne que le décret de 1953, modifié par l'art. 3 du décret du 28 janvier 1969, n'a pas eu pour effet de priver les justiciables de demander qu'il soit sursis à l'exécution des décisions intéressant l'ordre public, mais a simplement excepté du transfert opéré par le décret de 1953, ces décisions administratives (88). En fait, à l'heure actuelle, le problème de procédure domine la matière.

III. — LES NOUVELLES REGLES DE LA PROCEDURE DU SURSIS A EXECUTION DES DECISIONS ADMINISTRATIVES

La procédure suivie devant les juridictions administratives pour obtenir l'octroi d'un sursis à exécution d'un acte administratif dont la légalité est contestée par la voie contentieuse ou d'un jugement frappé d'appel ou d'un pourvoi en cassation, est une procédure d'urgence. La requête à fin de sursis est donc instruite et jugée avec une célérité accrue. C'est sa principale caractéristique. D'autres traits particuliers en font aussi une procédure originale. Il suffit de citer à titre d'exemple la possibilité de révocation du sursis.

Mais cette procédure n'a cependant pas manqué de faire l'objet de critiques qui ont paru fondées au pouvoir réglementaire et au juge administratif. Aussi des réformes ont tenté d'en améliorer le déroulement. Les textes réglementaires et les décisions jurisprudentielles qui l'ont modifiée ont visé à rendre l'octroi du sursis à exécution plus facile, plus rapide et surtout plus fréquent. Il serait en effet illusoire d'instituer une procédure que les justiciables ne pourraient efficacement et effectivement mettre en œuvre. Si les critiques qui avaient pu lui être adressées paraissent en leur temps fondées, bien qu'à l'heure actuelle des réserves peuvent encore être émises, la majorité des griefs est

dépassés (89). Et si le sursis à exécution n'est pas généralisé, force est d'admettre que son octroi systématique présenterait de graves inconvénients pour la continuité et l'efficacité de l'action administrative. Le principe selon lequel les recours portés devant les juridictions administratives ne sont pas suspensifs, doit conserver sa valeur.

Malgré l'affirmation de ce principe, on constate à tous les stades de l'instance, aussi bien lors de l'instance suivie devant la juridiction saisie au premier degré, qu'en matière de voies de recours, que la procédure du sursis à exécution a connu une évolution qui la rend plus accessible.

La procédure devant la juridiction du premier degré obéit à des règles précises fixées par les textes législatifs et réglementaires et par la jurisprudence. Le sursis à exécution d'une décision administrative peut être demandé à tous les stades de l'instance juridictionnelle à la seule condition que le recours principal ait été introduit dans les délais du recours contentieux. Ainsi une requête à fin de sursis peut être présentée pour la première fois devant le Conseil d'Etat statuant comme juge d'appel de la demande principale, ou statuant comme juge de cassation en matière de sursis à exécution des décisions juridictionnelles. Les principes fondamentaux de la procédure du sursis à exécution paraissent, à l'heure actuelle, bien établis. Mais en revanche, la demande de sursis, son instruction et son jugement ont fait l'objet de modifications récentes qui en amènent l'accès.

Le sursis à exécution doit être demandé par le requérant de façon expresse. Cette obligation prévue par les textes seulement pour les tribunaux administratifs (90), a été étendue au Conseil d'Etat. Mais elle n'est pas une entrave à la procédure et n'a donc subi aucune modification.

En revanche, le décret du 28 janvier 1969 a, dans son art. 5, précisé que les conclusions à fin de sursis doivent être présentées par requête séparée. Ainsi, contrairement à ce qui était admis, le Conseil d'Etat exige désormais que la demande à fin de sursis soit distincte de la demande principale (91). On pouvait alors craindre que des erreurs commises par les requérants ou leurs conseils risquent de limiter la faculté du juge de le prononcer. En fait, le Conseil d'Etat est intervenu pour pallier la rigueur des textes réglementaires en estimant que cette condition n'est pas requise, à peine de nullité (92).

Une condition que le Conseil d'Etat interprète strictement, demeure cependant : la demande de sursis doit être l'annexe d'un recours principal en annulation et portée devant la même juridiction (93).

Ce principe, réaffirmé par la Haute Assemblée (94) interdit au tribunal administratif de prescrire qu'il soit sursis à l'exécution d'une décision administrative « que si cette décision a été elle-même déferée audit tribunal par le deman-

(89) Voir notamment TOURNIAS, thèse précitée. L'auteur critiquait en particulier le formalisme et la lenteur de l'instruction des requêtes aux fins de sursis à exécution. Ces objections sont, à l'heure actuelle, largement dépassées malgré les imperfections qui subsistent encore en matière de procédure.

(90) L'article 22 du règlement d'administration publique du 28 novembre 1953 dispose que le sursis ne peut être accordé que si « des conclusions expresses... sont présentées ».

(91) Conseil d'Etat, 23 juillet 1974, Association Nationale pour l'abolition de la loi dite « Mathe Richard », R. p.

(92) Conseil d'Etat, 16 janvier 1970, Ministère de l'Equipement et du Logement contre Sieur Blanc et autres, R. p. 29. Une régularisation est ainsi admise.

(93) Conseil d'Etat, 23 février 1970, Ministère d'Etat chargé des Affaires Sociales contre Sieur Amoros, R. p. 51.

(94) Conseil d'Etat, 4 février 1972, Consorts Deliot, R. p. 115.

deur en vue de son annulation ». Le fondement du principe résulte de l'art. 48 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 pour le Conseil d'Etat et de l'art. 9, alinéa 1 du décret du 30 septembre 1953 pour les tribunaux administratifs. Ni la jurisprudence, ni les textes ne sont venus l'assouplir et on peut en déduire qu'il constitue une limite à l'octroi du sursis. En fait, cette exigence est indispensable, et pourtant il convient de souligner que le juge l'a interprétée fort libéralement en admettant la recevabilité d'une demande de sursis jointe à une tierce opposition (95). Notons enfin que l'arrêt Ferrandiz Gil ORTEGA l'a également amenuisé en établissant une distinction entre la requête principale de la compétence du tribunal administratif et la demande de sursis dont la connaissance est confiée en premier et dernier ressort au Conseil d'Etat.

Ainsi, malgré le respect de textes formels, le juge administratif étend dans la mesure du possible la recevabilité de la demande de sursis.

Mais la principale qualité que l'on peut attendre de la décision juridictionnelle en matière de sursis à exécution est la rapidité. Aussi une procédure d'instruction simplifiée a-t-elle été instituée. Elle prend deux formes selon la complexité de l'affaire qui est soumise à la juridiction administrative.

L'instruction peut être purement et simplement supprimée s'il apparaît que la demande de sursis n'a aucune chance d'aboutir, soit parce que les moyens produits ne sont pas suffisamment sérieux, soit parce que le préjudice est réparable. C'est la raison pour laquelle le règlement d'administration publique du 28 novembre 1953 confère au Président du tribunal administratif le droit de décider qu'il n'y a pas lieu à instruction et de transmettre immédiatement le dossier à la formation de jugement. Devant le Conseil d'Etat, la sous-section chargée de l'instruction peut rejeter la demande de sursis sans statuer expressément sur les conclusions du requérant. Mais cette dispense d'instruction véritable ne peut aboutir qu'au rejet de la demande. Le recours aux fins de sursis ne peut en effet être accueillie qu'à la suite d'une instruction dite « accélérée ». L'instruction accélérée signifie qu'elle doit être poursuivie d'extrême urgence. Ce point n'a connu aucune modification depuis la réforme du contentieux, et donne parfaitement satisfaction, puisqu'une juridiction administrative peut statuer habituellement en matière de sursis dans un délai n'excédant pas quelques jours (96).

En revanche, le jugement des demandes de sursis nécessitant des aménagements lorsque le Conseil d'Etat était compétent. C'est la raison pour laquelle le pouvoir réglementaire est intervenu avec l'art. 14 du décret 75-791 du 26 août 1975, modifiant l'art. 54 de l'ordonnance du 31 juillet 1945.

Avant l'édiction du décret, les seules formations habilitées à prononcer le sursis étaient la Section du Contentieux ou l'Assemblée. Désormais il pourra être ordonné par des sous-sections réunies. Cette réforme peut paraître modeste, d'autant que depuis les textes de 1953 la Haute Assemblée pouvait statuer sur les affaires qui lui étaient déferées par la voie de l'appel dans l'une de ses trois formations. Pour apprécier la portée exacte de cette nouvelle possibilité, il convient de souligner la volonté du pouvoir réglementaire

(95) Conseil d'Etat, 24 avril 1963, Dame Chavanne.

(96) Devant le tribunal administratif, la requête aux fins de sursis à exécution est examinée dans un délai de quinze jours environ suivant le dépôt de la requête. Le tribunal ou le Conseil d'Etat statuent rapidement. Mais dès le pré-délibéré les requérants connaissent officieusement la teneur des jugements ordonnant ou refusant le sursis à exécution.

d'assimiler la décision sur le sursis à un simple arrêt et de lui retirer son caractère extraordinaire et quelque peu solennel au stade de la procédure. Cette réforme traduit alors une évolution vers la reconnaissance de la normalisation du sursis à exécution.

Devant le tribunal administratif aucune réforme ne s'avérait nécessaire, puisque l'art. 22 du règlement d'administration publique du 28 novembre 1953, devenu l'art. R. 99 du Code des tribunaux administratifs, disposait déjà : « Dans tous les cas il est statué sur les conclusions à fin de sursis par jugement motivé rendu suivant la procédure normale ».

Mais devant les deux juridictions une lacune demeure : aucun délai n'est imparti pour statuer sur la demande de sursis. Serait-il possible cependant, pour y remédier, d'impartir aux juges un délai maximum pour appeler l'affaire ? Cette solution est, certes, envisageable, mais elle n'est pas souhaitable. S'il est en effet indispensable que le prononcé de la décision soit rapide, il serait, en revanche, dangereux, aussi bien pour le requérant que pour l'administration, que l'octroi ou le rejet de la demande de sursis soit examiné de façon sommaire. En effet, malgré les dispositions établies par le pouvoir réglementaire et la jurisprudence, on doit admettre que la décision sur la requête à fin de sursis préjuge très largement de la solution qui sera apportée au fond de l'affaire. Et cette restriction doit être d'autant mieux soulignée qu'à la suite de la décision Ferrandiz Gil ORTEGA le sursis à l'exécution des décisions administratives intéressant l'ordre public est prononcé par le Conseil d'Etat, avant que le tribunal administratif statue sur le litige principal.

L'abandon de l'unité de juridiction pour statuer à la fois sur la demande principale et sur la requête à fin de sursis peut soulever des difficultés pratiques. Comme le note M. le Professeur DRAGO (97), l'arrêt du 24 juillet 1974 oblige les requérants à intenter deux actions devant deux juridictions différentes. C'est là, certes, un système complexe qui pourrait aboutir à l'effet opposé de celui recherché par le Conseil d'Etat. Il est manifeste en effet que la Haute Assemblée visait à ouvrir le champ d'application du sursis à exécution. Mais les difficultés de procédure que ne manqueront pas de rencontrer les requérants ne vont-elles pas réduire à néant cet effort de l'Assemblée du Palais Royal ? Ce danger a été aperçu parfaitement par les juridictions administratives qui ont élaboré des mesures pour le pallier. Lorsqu'un tribunal administratif est saisi d'une demande de sursis à exécution d'une décision administrative et que cette demande est annexée à un recours principal pour lequel il est compétent, ce tribunal doit transmettre le dossier au Conseil d'Etat. Une telle disposition pratique facilite considérablement la tâche des requérants qui risqueraient de mal comprendre un système aussi complexe. On voit donc que la difficulté de procédure née de la jurisprudence Gil ORTEGA a été résolue par la pratique des juridictions. Il résulte alors que les récentes dispositions en matière de procédure de sursis à exécution ont, dans l'ensemble, simplifié un domaine qui pouvait paraître complexe aux justiciables. En outre, le juge, en permettant d'en faciliter l'octroi, a largement ouvert le recours à la procédure du sursis. Cette ouverture se constate également en ce qui concerne les voies de recours ouvertes contre les décisions admettant ou rejetant une demande de sursis.

En matière de sursis à exécution des décisions administratives, les voies de recours présentent des caractères spécifiques. Ainsi, la voie de recours ordinaire obéit à une procédure spéciale et toutes les voies de recours extraor-

(97) Cf. DRAGO, note sous Ferrandiz Gil Ortega, op. cit.

dinaires ne sont pas ouvertes contre les décisions accordant ou refusant un sursis. Enfin, il existe une voie particulière : la révocation du sursis.

On peut alors s'interroger sur la particularité des voies de recours contre les décisions des juridictions administratives en matière de sursis à exécution. Est-ce que ces particularités facilitent le prononcé d'un sursis ou, au contraire, leur spécificité constitue-t-elle une entrave à son développement ?

Initialement les voies de recours en matière de sursis correspondaient à une procédure particulière dont le caractère exceptionnel était certain. Le législateur et le Conseil d'Etat avaient introduit plusieurs restrictions destinées à freiner l'usage du sursis ; c'était bien dans la conception que l'on se faisait jadis de cette procédure. Son caractère exceptionnel était rappelé dans toutes les dispositions le régissant.

A l'heure actuelle, sans pour autant que l'on puisse parler de revirement total, on constate que les voies de rétractation, l'appel et la révocation du sursis sont organisées de façon à ne pas trop en limiter l'application.

De toutes les voies de rétractation ouvertes aux requérants contre les décisions des juridictions administratives, seule la tierce-opposition semble subsister en matière de sursis. En effet, le recours en révision et le recours en rectification d'erreur matérielle ne semblent pas recevables contre les décisions jurisprudentielles qui le prononcent ou le refusent. L'opposition, possible autrefois, a été supprimée par le décret du 10 avril 1959. Seule semble donc subsister la tierce-opposition qui est soumise aux règles ordinaires de la procédure prévue par la loi du 22 juillet 1889 pour les tribunaux administratifs et l'ordonnance du 31 juillet 1945 pour le Conseil d'Etat. La possibilité de faire tierce-opposition à une décision accordant le sursis à exécution d'une décision administrative permet à une personne qui n'a pas été présente dans l'instance juridictionnelle, de remettre en cause la décision qui a ordonné le sursis. En particulier lorsque la suspension de l'exécution de la décision attaquée crée un préjudice pour un tiers, celui-ci peut utiliser éventuellement la tierce-opposition pour faire valoir ses droits.

Le maintien de cette voie de rétractation apparaît parfaitement justifié. Au contraire, l'opposition pourrait vite devenir un moyen dilatoire pour limiter les conséquences d'une décision accordant le sursis à exécution. Quant aux recours en révision ou en rectification d'erreur matérielle, ils présentent que peu d'intérêt pratique pour une procédure dont les effets sont, par définition, que provisoires jusqu'au prononcé de la décision sur le litige principal. Ainsi les requérants risqueraient fort d'obtenir une décision sur le sursis qu'après la décision sur le litige principal, et cette décision ne pourrait être alors qu'une décision de non-lieu à statuer. De plus, lorsque le sursis est prononcé par un jugement, les parties disposent de l'appel devant le Conseil d'Etat.

Comme pour tous les jugements des tribunaux administratifs, les décisions statuant sur une demande de sursis à exécution peuvent être immédiatement frappées d'appel devant le Conseil sans attendre le prononcé de la décision au fond. La procédure d'appel est organisée par l'art. 9, alinéa 3 du décret du 30 septembre 1953 devenu l'art. 101 du Code des tribunaux administratifs. Cette procédure, qui a inspiré les dispositions de la loi du 28 novembre 1955 en matière d'appel des décisions de référé, présente des caractères particuliers. Ces caractères singularisent l'exercice d'une voie de recours dont l'impératif principal, et on

serait tenté de dire unique, est la rapidité. En outre, on constate également que la jurisprudence tend à ouvrir l'appel le plus largement possible. Ces deux considérations permettent de penser que la procédure du sursis à exécution a encore fait un progrès dans son ouverture et son déroulement.

Le délai d'appel n'est en effet pas celui du droit commun de deux mois à partir de la notification de la décision de première instance. Le décret de 1953 l'a fixé à quinze jours et le Conseil d'Etat a interprété strictement cette condition (98). Passé ce délai, la requête est irrecevable. Ainsi, afin de ne point prolonger une instance qui doit être brève pour donner des résultats effectifs, le pouvoir réglementaire et le juge administratif ont réduit les délais d'appel.

Mais il n'est pas contradictoire d'ajouter que l'appel doit être aussi largement ouvert que possible pour que la procédure du sursis à exécution soit de nature à garantir effectivement les droits des requérants. Et les administrés ne semblaient pas particulièrement favorisés, car les textes réglementaires n'ouvraient l'appel en matière de sursis que contre les décisions l'accordant (99). C'est dire qu'en pratique, seule l'administration bénéficiait du droit de faire appel, puisque étant le plus souvent seule défenderesse, l'octroi du sursis à exécution ne touchait que ses intérêts. Mais très rapidement le Conseil d'Etat a supprimé les limites tenant à ce texte en admettant la recevabilité d'appels dirigés contre des jugements de tribunaux administratifs refusant le sursis (100). Enfin, une décision « Forcalquier-défense » précise les modalités de cette solution en disposant que « le délai d'appel d'un jugement relatif au sursis est de quinze jours et que ce délai vaut aussi bien pour les décisions accordant le sursis que pour celles le refusant » (100).

Enfin, lorsqu'une demande de sursis à exécution est présentée alors que le litige au fond est porté par la voie d'appel devant le Conseil d'Etat, il peut évoquer l'affaire et statuer immédiatement sur la demande de sursis à la double condition que l'affaire soit en état et que l'annulation soit prononcée pour incompétence ou vice de forme. Cette procédure n'est pas établie par une réforme récente, puisqu'elle remonte à 1954. Mais il faut souligner que la Haute Assemblée l'utilise de plus en plus souvent, car elle permet une accélération du déroulement de l'instance.

En revanche, le Conseil d'Etat ne s'est jamais reconnu le droit d'évoquer l'affaire au fond lorsqu'il est saisi par des conclusions tendant à réformer un jugement ayant prononcé ou refusé de prononcer un sursis à exécution (101). Le Conseil d'Etat se borne à statuer sur la demande de sursis. Et on peut regretter que des dispositions réglementaires ne soient pas intervenues pour ouvrir à la Haute Assemblée cette faculté, car la procédure administrative y aurait certainement gagné en rapidité. Certes, les arguments soulevés à l'encontre de ce droit d'évocation ne manquent pas, en apparence, de fondements. On fait en particulier remarquer que l'affaire, au fond, ne serait examinée que par une seule juridiction et priverait les justiciables du double degré de juridiction. Mais cet argument

(98) Conseil d'Etat, 14 novembre 1955, *Ministre de la Reconstruction contre Sieur Guyard*, R. p. 776.

(99) L'art. 23 du règlement d'administration publique du 28 novembre 1953 dispose : « Les jugements prescrivant un sursis à exécution peuvent être attaqués devant le Conseil d'Etat ».

(100) Conseil d'Etat, Section, 7 mai 1954, *Bercovics*, R. p. 251 ; 22 octobre 1954, *Société Anonyme « Soprofil »*, R. p. 55 ; 14 février 1973, *Maurel et groupement de défense dit « Forcalquier-Défense »*.

(101) Conseil d'Etat, 8 juillet 1954, *Ministre de la Construction contre Association pour la sauvegarde de l'îlot « Plaine »*.

ne semble pas devoir être retenu. On peut tout d'abord rappeler que les affaires de la compétence du Conseil d'Etat en premier et dernier ressort ne connaissent qu'un seul examen. On peut aussi faire remarquer que la décision d'appel rendue par le Conseil d'Etat sur le sursis à exécution ne manquera pas d'influencer les juridictions inférieures. Cette influence aura une dimension particulière si le Conseil d'Etat ordonne le sursis. C'est dire que l'admission de ce droit d'évocation pourrait être sérieusement envisagée, sans pour autant modifier l'équilibre entre les tribunaux administratifs, juges de droit commun et le Conseil d'Etat, cour régulatrice.

Mais la principale originalité des voies de recours contre les jugements en matière de sursis à exécution reste le droit de révocation provisoire du sursis. Cette procédure, que le décret du 26 août 1975 a notablement modifiée, est particulière au sursis. Son but est de protéger l'administration contre les tribunaux administratifs qui suspendraient trop facilement l'exécution des décisions administratives (102). D'exceptionnelle dans l'esprit de ses auteurs, cette faculté a été rapidement et souvent utilisée et le décret de 1975 semble encore l'étendre.

Dès la réforme du contentieux administratif, le pouvoir réglementaire avait prévu que « la décision du tribunal administratif, rendue sur une demande de sursis à exécution, est susceptible d'appel devant le Conseil d'Etat dans la quinzaine de sa notification. Dans ce cas le Président de la section du Contentieux peut immédiatement et à titre provisoire, mettre fin au sursis à exécution (103). Le règlement d'administration publique pris pour l'application de ce texte prévoyait ses modalités. Il précisait que « les appelants peuvent joindre à leur pourvoi une demande tendant à ce qu'il soit mis fin au sursis à exécution » (104). Cette précision impliquait qu'en cas d'appel sur un jugement accordant le sursis à exécution, une requête particulière devait être adressée pour demander la révocation du sursis à exécution. A défaut, le Président de la Section du Contentieux ne pouvait le prononcer d'office. Mais lorsqu'il le révoquait il le faisait sans instruction préalable.

Depuis l'édition de l'art. 14 du décret du 26 août 1975, la révocation du sursis à exécution peut désormais être prononcée par « une décision des sous-sections réunies, de la section ou de l'assemblée du contentieux, quelle que soit la formation de jugement qui avait ordonné le sursis ». Ainsi, le sursis peut être révoqué à tout moment, par n'importe quelle formation et pour tout motif. Ce texte implique donc une extension considérable des pouvoirs de la juridiction administrative pour révoquer le sursis ordonné par un tribunal administratif ou le Conseil d'Etat lui-même, selon les nouvelles dispositions de 1975.

Apparemment, il semble bien que cette disposition doive profiter essentiellement à l'administration. La raison en est simple. Le décret de 1975, tout en permettant aux sous-sections-sections réunies d'ordonner qu'il soit sursis à l'exécution d'une décision administrative, autorise également toute formation contentieuse à le révoquer. On peut penser que la révocation sera plus fréquente que lorsqu'elle était à la seule discrétion du Président de la section du Contentieux. On est alors porté à penser que le décret de 1975 vient renforcer les privilèges de la puissance publique.

(102) *Ministre des Finances et des Affaires Economiques contre Crédit Coopératif Foncier*, 1^{er} septembre 1954, R. p. 493, concl. Laurent.

(103) Art. 9, alinéa 3 du décret du 30 septembre 1953.

(104) Art. 23 du règlement d'administration publique du 28 novembre 1953.

Mais pour préciser pleinement la portée de ce texte, son examen doit être fait sur un autre plan. Cette réforme permettra au Conseil d'Etat de ne plus être lié par le sursis qu'il a accordé. Grâce à cette mesure, si les éléments nouveaux se produisent ou si le déroulement de l'instruction fait apparaître que le recours principal sera vraisemblablement rejeté, une formation de la Haute Assemblée pourra revenir sur ce qu'elle avait décidé. On peut alors espérer que ces dispositions encourageront le Conseil d'Etat à accorder plus libéralement le sursis à exécution. En effet, lorsqu'une demande à fin de sursis est présentée par le Conseil d'Etat, l'ordonne désormais sans craindre de paralyser durablement l'action administrative, ni de l'accorder sur des bases contestables si les conditions de fond n'ont pu être sérieusement vérifiées. Cette mesure devrait raisonnablement inciter les formations de jugement à développer une procédure qui a l'avantage de concilier les droits et prérogatives nécessaires dont doit disposer l'administration et la protection des libertés publiques et de la propriété privée.

Ainsi, le décret de 1975, tout en rappelant et soulignant le principe selon lequel le sursis à exécution est une procédure à caractère exceptionnel, ouvre de nouvelles possibilités qu'il ne sera possible de vérifier que lorsque ces dispositions auront été appliquées.

Enfin le sursis à exécution peut être ordonné par le Conseil d'Etat statuant comme juge de cassation. Cette faculté se rencontre dans deux cas. Le Conseil d'Etat juge de cassation peut prononcer le sursis à exécution d'une décision juridictionnelle frappée d'un pourvoi en cassation. Lorsqu'une juridiction administrative relevant du Conseil d'Etat par la voie de la cassation a statué, sa décision est immédiatement exécutoire nonobstant l'introduction d'un pourvoi en cassation. Mais le requérant peut annexer à son pourvoi une demande aux fins de sursis à exécution de la décision attaquée. Certes, les décisions accordant le sursis sont rares, du fait de l'autorité qui s'attache aux décisions juridictionnelles. Cependant, le juge peut ordonner le sursis s'il estime que les conclusions de cassation ont des chances sérieuses d'être accueillies et quand l'exécution de la décision aurait des effets manifestement excessifs par rapport aux intérêts en cause (105).

D'autre part il y a une hypothèse où le juge administratif peut prononcer le sursis à exécution d'une décision administrative alors qu'il statue comme juge de cassation. C'est lorsqu'une décision administrative est attaquée par la voie de recours pour excès de pouvoir et est connexe à une décision juridictionnelle déferée en cassation. Dans ce cas, la Haute Assemblée peut ordonner qu'il soit sursis à exécution des deux décisions.

★

On constate alors qu'il n'y a, en pratique, aucune décision portée devant le juge administratif par n'importe quelle voie, qui échappe à la procédure du sursis à exécution. Cette large ouverture d'une procédure dont on a souligné les avantages est, certes, un progrès du contentieux administratif. Pourtant des propositions tendant à le remplacer ont été faites.

(105) Conseil d'Etat, Section, 20 novembre 1959, *Jaouen-Gliksman*, R. p. 619, *Sirey* 1961, p. 33 concl. Mayras, D. 1961, p. 256, note Jeanneau ; Assemblée, 13 juillet 1968, *Tomatis*, p. 466.

Si le conflit qui opposait HAURIOU à BERTHELEMY, l'un estimant que le sursis devait être une règle, l'autre affirmant qu'il devait conserver un caractère exceptionnel, est maintenant résolu, des positions plus avancées ont été soutenues. En particulier le syndicat de la juridiction administrative a souligné la nécessité d'instituer, dans certaines catégories d'affaires, des recours qui entraînent de droit suspension de l'exécution de l'acte attaqué (106). Ils énumèrent les recours qui devraient être soumis à ce régime: recours dirigés contre l'attribution d'un permis de construire, contre les actes concourant à l'expropriation pour cause d'utilité publique, contre les autorisations de déboisement, contre les décisions plaçant le requérant dans une catégorie de soutien de famille non dispensé des obligations du service national, contre les décisions portant éviction ou mutation entraînant changement de résidence d'un ou plusieurs agents publics, et contre les décisions de l'autorité administrative autorisant le licenciement d'un ou plusieurs salariés. On

pourrait ajouter à cette liste les recours dirigés contre les arrêtés d'expulsion et contre les décrets d'extradition (107). Une telle procédure peut paraître trop rigoureuse. Aussi ses promoteurs ont-ils prévu qu'en tous cas le juge saisi au fond conserverait le droit d'écarter l'effet suspensif du recours dans les deux mois après l'introduction de la requête pour que ne s'éternissent pas des situations « suspendues ». Faute pour le tribunal administratif d'avoir pris sa décision dans le délai imparti, il serait dessaisi au profit du Conseil d'Etat.

Il n'est certes pas possible de prévoir si une telle proposition aura un aboutissement législatif ou réglementaire. On peut cependant souligner que l'évolution récente du sursis à exécution tendant à libéraliser le sursis rend moins urgente une telle réforme. On peut cependant dire, qu'intervenant seulement dans les matières énumérées, elle serait une mesure complémentaire utile à la procédure du sursis à exécution des décisions administratives.

(106) Journées d'études du Syndicat de la Juridiction Administrative, décembre 1976, R.D.P. 1977, p. 1378, compte rendu par M. Jacques Robert.

(107) Conseil d'Etat, Assemblée, 24 juin 1977, Astudillo Calleja, A.J.D.A. 1978, p. 516, chr. p. 490.

LES POUVOIRS MULTIPLES DANS LE POUVOIR

par ANDRÉ HOLLEAUX

Conseiller d'Etat
Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris

Le Président de la République, comme Dieu le Père, est au sommet. Immédiatement sous lui, le Premier Ministre, puis un cortège d'apôtres: les ministres. Ils gouvernent avec le concours de grands services d'information et de gestion. Ils sont assistés de techniciens émérites, d'agents de qualité, de personnels dévoués en état d'allégeance avec eux.

Cette organisation hiérarchique pourrait avoir comme image une pyramide; à sa pointe: le Gouvernement, et à sa large base, les agents qui préparent et exécutent dans les ministères et, en province, dans les services extérieurs, ceux-ci coiffés par une centaine de préfets répartis sur tout le territoire. La pyramide a des étages: les niveaux hiérarchiques: le directeur, le chef de service, le sous-directeur, le chef de bureau se placent en échelle de perroquet les uns au-dessus ou au-dessous des autres. Les ordres viennent du haut et descendent d'un étage à l'autre de la pyramide. A chaque niveau ils sont précisés et explicités.

Dans le sens inverse, du bas vers le haut, les informations remontent, en passant par les mêmes paliers: projets, comptes rendus, rapports, tout ce que la base recueille et qui vaut remonte pour que le Gouvernement soit « pleinement informé » et décide « en toute connaissance de cause ».

I. — LA SITUATION REELLE DU POUVOIR

Le schéma rassurant que nous avons tracé traduit-il la réalité? Il faut à la fois le renforcer et l'atténuer.

Une pyramide renforcée par l'électronique

Le renforcer, car le « Pouvoir » dispose aujourd'hui d'un arsenal impressionnant qui, théoriquement, accroît son efficacité.

Du temps de Louis XI et de Louis XIV jusqu'aux premiers chemins de fer du Second Empire, les ordres du sommet étaient acheminés par des cavaliers experts qui, à bride abattue, venaient apporter au sénéchal, au bailli ou à l'intendant, « l'ordre du Roi ».

Cela prenait du temps, ne pouvait se faire qu'occasionnellement et se limitait à des secs messages, lesquels pouvaient se perdre ou être capturés en route. Le progrès fantastique des communications a changé cela.

Avion, téléphone, télex assurent la transmission immédiate des ordres de Paris avec tous les commentaires souhaitables. Le sommet peut annuler, différer, modifier ou renforcer tout ce qu'il a envoyé et autant de fois qu'il lui plaît. On dit parfois qu'il pilote à vue. Deux hôtels xviii^e siècle de Paris: l'Elysée et Matignon, règlent les mouvements. Là viennent les dossiers charnus. De là ils repartent dûment complétés, vers les provinces, ce reste de France qu'on appelait encore en 1950, le Désert, sans que le mot surprenne outre-mesure.

Il y a des cas où le Pouvoir est comme un ballet rythmé. Le chef tranche, les collaborateurs suivent. Alors, du haut en bas de l'échelle, on sent une volonté d'acier, un « suivi » parfait. Du plus grand au plus petit, les exécutants répètent en litanie « le Gouvernement a décidé, j'exécute ».

Des inspecteurs, des contrôleurs, dûment commissionnés, nés viennent dans les entreprises et les bureaux, parcourent les rues, fréquentent les lieux publics pour appliquer jusqu'au fond du pays des règlements assortis de nobles signatures.

Il arrive que le Pouvoir aille au-delà de l'admissible. Ainsi, quand la police, sans trop de souci des Codes et procédures, arrête, frappe, téléguidé des provocateurs ou des équipes secrètes, pose des micros, etc...

Parfois aussi la décision surgit comme l'éclair. Ainsi, pour les opérations monétaires, pour des hausses de tarifs publics et souvent des nominations de responsables. Il n'est pas rare que le partant apprenne par le « Journal Officiel » qu'il a cessé de plaître et que le promu le sache par un coup de téléphone.

Dans certaines conjonctures délicates, on est fébrile, on s'énerve, on veut « agir », en contrepoint de la lenteur majestueuse des systèmes pour qui le temps ne compte pas.

Depuis vingt-cinq ans, on a installé des circuits courts, on a consenti à quelques « autonomies », mais nul ne niera que, plus que jamais, le pouls de la France bat à l'heure de Paris. Combien de coups de téléphone par jour un Ministre et ses collaborateurs directs passent à X, Y, Z. Les Ambassadeurs en poste à l'étranger reçoivent instantanément par télex les ordres du Ministère des Affaires Etrangères et des Préfets viennent à Paris pratiquement chaque semaine pour rendre visite aux Ministres, à leurs bureaux et cabinets.

Automatisation, électronique et cabinets ministériels pléthoriques produisent ipso-facto la centralisation. Si la France, à l'égal des Etats-Unis ou du Canada, disposait d'un réseau de communications vraiment moderne, il faudrait se résoudre à l'état fédéral, car autrement le pouvoir central éclaterait physiquement.

L'arsenal du Pouvoir comprend aussi une masse inimaginable d'informations, de documents, de statistiques, de plans et schémas en tous genres. Certains services façonnent des programmes, des prévisions à court, moyen et long terme, des « simulations », des « exercices » ou des « scénarios » pour apprécier sous toutes les dimensions les conséquences et retombées des choix.

Autrefois le sommet était renseigné d'une façon artisanale. Les préfets envoyaient des rapports qu'ils avaient écrit posément sur le moral des populations. Les techniciens donnaient des avis, mais tout cela restait sommaire et quelque peu littéraire. Maintenant le Pouvoir est armé jusqu'aux dents.

Cette mécanique inexorable se trouvera renforcée par l'informatique, qui permettra de suivre pas à pas les gestions, de corriger leurs écarts, de réorienter les comportements et faire passer le souffle du Pouvoir par tous les pores.

La complexité et la mouvance des affaires donnent envie à bien des fonctionnaires de s'abriter, comme ils disent, de se réfugier, comme ils pensent, derrière les décisions prises en « haut lieu ». On ouvre le parapluie plus qu'il ne faudrait; on réclame des instructions à tout bout de champ; on se garantit par des comptes rendus périodiques par lesquels on montre, d'une plume ennuyeuse mais sereine, qu'on a exécuté « strictement » la loi et délégué « en tous points » aux instructions gouvernementales.

L'agent à la merci d'un coup de téléphone, ou demain d'une vérification d'ordinateur, s'enferme dans sa spécialité. Il n'est pas utopique de penser que les ordinateurs vont se répandre partout. Par le truchement des terminaux, les communications seront instantanées, « en temps réel ». Sommet et base dialogueront sans cesse.

Ces mêmes ordinateurs gonfleront à l'infini l'arsenal d'informations du Pouvoir. Les mémoires informatiques détiendront des milliards d'informations, qu'on combinera, recoupera, « interconnectera ». A la perfection de la vitesse s'ajoutera celle du travail fini.

Les machines confectionneront les Plans jusqu'aux virgules, les Budgets jusqu'aux paragraphes et, pourquoi pas, les lois, les discours politiques, les emplois du temps des responsables, et jusqu'aux menus des dîners d'apparat de l'Elysée.

Bref, le pouvoir vertical n'est pas défunt. On peut même dire qu'avec le progrès de la technologie, il n'a jamais été aussi bien portant.

Illusions et réalité

Mais on peut voir tout cela autrement. On se fait une idée fautive du Pouvoir officiel. Globalement, on le voit homogène, hiérarchisé, avec des fonctionnaires le doigt sur la couture du pantalon obéissant sans broncher au Gouvernement. Effectivement, le Pouvoir est ainsi construit et, à différentes occasions, il se manifeste tel. Mais y a-t-il toujours cet acier, ces nerfs ? Il n'est pas vrai que dans l'Etat d'aujourd'hui les ordres du haut arrivent en bas aussi purs qu'est dispos le voyageur de wagon-lit qui descend à Nice du rapide de la Côte d'Azur, et cela pour plusieurs raisons.

a) Les étages de la pyramide hiérarchique par où transitent les ordres du haut ne sont pas ceux des immeubles-tours. Ils ont une architecture compliquée de type chinois ou byzantin. Plutôt qu'une tour desservie par dix ascenseurs ultrarapides, un ministère serait plutôt une construction baroque, sans cesse faite et dé faite, avec quantité de réduits ou d'adjonctions que chaque Ministre en poste a introduit... des demi-niveaux, des annexes ou appendices. L'ordre qui vient du haut suit un chemin tout en tournants et en zigzags, avec des montées et des descentes imprévues. Sa force de gravitation dépend de l'humeur des hommes qui s'égrènent au long des circuits. Si on pouvait tracer sur un graphique le trajet suivi par un dossier important, on aurait un croquis biscornu.

b) Des grands et des petits chefs des étages supérieurs mettent au rancart les messages du sommet ou les arrangent à leur façon. Des ordres sont mis au frigidaire. Des sous-chefs court-circuitent des chefs; des exécutants rassurent excessivement leurs supérieurs ou les effrayent sans motif. Toute unité d'une certaine taille est travaillée par d'innombrables courants qui la bigarrent et la secouent. Autrement dit, le verticalisme de la pyramide doit être corrigé par l'existence de forces centrifuges, des blocages, des inversions, quand ce ne sont pas des sabotages purs et simples. On trouvera sans peine dans le « musée des horreurs » administratif des ordres du Premier Ministre qui n'ont jamais été exécutés par les ministres auxquels ils s'adressaient.

c) L'énorme arsenal de documents que détient le Pouvoir et dont nous avons dit qu'il l'armait, le dessert aussi. Cet arsenal n'est pas dans les coffres-forts, dont seuls les Ministres auraient clé et mot de passe. Le mot « arsenal » est une figure! Les documents sont partout, dans les tiroirs, les classeurs, les fichiers et... les têtes des fonctionnaires.

Les agents publics se sentent quasiment propriétaires de ces documents. Certains pratiquent la rétention des informations. Des pièces essentielles ne « montent » jamais. Telle statistique, tel rapport est gardé jalousement par son détenteur, qui ne le sort qu'au moment idoine. Que de directeurs, chefs de service ou autres mandataires du Pouvoir ont leurs « politiques personnelles » plus ou moins avouables!

d) La pyramide du Pouvoir n'est pas à l'abri des vents du dehors. Elle plonge dans la société qui la baigne. Son enveloppe est perméable à toutes les forces dites de pression ou seulement d'influence ou aux simples atmosphères qui pèsent soit sur le sommet, soit plus bas.

Les tenants de ces forces choisissent les points sensibles, les défauts des cuirasses. Ils touchent les responsables « les plus compréhensifs » et deviennent leurs compagnons de route. On sent autour de la pyramide quantité de stratégies, de tactiques, d'improvisations, de poussées et de pesées.

II. — POUVOIR ET POUVOIRS

Si on pouvait dresser un état sincère des pouvoirs réels, on aurait des surprises.

Le double sens des mots crée un quiproquo. Il y a Pouvoir avec un grand « P », au sens d'institution établie, et pouvoir avec un petit « p », qui a un sens très ordinaire.

Comparons un Pouvoir à la charpente compliquée d'un toit. Tout paraît merveilleusement agencé. En réalité, si on détaille, il y a des poutres qui ne servent à rien, bien qu'elles soient considérées comme maîtresses; d'autres qui n'ont l'air de rien supportent toute la charge; d'autres qui sont là pour faire joli; d'autres encore, énormes et imposantes, qui sont mangées par les insectes et qui, à la première pression, s'effritent. Il y en a aussi qui exercent des pressions anormales qui contrarient la fonction d'autres plus utiles. Il en est de même des pouvoirs. Ils ne se déduisent pas des organigrammes et ne sont pas forcément visibles.

Dans la nomenclature des pouvoirs réels, certains Pouvoirs institutionnels brilleraient par leur absence et, à l'inverse, on y découvrirait des pouvoirs fort actifs et diligents là où la Constitution et les lois sont muettes. Des Palais nationaux, des dorures, des appariteurs à chaîne, des titres superbes, des statuts gratifiants donnent le change par bouffées... Mais si on fait tomber les masques, on s'aperçoit que tel « haut placé » a moins de pouvoir qu'un paysan qui laboure sa terre. A l'inverse, dans un local de rien, peut nichier quelque organisme qui fait la pluie et le beau temps.

Une signature est un signe, mais non un pouvoir. Elle est efficiente une fois, deux fois, mais une troisième, elle se réduit à une empreinte digitale.

Imaginons la scène suivante :

On est au Palais. Le Président va signer un texte important. Le Pouvoir est dans son bureau, tangible, incontestable.

La signature apparaît au « Journal Officiel »; ledit journal est expédié partout en France. Un numéro parvient à la conciergerie de la Préfecture. Il est apporté par un huissier, pénétré de son importance, sur un plateau d'argent, sur le bureau de ce Vice-Roi ou successeur de l'Evêque qu'est le Préfet. Fin du premier acte.

Ensuite, mécontentements, froideurs, morosité, délégations, articles de presse, lettres comminatoires, coups de téléphone angoissés ou menaçants.

Quarante-huit heures après la présentation du plateau d'argent, qui a eu lieu 95 fois (dans chaque département) le texte est mort-né. La belle signature, les festons et les astragales n'ont pas été au-delà des bureaux Louis XV ou Napoléon du Grand Chef ou du Sous-Chef.

Ne nous étendons pas sur le mythe de la « Décision ». L'argument a été présenté, notamment par L. SFEZ (1). Rappelons une fois encore qu'une Décision ne se situe pas à un endroit précis, un jour déterminé; elle est le fruit d'un processus long et hasardeux dans lequel interviennent quantité de facteurs. Ce que nous qualifions béatement une « Décision exécutoire » n'est qu'un geste formalisé de ratification dont la portée se mesure à la lumière de ce qui se passe pendant cette phase dénommée « exécution » et qui est un imbroglie cacophonique de choses qui se font dans tous les sens ou ne se font pas.

III. — LES POUVOIRS MULTIPLES DANS LE POUVOIR

Etat et société ne sont pas comme deux sphères en mouvement l'une au-dessus de l'autre. Des mots comme société, pouvoir, public, et même Etat n'ont aucun sens au singulier. Le Pouvoir officiel est une formule pour se comprendre dans la vie politique et l'enseignement, mais la réalité est innommable. Par une habitude contractée du temps de l'Empire romain, on divinise le Pouvoir. Il est traité en bloc, peuplé de robots, anges ou démons selon les passions, levant les mêmes étendards, entonnant les mêmes chants, agissant suivant des rythmes et des conduites préfixés.

En réalité, Etat et société, gouvernants, fonctionnaires, citoyens, administrés, professionnels, usagers se côtoient et se mêlent dans la ville, échangeant souvent leurs casquettes. La Puissance Publique avait figure de tour imprenable lorsqu'il n'y avait en face d'elle que des gens isolés, sous-informés, craintifs. Alors elle décrétait et frappait. Aujourd'hui, en face d'elle, des groupes ont pris conscience de leur force; souvent bien informés, peu intimidés par l'autorité, ils n'hésitent pas à la dénier ouvertement ou par la bande. Les partenaires se côtoient, se confondent sans muraille de Chine, ni frontières, ni zones propres. Dans notre Univers qualifié « sans distance » tout communique avec tout. Plus on cultive les secrets, plus ils sont percés. La distinction des secteurs public et privé est pour les professeurs; la réalité est un énorme secteur mixte, indéfinissable. Les juristes font des tentatives désespérées pour clarifier, distinguer, étiqueter. Question de vie ou de mort pour eux, car si on n'avait plus à définir et à distinguer, il n'y aurait plus de juristes et de professeurs.

Au sein même du Pouvoir, il y a des pouvoirs multiples. Le Pouvoir nourrit des unités qui chacune a son jeu propre et entend le préserver.

Pour prendre l'exemple le plus grossier, on sait bien qu'à différentes époques de notre Histoire, le Gouvernement civil a été défié par les militaires, alors qu'ils constituent une simple branche du « Pouvoir exécutif ».

Le coup d'Etat militaire est la manifestation la plus intempérante de contrepouvoir. On sait aussi que de hauts fonctionnaires font parfois bande à part, au point qu'on a pu parler de Pouvoir administratif, plus fort que le politique. Mais là aussi ne généralisons pas. Par exemple, quand on parle de pouvoir militaire, on oublie que l'Armée n'est jamais unie et que pendant qu'un Général ou un Colonel complète, un autre manœuvre autrement.

Un « pouvoir civil » en péril a toujours ses « bons » militaires qui ne l'abandonnent pas. A l'inverse, ceux qui fomentent le coup d'Etat ont toujours des alliés civils (économistes et universitaires âgés). Les exemples d'actualité du Chili, du Portugal, du Pérou, de l'Argentine, de l'Ethiopie le démontrent abondamment.

(1) Critique de la décision. Fondation Nationale des Sciences Politiques.

Il n'y a pouvoir militaire au sens propre que si les lâcheux brisent l'opposition au coup d'Etat, née au sein même de l'Armée.

Revenons au « pouvoir civil ». Apparemment, il est une vaste structure très ramifiée qui s'articule sous l'autorité de grands chefs, mais n'est-ce pas une image d'Epinal ? La réalité est un magma d'unités ou, comme on dit, d'« entités » plus ou moins accordées ou désaccordées.

Ces pouvoirs multiformes n'apparaissent pas forcément là où on les annonce. Ni lettres dorées, ni panonceaux ne les indiquent. Aucun « Bottin » ou organigramme n'en donne la mesure véritable. En outre, ce pouvoir réel est très fluide ; il se situe tantôt dans un lieu ou chez un homme, tantôt ailleurs. On connaît l'expression « le Pouvoir l'a abandonné ». La complexité des systèmes brouille étrangement les cartes, de plusieurs façons.

1° Les organisations sont pleines de régimes d'exception, de formules acceptées tacitement, de jeux tolérés, d'errements qualifiés transitoires.

En faire un bilan exhaustif est franchement impossible, car tout ce qui s'écarte de la norme est plus ou moins secret (2).

Les ministres eux-mêmes n'en ont qu'une vague idée : il faut remuer la pâte pour approcher la réalité. La Cour des Comptes dénonce occasionnellement, mais la moitié des choses continue à se faire sous des présentations plus rassurantes.

Il y a tant et tant de ces écarts que leur analyse absorberait tous les candidats à des thèses de science politique ou administrative.

2° Aux différents étages de la pyramide, les responsables s'interrogent, pèsent et soupèsent. Les conduites varient d'un secteur géographique à l'autre ou d'un service à l'autre, selon les forces extérieures ou les conjonctures.

La complexité des règles, leur production à jet continu engendrent indécision, incertitudes et perplexités. Certes, il ne faut pas tomber dans le mythe du bon vieux temps et croire que les responsables d'hier étaient des modèles de détermination.

L'homme moyen n'erre probablement pas plus qu'hier, mais les données à sa disposition forment un clavier beaucoup plus riche. Aujourd'hui l'ordre type est voué à être ambigu, avec des « si » et des « mais ». Souvent le chef dira : « Faites au mieux, je m'en remets à vous ». En ces années 70-80, les flux venant du sommet sont des alliages suscitant des quiproquos. Ils sont prudents, « mous ». Parfois le chef met de la confusion, car il a peur de se compromettre par un engagement trop net. Incertains sur la ligne à suivre, perplexes sur ce qu'ils doivent faire, des chefs naviguent au mieux. Leur comportement, que l'on dit normand, habile ou astucieux, est impossible à décrire d'une façon nette.

Aux prises avec des difficultés de tous ordres, des pressions opposées, ils errent, attendent, gagnent du temps. Les ordres provisoires, remis en cause, différés, foisonnent. Y a-t-il encore des présidents, des ministres, des directeurs qui, pour ce qui est vraiment sérieux, se compromettent sur des instructions « claires comme de l'eau de roche » ?

Peut-être, mais par saccades, accès. Les qualifier d'autorités de décision est passablement risible. Combien de services sont livrés à eux-mêmes, implorent des ordres, se disent abandonnés, cherchant quelque protecteur. Combien d'instructions écrites usent de circonlocutions, sont en fioritures, dans tous les sens. Du consensus, de la convenance, de la prévenance, de la courtoisie... Le message hiérarchique se réduit en peau de chagrin. La société verticale prend de l'âge.

Quand de vrais ordres interviennent, ils seraient plutôt brutaux, rageurs, comme si l'autorité voulait se rattraper de son impuissance sur le reste.

Des pouvoirs classiques comme celui de l'inspecteur des impôts sont sujets à des louvoisements. Soumis à des règlements proliférants, ils sont durs ou mous selon les cas, mais le plus souvent incertains. Dans des domaines comme l'Urbanisme, il y a des errances, des bizarreries, des étrangetés qui surprennent, font sursauter.

L'avocat perce derrière le chef.

Un même responsable est le porte-parole de plusieurs causes.

« Monsieur le Directeur » « applique la politique définie par son Ministre » dit-on à l'envie, mais le même personnage est aussi Maître un tel, défenseur du petit monde qui l'environne (collaborateurs, professionnels de sa mouvance...).

Dans un domaine aussi classique que l'Armée, le chef militaire a une position ambiguë. Pris entre l'obéissance hiérarchique et le désir de défendre ses subordonnés, il louvoie. Ces mêmes subordonnés, ne se sentant pas efficacement défendus, ont tendance à se tourner vers la voie syndicale (3). L'observation peut être généralisée. Bien souvent la protection n'est pas attendue du chef hiérarchique, mais du syndicat.

Autre source de confusion : les langages administratifs se diversifient étrangement. Les administrations deviennent, par leur expression, étrangères les unes aux autres. Elles ont leurs formules, leurs sous-entendus. Il faut décrypter ce qu'on lit ou on entend, à condition de connaître les mots de passe. L'administrateur ne pige pas l'ingénieur. Le technicien de telle branche est allergique à une autre spécialité. Le statisticien verra ses chiffres, l'agent qui se veut « culturel » sera obsédé par les données qualitatives. Le responsable qui les coiffe sera absent... en mission... en commission... dans un congrès, « trop débordé » pour émerger.

Bref, une foule de circonstances plus ou moins saisissables, la variété des formations, le foisonnement et la contradiction des documents, l'exotisme des langages, l'incertitude des règlements favorisent les incompréhensions, les immobilismes et les blocages des circuits annexes s'ouvrent, des rapports officieux s'y glissent ; errances, bouffonneries, cacophonies. Là encore l'image de l'iceberg s'impose. Les choses que l'on avoue forment sa partie découverte ; la masse immergée est encore plus dominante. Les agitations désaccordées, dont nous avons donné un aperçu, ne méritent pas l'appellation de Pouvoir. Un Pouvoir se distingue des pouvoirs par le fait qu'il est unitaire ; il détient un monopole alors que les pouvoirs sont pluraux et discordants.

Les pouvoirs multiples qui forment le tissu du Pouvoir peuvent être regardés de deux autres façons :

(3) Jean LAFITTE : « La défense des intérêts des militaires par leur chef : un nouveau service public ? ». Revue Administrative, 166, juillet-août 1975.

- d'abord, ils sont, les uns par rapport aux autres, contre-pouvoirs ;
- d'autre part, ils sont souvent mus par leur masse propre, qui les entraîne et les oriente ; on les qualifie alors d'auto-pouvoirs ou pouvoirs mécanisés.

Leur aspect de contre-pouvoir est la conséquence du progrès des communications, alors que leur visage d'auto-pouvoir est le résultat de la complexité.

IV. — LES CONTRE-POUVOIRS

Commençons par prendre un peu de hauteur.

Toute chose a deux volets : son recto et son verso.

Dans l'ordre de l'esprit, la thèse amène l'antithèse. On a le sentiment que chaque fois que quelque chose apparaît, son contraire vient aussitôt avec.

L'homme est un être à deux battants, remarque Marcel JOUSSE (4). Tout ce qui vit, dit-il, est soumis à la loi naturelle du balancement : l'enfant qui joue, l'homme qui travaille ou communique, exprime inconsciemment sa structure bilatérale : droite et gauche, avant et arrière, haut et bas.

Même bilatéralisme dans le Inn et le Yang de la métaphysique chinoise, dans les philosophies qui se fondent sur les signes positif et négatif, peut-être aussi dans les représentations graphiques des magdaléniens de la Préhistoire si l'on en croit Leroi Gourhan qui explique les peintures rupestres par la dualité des sexes.

La vie et la société sont rythmées de la même façon. Ce qui se conçoit et s'exécute a un recto et un verso. Les individus et les groupes « balancent » entre faire et ne pas faire, avantages et inconvénients, actif et passif, crédit et débit...

Sauf exceptions qui confirment la règle, les consultations électorales et les sondages révèlent dans les pays occidentaux des partages à peu près égaux d'opinions, comme si une fée, avec sa baguette magique, réglait le ballet des 49-51 %. Montherlant disait : « Il n'est rien que j'ai écrit à un moment de mon existence, dont je ne me sois senti pressé d'écrire le contraire ».

Chacun est immobiliste pour ce qui convient au conservatisme de son tempérament et révolutionnaire pour ce qui s'accorde à son humeur.

Que de gens sont réformistes à leur lieu de travail, conservateurs à leur foyer, révolutionnaires au volant de leur automobile, voulant le changement pour ceci, mais pas pour cela, etc... Tout être est un nœud de contradictions.

L'être humain a des pulsions désaccordées. L'opinion n'éprouve guère le besoin d'ordonner ce qu'elle attend du Pouvoir ; on voudrait une administration sans bureaucratie, la liberté mais l'ordre, une sécurité sociale plus juste, mais sans paperasserie ; on consent à des impôts, mais on ne veut pas être contribuable ; le consommateur plaide pour la taxation des prix, mais s'il est producteur, il justifie une exception pour son secteur, etc... c'est comme si on était partisan de la condamnation à mort sans têtes coupées ni corps percés.

(4) Marcel JOUSSE : « L'anthropologie du geste ». Gallimard, 1974. G. BARON : « Marcel Jousse. Introduction à sa vie et à son œuvre ». Casterman, 1965.

Cette bivalence des choses est accusée par le progrès des communications qui transforme fondamentalement la société. Toute unité est prise aujourd'hui dans des circuits relationnels. Elle subit des bombardements incessants d'information qui l'obligent à jouter avec les unités voisines. Prendre de la distance ou du recul, se soustraire à notre univers tourbillonnaire n'est pas toujours possible. Il en résulte que pour avoir du pouvoir, on est obligé d'être contre-pouvoir de son environnement ; pouvoir et contre-pouvoir sont les deux faces d'un même Janus.

Par contre-pouvoirs, il ne faut donc plus viser seulement les forces qui jouent face aux Pouvoirs Publics et dont les syndicats sont la meilleure illustration avec quantité d'associations, des journaux, les forces de l'argent, etc...

Ces forces extérieures au Pouvoir ont des stratégies et des tactiques très diverses. Mais l'évolution va dans le sens sinon de leur intégration, en tout cas de leur insertion dans les systèmes publics. S'agissant des syndicats, par exemple, les formules paritaires (commissions, comités...) sont courantes.

Les contre-pouvoirs ne sont plus « extra muros ». L'iconographie moyenâgeuse qui montre le Seigneur à l'abri de son château-fort jetant projectiles et poix brûlants sur les envahisseurs, n'est pas la meilleure représentation du temps présent.

Les « contre-pouvoirs » voisinent de plus en plus avec les « pouvoirs », d'où des mélanges, des dénaturations, sans parler des quiproquos. Le public spectateur n'y comprend rien. Parfois on ne voit plus « qui est qui » ou « qui est quoi ». Tout le monde fait un peu de tout dans des proportions modestes. Dire que ceux qui ont des titres officiels décident et les autres participent, ne veut rien dire. Le titre officiel peut être un paravent derrière lequel s'abritent des forces sorties d'on ne sait où. De leur côté, les contre-pouvoirs peuvent être « dans le vent », avoir pignon sur rue et gérer des sortes de services publics. Seul Dieu pourrait y reconnaître les siens.

Au sommet suprême, le Président de la République est tantôt le pouvoir du Pouvoir qu'il incarne, mais il peut n'être, à l'occasion, qu'un contre-pouvoir, par exemple s'il croise le fer avec une administration insupportable. Il subit le poids d'autres contre-pouvoirs. Il peut en être réduit à gouverner vraiment le seul domaine de l'Elysée, à condition qu'il n'y ait pas dans ses cuisines quelque majordome puissant. De Flers et Caillavet nous ont fait rire en exagérant, mais la caricature avait du vrai.

Le Général De Gaulle, si charismatique fut-il, ressassait ses tristesses d'être obligé de capituler devant telle féodalité d'Etat.

Si on pouvait analyser les rapports réels entre le Président de la République et le Premier Ministre, on verrait que tantôt ils croisent le fer, tantôt ils se soutiennent. Ils sont deux pouvoirs partiels dont les jeux concordants ou discordants composent le Pouvoir.

Le rayon d'action d'un pouvoir constitué peut être beaucoup plus circonscrit qu'on ne le croit communément.

Un ministre peut n'être que le contre-pouvoir de son Administration si ses services « gouvernement » effectivement. Il arrive que ceux-ci déterminent les grands choix ou même mènent une politique opposée à celle de leur Ministre.

(2) Voir à ce sujet les études de Michel CROZIER.

Ces choses sont connues, mais on ne les avoue pas publiquement pour ne pas altérer de délicats équilibres qui ne se maintiennent que dans un consensus de discrétion. Les contre-pouvoirs naissent au milieu des pouvoirs, comme l'herbe sauvage croît sur le champ ensemencé. Bien qu'elle soit au cœur du Pouvoir, l'autorité de Police fait figure de contre-pouvoir quand les syndicats de policiers pèsent plus que son commandement. Après des manifestations de rues qui avaient révélé des grincements en son sein, on a pu lire des relations de faits divergentes, selon qu'elles émanaient du Préfet de Police ou des Syndicats : le même gradé pouvait avoir deux casquettes, selon qu'il était commissaire ou responsable syndical.

Des couples de ministères sont en état de crispation viscérale : l'Intérieur et la Justice, l'Équipement et la Culture, peut-être aussi l'Agriculture et l'Industrie. Aujourd'hui, avec l'enchevêtrement des attributions, tout ministère est peu ou prou le contre-pouvoir de son partenaire habituel. S'il est de grande taille, ses propres directions se livrent des guerres intestines. Le Ministère de l'Économie et des Finances, par exemple, ce super ou hyper-pouvoir, est un colosse en dix morceaux. Ses Directions se regardent en chiens de faïence. Impôts et Budget, par exemple, rivalisent à jet continu. La Direction Générale des Impôts, qui a en mains tout l'appareil fiscal, se comporte vis-à-vis des autres administrations, comme leur pouvoir tutélaire. Elle proclame l'autonomie de ses décisions et tient celles d'ailleurs pour mal inspirées.

Si le Ministre du Commerce, par exemple, s'évertue à cataloguer les artisans, les Impôts répondront que la définition de l'artisan est leur affaire.

On a noté que les ingénieurs et autres fonctionnaires des Télécommunications considèrent leur sœur, la Poste, comme un parasite qui les empêche de se développer. Ils la méprisent parce que peu technique et insuffisamment dynamique. Des responsables du téléphone leur répliquent en parlant de « P.T. Touille pour désigner l'administration voisine (5).

Quant un problème à résoudre surgit, on a pris l'habitude de désigner un Monsieur chargé de... (la sécurité, du bruit, des énergies nouvelles, des métiers d'art, de la prostitution, de l'abbaye de Fontevraud, de celle de Royaumont, etc...). « Monsieur de » doit coordonner, animer, promouvoir (les mots qu'on emploie), ce qui doit se traduire par : manifestez-vous, secouez les administrations concernées et moi, Gouvernement, je vous soutiendrai. Ainsi pour exercer son pouvoir, le Pouvoir met en piste des contre-pouvoirs.

Au cœur de l'Etat, les pulsions jouent sans relâche. On les perçoit mieux depuis qu'ont été institués des ministères ou secrétariats d'Etat qualifiés horizontaux, comme la Culture, l'Environnement, le Travail Manuel, la Consommation. Apparemment, ils coordonnent les actions des autres sous l'autorité du Premier Ministre en leur insufflant un autre esprit, en renouvelant certains de leurs objectifs.

En fait, avec le concours de contre-pouvoirs qui naissent extra muros et qui se rapprochent peu à peu des pouvoirs pour les « travailler » de l'intérieur : association de défense, syndicats, groupes et personnalités ils tarabustent les autres administrations, bloquent ceux de leurs projets qui n'ont pas l'heur de leur plaisir, prennent d'autres initiatives conformes à leur éthique. Ces autres administrations tiennent les « horizontales » pour des empêcheurs, des brouillonnes, des négatives...

(5) Alain FAUJAS. *Le Monde*.

Une grande entreprise publique du type E.D.F., S.N.C.F. ou Air France peut être plus forte que son Ministre de tutelle et exercer des pouvoirs réels plus efficaces, réduisant celui-ci à enregistrer et ratifier par bienséance.

Dans une ville préfectorale, une direction de l'Équipement, qui a la haute main sur les routes et les plans d'urbanisme, jouera pour ou contre le Préfet, s'alliera avec un sous-préfet ou le négligera, etc...

Comment distinguer pouvoir et contre-pouvoir quand on apprend des alliances tacites, voire honteuses ; des pactes immoraux. On ne détaillera pas, mais il est sûr que telle administration voit d'un bon œil un Syndicat qui est son contre-pouvoir avéré, mais dont l'activisme le sert vis-à-vis d'une autre portion de l'Etat avec laquelle il est en froid.

En 1966, le Secrétaire d'Etat à l'Information a censuré le film « La Religieuse » en dépit de l'avis deux fois favorable de la Commission officielle qui l'avait visionné, pour accéder à la pression insistante du contre-pouvoir que représentait un certain monde confessionnel breton ; le ministre a dû être satisfait d'une telle conjonction entre ses visées et cette pression.

Alors qu'il est le prototype du commis discipliné, un préfet se réjouit d'un article de presse qui le seconde à point nommé dans ses relations avec son « Pouvoir » ou même d'un désordre qui survient, un « divine surprise » qui fait dire « ne le répétez pas, mais c'est bien fait pour eux ; je l'avais prévu et je le leur avait dit... ».

Cette Grande Dame qu'est l'Etat, est agitée et parfois « indigne » : rivalités puériles, stratégies perverses, ambitions calculées, impérialismes sournois. Des corps de fonctionnaires se font des guerres inexpiables, marquant alternativement des points, n'ayant cesse de se gêner, de se déprécier, exposant avantageusement leurs trophées.

M. Maurice DOUBLET, ancien préfet de la région parisienne, écrivait récemment : « Les corps de fonctionnaires se jalourent et s'épient constamment, attentifs chacun à tout avantage que pourrait remporter l'un de ses rivaux... ».

Un ministre donne tous les signes de co-gestion avec « ses » syndicats. Les syndicats, dit-il, n'ont pas voulu, ont demandé et obtenu des compensations, etc... Si le mot « co-gestion » est trop fort, préférons-lui concertation, mais de celle-ci à celle-là, la transition est insensible. Voici que se développent les co-gestions avec les consommateurs (l'Institut National de la Consommation), les prestataires sociaux (Caisses de Sécurité Sociale), les travailleurs (Agence pour l'amélioration des conditions de travail), les jeunes (maisons de Jeunes, centres culturels, etc...). Caractéristique, la phrase authentique de ce ministre « dans le vent » : « Nous créerons un service public, mais il ne dépendra pas de nous » et cette autre : « Voyez entre vous ce qui convient, j'approuvera les yeux fermés ».

L'inceste existe. Un pouvoir peut s'allier à un de ses contre-pouvoirs contre un autre pouvoir qui fera pareil de son côté.

Des organisations professionnelles sont en concubinage avec des services. De vieux ministères en sont les courroies de transmission.

L'Etat, qui offre de loin un visage pur et dur, est granulé de petits marquisats, baronnies ou compagnonnages où les choses se passent autrement qu'on ne croit. Par des voies imprévues, parfois tortueuses, se résolvent quantité de problèmes dits « insolubles ».

On s'en étonne, puisque, dit-on candidement, l'Etat est un. Mais cette façon de considérer l'Etat, qui vient de Rome et de l'Empire, est pour le moins théorique. Quand on met le nez dans la réalité des relations, une toute autre société publique émerge.

Ce qu'on appelle le secteur public, ou encore l'Etat, comprend des myriades d'unités aux sigles innombrables : établissements, agences, commissariats, centres, délégations, antennes, mission, messieurs chargés de..., groupuscules multiples. Une vraie épidémie. Quantités de présidents, de secrétaires généraux, de conseils d'administration, de comités, de chargés de mission, de délégués à..., de responsables de... opèrent en des lieux divers de la capitale et des villes. Ils nichent moins dans des palais que dans des appartements avec des salles de réunion, des espaces pour colloques ou buffets.

Que font donc ces brassées d'organismes. On y étudie, y échange, consulte, gère, anime, distribue. On s'y affronte aussi et tout finit par ces arrangements baptisés « consensus ».

Ces organismes multiformes mêlent des actions autrefois séparées. De nouveaux ensembles se dessinent, des « grappes », dit-on. Economique et social se mêlent avec ces piments qui sont l'éducatif et le culturel. Le mélange (la symbiose) est signifié par les titres des unités où il n'y a une fois sur deux le préfixe « socio ».

Tout cela s'enchevêtre dans un méli-mélo incroyable de mots et de formules de façade. Pas qu'en France...

Les Canadiens disent plaisamment que l'enchevêtrement et les ramifications des sociétés de télédistribution canadiennes sont aussi indébrouillables que le foisonnement des souverainetés princières dans l'ancienne monarchie des Habsbourg.

Aux Etats-Unis, les caisses de retraites professionnelles complémentaires pullulent dans un désordre vertigineux, quelle que soit la législation théoriquement en vigueur. Il y en aurait 30.000 selon l'annuaire statistique fédéral, 40.000 selon d'autres sources, 300.000 d'après d'autres encore...

L'organisme n'est connu que par son sigle qui est choisi en fonction moins d'une correspondance avec le Titre développé, que pour faciliter la diction.

Le sigle est entré dans les langages courants et à éclipsé les appellations complètes. Ces unités à sigle ont des pouvoirs ; font des règlements, concluent des « ententes », lèvent des cotisations, des taxes, imposent des participations, établissent une discipline dite souvent « auto-discipline ».

Les unités à sigle ont entre elles de continuel rapports : lettres, mais surtout téléphone et réunions.

Apparemment, l'entente cordiale règne ; on se fait des courbettes, on déjeune ensemble, on se donne des genres américains, mais en fait les guerres souterraines, les conflits de préséances, les innombrables susceptibilités, les luttes pour ravir la meilleure image de marque ou pour gagner une nouvelle clientèle sont impitoyables.

Les ministres et les hauts fonctionnaires ont pris conscience de cette mer d'unités qui baigne leurs « domaines ». Ils font alliance avec elles, leur proposent des actions communes, des « partages », en créent de toutes pièces par brassées, leur donnent des moyens ; plus il y a de sigles, plus l'argent vient et circule.

Par touches successives, des délégations ouvertes ou tacites, par l'effet de hasards, d'occasions fortuites, ces unités à sigles, un peu tétards à l'origine, prennent peu à peu en charge des actions tenues pour nobles et grignotent les domaines des grands systèmes.

Des administrations « bien sous tous les rapports » mais qui sont étouffées par leurs techniques asservissantes, sont réduites à préférer ces issues latérales. Succombant à la tentation, elles chargent les unités à sigles de petites besognes, puis d'autres plus consistantes, ne gardant pour elles que ce qui donne l'apparence des sceaux. Un problème neuf se pose-t-il ? Surgit alors quelque unité nouvelle ; simple branche d'un appareil existant ou création supplémentaire. L'opposition de la nouvelle venue est discrète ; on ne la publie pas ; on a un peu honte.

Ainsi, peu à peu, autour des palais nationaux aux majuscules dorées qu'on change à chaque nouvelle combinaison ministérielle, s'étendent comme des banlieues de vrais pouvoirs. Parfois la baraque est dans les Palais comme des campeurs qui montent leur tente dans les parcs de châteaux.

Dès que la complexité des gestions devient insurmontable, l'Etat crée des associations à lui ; du « bidon » peut-être, mais grâce à ces éléments préfabriqués qu'on monte en 48 heures, on échappe aux griffes du pouvoir technicien. Tout le temps des unités nouvelles apparaissent et entrent à leur tour dans le ballet du « secteur public ». Chacune est un peu « pouvoir », un peu contre-pouvoir ». A quoi tient cette floraison, cette prolifération ? Les articulations traditionnelles ne répondent plus. Bloquées, asservies aux techniques, elles patinent, produisent seulement du jargonisme et du formalisme.

A l'évocation de ces unités classiques pleurent Jérusalem, déplorant la perte de l'Etat unique, puissant, ordonné ; ils le célèbrent avec les termes qu'utilisent les hébreux pour représenter le Dieu de l'Ancien Testament.

Le démembrement de l'Etat est bel et bien consommé. Jetez un regard sur le « Journal Officiel » qui, à jet continu, inscrit à l'état civil de la famille étatique, de nouveaux établissements qui portent tous les noms possibles et qui exercent des missions vagues et polyvalentes.

Les structures reproduisent un terrain. Celui-ci est la société française qui fourmille de différences et de phénomènes marginaux. Vouloir remembrer les structures ne donnerait que des coups d'épée dans l'eau.

Nous sommes victimes du classique défaut qui consiste à vouloir réformer suivant les schémas du passé, en l'occurrence ceux de l'Empire romain et de Napoléon, qui exercent sur les esprits distingués une fascination indéracinable.

L'Etat classique est moribond et on ne le restaurera pas par un compte à rebours. Le « retour aux sources » n'est qu'une figure poétique composable au « bon vieux temps » dont se bercent quelques retraités.

V. — L'AUTO-POUVOIR MECANISE

Beaucoup de mots courants commencent par auto : auto-détermination, auto-défense, auto-gestion... et naturellement autonomie. En effet, des comportements ou des organisations autrefois sous le signe du père ou du chef prennent de façon croissante leur envol.

« Auto » implique un relâchement ou l'abandon d'un père nourricier. Philosophiquement, il traduit la révolte oedipienne ; psychologiquement il correspond à la maturité ; socialement il est l'éveil d'une conscience collective.

Ce relâchement ou cette rupture se produit chez tous les êtres vivants à des étapes diverses, suivant des cycles, propres à chaque espèce. L'enfant, qu'il soit homme, chien, poisson ou oiseau quitte ses parents à un certain moment. Il ne dépend plus d'eux. Quand c'est un homme, la loi édicte une coupure précise : l'âge de la majorité.

Les phénomènes sociaux sont apparentés, mais leurs cycles n'ont pas la rigidité de ceux du règne humain, animal ou végétal.

Les sociologues s'efforcent de découvrir des processus « invariants ». Les historiens parlent de la vie et de la mort des civilisations ou des nations, mais la réalité est beaucoup plus floue. Il peut en être de même pour des unités collectives. Une institution, un organisme, une entreprise a d'abord une phase de démarrage ou de rodage pendant laquelle elle est fragile et doit recevoir des aides ou primes. Pendant cette phase, l'unité est aidée financièrement et conseillée.

On trouve dans la vie sociale de nombreux exemples d'unités qui, après un temps d'installation et de démarrage, relâchent leurs liens avec leurs pères adoptifs. Ils ne veulent plus être « couvés » ; ils veulent « prendre leur envol » et « les choses en mains », à naviguer en « régime de croisière »...

La multiplication des unités, dont nous parlions précédemment, est due largement au surgissement de ces aspirations d'autonomie.

Nous l'avons dit pour le secteur dit « public », mais dans le secteur économique, la situation est la même : filiales, délégations, branches, agences, annexes ; les grandes concentrations et les multinationales ne forment pas des unités géantes, mais des complexes ou des grappes ; les grains sont reliés par des nervures à un même arbre central, mais ils ont chacun, à dose variable, leur zone propre et des pouvoirs déconcentrés.

Des raisons fiscales expliquent pour partie ces éclatements, mais ils sont provoqués aussi par l'aspiration des cadres à tenir les rennes.

Dans le secteur que, par habitude, on appelle « public », les courants autonomistes s'épanouissent dans les organisations et les fonctionnements.

a) Les unités s'arrogent le droit d'établir leurs propres statuts, ce que facilite le régime de l'Association sous lequel elles se placent.

b) Autonomie dans le fonctionnement aussi ; la règle de droit devient contractuelle, elle est de moins en moins décriée par le Pouvoir : nous assistons au développement d'un véritable ordre conventionnel qui se substitue ouvertement ou sous roche à l'ordre réglementaire ancien, bien que les manuels de Droit continuent à donner, à notre avis à tort, à celui-ci la première place.

Les autonomies sont dues à une autre cause qui tient à la complexité technique, laquelle est directement à l'origine de phénomènes de contre-pouvoir.

En voici un exemple parmi bien d'autres... Le problème des sociétés d'économie mixte locales est à l'ordre du jour. On regrette unanimement que les municipalités ne pèsent pas davantage sur leur orientation et ne prennent pas mieux leurs responsabilités.

La timidité des maires tient en ce que ceux-ci sont mal préparés aux activités complexes des sociétés d'économie mixte (immobilières surtout).

« Comment en demander plus aux élus quand les contrôleurs financiers de l'Etat eux-mêmes ne s'y retrouvent pas toujours dans la lecture des bilans de société ? » (6).

Le pouvoir politique, faute d'avoir des clés qui l'ouvrent, est acculé à laisser la bride sur le cou à ce qu'on appelle le pouvoir technique. Le politique est verbeux, fertile en projets, mais au ras du sol les techniciens ont mille tours dans leur sac pour jouer à sa barbe.

On étonnerait fort et on choquerait le technicien d'un ministère en lui disant qu'il est plus fort que son ministre. Il se récriera, disant qu'il ne fait que préparer et proposer ou bien la décision prise, exécuter, et que son ministre reste le maître, lui un collaborateur respectueux. Mais chacun sait, les ministres les premiers, que ceux-ci sont réduits à l'état de M. Loyal ou de Hurons si la nappe technicienne les enveloppe de trop près.

Un des problèmes les plus difficiles de la société contemporaine est de savoir si le pouvoir politique y a encore sa place. Nous ne visons pas là des élections qui ont succédé aux tournois féodaux du x^v siècle et qui pour les démocrates sont des sécurisants, mais quand les lampions sont éteints, que devient le Politique ?

La grande majorité des « décisions » est déterminée par des concours de circonstances dans lesquelles les techniciens ont la plus grande part.

Ingénieurs, statisticiens, économistes, experts de tout acabit ne se bornent pas comme on dit ingénument à préparer la décision ; ils préfigurent d'abord la solution, puis la dessinent peu à peu à mesure que l'affaire prend tournure et que le dossier « avance ».

Il y a beaucoup moins de grandes options qu'on ne s'imagine. Elles existent dans le « Discours politique », mais en fait les choix sont des compromis qui concilient des impératifs techniques. Pour la suite, les applications sont étroitement conditionnées par les techniques. Si le pouvoir technique se libère largement du pouvoir politique qui devient un fantôme, cela n'élève pas « ipso facto » les techniciens pris en tant qu'hommes. Sans doute y en a-t-il qui goûtent au pouvoir. J.-C. THOENING a montré que pour certains ingénieurs des Ponts et Chaussées et des T.P.E., la technique est une idéologie, un instrument de conquête du pouvoir. Un chef comptable perçoit son pouvoir lorsque ses techniques commandent des choix économiques ou sociaux. On pourrait citer quantité de techniciens qui occupent des postes-clés, auxquels on fait la cour et dont on attend avec inquiétude les verdicts.

On dénicherait aussi des mandarins qui jouissent des arcanes des règlements et trouvent délicieux de les appliquer strictement.

Mais les uns et les autres sont des mailles d'un énorme filet ; le vrai pouvoir — qui implique liberté, appréciation, jugement — leur échappe largement. Il n'y a pas de « pouvoir technique » comparable à un « pouvoir politique » pyramidal au sommet duquel trône un Roi, gouverne un Président ou un Premier Ministre, décident des Ministres.

(6) Michèle CHAMPENOIS. *Le Monde*, 29 septembre 1977.

Les techniciens ne sont hiérarchisés qu'à l'intérieur de leurs spécialités. Dans l'ensemble, ils ne sont coiffés par aucun chef d'orchestre. Ils respectent quelques vénérables académiciens ou apparentés et c'est tout. Ils ne forment pas non plus un front uni. Ils se jaloussent au moins autant que les administratifs.

Cet aspect du « pouvoir technique » a été exactement analysé par Jacques ELLUL ; « effectivement, personne ne maîtrise le système, dit-il. Aucune instance économique ou politique ne peut d'ailleurs le maîtriser. Aucun technicien non plus. Les techniciens sont toujours des hommes parcelaires »... (7).

L'expression « pouvoir technique » est empruntée à tort au langage politique. La réalité est autre. Elle tient en ce que les impératifs techniques ont priorité et entraînent les autres.

Par qui le Pouvoir est-il alors réellement tenu ?

André SIEGFRIED écrivait vers 1950 à propos de la III^e et de la IV^e Républiques : « Je me suis souvent demandé où se prennent les décisions politiques essentielles qui orientent le destin du pays. Sous leur forme ultime c'est au Conseil des Ministres, mais son choix n'est qu'une résultante d'influences infiniment complexes et contradictoires. Les questions n'y parviennent pas neuves, susceptibles d'être traitées objectivement en elles-mêmes, mais canalisées, adaptées, perverties par les nécessités de la technique ou la résistance des intérêts ».

Aujourd'hui, des pans entiers de Pouvoirs ne sont plus maîtrisés, comme ces satellites sur orbite qu'on ne peut plus diriger du sol. C'est pourquoi nous le qualifions d'« auto-pouvoir » mécanisé.

On surprend sa puissance sournoise dans les Mémoires de ceux qui ont été un temps « au pouvoir ». Ils confessent qu'ils ont été impuissants, mais ils le disent avec tant d'à-propos qu'on les tient quittes.

Le ci-devant est de bonne foi ; il s'est dépensé très activement pour réformer, pour agir... Mais il avoue ou il laisse entendre que des mécanismes plus puissants que lui l'ont inhibé. L'auto-pouvoir technique provoque des « N'y a qu'à » désenchantés.

Le « pouvoir » technique se meut en ordre fermé. Il y a entre un auto-pouvoir et un pouvoir une différence si énorme que le même mot ne convient pas pour les deux réalités. Un auto-pouvoir n'est pas un pouvoir autonome comme le fut l'Eglise sous l'ancien Régime, à certaines époques l'Armée ou l'Université.

Un pouvoir autonome — ce qu'on qualifie parfois d'Etat dans l'Etat — est un Gouvernement au petit pied animé par des gens solidaires et fraternels. Il est d'essence corporative.

Un auto-pouvoir est dilué et anonyme. Il serait simpliste de dire qu'il est partout et ne va nulle part, mais cette maxime a du vrai. L'auto-pouvoir est fort, pas comme une

(7) Jacques ELLUL : « Le Système technicien ». Calmann-Lévy, 1977.

dictature qui ouvre des prisons et assigne les opposants à résidence, ni comme un chef populaire qui n'a qu'à lever le petit doigt pour être suivi.

La puissance de l'auto-pouvoir dérive de contraintes douces. Il ne commande pas, mais se fait inévitable. Ses ordres découlent de ses mécanismes. Il s'exprime en parlant de conséquences, de résultats ; la logique est déductive. Pareil aux enfants de Ugolín, il se nourrit de lui-même suivant un cycle qui fait penser à celui de la Nature (une forêt se développe avec l'humus des feuilles tombées). L'auto-pouvoir crée des « complexes » en relation entre eux et qui se procréent indéfiniment.

L'affaire de la Villette en donne un exemple. En 1958, lorsque le Conseil de Paris prit la décision de bâtir des abattoirs modernes, la dépense est évaluée à environ 173 millions. Fin 1969, quand l'affaire éclate, il fallait 1,25 milliard pour achever la Villette.

D'une conception modeste au départ, on est vite arrivé à la création d'un « machin » à vocation européenne. Qui est à l'origine de cette transformation ? Personne précisément, mais une série de gens qui ont eu des réactions en vase clos.

C'est encore Jacques ELLUL qui rapporte la réflexion d'un préfet : « Quand un plan technique a été mis sur les rails, il n'y a plus rien à craindre, ça ira jusqu'au bout ». Que le propos soit vrai ou apocryphe et il caractérise un type de comportement qu'on exorime en disant familièrement : « Les dés sont jetés » ou encore : « C'est parti ! ».

Dans « La Démocratie en Amérique », A. de TOCQUEVILLE écrivait : « Je veux imaginer sous quels traits nouveaux le despotisme pourrait se produire dans le monde ; je vois une foule innombrable d'hommes semblables et égaux, qui tournent sans repos sur eux-mêmes pour se procurer de petits et vulgaires plaisirs, dont ils remplissent leur âme... Au-dessus de ceux-là s'élève un pouvoir immense et tutélaire qui se charge seul d'assurer leurs jouissances et de veiller sur leur sort. Il est absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux... Il pourvoit à leur sécurité, prévoit et assure leurs besoins, facilite leurs plaisirs... ; que ne peut-il leur ôter entièrement le trouble de penser et la peine de vivre ! ».

L'informatique accroîtra la mécanisation. Autour des machines, proliféreront les unités de documentation et de préparation des programmes. Il y en aura de toutes sortes et elles seront, la plupart, inclassables. On effacera la distinction Secteur public - Secteur privé, qui n'aura plus aucun sens, mais restera au programme des Universités comme l'est encore la règle de la Séparation des Pouvoirs. Ce sera une vaste société de services faite de multiples unités passant des accords en elles dans un tohu-bohu apparemment désordonné, les choses se réglant par approximations successives. Le Gouvernement présidera ce magma invertébré en transformant ses fonctionnaires en médiateurs, arbitres, conciliateurs sous le couvert sécurisant de Discours politiques complètement désaccordés à la réalité, mais indispensables à l'âme des peuples.

LES PERSONNES RESPONSABLES DES ENGAGEMENTS SOUSCRITS POUR LE COMPTE DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES AVANT LEUR IMMATRICULATION AU REGISTRE DU COMMERCE



par JEAN-YVES LASSALLE
Docteur en Droit

*Assistant à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

PLAN

- Introduction
- 1^{re} Partie - La responsabilité de la personne morale
 - § 1 Le domaine d'application de la responsabilité de la personne morale
 - A) La notion de société en formation
 - B) La notion d'engagement
 - § 2 La mise en œuvre de la responsabilité de la personne morale
 - A) La procédure de reprise
 - B) Les effets de la reprise
- 2^e partie - La responsabilité de la personne physique
 - § 1 Le principe de la responsabilité des personnes physiques
 - A) Le domaine de la responsabilité des personnes physiques
 - B) Le contenu de la responsabilité des personnes physiques
 - § 2 Les procédés de substitution de responsabilité
 - A) Le défaut de reprise
 - B) Le défaut d'immatriculation
- Conclusion

1. - L'attribution de la personnalité morale aux sociétés commerciales est une solution traditionnelle du Droit français. La jurisprudence française, en se fondant sur divers textes (1), l'a consacrée depuis longtemps (2). Il faut reconnaître que les avantages pratiques de cette solution, qui fut d'ailleurs étendue par la suite aux sociétés civiles (3), sont incontestables. Son mérite ne peut donc être discuté. Cependant, le principe de l'attribution d'une personnalité morale aux sociétés commerciales soulève quelques difficultés d'application, relatives principalement au moment de l'acquisition de cette personnalité par la société.

2. - Avant que n'intervienne la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (4), la jurisprudence et la doctrine admettaient que l'acquisition de la personnalité morale se produisait au moment où le contrat était passé. Cette position se fondait sur l'ancien art. 1843 du Code civil (5) qui avait trait au contrat de société. En effet, ce texte disposait : « La société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque. » La société revêtait donc la personnalité morale au moment de sa constitution définitive, c'est-à-dire lorsque les formalités de constitution avaient été accomplies. Les parties au contrat étaient ainsi dotées d'un pouvoir considérable, celui de faire accéder à la vie juridique, à leur gré et à l'instant choisi par elles, l'être moral qu'elles désiraient constituer (6).

Selon cette conception, la publicité, déjà exigée à l'époque par la loi, ne faisait que révéler aux tiers la naissance de cette nouvelle personne. Sans doute le droit commercial attachait-il une grande importance à cette publicité, notamment au dépôt et à la publication de l'acte de société, puisqu'il sanctionnait son défaut par la nullité de l'être moral. Mais celle-ci ne pouvait être opposée par les associés aux tiers. La publicité n'était donc pas nécessaire à l'existence de la société ; elle n'était que l'acte de naissance de la personne morale (7).

3. - L'art. 5 de la loi du 24 juillet 1966 a modifié les solutions anciennes car, dans son premier alinéa, cet article dispose que « les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce » (8). C'est dire que la législation a

(1) Certains textes ont paru impliquer la personnalité morale. L'art. 529 du Code civil donne au droit de l'associé un caractère mobilier, même si la société possède des immeubles. L'art. 69 de l'ancien Code de procédure civile prescrivait d'assigner les sociétés de commerce en leur maison sociale. L'ancien art. 44 du Code de commerce, aujourd'hui abrogé, déclarait que « l'association en participation ne constitue pas une personne morale » ce qui laissait supposer qu'il reconnaissait cette notion pour les autres sociétés.

(2) Cf. M. de JUGLART et B. IPPOLITO, « Droit Commercial », 2^e vol. : « Les sociétés commerciales », 2^e éd., Edit. Montchrestien, Paris, 1976, p. 439 et sq. - G. RIPERT : « Traité élémentaire de droit commercial », 9^e édition par R. Roblot, L.G.D.J., Paris, 1977, p. 118 et sq.

(3) Req. 23 fév. 1891, S. 1892, I. 73, note Meynial - Req. 2 mars 1892, S. 1892, I. 497, note Meynial - Req. 25 avril 1910, D. 1911, I. 473, rapport Denis, note Nast - Civ. 22 nov. 1911, D. 1913, I. 83.

(4) Loi n° 66-537.

(5) L'art. 1843 du Code civil vient d'être modifié par la loi du 4 janvier 1978 (Loi n° 78-9, « J.O. » du 5 janvier 1978 ; J.C.P. 1978, III, n° 46684 ; D. 1978, lég. 69).

(6) G. DAUBLON : « Validité des actes et contrats réalisés par les sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce », Rép. Defrénois, 1977, p. 659.

(7) G. RIPERT : « Traité élémentaire de droit commercial », 5^e éd., par R. Roblot, L.G.D.J., Paris, 1963, n° 670, p. 333.

(8) La loi récente du 4 janvier 1978 (loi n° 78-9) qui a refondu la matière du Code civil relative au contrat de société a, non seulement confirmé cette solution à l'égard des sociétés commerciales, mais l'a, de plus, étendue aux sociétés civiles. En effet, le nouvel art. 1842, al. 1^{er} dispose : « Les sociétés, autres que les sociétés en participation visées au chap. III, jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ».

retenu l'accomplissement d'une des formalités de publicité comme critère de l'acquisition de la personnalité morale (9). Cela signifie qu'avant cette immatriculation la société commerciale ne peut, d'un strict point de vue juridique, s'engager puisqu'elle n'existe pas encore.

4. - La solution de l'art. 5, al. 1, s'explique par différentes raisons. Tout d'abord, certains auteurs font remarquer (10) qu'à l'origine le projet gouvernemental prévoyait un contrôle judiciaire de la fondation (11) des sociétés. Ce contrôle visait à éviter que des sociétés commerciales s'avèrent, après avoir commencé à exercer leur activité, entachées de nullité. Dans l'optique du contrôle judiciaire, l'immatriculation au registre du commerce pouvait être considérée comme la dernière étape de la procédure de création. Mais le Parlement, conscient du retard que ce contrôle pouvait provoquer, ne l'a pas instauré. Il s'est seulement contenté de faire de l'immatriculation l'étape essentielle de la fondation de la société commerciale en décidant que la personnalité morale ne s'acquiert qu'au jour de cette immatriculation.

Ensuite, d'autres auteurs font observer (12) que le législateur français a voulu tenir compte du droit de certains pays du Marché Commun. Les législations de ces pays (Allemagne, Italie, Hollande) confèrent, ainsi, la personnalité morale aux sociétés de capitaux et aux sociétés à responsabilité limitée, lors de l'immatriculation au registre du commerce.

Enfin, et surtout, la disposition de l'art. 5, al. 1, résulte du souci de protéger les tiers : la nouvelle solution leur permet de connaître avec précision le moment exact de la naissance de la personne morale (13), moment à partir duquel la société peut valablement s'engager.

5. - Quelles que soient les raisons de sa consécration, il est capital de constater que la règle nouvelle a pour conséquence immédiate d'allonger la période de fondation de la société. En effet, alors que précédemment cette période finissait au jour de la constitution de la société, elle ne se termine plus, aujourd'hui, qu'à la date de l'immatriculation au registre du commerce.

De telle sorte qu'il est possible de distinguer trois phases dans le processus de fondation de la société (14).

La première étape est celle où la société n'a donné lieu qu'à de simples pourparlers. Si l'intention de constituer à l'avenir une société commerciale s'est ainsi manifestée oralement, elle ne s'est pas encore concrétisée. C'est cette concrétisation qui marque le début de la phase suivante.

(9) L'art. 5, al. 1^{er}, parle de jouissance et non pas d'acquisition. Nous pouvons considérer les deux expressions comme synonymes. En effet, « dans la terminologie juridique, la jouissance d'un droit ne s'oppose pas à son existence, mais à son exercice, si bien qu'existence et jurisprudence sont synonymes » (D. BASTIAN : « La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce », in « Etudes de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac », Libr. Techniques, Paris, 1968, p. 27).

(10) M. DAGOT : « La reprise, par une société commerciale, des engagements souscrits pour son compte avant son immatriculation au registre du commerce », J.C.P., 1969, I. 2277, n° 2. G. DAUBLON, op. cit., p. 657 et sq.

(11) Par le terme de « fondation » nous entendons la période antérieure à l'acquisition de la personnalité morale par l'immatriculation au registre du commerce.

(12) M. de JUGLART et B. IPPOLITO, op. cit., p. 122.

(13) G. CAS : « Constitution des sociétés », Rép. des sociétés, tome 1, Dalloz, Paris, 1970, n° 174. M. DAGOT : « Un texte contestable : l'art. 5 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales », D. 1974, Chron. p. 241. G. RIPERT : « Traité élémentaire de droit commercial », 9^e édition, par R. Roblot, L.G.D.J., Paris, 1977, n° 684.

(14) Il va sans dire que cette distinction n'est que théorique. En pratique, il peut arriver que certaines de ces phases soient confondues, notamment les deux premières.

Cette deuxième période dure jusqu'à la constitution de la société, c'est-à-dire, pour les sociétés par actions faisant appel public à l'épargne, jusqu'à la tenue de l'assemblée constitutive chargée, entre autres, d'approuver les statuts et, pour les autres sociétés, jusqu'à la signature et l'enregistrement des statuts.

Une troisième phase s'ouvre avec la constitution de la société et ne prend fin qu'au jour de l'immatriculation au registre du commerce. Au cours de cette période, la société est constituée mais n'a pas encore la personnalité morale (15) qui ne sera acquise qu'avec l'immatriculation.

Cette dernière marque la fin du processus de fondation. Dorénavant, la société commerciale qui jouit, enfin, de la personnalité morale existe juridiquement. Ceci implique certaines conséquences : en particulier, elle peut désormais s'engager valablement comme toute personne juridique.

6. - En effet, tant que l'immatriculation n'est pas intervenue, la société qui, par hypothèse, n'existe pas encore, n'a pas cette possibilité. Cette donnée, irréfutable logiquement, soulève, en pratique, de grandes difficultés, car, dans les affaires, l'action économique précède presque toujours la formulation juridique (16). Cela signifie que des actes passés pour le compte d'une société en voie de fondation interviennent chaque jour.

Ceci est inévitable. Imaginons, par exemple, que le fondateur d'une société apprenne qu'il y a une opération intéressante à réaliser, comme l'achat d'un terrain à bon prix ; il est évident que ce fondateur ne va pas attendre que l'immatriculation intervienne et risquer, ainsi, de laisser passer cette bonne affaire.

Cette hypothèse de l'occasion séduisante n'épuise pas d'ailleurs toutes les situations. Il ne faut pas oublier que dans la réalité l'entreprise existe bien avant la société. C'est le cas, évidemment, lorsqu'il s'agit d'une transformation d'une entreprise individuelle en société commerciale : l'entreprise ne va pas s'arrêter de fonctionner tant que l'immatriculation n'est pas intervenue. Mais ce peut être aussi le cas, même lorsqu'il s'agit de la création d'une activité nouvelle sous la forme d'une société : il peut se produire que les nécessités économiques imposent le commencement de l'activité bien que l'immatriculation ne soit pas encore acquise.

En conséquence, dans ces diverses hypothèses, alors que la société n'existe toujours pas juridiquement, des brevets sont pris, des marques déposées, des études publicitaires ou de marchés réalisées, des employés engagés, des meubles acquis, des immeubles édifiés... (17)

7. - Bien plus, le législateur lui-même a rendu obligatoire la passation d'actes préalablement à l'immatriculation. Deux cas doivent être cités en ce sens :

Tout d'abord, les textes disposent que pour obtenir l'immatriculation au registre du commerce la société doit justifier soit de la propriété, soit de la jouissance à titre

(15) Immédiatement après l'intervention de la loi de 1966, certains auteurs se sont demandés si la société était constituée avant son immatriculation au registre du commerce. On pouvait, en effet, penser que tant qu'elle n'était pas immatriculée, la société n'était pas constituée. Aujourd'hui, le doute n'est plus permis. La société est définitivement constituée par la signature des statuts ou par la tenue de l'assemblée constitutive, selon le cas. De telle sorte qu'entre cette constitution et l'immatriculation, nous avons affaire à une société commerciale sans personnalité morale. (D. BASTIAN, op. cit., p. 25 et sq.).

(16) Cf. CHAMPAUD, R.T.D. Com., 1969, p. 993.

(17) Cf. CHAMPAUD, R.T.D. Com., 1969, p. 993. Y. GUYON : « Constitution des sociétés commerciales », Juris-Classeur des sociétés, fasc. 47, n° 78.

privatif du local devant servir de siège social. En d'autres termes, la société qui n'existe pas encore juridiquement, doit se rendre acquéreur ou locataire de ce local avant l'immatriculation. Ses fondateurs sont bien obligés de conclure un contrat d'achat, ou, le plus souvent, un contrat de bail (18).

Ensuite, les textes prévoient que lorsque deux personnes constituent une société à responsabilité limitée en vue de l'achat et de l'exploitation d'un fonds de commerce, l'immatriculation ne peut être obtenue que si les fondateurs présentent l'acte d'acquisition du fonds. Or, le vendeur ne signe l'acte que si l'argent représentant le prix du fonds lui est versé. Mais cet argent demeure bloqué tant que la société n'est pas immatriculée ! Pour sortir de cette situation, les fondateurs doivent requérir du juge consulaire une dispense permettant une immatriculation à titre provisoire. Cette dernière rend possibles le déblocage de l'argent, l'achat du fonds de commerce et la passation de l'acte d'acquisition. L'immatriculation provisoire peut, alors, être régularisée (19). Cela signifie qu'avant l'immatriculation définitive, un engagement est obligatoirement passé pour le compte de la société.

8. - En pratique, il y a donc nécessairement des actes qui sont accomplis pendant le processus de fondation de la société. Dès lors, une question importante se pose : qui est responsable des engagements passés ?

La réponse à cette question a évolué dans le temps. Avant l'intervention de la loi du 24 juillet 1966, la jurisprudence et la doctrine estimaient que les actes souscrits antérieurement à l'acquisition de la personnalité morale engageaient la responsabilité de la société malgré cette absence de personnalité morale. Pour justifier cette solution, on invoquait, dans le silence des textes, soit la théorie selon laquelle, à l'image de l'enfant en cours de gestation, la société en fondation avait déjà une certaine personnalité juridique, soit diverses notions comme la gestion d'affaires ou la stipulation pour autrui (20).

Quoi qu'il en soit, déjà à l'époque, le problème des engagements préalables se posait. Toutefois, il se posait avec moins d'acuité que maintenant puisque le processus de fondation prenait fin dès la constitution de la société, c'est-à-dire avant l'immatriculation au registre du commerce.

9. - Aujourd'hui, cette question est encore plus importante dans la mesure où la période de fondation s'est allongée, depuis 1966, d'une étape supplémentaire : celle qui va de la constitution de la société à l'immatriculation au registre du commerce. Nécessairement, le nombre d'actes souscrits pendant cette période ne peut que s'être accru.

De ce fait, la loi du 24 juillet 1966 ne pouvait ignorer ce problème. Elle a bien été obligée de le traiter et de lui apporter une solution. Celle-ci diffère quelque peu de la précédente.

(18) M. DAGOT, op. cit., J.C.P., 1969, I. 2277, n° 3.

(19) Cf. CHAMPAUD, R.T.D. Com., 1969, p. 503.

(20) Tr. Civ. Metz, 13 juillet 1950, J.C.P., 52, II, 6812, note D. BASTIAN - Com. 13 février 1957, B. III n° 56, p. 47 - P. LESCOT : « Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé », Thèse, Dijon, 1913. WEITH : « Les contrats conclus au nom d'une société anonyme en formation », Thèse Lausanne, 1935. L. SEBAG : « La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance », Thèse, Paris, 1938. J. et E. ESCARRA, J. RAULT : « Traité théorique et pratique de droit commercial », tome II : « Les sociétés commerciales », Libr. Sirey, Paris, 1951, nos 522 et sq., p. 27 et sq. HAMEL et LAGARDE : « Traité de droit commercial », Dalloz, Paris, 1954, n° 577, p. 699.

En effet, le deuxième alinéa de l'art. 5 dispose : « Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment des actes ainsi accomplis... » Selon ce texte, sont responsables des actes, souscrits antérieurement à l'immatriculation, les personnes qui les ont passés. Cette règle est juridiquement logique : dans la mesure où la société, en tant que sujet actif ou passif de droits ou d'obligations, n'existe pas encore, les engagements souscrits ne peuvent l'être au profit ou à la charge de cette société. Seules les personnes qui les ont pris peuvent être liées. Elles sont donc engagées à titre personnel indéfiniment et sur tout leur patrimoine. Si elles ont agi à plusieurs, elles sont tenues solidairement comme c'est l'usage en matière commerciale (21).

Cependant, après avoir posé ce principe de la responsabilité des personnes physiques, l'art 5, al. 2, prévoit, lui-même, une possibilité d'y déroger. Le texte ajoute, en effet : « ... à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société ». C'est dire que l'être moral peut, ultérieurement, reprendre à son compte les engagements passés. Si cette reprise a lieu, les personnes, précédemment en cause, cessent d'être obligées : la société s'est substituée à elles (22).

10. - Ces dispositions de l'art. 5, al. 2, de la loi de 1966 viennent d'être reprises, dans des termes presque identiques, par la loi récente du 4 janvier 1978 (23) relative au contrat de société. Le nouvel art. 1.843 du Code civil prescrit, en effet : « Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci. » Ainsi, la loi nouvelle a non seulement confirmé les solutions, à l'égard des sociétés commerciales, de l'art. 5, al. 2, de la loi de 1966, mais encore les a étendues aux autres sociétés (24).

De ce fait, une question se pose : quelle est la force respective des articles 1.843 et 5, al. 2 ? A dire vrai, l'art. 1.843 est une disposition générale qui vise toutes les sociétés (à l'exception des sociétés en participation), tandis que l'art. 5, al. 2, est une disposition spéciale puisqu'elle ne concerne que les sociétés commerciales. On sait qu'en principe les lois spéciales excluent les lois générales dans la sphère de leur compétence (25). C'est pourquoi nous persisterons dans les développements ultérieurs à faire référence à l'art. 5, al. 2, et nous nous abstenons d'invoquer l'art. 1.843.

Il est vrai que, de toute manière, ce problème de référence n'est pas très important puisque, dans l'état actuel des textes, l'art. 5, al. 2, applique aux sociétés commerciales les dispositions prévues par l'art. 1.843 pour l'ensemble des sociétés.

(21) D. BASTIAN, op. cit., p. 31.

(22) Cela est vrai uniquement pour les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, car dans les sociétés en nom collectif ou en commandite, les associés en nom ou les commandités restent, de toute façon, personnellement responsables (D. BASTIAN, op. cit., p. 31).

(23) Loi n° 78-9, « J.O. » du 5 janvier 1978, J.C.P. 1978, III, n° 46.684. D. 1978, Lég. 69.

(24) J. FOYER : « La réforme du Titre IX du Livre III du Code Civil », in R. Soc. 1978, p. 7. J. GUYENOT et M. GALLI-MARD : « La réforme des sociétés par la loi du 4 janvier 1978 », in G.P. des 9, 10 et 11 avril 1978, Doct. n° 18 et 19.

(25) R. GASSIN : « Lois spéciales et droit commun », D. 1961, Chron. p. 91.

11. - Telles sont les solutions que le droit positif apporte au délicat problème des actes souscrits, pour le compte d'une société, par ses créateurs, préalablement à l'acquisition de la personnalité morale par cette société. Ces dispositions, comme la prescription de l'alinéa 1, visent à protéger les tiers. La Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de le préciser (26). Dans cette affaire, certains associés soutenaient que le texte de l'art. 5, al. 2, ne tendait qu'à la protection des associés contre les agissements et les engagements des fondateurs. En conséquence, ils estimaient que les tiers ne sauraient s'en prévaloir. Cette thèse n'a pas été consacrée par la Cour d'appel. Elle a fait remarquer que les associés disposent, eux, d'un moyen plus efficace pour protéger leurs intérêts. Ils peuvent, en effet, refuser de reprendre, pour le compte de la société, les actes accomplis pour elle pendant sa formation. Au contraire, les tiers doivent obligatoirement se prévaloir de l'art. 5, al. 2, pour obtenir l'exécution des engagements pris avec eux. C'est pourquoi la Cour d'appel décide que « ce texte n'a pas pour objet uniquement la protection des intérêts des associés, mais aussi et surtout la protection des intérêts des tiers ». Cette solution doit être approuvée. Ainsi que l'écrit M. J.-P. SORTAIS : « L'origine du texte et les travaux préparatoires conduisent, en effet, à penser que c'est l'intérêt des tiers que les rédacteurs du texte ont eu principalement en vue » (27).

12. - Il est donc certain que le fondement de l'art. 5, al. 2, et plus généralement de l'art. 5 tout entier, réside dans la protection des tiers. Mais si ce fondement ne fait aucun doute, il est d'autres points sur lesquels ce texte soulève de nombreuses interrogations. Dès l'intervention de la loi de 66 et de son décret d'application (28), certains auteurs notèrent que le système de responsabilité prévu par ces textes n'allait pas tarder à soulever des questions aussi bien au niveau théorique que pratique (29). Depuis lors, cette première impression n'a pas cessé d'être confirmée en doctrine (30).

Il nous a semblé utile de faire le bilan de ces questions après plus de dix années d'application de la loi de 1966. Dans ce but, il était nécessaire non seulement de procéder à une approche théorique des problèmes soulevés, mais encore de déceler comment la pratique s'efforce de les résoudre, autrement dit de savoir « comment les choses se passent dans la réalité » (31). C'est pourquoi nous avons consulté un certain nombre de praticiens (32). Les informations recueillies viennent ainsi compléter l'approche théorique indispensable.

(26) Paris, 11 juin 1971, J.C.P. 1972, II, 26981, Y. GUYON ; R. Soc. 1972, 222, J.-P. SORTAIS ; RTD Com., 1972, n° 3, p. 109, R. HOUIN ; G.P. 1971, II, 873, P. DELAISI ; Ph. MERLE et E. CHEVALLIER-MERLE : « L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Recueil exhaustif et méthodique des décisions publiées au 1^{er} novembre 1975 », Dalloz, Paris, 1976, p. 26.

(27) J.-P. SORTAIS, note sous Paris, 11 juin 1971, R. Soc. 1972, p. 229.

(28) Décret n° 67-236 du 23 mars 1967.

(29) Cf. CHAMPAUD, R.T.D. Com., 1967, n° 4, p. 175 ; R.T.D. Com., 1969, n° 2 et 3, p. 991, R. HOUIN, R.T.D. Com., 1967, n° 1, p. 1081, M. DAGOT, op. cit., J.C.P. 1969, I, 2277, D. BASTIAN, op. cit., p. 23 et sq.

(30) J.-P. SORTAIS, note sous Paris, 11 juin 1971, R. Soc. 1972, p. 228, Cf. CHAMPAUD, RTD Com. 1974, n° 1, p. 524, M. DAGOT, op. cit., D. 1974, p. 241, R. HOUIN, RTD Com. 1974, n° 2, p. 529 ; RTD Com. 1975, n° 8, p. 526, D. RANDOUX, note sous Com., 27 octobre 1975, R. Soc. 1976, p. 299.

(31) J. CHARBONNIER : « Sociologie juridique », Libr. A. Colin, 1972, p. 255.

(32) Nous ont informé les conseillers juridiques suivants : à Marseille, M^{me} BEAUVOIS et M. OLIVIER, du Bureau d'Etudes Fiscales, ainsi que M. RIVIERE, de la Fiduciaire de France ; à Aix-en-Provence, MM. DUPONT et TARTING, de la Fiduciaire de Provence ; à Nice, MM. RICHARD et BERGNON, du Cabinet Richard.

Nous tenons à les remercier vivement d'avoir aimablement accepté de consacrer une partie de leur temps pour répondre à nos questions.

13. - L'étude du régime de responsabilité instauré par l'art. 5, al. 2, conduit à faire une distinction fondamentale. En effet, la loi formule une alternative (33). Ou bien la reprise par la société des engagements préalables ne se produit pas et c'est la personne physique qui en est responsable. Ou bien cette reprise intervient et c'est la personne morale qui le devient.

Dans la mesure où ce caractère alternatif résulte clairement du texte de l'art. 5, al. 2, la doctrine et la jurisprudence (34) s'accordent pour l'admettre.

Il nous paraît, d'ailleurs, si important qu'il justifie que l'on traite séparément de la responsabilité de la personne morale et de la responsabilité de la personne physique. Deux parties successives leur seront donc consacrées.

Nous commencerons par étudier la responsabilité de la personne morale. Sans doute, l'art. 5, al. 2, pose-t-il d'abord le principe de la responsabilité de la personne physique pour indiquer ensuite que ce principe s'efface lorsqu'il y a reprise des engagements préalables par la société. Il semblerait donc opportun d'envisager, dans un premier temps, la responsabilité de la personne physique avant d'examiner, dans un second, la responsabilité de la personne morale. Mais, en fait, cette façon de procéder ne correspondrait pas aux données du monde des affaires. En effet, dans la réalité quotidienne, c'est le plus souvent la société qui engage sa responsabilité et non pas les personnes physiques qui ont agi en son nom. Cette donnée pratique justifie que nous inversons les hypothèses prévues par l'art. 5, al. 2.

PREMIERE PARTIE

La responsabilité de la personne morale

14. - A condition qu'elle existe juridiquement, c'est-à-dire qu'elle soit régulièrement immatriculée, la société commerciale peut, en les reprenant à son compte, engager sa responsabilité à l'égard des actes passés antérieurement à son immatriculation. L'observation de l'activité commerciale montre qu'en pratique c'est cette hypothèse de la responsabilité de la personne morale qui se rencontre le plus souvent.

La responsabilité de la personne morale obéit à des règles juridiques qui sont précisées soit dans l'art. 5, al. 2, de la loi du 24 juillet 1966, soit dans les articles 26, 67 et 74 du décret d'application du 23 mars 1967. L'étude de ces dispositions fait apparaître qu'elles sont, en réalité, de deux sortes. Certaines concernent le domaine d'application de la responsabilité de la personne morale, d'autres sa mise en œuvre.

(33) J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT : « Les sociétés commerciales », Tome I, Dalloz, Paris, 1972, n° 174, p. 155, Y. GUYON : « Constitution des sociétés commerciales », op. cit., n° 68.

(34) Un arrêt de la Cour de Cassation (Civ. 1^{re}, 16 février 1971, JCP 71, II, 16772 ; R. Soc. 1971, p. 381, J.H. ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 36) a toutefois admis la responsabilité solidaire de la société et de son gérant. Mais cette solution, qui demeure isolée, a été vivement critiquée (J.H., note sous Civ. 1^{re}, 16 février 1971, R. Soc. 1971, p. 381 ; J.-P. SORTAIS, note sous Paris 11 juin 1971, R. Soc. 1972, p. 232).

§ 1. - LE DOMAINE D'APPLICATION DE LA RESPONSABILITE DE LA PERSONNE MORALE

15. - Aux termes de l'art. 5, al. 2, la responsabilité de la personne morale est engagée lorsqu'elle a décidé de reprendre à son compte les actes conclus en son nom alors qu'elle était en formation. Il en résulte que le domaine d'application de la responsabilité de la personne morale dépend de la signification que l'on donne aux trois notions de société en formation, d'engagement et de représentation. Il convient, en conséquence, de consacrer quelques développements à chacune d'entre elles.

A. — LA NOTION DE SOCIETE EN FORMATION

Que doit-on entendre par l'expression « société en formation » employée par l'alinéa 2 de l'art. 5 ? La question est importante pour notre propos car la personne morale ne pourra être tenue, en cas de reprise, de des engagements souscrits pendant cette période de formation.

Le problème de la détermination de la période de formation doit être résolu à ses deux extrémités : aux points de départ et d'arrivée.

1. Le point de départ de la période de formation.

10. - La signature des statuts ou la tenue de l'assemblée constitutive ne sont que le résultat de manifestations diverses. En effet, « il a fallu préalablement que quelqu'un ait l'idée de fonder une société, prenne l'initiative de rechercher des partenaires, les réunisse et que les futurs associés, une fois choisis, se mettent d'accord sur toutes les caractéristiques de l'être moral à constituer. Il a également fallu organiser le financement de l'affaire, au moins à court et moyen terme, trouver des concours bancaires, déterminer le lieu du siège social... » (35). C'est dire que d'une façon générale, pour qu'un projet se concrétise, de nombreuses actions doivent être menées.

Se pose, dès lors, le problème du point de départ de la période de formation. Le législateur n'a pas donné de précisions sur ce point. Quant à la jurisprudence, elle n'a pas encore eu l'occasion de trancher nettement cette question. Aussi faut-il se contenter d'en débattre doctrinalement.

Tous les auteurs s'accordent au moins sur un point : la société en formation se distingue de la société en projet. La société en projet lorsque l'intention de constituer une société commerciale ne s'est pas encore concrétisée. Cela correspond à la première étape du processus de fondation précédemment décrit (36).

En d'autres termes, c'est cette concrétisation qui marque le début de la période de formation. A son sujet, plusieurs conceptions sont possibles, ce qui conduit à se demander quelle est celle qui doit être retenue.

a) Les conceptions proposées

17. - Trois solutions (37) relatives au problème du point de départ de la période de formation sont avancées.

a / L'interprétation la plus libérale ne consiste certes pas à admettre qu'il y a société en formation à partir des premiers pourparlers, car ce serait confondre la société

(35) G. DAUBLON, op. cit., p. 663.

(36) Cf. supra, n° 5.

(37) Ces solutions sont rapportées par M. J.-P. SORTAIS (note sous Paris 11 juin 1971, R. Soc. 1972, p. 230).

en projet et la société en formation. Dans cette première conception, on considère, au contraire, pour bien distinguer ces deux étapes, qu'il est nécessaire qu'un acte, en relation nécessaire ou directe avec la constitution de la société, ait été accompli. Mais on se contente d'un acte quelconque. C'est évidemment cet acte qui caractérise la concrétisation recherchée.

β / Une deuxième conception se montre plus exigeante dans la mesure où la concrétisation doit, ici, se manifester par une promesse de société, c'est-à-dire, pour reprendre la définition de M. J.-P. SORTAIS (38), l'engagement pris par un ou plusieurs des futurs associés envers les autres de conclure le contrat définitif de société si, de leur côté, ces derniers prennent la décision de s'engager dans un délai qui leur est imparti. Selon cette conception, c'est le fait que certains associés aient consenti à se lier qui marquerait le début de la période de formation.

18. - γ / C'est l'administration fiscale, cela n'est pas étonnant (39), qui a avancé, dans une instruction en date du 10 juin 1969 (40), l'interprétation la plus restrictive. Dans cet écrit, l'administration distingue le simple projet de constitution d'une société de la formation proprement dite : « Bien que la notion de société en formation ne soit pas susceptible de définition rigoureuse, il apparaît néanmoins que la simple intention de constituer une société et même l'engagement, à cet effet, de pourparlers entre les futurs associés ne suffisent pas à établir qu'un tel processus soit entamé ».

Quel est alors, selon l'administration fiscale, le critère de distinction ? Elle admet, certes, qu'une société commerciale puisse être en état de formation antérieurement à la signature du pacte social, c'est-à-dire avant la constitution de la société. Mais elle ajoute aussitôt que, pour qu'il y ait société en formation, il faut qu'ait été accompli un « acte opposable aux tiers et, partant, inhérent à la procédure de constitution établie par les dispositions législatives et réglementaires ».

La nature de cet acte varie selon le type de sociétés (41). Ainsi, les sociétés par actions dont la constitution est faite avec appel public à l'épargne, ne seront considérées comme étant en formation qu'à partir du dépôt, au greffe du tribunal de commerce, du projet de statuts signé par les fondateurs. En ce qui concerne les sociétés par actions dont la constitution a lieu sans appel public à l'épargne ou en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée, l'acte en question consistera soit dans les premiers dépôts de fonds provenant des souscriptions, soit, au cas d'apport en nature, dans la désignation du commissaire aux apports chargé d'évaluer l'apport en nature. Quant aux sociétés de personnes, l'absence de formalités préliminaires réduit considérablement la période de formation qui ne peut débuter que par l'établissement des statuts de la société.

Telle est la conception de l'administration fiscale. En reculant dans le temps le début de la période de formation, elle présente une définition très étroite de cette période. Devons-nous accepter la conception proposée par l'administration fiscale ou devons-nous admettre une autre solution ?

(38) J.-P. SORTAIS, op. cit., p. 230.

(39) L'administration fiscale a, en effet, tout intérêt à restreindre le plus possible la notion de société en formation. Dans la mesure où les engagements, passés pendant cette période, bénéficient, lorsqu'ils sont repris par la société, d'un régime de faveur (cf. infra n° 80), c'est l'intérêt de cette administration de réduire au maximum le nombre de ces engagements.

(40) B.O.E.D. 1969, 10602.

(41) M. DAGOT, op. cit., JCP 1969. I. 2277, n° 10.

b) La conception consacrée

19. - M. DAGOT écrit : « Ces règles établies par le droit fiscal sont évidemment transposables sur le plan du droit commercial » (42). Il est certain qu'elles sont transposables dans la mesure où la notion de société en formation énoncée par le droit fiscal prend appui sur les règles du droit commercial. Mais doit-on pour autant les accepter ?

Ce n'est pas notre opinion. Sans doute l'avis de l'administration fiscale ne peut être ignoré, car il importe pour la société de savoir si l'engagement repris à son compte va pouvoir bénéficier du régime de faveur établi par le droit fiscal. Mais, d'une part, l'instruction du 10 juin 1969 n'a que la valeur juridique d'une instruction administrative, son interprétation peut donc être contestée. D'autre part, étant donné qu'il peut être intéressant pour une société de reprendre, malgré l'absence d'un régime fiscal de faveur, les engagements préalables, on n'est pas obligé de considérer que la reprise de ces engagements est nulle au regard du droit commercial sous le prétexte que, pour l'administration fiscale, la société n'était pas encore en formation.

20. - A vrai dire, deux sortes de raisons justifient que l'on écarte l'interprétation de l'administration fiscale.

La première est tirée de la pratique. En matière de sociétés à responsabilité limitée et de sociétés anonymes ne faisant pas publiquement appel à l'épargne, il arrive souvent dans la réalité, nous a-t-on indiqué, que le dépôt des fonds soit fait au dernier moment, c'est-à-dire la veille de la signature des statuts. Cette pratique a pour but de réduire au maximum la durée d'immobilisation des fonds. On sait, en effet, que les fonds demeurent bloqués jusqu'à l'immatriculation au registre du commerce, d'où l'intérêt de les déposer à la dernière limite. Mais cette pratique signifie que la période s'écoulant entre le dépôt des fonds et la constitution de la société, c'est-à-dire la signature des statuts, est inexistante. En conséquence, si l'on adopte la solution de l'administration fiscale qui fixe, pour ce type de sociétés, le début de la période de formation au dépôt des fonds, cette période est amputée d'une étape et se réduit à la phase qui va de la constitution de la société à son immatriculation. Or, nous le verrons (43), l'une des procédures de reprise consiste à joindre aux statuts un état comportant la liste des engagements passés préalablement à la signature de ces statuts. Etant donné la pratique que nous venons de signaler, l'interprétation de l'administration fiscale aboutit à considérer que les engagements visés par l'état ont été passés alors que la société n'était qu'en projet, qu'ils ne peuvent donc être repris, ce qui supprime purement et simplement l'utilité de l'état.

La solution de l'administration fiscale conduit finalement soit à cette absurdité, soit à inciter les praticiens à déposer les fonds le plus rapidement possible, ce qui augmente la durée de leur immobilisation avec tous les inconvénients que cela présente.

21. - La deuxième raison est d'ordre théorique. En effet, les actes qui, pour l'administration fiscale, servent de critère de distinction entre la phase du projet et celle de la formation ne sont pas, comme elle le croit à tort, des actes opposables aux tiers, car ils ne sont destinés qu'à informer ou protéger les futurs associés. L'acte qui, par excellence, est opposable aux tiers, c'est l'immatriculation

(42) M. DAGOT, op. cit., n° 11. Voir aussi J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, op. cit., n° 172.

(43) Cf. infra n° 44.

au registre du commerce. C'est elle qui vise à prévenir les tiers de l'accession de la société commerciale à la vie juridique. Le législateur de 66 a ainsi voulu, dans l'alinéa 1 de l'art. 5 rattacher la notion d'opposabilité à celle de capacité juridique. C'est pourquoi M. Cl. CHAMPAUD note qu'il est erroné de lier, comme le fait l'administration fiscale, les notions d'opposabilité et de formation (44).

22. - Si l'on écarte l'interprétation de l'administration fiscale, laquelle faut-il retenir ? Observons les nécessités pratiques. On constate que, très souvent, l'activité économique précède la naissance de la personne morale et qu'à cette occasion un grand nombre d'engagements sont souscrits à n'importe quelle étape du processus de fondation. Pour que ces engagements puissent être repris dans le cadre de l'art. 5 de la loi de 66, il est donc opportun d'élargir au maximum la notion de société en formation et d'avancer dans le temps le début de la période de formation.

Certes, on ne peut se contenter de simples pourparlers, et à cet égard il convient encore de distinguer la société en projet de la société en formation. Mais on peut retenir, comme la propose M. Cl. CHAMPAUD, « tout acte univoque, c'est-à-dire tout acte dont la cause ne peut résider que dans la volonté de constituer une société et dont l'objet se rattache sans ambiguïté à l'existence de l'entreprise sociale » (45). Cet acte pourra consister sans doute en une promesse de société mais aussi en un acte matériel ou juridique, tels que l'acquisition d'un bien, la commande d'un équipement, etc...

Si l'on adopte cette conception, c'est cet acte matériel ou juridique qui constitue le début de la période de formation.

23. - La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de résoudre ce problème du critère de distinction entre le simple projet de la formation proprement dite.

Les conseils consultés nous ont fait remarquer qu'ils font reprendre systématiquement par la société commerciale les engagements souscrits préalablement à l'immatriculation sans distinguer entre les différentes étapes du processus de fondation. La pratique ignore la distinction société en projet - société en formation. Elle a tort car cette distinction se déduit implicitement de l'art. 5. Certes, la conception de M. CHAMPAUD réduit au maximum la période du simple projet, mais elle ne le supprime pas totalement. Il faut donc convenir qu'en vertu de l'art. 5 la personne morale ne peut reprendre, du moins dans le cadre de ce texte (46), les engagements passés alors que la société n'était qu'en projet. C'est dire qu'en sont responsables les personnes qui les ont souscrits.

Ces solutions ne font aucun doute. Le principe de la distinction société en projet - société en formation ne peut être nié. Seul subsiste le problème du critère de cette distinction car, pour l'instant, il n'a pas été définitivement tranché.

Une certaine indétermination pèse donc sur le point de départ de la période de formation. Il en va différemment quant à son point d'arrivée.

(44) Cl. CHAMPAUD, RTD Com. 1969, p. 995.

(45) Cl. CHAMPAUD, RTD Com. 1969, p. 995.

(46) Notons qu'il est tout à fait possible pour la personne morale de substituer sa responsabilité à celle des personnes qui se sont engagées en son nom, même si les actes passés l'ont été avant que ne soit commencée la période de formation. Mais en pareil cas, ce ne sont pas les dispositions de l'art. 5, al. 2, qui s'appliqueront, mais celles du droit commun. Cependant, ces dernières sont moins intéressantes (cf. infra, n° 114 et sq.).

2. L'aboutissement de la période de formation.

24. - Avant l'intervention législative de 1966, la loi, la jurisprudence et la doctrine entendaient par « société en formation » une société qui n'était pas encore constituée. La période de formation prenait donc fin à la signature des statuts ou à la tenue de l'assemblée constitutive. Cette solution traditionnelle se justifiait, car, à l'époque, la société commerciale jouissait de la personnalité morale dès sa constitution.

La loi de 66, en créant une nouvelle étape dans le processus de fondation, a modifié les données du problème. Doit-on maintenant conserver la conception ancienne ou considérer que la période de formation concerne en outre l'époque du processus qui va de la constitution de la société jusqu'à son immatriculation ? En d'autres termes, la période de formation prend-elle fin au jour de la constitution ou au jour de l'immatriculation au registre du commerce ?

25. - Certains auteurs persistent à conserver la définition ancienne et à considérer que la société en formation est la société qui n'est pas encore constituée. Sans doute, admettent-ils (47), que les engagements passés entre la constitution et l'immatriculation peuvent, eux aussi, être repris. Il serait, en effet, paradoxal d'écarter la reprise de ces engagements alors que l'on admet celle des engagements passés avant la constitution (48). Mais ils ne fondent pas cette reprise sur le même texte. Selon eux, ce n'est plus l'art. 5, al. 2, qui s'applique, mais les art. 26, 67, 74 du décret du 23 mars 1967 en ce qu'ils prévoient la possibilité pour les associés, au moment de la constitution de la société, de donner mandat aux fondateurs de prendre des engagements pour le compte de la société après sa constitution et jusqu'à son immatriculation (47). Ainsi, il y aurait, selon eux, deux catégories d'actes qui s'opposeraient nettement. Avant la constitution de la société, il s'agirait d'actes passés spontanément par les fondateurs au sens large. Une fois la société définitivement constituée, il ne s'agirait que d'actes accomplis en vertu d'un mandat donné par les associés (49).

26. - Une telle distinction ne nous paraît pas fondée. Certes, le législateur n'a pas nettement pris parti sur ce point. Si le texte de l'art. 5, al. 2, prévoit la reprise des engagements lorsque la société a été « régulièrement constituée et immatriculée », l'utilisation même des deux termes interdit toute interprétation. Selon que l'on met l'accent sur l'un ou l'autre, l'interprétation se modifie (50). De même, la jurisprudence n'est là encore d'aucun secours.

Mais, en réalité, rien ne s'oppose à ce que la société commerciale reprenne, une fois immatriculée, les engagements pris spontanément par les fondateurs pendant la période qui va de la constitution à l'immatriculation de la société. Cette reprise ne se limite pas aux actes accomplis en vertu d'un mandat. C'est dire que l'art. 5, al. 2, s'applique aussi bien à la première catégorie d'engagements qu'à la seconde. Depuis la loi de 1966, la notion de société en

(47) D. BASTIAN, op. cit., p. 33. G. CAS, op. cit., n° 185 et sq. J.-P. SORTAIS, op. cit., p. 231.

(48) D. BASTIAN, op. cit., p. 33.

(49) D. BASTIAN, op. cit., p. 33. J.-P. SORTAIS, op. cit., p. 231.

(50) Alors que M. D. BASTIAN souligne le premier terme (« La réforme du droit des sociétés commerciales », JCP 1967. I. 2121, n° 143), MM. HEMARD, TERRE et MABILAT insistent sur le second (op. cit., n° 173, p. 154). Les interprétations de l'un et des autres diffèrent évidemment.

formation s'est élargie. Elle concerne les deuxième et troisième étapes du processus de création, celles qui vont de la société en projet jusqu'à l'immatriculation en passant par la constitution (51).

27. — En conséquence, les actes passés au cours de ces deux phases du processus peuvent être repris par la personne morale sur le fondement de l'art. 5, al. 2, et engage ainsi sa responsabilité. A l'inverse, ceux souscrits en dehors de cette période de formation, c'est-à-dire lorsque la société était simplement en projet, ne peuvent être repris, du moins sur la base de l'art. 5, al. 2, par la société de telle sorte que sa responsabilité ne peut être engagée à leur égard dans le cadre de ce texte.

Ainsi, pour que la reprise par la société des engagements préalables intervienne, il faut que ces derniers aient été passés pendant que l'être moral était en formation. C'est dire que le domaine d'application de la responsabilité de la personne morale dépend de la signification que l'on donne à la notion de société en formation. C'est pourquoi il convenait de préciser le contenu de cette notion.

Mais le domaine d'application de la responsabilité de la personne morale dépend aussi du sens que l'on attribue à la notion d'engagement. De telle sorte qu'il est maintenant nécessaire d'étudier cette seconde notion.

B. — LA NOTION D'ENGAGEMENT

Qu'entend-on par ce terme d'« engagement » ? A dire vrai, ce concept doit être rapproché d'autres expressions que l'art. 5, al. 2, utilise indifféremment. En effet, ce texte envisage successivement les agissements (« Les personnes qui ont agi... »), les actes et les engagements. Il semble donc que la personne morale puisse reprendre toutes sortes d'opérations, dans l'ordre contractuel comme dans l'ordre extracontractuel.

28. - a) En premier lieu, il est certain que ces diverses expressions et, en particulier, celle d'engagement, désignent les contrats et les quasi-contrats souscrits ou accomplis pour le compte d'une société en formation, que ces actes ou faits l'obligent ou lui profitent (52). Cela est vrai tout d'abord pour les acquisitions ou les baux de locaux commerciaux. Nous avons vu, précédemment (53), que le législateur fait obligation aux fondateurs de passer ces engagements avant l'immatriculation.

Mais cela est vrai aussi pour tous les autres actes, notamment les contrats qui sont conclus dans le cadre de l'activité économique de l'entreprise (achats, ventes, commandes, etc...). N'oublions pas, en effet, que le plus souvent, au moment de l'immatriculation, il y a déjà eu une telle activité. S'il s'agit d'une transformation d'une entreprise individuelle en une société commerciale, on ne peut suspendre son activité jusqu'à la date de l'immatriculation. S'il s'agit d'une création d'une entreprise nouvelle, les nécessités économiques peuvent imposer le démarrage immédiat de l'activité (54). Logiquement, tous les actes passés à cette occasion sont concernés par l'art. 5, al. 2, et engageant, en cas de reprise ultérieure la responsabilité de la société.

29. - Sont de la même façon visés par ce texte les contrats de travail. Certains conseils n'en sont pas persuadés. Aussi hésitent-ils à faire passer ce genre de contrats avant que l'immatriculation ne soit acquise, de crainte qu'ils ne puissent être repris, par la suite, valablement. Leur crainte n'est pas fondée.

En doctrine, aucun auteur n'exclut les contrats de travail du domaine d'application de l'art. 5, al. 2. D'ailleurs, on ne voit pas pour quelle raison cette exclusion aurait lieu, du ministre de la Justice à une question d'un député. Cette position doctrinale est confirmée par une réponse concernant justement ce type de contrats (55). Pour le ministre, il résulte du texte et, plus précisément, du terme très large d'« engagement » utilisé, que tous les actes passés pour le compte de la société avant l'immatriculation au registre du commerce, notamment les contrats de travail, peuvent être repris par la société et sont supposés avoir été passés par elle.

30. — En jurisprudence, diverses décisions (56) confirment le point de vue de la doctrine. Sans doute ces décisions ne tranchent-elles pas la question explicitement dans la mesure où celle-ci ne faisait pas l'objet du débat soumis aux tribunaux appelés à statuer. Mais des solutions intervenues, nous pouvons déduire que la jurisprudence, du moins implicitement, admet que les contrats de travail font bien partie du domaine de l'art. 5, al. 2.

A cet égard, la décision la plus intéressante est celle rendue par la Chambre sociale de la Cour de cassation, le 8 avril 1976 (57), à la suite des circonstances suivantes :

Le 10 octobre 1972 quatre personnes, dont M..., avaient convenu de former une association. Le protocole stipulait que cette association serait transformée en société, que la direction de l'entreprise serait confiée à M... à compter du 1^{er} octobre 1972 moyennant rémunération et que la convention serait valable pour une durée de cinq ans.

La société, qui avait été constituée le 3 mai 1973 et immatriculée au registre du commerce le 30 juillet suivant, avait licencié M... le 22 décembre 1973, lui réglant à cette occasion l'indemnité compensatrice de congés payés afférente à la période comprise entre le 1^{er} septembre et le 31 décembre 1973.

Mais M... qui, pendant le processus de création de la société, n'avait pas pris de congé estima que la société devait en outre lui payer l'indemnité de congés afférente à la période comprise entre le 1^{er} octobre 1972 et le 1^{er} septembre 1973. La Cour de Paris et la Cour de cassation lui donnèrent satisfaction au motif que la société assumait les obligations des associés découlant du contrat de travail inclus au protocole. Ce qui signifie que, pour les juges, le contrat de travail, conclu pendant le processus de formation, a bien été repris à sa charge par la société. Il résulte de cette solution que les contrats de travail font ainsi partie des engagements visés par l'art. 5, al. 2.

31. - b) En deuxième lieu, il est moins évident que les termes utilisés par ce texte désignent les délits et quasi-délits que les fondateurs au sens large sont susceptibles de commettre dans le cadre de leurs fonctions.

(55) RTD Com. 1974, n° 1, p. 528.

(56) Soc. 28 nov. 1974, B.V., n° 575, p. 537; R. Soc. 1976, p. 83, J.H.; RTD Com. 1975, p. 527, R. HOUIN. Paris 24 février 1977, D. 1978, p. 32, note J.-C. BOUSQUET.

(57) Soc., 8 avril 1976, B. 76 IV n° 198, p. 164.

En doctrine, deux thèses sont soutenues. Dans une première conception, la plus répandue (58), on admet que ces comportements entrent dans le domaine d'application de l'art. 5, al. 2. A cet effet, on fait remarquer que les expressions utilisées par le texte justifient cette interprétation. Sans doute le mot : « acte » semble-t-il écarter les délits et quasi-délits, car il évoque la notion d'acte juridique, donc de contrat. Mais le concept d'engagement est plus large : les délits et quasi-délits peuvent en faire partie. Que dire alors du concept d'agissement qui est encore plus large ? Le fait de causer un délit ou un quasi-délict est certainement un agissement. Dès lors, dans la mesure où le législateur n'établit aucune distinction fondée sur l'origine contractuelle ou délictuelle des engagements préalables, il est possible d'étendre aux comportements illicites le domaine de l'art. 5, al. 2.

En conséquence, il faut admettre que la reprise ultérieure par la société de ces comportements, produise effet. Cela signifie que la victime acquiert ainsi un recours contre la société. En pratique, cette solution est intéressante aussi bien pour la victime que pour le fondateur auteur du dommage. Celui-ci ayant une solvabilité inférieure à celle de la société, la victime a tout intérêt à agir contre cette dernière. De même, il est évidemment préférable pour le fondateur que la société soit engagée.

32. - Dans une deuxième conception (59), c'est la thèse inverse qui est soutenue. On prétend que les délits et les quasi-délits ne font pas partie du domaine d'application de l'art. 5, al. 2. On fait ainsi observer que l'examen des travaux préparatoires de la loi de 66 montre que l'un des souhaits des auteurs du projet de loi était de mettre les sociétés à l'abri d'engagements excessifs ou inconsidérés, assumés alors que les organes normaux de décision ne sont pas encore en fonction. Cette considération justifierait que les comportements illicites soient exclus du champ d'application de l'art. 5, al. 2.

33. - Il reste que quelle que soit la conception avancée par les auteurs, tous s'accordent pour indiquer que le mécanisme décrit par l'art. 5, al. 2, ne saurait entièrement fonctionner en matière délictuelle. En effet, dans la mesure où l'auteur du dommage ne peut être considéré, au moment où le préjudice est causé, ni comme le représentant, ni comme le préposé d'une société qui n'existe pas encore, le caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle interdit que soit écartée sa responsabilité, même en cas de reprise ultérieure par la société. Dans cette hypothèse, tout en acquerrant un recours contre la société, la victime conserve une action contre l'auteur du dommage. En d'autres termes, l'effet essentiel de la reprise qui est de substituer la responsabilité de la personne morale à celle de la personne physique est ici, en partie du moins, ignoré. C'est dire que, même si on l'admet, l'extension du domaine de l'art. 5, al. 2, aux délits et quasi-délits a une portée limitée.

34. - Face aux arguments présentés par la doctrine, quelle est la position de la jurisprudence ? Pour l'instant, une seule décision est intervenue en la matière. C'est celle de la Cour d'appel de Paris du 24 février 1977 (60). En l'espèce, il s'agissait de faits de concurrence déloyale. Certains cadres démissionnaires d'une entreprise avaient fondé une société concurrente et avaient conclu plusieurs contrats de travail avec divers membres de leur ancienne entreprise. Les dirigeants de celle-ci intentèrent une action

(58) Cf., par exemple, M. DAGOT, op. cit., JCP 1969, I, 2277, n° 9; D. 1974, p. 244, J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, op. cit., n° 170.

(59) J.-C. BOUSQUET, note sous Paris 24 février 1977, D. 1978, p. 32.

(60) Paris, 24 février 1977, D. 1978, p. 32, note J.-C. BOUSQUET.

en concurrence déloyale. Le tribunal de première instance condamna à la fois la société et les fondateurs. Seuls ces derniers interjetèrent appel. Devant la Cour de Paris, ils invoquèrent à l'appui de leur argumentation l'art. 5, al. 2. Ils firent, en effet, remarquer, d'une part, qu'ils avaient agi en qualité de fondateur pour le compte d'une société en formation, d'autre part que les contrats de travail litigieux, qui constituaient des engagements préalables, avaient été, par la suite, repris valablement par la société.

La Cour d'appel n'a pas accepté leur argumentation. Selon elle, les contrats de travail ne sont, en fait, qu'un aspect de ce délit civil qu'est la concurrence déloyale. Or, pour la Cour d'appel, la procédure de reprise prévue par l'art. 5, al. 2, ne peut s'appliquer à un délit civil.

L'arrêt de la Cour de Paris est donc très net : il refuse d'inclure les délits et quasi-délits dans le domaine d'application de l'art. 5, al. 2.

35. - Cette solution sera-t-elle confirmée par la jurisprudence ultérieure et, en particulier, par la Cour suprême ? L'avenir nous le dira. Pour le moment, nous constatons que la tendance est de limiter la notion d'engagement aux contrats et quasi-contrats. En conséquence, ces derniers peuvent être repris par la société et engager sa responsabilité sur la base de l'art. 5, al. 2. A l'inverse, les délits et quasi-délits ne peuvent pas être repris par la société et engager sa responsabilité, du moins sur le fondement de l'art. 5, al. 2.

Concédons, toutefois, que cette dernière solution n'est peut-être pas définitive.

Cette réserve faite, nous observons que le domaine d'application de la responsabilité de la personne morale dépend, comme pour la notion de société en formation, de la signification que l'on attribue au concept d'engagement. Une semblable observation peut être faite au regard de la notion de représentation.

C. — LA NOTION DE REPRESENTATION

36. - La loi vise les personnes qui ont agi *au nom* d'une société en formation. Ce n'est donc qu'à cette condition que les engagements préalables pourront être repris ultérieurement par la société et engager sa responsabilité.

A vrai dire, l'expression « au nom » est discutable (61), car elle fait référence à l'idée habituelle de représentation. Pourtant les personnes visées par le texte ne peuvent être les représentants de la future personne morale puisqu'on ne peut représenter qu'une personne juridiquement existante, ce qui n'est pas le cas de la société avant son immatriculation. C'est pourquoi il aurait, peut-être, été plus correct d'utiliser l'expression : « pour le compte de... ».

En réalité, le législateur a voulu signifier que les tiers doivent connaître le fait que la société est en formation (62). Il faut remarquer, en effet, que la reprise des engagements par la personne morale se traduit par une substitution rétroactive de responsabilité : la société prend la place de la personne qui a agi en son nom. Une telle modification ne peut laisser les tiers indifférents. Il importe donc que ceux-ci soient avertis qu'en fait ils s'engagent non pas avec une personne physique mais probablement

(61) G. CAS, op. cit., n° 187, D. BASTIAN, op. cit., p. 33 et JCP 1967, I, 2121, n° 142.

(62) J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, op. cit., n° 170, D. RANDOUX, note sous Com., 27 oct. 75, R. Soc. 1976, p. 299.

avec une personne morale. C'est cette considération dont le législateur a voulu tenir compte en exigeant que les engagements aient été pris au nom de la société en formation.

37. - Mais cette nouvelle condition d'application de l'art. 5, al. 2, soulève diverses difficultés. Les uns ont trait aux actes juridiques, les autres aux faits juridiques.

a) A l'égard des actes juridiques, une première question se pose : comment le tiers va-t-il prendre connaissance du fait que son partenaire agit au nom d'une société en formation ? Certains auteurs (63) se montrent très formalistes et pensent que les engagements passés doivent faire état de cette circonstance. « Il convient dans chaque convention conclue pour le compte d'une société en formation, d'exprimer sans la moindre ambiguïté que le signataire n'agit point pour son compte mais pour le compte de telle ou telle société en formation » (64).

Il est vrai que cette précision a l'avantage de supprimer toutes les difficultés éventuelles. Aussi est-il permis de conseiller aux praticiens d'agir de la sorte, ce qu'ils font d'ailleurs. Mais cela signifie-t-il qu'on doit exiger un pareil formalisme ? Un auteur (65) ne le pense pas. S'il est nécessaire qu'une information soit donnée aux tiers, le procédé utilisé importe peu. En effet, l'art. 5, al. 2, de la loi du 24 juillet 1966 n'écarte pas à l'égard des actes de commerce, la règle posée par l'art. 109 du Code de commerce. En conséquence, la preuve qu'une information a été donnée aux tiers peut être apportée par tous moyens.

Il reste alors à se demander, c'est la deuxième question qui se pose à l'égard des contrats, à quel moment le tiers doit être averti. Etant donné le texte de l'art. 5, al. 2, il est évident que la possibilité d'une substitution doit être évoquée lors de la conclusion de l'acte. C'est dès ce moment que le contractant doit l'accepter (66). Si cette condition n'est pas réalisée, la reprise par la société de l'engagement ne peut avoir lieu.

38. - b) A l'égard des faits juridiques, les considérations précédentes sont sans intérêt. Dans cette hypothèse, en effet, il n'y a pas d'accord préalable entre le tiers et la personne qui agit au nom d'une société en formation. Ici l'obligation naît d'un fait. Dans la mesure où l'on admet, ce qui est contestable, que ces comportements sont susceptibles d'être repris par la société, il faut en déduire, par la force des choses, que le tiers n'est informé de la véritable identité de son partenaire qu'après coup. Par exemple, si un fondateur cause dans l'exercice de ses fonctions un accident de la circulation, la victime ne connaîtra qu'ultérieurement l'identité du responsable et elle n'aura pas, par hypothèse, consenti préalablement à cette incertitude.

Il est vrai, nous l'avons vu (67), qu'en matière de délits et de quasi-délits, même si on admet que ces agissements font partie du domaine d'application de l'art. 5, al. 2, leur reprise par la société a seulement pour effet d'ajouter la responsabilité de la personne morale à celle de l'auteur du préjudice et ne fait pas disparaître cette dernière.

39. - Ceci précisé, il est évident qu'en pratique les engagements pris sont, le plus souvent, des contrats. A leur égard, le législateur a voulu, c'est une solution tout à fait équitable, que les tiers cocontractants soient avertis d'une substitution possible de débiteurs.

(63) G. CAS, op. cit., n° 178. D. BASTIAN, op. cit., JCP 1967, I, 2121, n° 142. G. DAUBLON, op. cit., p. 671.

(64) G. DAUBLON, op. cit., p. 671.

(65) D. RANDOUX, op. cit., p. 300.

(66) D. RANDOUX, op. cit., p. 300.

(67) Cf. supra, n° 33.

En jurisprudence, deux décisions de la Cour de cassation (68) ont tenu compte de cette exigence législative, en refusant d'appliquer l'art. 5, al. 2, à des engagements qui n'avaient pas été souscrits au nom de la société en formation, mais au nom personnel du fondateur. Dans les deux cas, la Haute juridiction relève expressément cette circonstance.

40. - Cette solution du droit positif a, évidemment, pour conséquence de réduire, une fois encore, le domaine d'application de la responsabilité de la personne morale. Ainsi, au terme des développements sur cette question, nous observons qu'il est des engagements préalables qui ne sont pas susceptibles d'être repris à son compte par la société, du moins sur la base de l'art. 5, al. 2. Pour que cette sorte de reprise puisse avoir lieu, il faut, en réalité, que certaines conditions soient réunies. Si l'on excepte le problème des délits ou quasi-délits, non encore résolu à l'heure actuelle, il faut d'une part que l'engagement préalable ait été passé pendant la période de formation, d'autre part qu'il ait été pris au nom de la société.

Lorsque ces conditions sont réunies, il est alors possible de mettre en œuvre la responsabilité de la personne morale. C'est cette mise en œuvre qu'il nous faut maintenant étudier.

§ 2 - LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DE LA PERSONNE MORALE

41. - La responsabilité de la personne morale est mise en œuvre par le procédé dit de la reprise. Celui-ci consiste en une décision des associés par laquelle ceux-ci acceptent de reprendre, pour le compte de la société, les engagements passés préalablement à l'immatriculation de la société au registre du commerce. Cette décision de ratification intervient selon une procédure dont les règles sont précisées par les textes. Lorsqu'elle est prise, elle a pour effet de substituer rétroactivement à la responsabilité de la personne physique qui a passé l'engagement, celle de la personne morale.

La procédure de reprise et les effets de la reprise vont donc retenir, successivement, notre attention.

A. — LA PROCÉDURE DE REPRISÉ

42. - L'art. 5, al. 2, donne la possibilité à la société commerciale de reprendre les engagements passés par les personnes physiques préalablement à son immatriculation. Dès lors, une question se pose : comment doit intervenir cette reprise ? De la confrontation de l'art. 5, al. 2, de la loi du 24 juillet 1966 et des art. 26, 67 et 74 du décret du 23 mars 1967 (69), il résulte que trois systèmes de reprise peuvent être utilisés.

(68) Com. 1^{er} avril 1974, Rev. Soc. 75, p. 62, note M. GUILBERTEAU ; RTD Com. 1975, p. 528, R. HOUIN ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 18. Com. 27 octobre 75, Rev. Soc. 1976, p. 299, note D. RANDOUX.

(69) L'art. 26 concerne les sociétés à responsabilité limitée ; l'art. 67 concerne les sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne ; l'art. 74 a trait aux sociétés anonymes ne faisant pas publiquement appel à l'épargne. Ces textes méritent d'être reproduits :

26. L'état des actes accomplis pour le compte de la société en formation, avec l'indication, pour chacun d'eux, de l'engagement qui en résulterait pour la société, est présenté aux associés avant la signature des statuts.

Cet état est annexé aux statuts, dont la signature emportera reprise des engagements par la société, lorsque celle-ci aura été immatriculée au registre du commerce.

D'une part, le décret prévoit deux procédures spécifiques de reprise qui ne concernent que certains engagements déterminés. D'autre part, l'art. 5, al. 2, en indiquant que la reprise doit se produire après l'immatriculation de la société, admet, implicitement, une procédure générale de reprise qui intéresse l'ensemble des actes conclus préalablement.

Ces deux sortes de procédure doivent être envisagées dans cet ordre. Certes, il peut paraître étonnant de commencer par l'étude des techniques spécifiques dans la mesure où, habituellement, le chercheur procède du général au particulier. En réalité, deux raisons justifient notre choix. L'une est d'ordre chronologique : les procédures spécifiques précèdent dans le temps la procédure générale. L'autre est d'ordre théorique : la procédure générale ne joue qu'un rôle subsidiaire par rapport aux autres techniques, en ce sens que l'intérêt de la procédure générale n'apparaît que lorsque les procédures spécifiques n'ont pas été utilisées soit parce que c'était impossible, soit parce qu'on a omis de le faire.

Il convient donc d'examiner, dans un premier temps, les procédures spécifiques avant d'étudier, dans un deuxième temps, la procédure générale.

1. Les procédures spécifiques.

43. - Les art. 26, 67 et 74 du décret d'application donnent quelques précisions sur les procédures qui peuvent être suivies. Mais ces indications soulèvent certaines difficultés d'interprétation. De telle sorte qu'il est nécessaire, après avoir présenté le contenu des dispositions réglementaires, de les interpréter.

a) Le contenu des dispositions réglementaires

Deux procédures sont prévues : celle de l'état et celle du mandat.

En outre, les associés peuvent, dans les statuts ou par acte séparé, donner mandat à l'un ou plusieurs d'entre eux ou au gérant non associé qui a été désigné, de prendre des engagements pour le compte de la société. Sous réserve qu'ils soient déterminés et que les modalités en soient précisées par le mandat, l'immatriculation de la société au registre du commerce emportera reprise de ces engagements par ladite société.

67. Les actes accomplis pour le compte de la société en formation conformément à l'art. 5, alinéa 2 de la loi sur les sociétés commerciales sont soumis à l'assemblée générale constitutive, après qu'ont été désignés les premiers membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et les premiers commissaires aux comptes.

Le rapport des fondateurs énumère chacun de ces actes et indique l'engagement qui en résulterait pour la société.

Si l'assemblée autorise la société à les reprendre à son compte, cette décision ne prendra effet, dans les conditions prévues à l'art. 5, alinéa 2, précité, qu'après immatriculation de la société au registre du commerce.

L'assemblée peut également donner mandat à une ou plusieurs des personnes désignées en qualité de premiers membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de prendre des engagements pour le compte de la société. Sous réserve qu'ils soient déterminés et que leurs modalités soient précisées par le mandat, l'immatriculation de la société au registre du commerce emportera reprise de ces engagements par ladite société.

74. L'état des actes accomplis pour le compte de la société en formation, avec l'indication, pour chacun d'eux, de l'engagement qui en résulterait pour la société, est tenu à la disposition des actionnaires dans les conditions prévues à l'article précédent.

Cet état est annexé aux statuts, dont la signature emportera reprise des engagements par la société, lorsque celle-ci aura été immatriculée au registre du commerce.

En outre, les actionnaires peuvent, dans les statuts, ou par acte séparé, donner mandat à l'un ou plusieurs d'entre eux de prendre des engagements pour le compte de la société. Sous réserve qu'ils soient déterminés et que leurs modalités soient précisées par le mandat, l'immatriculation de la société au registre du commerce emportera reprise de ces engagements par ladite société.

α / La procédure dite de l'état

44. - Les actes qui ont été conclus avant la constitution de la société mais alors que l'on avait dépassé le stade du simple projet, peuvent faire l'objet d'un état ou d'un rapport.

Pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne, les art. 26 et 74 du décret prévoient, variantes mises à part, la technique de l'état annexé aux statuts. Dans cet état figure la liste des actes préalables que l'on estime devoir faire reprendre par la société et l'étendue de l'engagement qui en résulte pour elle (70).

Quant aux sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, l'art. 67 du décret prévoit la technique du rapport. Ici, il n'y a lieu de dresser un état des actes mais, au cours de l'assemblée constitutive, les fondateurs présentent un rapport qui énumère les actes accomplis pour le compte de la société et indique l'engagement qui en résulte.

45. - La décision de reprise appartient aux futurs associés. En ce qui concerne les deux premiers types de société, c'est la signature des statuts auxquels l'état se trouve annexé qui emporte reprise des engagements. Constatons que les associés ne peuvent décider de constituer la société en signant les statuts, tout en refusant de reprendre les engagements figurant dans l'état. Les deux décisions sont indissolublement liées (71).

Quant au troisième type, c'est une délibération spécifique de l'assemblée constitutive qui décide la reprise des engagements. Puisqu'une délibération spécifique est nécessaire, observons que les associés peuvent, ici, décider de constituer la société sans pour autant accepter de reprendre les engagements.

En toute hypothèse, la décision de reprise ne pourra prendre effet que du jour où la société sera immatriculée au registre du commerce. Il ne peut en être autrement dans la mesure où, jusqu'à cette date, la société n'existe pas encore juridiquement. Mais, dès lors que la société est immatriculée, elle n'a plus à décider de les reprendre. La reprise s'opère du seul fait de l'immatriculation.

46. - Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 28 janvier 1975 (72) fait une application pure et simple de ces dispositions, plus précisément de l'art. 74 du décret puisqu'en l'espèce il s'agissait d'une société anonyme n'ayant pas fait publiquement appel à l'épargne.

L'exploitation d'un port de plaisance avait été concédée par une société au fondateur d'une seconde qui était alors en formation. Cette convention de concession fut, ultérieurement, confirmée par le président-directeur général de la deuxième société, avant son immatriculation au registre du commerce. Mais à la suite de difficultés relatives à l'exécution de ces deux conventions un litige naquit. La société concédante assigna la société occupante en nullité. Selon la première, la seconde ne pouvait conclure les conventions litigieuses puisqu'elle n'avait pas la personnalité morale. Dès lors, ces conventions devaient être annulées.

(70) Certaines règles opposent ces deux sortes de sociétés. A l'égard des premières il suffit que l'état soit annexé aux statuts. Pour les secondes, il faut qu'en outre l'état soit tenu à la disposition des futurs actionnaires, trois jours au moins avant la date de la signature des statuts.

(71) M. DAGOT, op. cit., JCP 1969, I, 2277, n° 15.

(72) Bull. Arrêts Cour appel Aix, 1975, n° 1, p. 46. Obs. R. HOUIN, in RTD Com. 1975, p. 527.

La Cour d'Aix, confirmant le jugement de première instance, déboute la société concédante de sa demande. Elle constate que les engagements en question figurent sur l'état des actes accomplis pour le compte de la société, état annexé aux statuts et tenu à la disposition des futurs actionnaires avant leur signature. Selon la Cour d'Aix, l'état emporte la reprise des engagements y figurant dès que la société est immatriculée. Sa solution ne peut qu'être approuvée.

47. - En pratique, lorsque des engagements ont été passés antérieurement à la constitution, un état est systématiquement joint aux statuts. Concrètement, la rédaction est ainsi faite. Dans le chapitre des statuts relatif à la personnalité morale, après avoir rappelé que celle-ci ne s'acquiert qu'au jour de l'immatriculation, une clause stipule que les associés reprennent au compte de la société les engagements figurant en annexe. Dans cette annexe, une liste indique avec précision les divers engagements.

Selon certains praticiens, il est opportun de distinguer dans cette liste deux sortes d'engagements : ceux qui concernent des paiements déjà effectués et ceux qui n'obligent la société que postérieurement.

Lorsqu'aucun engagement n'a été préalablement passé, cela est précisé dans le même chapitre. Par exemple, une clause stipule qu'il n'a été accompli pour le compte de la société en formation aucun acte ni pris aucun engagement. Observons, toutefois, que, le plus souvent, un engagement, au minimum, a été passé : celui relatif au siège social (location ou achat de ce dernier) (73). Dans ce cas, cet engagement est indiqué dans le chapitre concerné.

Il convient de signaler que certains greffes refusent d'immatriculer les sociétés commerciales dont les statuts ne comportent pas un état en annexe. Cette attitude existe même s'il n'y a pas d'engagements à reprendre. Dans cette hypothèse, les greffes en question exigent un état sur lequel est inscrite la mention « néant ». Cette pratique doit être critiquée. En effet, la procédure de l'état n'est que facultative. On peut fort bien ne pas l'utiliser et suivre la procédure générale que nous étudierons postérieurement. C'est du moins ce qui résulte de l'économie générale du système mis en place par les textes régissant la matière (74). La pratique de ces greffes est donc illégale.

β / La procédure dite du mandat.

48. - Le décret du 23 mars 1967, dans les mêmes articles, prévoit une deuxième procédure de reprise : celle du mandat. Les actes ici concernés sont ceux qui peuvent être conclus entre la constitution de la société et son immatriculation. Cette procédure consiste à permettre aux associés de conférer à l'un d'eux un mandat d'accomplir dans l'avenir tel acte déterminé. Elle suppose donc que les associés aient prévu la nécessité de conclure cet acte.

Le plus souvent, le mandat sera donné au moment de la constitution de la société, c'est-à-dire, selon la forme de la société, dans les statuts ou lors de l'assemblée constitutive. D'ailleurs, pour les sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne, ce sera toujours le cas, car l'art. 67, al. 4, impose que le mandat soit conféré par cette assemblée au terme d'une résolution spéciale. Quelquefois, lorsqu'il s'agit des deux autres types de sociétés, le mandat peut être donné par un acte séparé, postérieur à la signature des statuts, mais antérieur, évidemment, à l'immatriculation.

(73) Cf. supra, n° 7.

(74) MERCADAL et JANIN : « Sociétés commerciales », in *Memento pratique Francis Lefebvre*, 7^e édition, Edit. Juridiques Lefebvre, Paris, 1976, n° 246, p. 101.

Dans ces différentes hypothèses, l'immatriculation ultérieure de la société au registre du commerce emporte la reprise automatique des engagements concernés. Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire que les associés prennent une décision complémentaire de reprise : l'immatriculation suffit.

49. - Mais pour qu'il y ait reprise, encore faut-il que certaines conditions soient réunies.

En premier lieu, il faut, les articles du décret l'indiquent expressément, que le mandat détermine les engagements qui seront pris et précise les modalités de ces derniers. C'est dire que, si l'on se réfère à la terminologie utilisée traditionnellement dans le cadre de la théorie générale du mandat (75), les textes exigent un mandat spécial exprès. Encore faut-il remarquer qu'en droit commun il n'est pas toujours nécessaire que cette sorte de mandat précise les modalités exactes de l'opération. Les solutions du décret de 1967 sont donc particulièrement exigeantes. Il en résulte notamment qu'un mandat général ou un mandat spécial mais vague ne peut entraîner la reprise de l'engagement.

La jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer ces dispositions dans une affaire qui a donné lieu à deux arrêts successifs de la Cour d'appel de Paris (76) et de la Cour de cassation (77). Dans cette espèce relative à une société anonyme constituée sans appel public à l'épargne, les juridictions, appelées à statuer, ont estimé que les exigences précédentes n'étaient pas respectées. Sans doute relèvent-elles que les statuts de la société concernée donnent à un fondateur mandat de prendre pour le compte de la société des engagements et que les statuts ajoutent que ces engagements doivent être déterminés et précisés dans une annexe. Mais ils observent aussi qu'en réalité ni les statuts ni l'annexe ne comportent la liste des dits engagements. Dès lors, les juges décident que ce type de mandat ne peut produire aucun effet. En particulier, il ne peut emporter la reprise par la société.

50. - En deuxième lieu, il faut que le mandat désigne son bénéficiaire. Pour les sociétés à responsabilité limitée, l'art. 26 indique que le mandat peut être conféré soit à un ou plusieurs associés, soit au gérant non associé. Pour les sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne, l'art. 74 précise qu'il peut être donné à un ou plusieurs actionnaires. Pour les sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne, l'art. 67 dispose que c'est à une ou plusieurs des personnes désignées en qualité de premiers membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance que le mandat doit être attribué.

Telles sont les énonciations des textes du décret. Il reste alors le problème de savoir si les bénéficiaires doivent être nommément désignés. A cet égard, on peut soutenir (78) que le mandat est donné intuitu personae. Cela signifie qu'en deux hypothèses, il ne produit aucun effet. C'est, tout d'abord, le cas lorsque le mandat désigne une personne déterminée et que les engagements visés sont passés par une autre personne. C'est, ensuite, le cas lorsque le mandat ne comporte aucune précision de nom.

(75) H. L., J. MAZEAUD : « Leçons de droit civil », Tome III, 2^e vol. : « Principaux contrats », 4^e éd., par M. de JUGLART, Edit. Montchrestien, 1974, n° 1.385, p. 670. R. RODIERE : « Mandat » in *Encyclopédie Dalloz*, 2^e éd., tome V, n° 129 et suiv.

(76) Paris 11 juin 1971, JCP 72, II, 16981, Y. GUYON, R. Soc. 1972, p. 222, note J.-P. SORTAIS, RTD Com. 1972, n° 3, p. 109, R. HOUIN, GP 1971, II, 673, note P. DELAISÉ, Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 26.

(77) Com. 3 avril 1973, B. IV, n° 150, p. 129, RTD Com. 1973, n° 2, p. 804, R. HOUIN.

(78) M. DAGOT, op. cit., D. 1974, p. 244.

Jusqu'à présent, la jurisprudence n'est pas intervenue sur ce point (79). La question demeure donc posée.

51. - En pratique, qu'en est-il ? Nous avons constaté que la procédure du mandat est, très souvent, utilisée. En effet, dans les statuts et les procès-verbaux des assemblées constitutives, des mandats d'agir sont délivrés à diverses personnes, en particulier aux fondateurs.

Mais les conditions énoncées par le décret sont-elles, pour autant, respectées ?

Quant à la première condition, il faut reconnaître qu'elle n'est pas, souvent, respectée. Dans de très nombreux cas, il s'agit, en fait, soit de mandats généraux (80), soit de mandats particuliers insuffisamment précis, notamment quant aux modalités (81). Finalement, les mandats susceptibles d'emporter la reprise des engagements lors de l'immatriculation sont assez rares (82).

Il faut reconnaître que des difficultés pratiques s'opposent à la délivrance de mandats spécifiques et précis. Il est difficile de prévoir à l'avance quelles seront les opérations qui devront être effectuées et les modalités exactes qui devront être adoptées. La tentation est donc grande de conférer des mandats généraux ou des mandats spéciaux imprécis. C'est ce qui se produit en pratique.

Il y a donc, sur ce point, une inadéquation des textes à la réalité des affaires. A cet égard, ils doivent être critiqués. Certes, il est compréhensible que le décret exige un mandat spécial et ne se contente pas d'un mandat général. Mais il serait souhaitable que le texte tolère qu'un mandat spécial ne précise pas les modalités exactes de l'opération concernée.

En l'état actuel des textes et malgré la valeur des arguments présentés par les praticiens, force est de constater l'inefficacité, du point de vue de la reprise, des mandats généraux ou des mandats spéciaux imprécis. Certains praticiens en sont d'ailleurs conscients. Il y a là une situation qui pose problème. N'oublions pas, cependant, que les engagements passés dans le cadre de ces mandats peuvent, de toute façon, être repris, ultérieurement, par la société, selon la procédure générale.

52. - Quant à la deuxième condition, nous avons observé que les praticiens, le plus souvent, prennent la précaution de désigner nommément le bénéficiaire. De telle sorte que si l'engagement est effectivement passé par cette personne, cette deuxième condition est respectée.

Cependant, il arrive, parfois, que cette précaution ne soit pas prise (83). En pareil cas, si l'on applique le principe de l'intuitu personae strictement, ces mandats ne présentent aucun intérêt du point de vue de la reprise.

(79) M. DAGOT note que, dans l'affaire précédemment citée, les juridictions auraient pu faire connaître leur position. En effet, dans cette espèce, le mandat avait été donné à un sieur NOLLET. Mais, en raison du décès de ce dernier, le sieur RIOU l'avait remplacé et c'est lui qui avait accompli les actes visés par le mandat. Il y avait donc là un aspect intéressant à discuter. Mais cela n'a pas été fait.

(80) Par exemple : « M. X est, d'ores et déjà, habilité et reçoit tous pouvoirs à l'effet de passer et souscrire pour le compte de la société en formation les actes et engagements entrant dans l'objet statutaire et conformes à l'intérêt social ».

(81) Ainsi : « M. X procédera à l'acquisition du fonds de commerce désigné en l'objet de la société et situé à..., aux prix, charges, clauses et modalités qu'il avisera. A cet effet, il empruntera toutes sommes sous quelque forme que ce soit, et aux conditions qu'il jugera utiles ».

(82) Soit : « Dès à présent, M. X est autorisé à acquérir les clientèles des sociétés Y et Z moyennant le prix global de 160.000 F ».

(83) Par exemple : « Les gérants sont autorisés à accom-

C'est pourquoi il nous semble plus opportun de décider que les mandats qui se contentent, par exemple, de désigner le gérant de la société à responsabilité limitée ou le président-directeur général de la société anonyme produisent valablement leur effet. Par contre, lorsque le mandat désigne une personne déterminée il nous semble tout à fait correct de consacrer la solution inverse lorsque c'est une autre personne qui a passé l'engagement visé.

Quoi qu'il en soit, à l'avenir, les tribunaux devront se prononcer sur ce point.

53. - Telles sont les procédures spécifiques instituées par le décret du 23 mars 1967. Elles ont le mérite d'exister, mais il faut constater qu'elles ont fait naître quelques difficultés d'interprétation qu'on ne peut éviter d'envisager.

b) L'interprétation des dispositions réglementaires

Le système instauré par le décret soulève trois sortes de difficultés relatives à son domaine, à sa validité et à la portée de l'accord des associés.

α / Le domaine des dispositions réglementaires

54. - En étudiant les procédures de l'état et du mandat, nous avons constaté que les articles du décret ne s'intéressent qu'à trois types de sociétés : les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne et les sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne. C'est dire que ce texte n'envisage ni les sociétés en nom collectif, ni les sociétés en commandite. Dès lors, une question se pose : les procédures décrites peuvent-elles être utilisées à l'égard de ces dernières sociétés ?

Les praticiens nous ont confié qu'ils ne faisaient pas de différence entre les différentes formes de sociétés et qu'ils suivaient, même à l'égard des sociétés en nom collectif (84), les procédures spécifiques.

Mais si cette donnée pratique est intéressante à relever, il n'en reste pas moins qu'elle ne tranche pas la question du point de vue de la théorie juridique. A ce niveau, il faut observer que certains auteurs (85) soutiennent que les procédures spécifiques peuvent être utilisées même à l'égard des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple, que rien ne s'oppose à l'extension des dispositions réglementaires à ces sociétés. Sans doute est-il vrai que, dans ces groupements, notamment dans les sociétés en nom collectif, les associés demeurent, quoi qu'il advienne, obligés, personnellement et solidairement, au paiement du passif social. Mais, dans la mesure où le décret n'a pas prévu cette extension, il ne nous paraît pas fondé de l'admettre : le décret doit être interprété restrictivement.

La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de résoudre ce problème. Il demeure donc posé. Soulignons, tout de même, que la procédure générale peut, de toute façon, être utilisée.

β / La validité des dispositions réglementaires

55. - Quelques auteurs (86) vont jusqu'à douter de la validité des dispositions réglementaires dont nous venons d'étudier le contenu. Deux séries d'arguments sont présentées en ce sens.

(84) Aujourd'hui, très peu de sociétés en commandite sont constituées.

(85) M. DAGOT op. cit., J.C.P. 1969, I, 2277, n° 17.

(86) R. HOUIN, RTD Com. 1967, p. 1081. D. BASTIAN, op. cit., p. 34. G. CAS, op. cit., n° 182. M. DAGOT, op. cit., D. 1974, p. 243.

En premier lieu, on fait observer que les deux procédures prévues par le décret ne sont pas des applications de l'art. 5, al. 2. En effet, ces procédures supposent que la reprise des engagements intervient avant l'immatriculation. Or, selon l'art. 5, al. 2, cette reprise doit intervenir après. Le décret du 23 mars 1967 ne fait donc pas application, sur ce point, de la loi de 1966. C'est d'autant plus regrettable que l'al. 2 de l'art. 5 est d'interprétation stricte, car, en permettant la reprise par la société des engagements préalables, il se présente comme une exception au principe posé par l'alinéa 1^{er} selon lequel la société commerciale ne jouit de la personnalité morale qu'à compter de son immatriculation. C'est pourquoi M. DAGOT écrit « Dans cette optique, les articles du décret de 1967 peuvent paraître illégaux, à tout le moins discutables » (87).

56. - En deuxième lieu, on fait remarquer que les deux techniques mises en place par le décret privent les associés d'une option que la loi leur reconnaît implicitement. En effet, l'art. 5, al. 2, implique que les associés ont une option à exercer. Ils peuvent soit reprendre les engagements, soit refuser de les ratifier. Or, nous avons constaté qu'en matière de société à responsabilité limitée et de société anonyme ne faisant pas publiquement appel à l'épargne, la simple signature des statuts emporte, à la seule condition de l'immatriculation ultérieure, la reprise des engagements figurant dans l'état ou faisant l'objet des mandats. Dès lors, « les associés ne sont plus libres de constituer leur société sans approuver ce qui a été fait au nom de celle-ci » (88). S'ils ne veulent pas reprendre les engagements, ils n'ont que la solution de se refuser à signer les statuts, donc de renoncer à la création de la société. En privant les associés de l'option admise par la loi, le décret de 67 méconnaît, ainsi, les dispositions légales.

57. - La légalité des prescriptions réglementaires est donc contestée. D'autres auteurs sont, malgré les arguments présentés, pourtant plus indulgents (89). Ils notent que les précautions prises par les rédacteurs du décret renforcent singulièrement la protection des associés. En effet, pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes ne faisant pas publiquement appel à l'épargne, ce sont tous les associés qui devront donner leur consentement. Pour les sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne, la décision émanant de l'assemblée constitutive, ce sont les deux tiers des associés qui devront donner leur accord.

Les intérêts des associés sont, en conséquence, efficacement protégés. Il est, dès lors, possible de soutenir que « l'assouplissement apporté par le décret à la loi n'affecte que la lettre du texte et rend, en revanche, parfaitement compte de son esprit » (90).

Les avis sur la validité des dispositions réglementaires sont donc partagés. Il est, de toute façon, essentiel d'observer que ce débat doctrinal ne peut avoir d'incidences pratiques puisqu'un tribunal commercial n'a pas la possibilité d'apprécier la légalité d'un décret même par voie d'exception (91).

(87) M. DAGOT, op. cit., D. 1974, p. 24.

(88) D. BASTIAN, op. cit., p. 34; Y. GUYON, op. cit., fasc. 47, n° 80.

(89) G. DAUBLON, op. cit., p. 671.

(90) G. DAUBLON, op. cit., p. 672.

(91) Cette solution a été adoptée pour les juridictions de l'ordre judiciaire en général par le Tribunal des Conflits le 16 juin 1923 (Arrêt Septfonds). Cf. « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », Sirey, 1965, p. 174.

γ / La portée de l'accord des associés

58. - Dans les procédures prévues par le décret, les futurs associés soit acceptent l'état annoncé aux statuts, soit délivrent un ou plusieurs mandat(s). Il importe d'observer que la portée de cet accord varie selon que l'immatriculation de la société interviendra ultérieurement ou non.

Ou bien l'immatriculation intervient. Dans cette hypothèse, l'accord préalable des associés s'analyse en une décision de reprise. Cette décision est, certes, prise antérieurement à l'immatriculation, mais il est évident qu'elle ne peut produire effet que lorsque celle-ci intervient. En effet, jusqu'à cette intervention, la société commerciale ne jouit pas de la personnalité morale et ne peut donc être engagée.

Ou bien l'immatriculation n'intervient pas. Dans ce cas, l'accord antérieur des « associés » ne peut s'analyser en une décision de reprise au sens de l'art. 5, al. 2. La société n'ayant jamais existé n'a pu reprendre les engagements préalables. Doit-on en conclure que cet accord des « associés », c'est-à-dire l'acceptation de l'état ou la délivrance de mandats, est dépourvu d'effet et disparaît du fait du défaut d'immatriculation ? Une semblable conclusion serait incorrecte. Dans cette hypothèse, en effet, l'accord des « associés » engage leur responsabilité personnelle (92).

59. - Il résulte de ces développements que la portée de l'acceptation de l'état ou de la délivrance du mandat dépend du point de savoir si l'immatriculation se produira ou non. Ce n'est qu'à ce moment-là que cette acceptation et cette délivrance constituent des décisions de reprise. L'accord des associés présente alors tout son attrait. En effet, dans ce cas, l'immatriculation emporte automatiquement la reprise, par la société, des engagements figurant dans l'état annexé aux statuts ou faisant l'objet des mandats. Il n'est pas nécessaire de les faire à nouveau et postérieurement reprendre par une assemblée générale, en d'autres termes d'utiliser, à leur égard, la procédure générale prévue par la loi.

2. La procédure générale.

60. - Les techniques précédemment étudiées sont spécifiques en ce sens qu'elles ne sont applicables qu'à l'égard des engagements passés au cours de l'une seulement des deux phases de la période de formation. A l'inverse, il est une procédure qui peut être suivie pour tous les engagements souscrits pendant cette période quelle que soit la phase au cours de laquelle ils l'ont été. Autrement dit, cette procédure concerne tous les actes conclus pendant la période qui s'étend du premier acte de concrétisation du projet social jusqu'à l'immatriculation de la société au registre du commerce. C'est pourquoi nous qualifions cette procédure de générale.

La procédure générale de reprise pose, comme les procédures précédentes, un certain nombre de problèmes. Ceux-ci sont relatifs soit à l'existence même de cette procédure, soit à l'identité de l'organe compétent pour décider la reprise, soit au caractère exprès ou tacite de la décision de ratification.

a) L'existence d'une procédure générale

61. - La première difficulté a trait à l'existence même de la procédure générale. Cette difficulté résulte de l'imprécision de l'art. 5, al. 2, qui ne nous renseigne pas sur la procédure qui doit être suivie. Dès lors, on pourrait prétendre que les textes ne prévoient que deux systèmes de reprise, ceux qui sont réglementés par le décret du

(92) Cf. infra, n°s 103 et suiv.

23 mars 1967, et nier, par conséquent, l'existence d'une procédure générale. Cette position ne peut plus, aujourd'hui, être soutenue, car la procédure générale, d'une part, se justifie juridiquement, d'autre part correspond aux nécessités pratiques.

α / La justification juridique

62. - Les auteurs (93) ont, dès l'origine, admis l'existence d'une troisième procédure. Il est certain, en effet, que l'art. 5, al. 2, contient le principe général de permettre à une société commerciale de reprendre, postérieurement à son immatriculation, les engagements souscrits avant l'acquisition de la personnalité morale. Or, le décret aménage deux systèmes dans lesquels la décision de reprise est antérieure à l'immatriculation. Dès lors, même si l'on considère les dispositions réglementaires comme de simples applications de l'art. 5, al. 2, il s'avère que les procédures prévues par le décret n'épuisent pas toutes les possibilités. Au contraire, il est tout à fait conforme au texte législatif d'affirmer l'existence d'une procédure générale s'appliquant à tous les engagements préalables et comportant une reprise postérieure à l'immatriculation.

63. - Cette position doctrinale a été ultérieurement confirmée. D'une part, le ministre de la Justice a eu l'occasion de préciser que l'art. 5, al. 2, prévoyait implicitement une troisième procédure. Un député (94) avait noté la contradiction existant, quant au moment de la reprise, entre les dispositions de l'art. 5, al. 2, et celles du décret. Aussi demandait-il au ministre s'il ne serait pas plus conforme au texte législatif de faire ratifier les engagements postérieurement à l'immatriculation. Dans sa réponse, le ministre a précisé que les dispositions du décret ont pour unique but de simplifier la procédure de reprise et qu'en conséquence il est, de toute façon, possible de faire reprendre les actes, conclus au cours de la période de formation, postérieurement à l'immatriculation.

64. - D'autre part, la jurisprudence a été conduite dans diverses espèces (95) à admettre l'existence d'une procédure générale. La décision la plus significative, à cet égard, est celle rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 12 février 1974 (96). Dans cette espèce, trois personnes, dont deux époux, avaient passé des commandes à une société anonyme, au nom d'une société à responsabilité limitée avant la signature des statuts de cette dernière. Par la suite, ces engagements ne furent pas mentionnés dans l'état annexé aux statuts. Mais, après l'immatriculation de la société, l'assemblée générale des associés décida de les reprendre et de les mettre à la charge de la société. La Cour d'appel, constatant que la formalité de l'état n'avait pas été respectée, estima qu'aucune reprise n'avait eu lieu. Aussi condamna-t-elle, solidairement, les fondateurs à payer à la société anonyme le montant des commandes, objet du litige.

La Chambre commerciale a cassé cet arrêt d'appel. Selon elle, dans la mesure où, après avoir été immatriculée, la société a, par décision de son assemblée générale, repris à sa charge les engagements concernés, c'est bien

(93) M. DAGOT, op. cit., JCP 1969, I, 2277, n° 22.

(94) « J.O. » Déb. Ass. Nat., 20 déc. 1967, p. 6066. Rapporté in R. Soc. 1968, p. 74 et par R. HOUIN, in RTD Com. 1967, p. 1082. Voir de même « J.O. » Ass. Nat., 24 août 1974, quest. n° 12481, p. 4180. Rapporté par R. HOUIN in RTD Com. 1974, p. 528.

(95) Paris 11 juin 1971, JCP 72, II, 16981, Y. GUYON; R. Soc. 1972, p. 222, J.P. SORTAIS; RTD Com. 1972, n° 3, p. 109, R. HOUIN; GP 1971, II, 673, P. DELAISI; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 26. Tr. Com. Valenciennes 13 juin 1972, RTD Com. 1972, n° 1, p. 638, R. HOUIN; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 32. Com. 3 avril 1973, B. IV, n° 150, p. 129; RTD Com. 1973, n° 2, p. 804, R. HOUIN; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 30. Com. 28 oct. 1974, R. Soc. 1976, p. 77, J.H.

(96) Com. 12 février 1974, JCP, 75, II, 17965, N. BERNARD; R. Soc. 1974, p. 492, J.H. RTD Com. 1974, n° 5, p. 527, Cl. CHAMPAUD; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 24.

la société qui est responsable et non pas les fondateurs. En d'autres termes, la Cour suprême admet qu'en vertu de l'art. 5 les engagements préalables peuvent être repris par la société après son immatriculation lorsque ces engagements n'ont pas été mentionnés dans l'état visé par le décret.

65. - Nous pouvons donc affirmer qu'à l'heure actuelle il est tout à fait certain qu'à côté des procédures réglementées par le décret de 1967 existe une procédure générale. Cette solution doit être d'autant plus approuvée qu'elle correspond aux besoins de la pratique.

β / Les nécessités pratiques

Donner aux sociétés commerciales la possibilité de reprendre les engagements préalables après l'immatriculation est une nécessité indéniable. En effet, l'observation de la pratique montre que cette procédure est systématiquement utilisée. D'ailleurs, dans certains cas, c'est la seule qui puisse l'être.

Schématiquement, il est opportun de distinguer les engagements qui en font l'objet en trois catégories.

66. - En premier lieu, il est des actes à l'égard desquels les procédures spécifiques ne peuvent être suivies. C'est, tout d'abord, le cas des engagements souscrits au nom d'une société de personnes en formation. Nous avons vu, précédemment (97), que le décret de 1967 n'envisage pas ce type de société, en particulier les sociétés en nom collectif. Nous en avons déduit que les procédures spécifiques sont, à l'égard des engagements qui les concernent, inapplicables.

C'est, ensuite, le cas, en matière de sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne, des actes pour lesquels aucun mandat n'a été donné lors de la constitution. Nous savons (98) qu'en ce qui concerne ces sociétés, le décret impose que le mandat soit conféré par l'assemblée constitutive. Si ultérieurement, c'est-à-dire entre la constitution et l'immatriculation, la conclusion d'un acte s'avère nécessaire, il est alors interdit aux associés de recourir à la procédure du mandat.

Dans ces hypothèses, puisque les procédures spécifiques réglementées par le décret sont inapplicables, c'est la procédure générale qui devra être utilisée.

67. - En deuxième lieu, il est des actes qui sont susceptibles de faire l'objet de l'une des procédures spécifiques, mais à l'égard desquels la procédure concernée n'a pas été suivie. Ainsi une omission peut se produire : l'engagement n'a pas été mentionné dans l'état ou n'a pas été visé dans un mandat particulier. De même, en matière de sociétés à responsabilité limitée ou de sociétés anonymes ne faisant pas publiquement appel à l'épargne, il arrive qu'on néglige de réunir les associés afin que ceux-ci, par acte séparé, délivrent un mandat pour une opération déterminée, dont on n'avait pas perçu l'intérêt au moment de la signature des statuts.

Ces erreurs d'inattention ou de négligence peuvent très bien être réparées, car l'utilisation des procédures spécifiques est, de toute façon, facultative. Il n'est pas interdit d'attendre que la société soit immatriculée pour recourir à la procédure générale et faire ratifier les engagements (99).

(97) Cf. supra, n° 54.

(98) Cf. supra, n° 48.

(99) R. Soc. 1968, p. 75, R. HOUIN, RTD Com. 1967, p. 1082, G. DAUBLON, op. cit., p. 672, MERCADAL et JASSIN, op. cit., n° 246.

68. - En troisième lieu, il est des actes qui bien qu'ayant déjà fait l'objet des procédures spécifiques sont, malgré cela, repris dans le cadre de la procédure générale. Les conseils justifient cette pratique, assez fréquente, en faisant remarquer que deux précautions valent mieux qu'une. Il y a donc des engagements qui sont repris deux fois.

A priori, cette pratique ne présente pas d'intérêt. En fait, il en va différemment. Etant donné que le décret de 1967 exige, notamment par la procédure du mandat, le respect de certaines conditions (100), si ces conditions ne sont pas réunies, la reprise n'intervient pas. Compte tenu de la difficulté qu'il y a, en pratique, de respecter cette exigence, il va sans dire que cette situation se rencontre fréquemment. Il est, dès lors, essentiel d'utiliser, postérieurement, la procédure générale qui, en quelque sorte, vient « couvrir » l'erreur initiale.

69. - Il résulte de ces développements que la pratique ne se prive pas de recourir à la procédure générale. Cette observation démontre qu'elle correspond bien aux besoins du monde des affaires. Sa nécessité ne peut donc être contestée.

Il s'avère, ainsi, que pour des raisons à la fois juridiques et pratiques, le principe d'une procédure générale doit être consacré. Il est possible, maintenant, d'affirmer que les sociétés commerciales peuvent, après leur immatriculation, ratifier les engagements souscrits antérieurement à celle-ci. En conséquence, se pose le problème de l'identité de l'organe compétent pour décider d'une telle ratification.

b) L'identité de l'organe compétent

Quel est l'organe compétent pour prendre, au terme de la procédure générale, la décision de reprise ? Cette question se pose car l'art. 5, al. 2, ne prévoit rien sur ce point. Mais puisque l'on admet le principe de la procédure générale, il faut, obligatoirement, répondre à cette question.

70. - On peut, a priori, soutenir que la décision de reprise appartient aux organes chargés de la gestion habituelle : soit le conseil d'administration ou son président, soit le gérant. En effet, il convient de remarquer que si les actes conclus pendant la période de formation l'avaient été après l'immatriculation au registre du commerce, ils auraient relevé de la compétence de ces organes. Malgré la valeur de cet argument, cette opinion ne peut être retenue, car elle s'oppose à l'économie générale des textes. Il est certain que dans les deux régimes réglementés par le décret, la décision de reprise émane des associés eux-mêmes. Il est donc permis de penser, par analogie, qu'il doit en être de même pour la procédure générale et qu'une décision collective des associés est indispensable (101).

Devons-nous, dès lors, admettre la compétence de l'assemblée générale extraordinaire ? Certes, les décisions qu'elle prend sont bien collectives, mais l'on sait que, depuis la réforme de 1966, la compétence de ces assemblées est fixée strictement : elles ne sont compétentes que pour modifier les statuts. Puisque les engagements préalables ne consistent pas en des modifications statutaires, l'assemblée générale extraordinaire n'est pas compétente pour les reprendre (102).

(100) Cf. supra, n° 49.

(101) M. DAGOT, op. cit., JCP 1969, I, 2277 Contra N. BERNARD, note sous Com. 12 fév. 1974, JCP 1975, II, 17965.

(102) G. DAUBLON, op. cit., p. 673.

A partir du moment où on exige une décision collective, cela signifie, en conséquence, que c'est l'assemblée générale ordinaire qui est compétente. Tous les auteurs l'admettent (103). Cependant, pour les sociétés de personnes dans lesquelles le système des assemblées n'existe pas, la reprise doit être décidée unanimement (104).

71. - La jurisprudence, après quelques hésitations, a confirmé cette interprétation. Sans doute il est une décision de la Cour de cassation (105) qui considère que le simple acte d'un gérant puisse valoir décision de reprise et obliger la société. Mais, d'une manière générale, la jurisprudence fait expressément référence à l'assemblée générale (106). A cet égard, la décision la plus intéressante est le jugement rendu par le Tribunal de commerce de Valenciennes le 13 juin 1972 (107).

En l'espèce, l'un des fondateurs d'une société avait demandé à une agence immobilière de s'occuper de l'achat d'un terrain pour le compte de cette société. L'agence s'était efforcé de satisfaire son client et avait engagé des frais. Aussi, bien que les tractations entreprises par elle n'aient pas abouti, l'agence était en droit de se faire payer des honoraires et le remboursement de ses frais. N'obtenant pas satisfaction, elle est en justice contre la société. L'agence se prétendait créancière de celle-ci car elle possédait un document, postérieur à l'immatriculation de la société au registre du commerce, dans lequel le président-directeur général, qui était le fondateur, déclarait que la société ferait son affaire personnelle du règlement de tous les frais dus à l'agence, à raison de l'opération. En d'autres termes, pour l'agence, les engagements préalablement passés à son égard par le fondateur avaient été ratifiés par la société. Elle considérait, ainsi, que le simple document qu'elle excipait valait décision de reprise.

Le Tribunal rejeta la demande de l'agence, car il n'était pas établi que la société avait repris les engagements de son fondateur. D'une part, les procédures spécifiques n'avaient pas été suivies. D'autre part et surtout, « une décision, même explicite, du président-directeur général ou du conseil d'administration, ratifiant l'engagement, est insuffisante pour valoir reprise de tels engagements par la société après l'immatriculation au registre du commerce ». Pour le Tribunal, « il appartenait à l'assemblée générale ordinaire des actionnaires de la société, qui aurait dû se réunir à cet effet après l'immatriculation, de décider souverainement de la reprise de cet engagement par la société ».

Ce jugement est donc particulièrement net : c'est l'assemblée générale ordinaire qui est l'organe compétent pour reprendre, après l'immatriculation, les actes conclus par les fondateurs antérieurement à celle-ci.

72. - La pratique applique cette solution. C'est lors de la première assemblée d'approbation des comptes que l'on fait reprendre les engagements préalables. Dans le rapport qui est présenté, figure une formule spécifique de reprise. Il est, par exemple, indiqué que les associés repré-

(103) M. DAGOT, op. cit., n° 23. R. HOUIN, RTD Com. 1972, p. 638. J.H. Rev. Soc. 1976, p. 82. G. DAUBLON, op. cit., p. 673.

(104) G. DAUBLON, op. cit., p. 673.

(105) Com. 28 oct. 1974, Rev. Soc. 1976, p. 77, note J.H.

(106) Paris 11 juin 1971, JCP 72, II, 16981, Y. GUYON; R. Soc. 1972, p. 222, J.-P. SORTAIS; RTD Com. n° 3, p. 109, R. HOUIN; GP 1971, II, 673, P. DELAISI; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 26. Com. 3 avril 1973, B. IV, n° 150, p. 129; RTD Com. 1973, n° 2, p. 804, R. HOUIN; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 30. Com. 12 fév. 1974, JCP 75, II, 17965, N. BERNARD; R. Soc. 1974, p. 492, J.H.; RTD Com. 1974, n° 5, p. 527, Cl. CHAMPAUD; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 24.

(107) Tr. Com. Valenciennes 13 juin 1972, RTD Com. 1972, n° 1, p. 638, R. HOUIN; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 32.

pour le compte de la société les engagements figurant ci-après. Soulignons qu'une formule générale serait inefficace, qu'il est donc indispensable d'indiquer avec précision les divers engagements. Cette précision est exigée par le décret du 23 mars 1967 pour l'état et le mandat. Elle doit l'être pour le rapport présenté à l'assemblée générale (108).

Une réserve doit, cependant, être apportée : cette exigence disparaît lorsque la décision de reprise s'est tacitement exprimée. Il faut, en effet, savoir que dans certaines conditions, on peut admettre une ratification tacite.

c) Le caractère exprès ou tacite de la décision de reprise

73. - Le plus souvent, c'est par une décision expresse de l'assemblée générale que la société commerciale reprend les engagements préalables. Mais il arrive que cette reprise soit tacite. Il en est principalement ainsi lorsqu'après son immatriculation, la société exécute les dits engagements : la société s'approprie matériellement les biens acquis, prend possession des locaux loués, inclut dans sa comptabilité les résultats passifs ou actifs des actes conclus pour son compte..., etc...

En pareil cas, doit-on considérer que la reprise tacite vaut décision de reprise ?

La doctrine est divisée sur ce point. Certains (109) admettent que la décision de ratification puisse être tacite. Ils estiment que par l'exécution de ses engagements, la société a manifesté sans équivoque son intention de la reprendre. Ils ajoutent qu'il ne s'agit pas, en fait, d'une reprise tacite, car les comptes sociaux qui traduisent l'ensemble de ces opérations sont, nécessairement, soumis à l'approbation des associés lors de l'assemblée ordinaire qui doit se réunir chaque année dans les six mois de la clôture de l'exercice. Autrement dit, dans cette opinion, le fait pour l'assemblée générale d'approuver les comptes emporte, inévitablement, la reprise des engagements préalables.

D'autres auteurs (110) sont d'un avis contraire. Selon eux, l'intention du législateur a été de donner aux associés ou actionnaires la possibilité de ratifier ou non les actes préalablement conclus à l'immatriculation. Admettre une reprise tacite, c'est donner cette possibilité aux organes habituels de gestion (présidents-directeurs généraux ou gérants), puisque ce sont eux qui exécutent, au nom de la société, l'ensemble des engagements. La reprise tacite ne peut donc être acceptée : seule l'assemblée générale ordinaire peut, après l'immatriculation, décider de la ratification.

74. - En jurisprudence, un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence (111) a dû résoudre la question posée. En l'espèce, un fondateur d'une société en formation avait conclu un bail commercial pour le siège social de la société. Sans attendre l'immatriculation de cette dernière,

(108) Dans une perspective comparative il est opportun de rappeler ici qu'une telle précision est requise par les textes, dans le cadre de la procédure d'approbation des conventions passées entre les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes d'une part, et leurs dirigeants d'autre part. En effet, les art. 50, al. 1 et 103, al. 3 de la loi de 1966 imposent aux gérants ou commissaires aux comptes de présenter à l'assemblée générale un rapport spécial relatif à ces conventions. Et les art. 35 et 92 du décret de 1967 indiquent quel doit être le contenu de ce rapport. Que la société soit anonyme ou à responsabilité limitée, il s'avère qu'une grande précision est exigée.

(109) G. DAUBLON, op. cit., p. 674. Lamy sociétés 1977, sous la direction de J. BURGARD, édité. Lamy, Paris, 1977, n° 254, p. 72.

(110) R. HOUIN, RTD Com. 1975, p. 528.

(111) Aix, 21 février 1975, Bull. Arrêts C. Appel Aix 1975, n° 1, p. 44; R. HOUIN, RTD Com. 1975, p. 528.

le fondateur prenait possession des lieux. Quelques mois après l'immatriculation, le fondateur, devenu président-directeur général de la société, informait le bailleur de l'intention de la société de ne plus occuper les lieux, arguant du fait que l'assemblée générale de la société avait refusé de prendre à sa charge le bail conclu. Le bailleur assigna, alors, la société et son dirigeant en paiement d'une indemnité d'occupation.

Condamnée en première instance, la société soutint en appel que sa responsabilité n'était pas engagée puisqu'elle avait refusé de ratifier le bail. Selon elle, en vertu de l'art. 5, al. 2, le seul responsable était son dirigeant.

La Cour d'appel ne consacra pas son argumentation et confirma le jugement du premier degré. Son raisonnement juridique fut le suivant : la société en occupant les lieux après son immatriculation au registre du commerce a exécuté le bail. Du fait de cette exécution, qui s'est concrètement réalisée par l'intermédiaire de l'organe de direction, la société a, implicitement, mais nécessairement pris à son propre compte l'engagement souscrit préalablement. Dès lors, le refus ultérieur de ratification ne doit pas s'analyser comme un défaut de reprise, mais comme une rupture unilatérale d'un contrat devenu antérieurement définitif à l'égard de la société.

La Cour d'Aix admet, donc, que la décision de reprise puisse consister en une ratification tacite par un organe de direction.

75. - Cet arrêt doit être critiqué à deux points de vue. Tout d'abord, en admettant une reprise tacite par le fait de l'exécution, il aboutit à attribuer le pouvoir de décider la ratification aux organes de direction et de gestion habituels. Nous avons vu précédemment (112) que cette solution s'oppose à l'économie générale des textes et à la tendance de la jurisprudence. Le pouvoir de décider n'appartient pas à ces organes, mais à l'assemblée générale.

Ensuite, en considérant que cette ratification tacite peut produire effet nonobstant un refus exprès ultérieur, il supprime, pour les assemblées, la possibilité de refuser la reprise. Or, de l'ensemble du système instauré par les dispositions législatives et réglementaires, il résulte que la reprise des engagements n'est qu'une faculté offerte à la société. L'arrêt de la Cour d'appel d'Aix est en contradiction avec cette règle.

76. - Mais doit-on déduire de ces critiques que la décision de reprise ne peut jamais être tacite ? Une telle déduction serait injustifiée, car deux circonstances, propres à cette espèce, limitent la portée de la décision de la Cour d'appel. On constate, en effet, que la reprise tacite, d'une part résultait de l'exécution par un organe de direction, d'autre part s'opposait à un refus exprès de ratification. Ces circonstances nous interdisent d'approuver la décision rendue par la Cour d'Aix.

Cependant, il peut arriver que l'assemblée générale se contente d'approuver les comptes et garde le silence sur le problème des engagements préalables. Doit-on, en pareil cas, considérer que l'assemblée générale a approuvé, implicitement, l'exécution intervenue et a, ainsi, ratifié, tacitement, les engagements concernés ? Nous sommes tentés de le penser car, dans cette situation, le fait d'approuver les comptes implique, inévitablement, la reprise des engagements qui y figurent. Soulignons que, dans cette concep-

(112) Cf. supra, nos 70 et 71.

tion, le pouvoir de décider la reprise n'est pas attribué aux organes de gestion ou de direction, mais bien à l'assemblée générale puisque la décision de ratification se déduit implicitement de l'approbation des comptes.

Ces diverses considérations nous incitent à soutenir que la décision de reprise peut, dans ces conditions, s'exprimer tacitement. Cette position n'est, d'ailleurs, pas étonnante. Dans la mesure où tout rapproche, la décision de reprise prévue par l'art. 5, al. 2, de la ratification en général, il faut reconnaître à la première les caractères de la seconde. Or, nous savons qu'en matière de gestion d'affaires, de mandat, de convention de porte-fort, la ratification n'est soumise à aucune forme. Elle peut être tacite pourvu que la volonté de celui qui ratifie soit certaine (113).

77. - Il faut, donc, admettre que la décision de reprise puisse être tacite. Mais il est évident que la sécurité impose de faire reprendre les engagements, de façon expresse, par une assemblée des associés ou des actionnaires. En pratique, c'est bien ainsi que les choses se passent. Les praticiens n'omettent jamais de suivre la procédure générale, pas plus, d'ailleurs, qu'ils n'oublient d'utiliser les procédures spécifiques. Tout est, de la sorte, mis en œuvre pour qu'une décision de reprise intervienne dans les plus brefs délais. On comprend l'empressement des praticiens. Cette décision de reprise présente, en effet, un intérêt primordial, celui d'aboutir à une substitution de débiteur : dorénavant, la responsabilité de la personne morale se trouve engagée alors que celle de la personne physique disparaît. C'est dire toute l'importance que revêtent les effets de la décision de reprise.

B. — LES EFFETS DE LA REPRISE

78. - La reprise des engagements préalables, décidée selon l'une des procédures étudiées, emporte un certain nombre de conséquences. Celles-ci sont précisées par l'art. 5, al. 2. Ce texte dispose : « Ces engagements sont, alors, réputés avoir été souscrits, dès l'origine, par la société ». Il énonce, ainsi, le principe de la substitution rétroactive (114). Ce principe signifie que la ratification par la société des engagements préalables a pour conséquence de faire, rétroactivement, prendre à la société la place des personnes qui ont agi en son nom. Du fait de la reprise, la société se substitue à ces dernières. Elles se trouvent déchargées de tous les engagements qu'elles ont souscrits. La société engage sa propre responsabilité.

Cette solution de la loi de 1966 se justifie pleinement. C'est pourquoi il convient de ne pas en limiter son application.

1. La justification du principe de la substitution rétroactive.

79. - La formulation même du principe montre que la décision de reprise comporte à la fois un effet substitutif et un effet réactif.

Au point de vue civil, il est tout à fait équitable qu'il en soit ainsi, tant à l'égard des personnes qui se sont engagées au nom de la société qu'à l'égard des tiers cocontractants.

(113) R. BOUT : « Gestion d'affaires. Effets », in *Juris-Classeur civil*, art. 1372-1375, fasc. II, n° 72.

F. GORE : « Gestion d'affaires », n° 207 ; R. RODIERE : « Mandat », n° 357 ; A. RIEG : « Porte-fort », n° 21, in *Encyclopédie Dalloz*, 2^e édit., Tomes IV et V.

Voir aussi J. BOULANGER : « Ratification », in *Encyclopédie Dalloz*, tome IV, 1953, n° 5.

(114) M. DAGOT, op. cit., JCP 1969, I, 2277, n° 26 ; J. HEMARD, F. TERRÉ, F. MABILAT, op. cit., n° 177 ; D. BASTIAN, op. cit. JCP 1967, I, 2121 n° 146 ; G. DAUBLON, op. cit., p. 675.

Quant aux premières, il faut observer que les conventions qu'elles concluent le sont dans l'intérêt de la société. En particulier, il est indispensable de dater la société que l'on constitue de tous les éléments nécessaires à son existence. Par exemple, il importe de conclure un bail commercial pour que la société ait un siège social. Dès lors, admettre la responsabilité de ces personnes pour les engagements passés eût été inéquitable. Au contraire, substituer rétroactivement la responsabilité de la société à celle des dites personnes est une solution qui rend parfaitement compte de la nature réelle des faits (115).

Quant aux seconds, il faut remarquer qu'ils ne peuvent se plaindre de l'effacement de leur partenaire initial parce que dès l'origine ils savent que celui-ci agit au nom d'une société en formation. C'est d'ailleurs pour cette raison que les tiers ne peuvent, pour annihiler l'effet de la reprise, invoquer, à leur profit, la théorie de l'apparence (116). Sans doute y a-t-il une apparence, mais celle-ci n'est pas le résultat d'une erreur insurmontable et invincible puisque, dans le contrat conclu, il est précisé, le plus souvent, que les personnes en question agissent au nom d'une société en formation.

80. - Des considérations fiscales peuvent aussi justifier le principe de la substitution rétroactive, du moins dans son deuxième aspect. A vrai dire, ce sont en fait des pré-occupations fiscales (117) qui sont à l'origine de l'amendement du Sénat prévoyant la rétroactivité de la décision de reprise : il s'agissait d'éviter que les opérations concernées ne fassent l'objet d'une double taxation conformément au droit fiscal commun.

Selon ce dernier, en effet, chaque nouvelle mutation emporte, compte tenu de la nature de l'acte, une nouvelle taxation. En conséquence, en matière d'engagements préalables, l'administration fiscale devrait, normalement, percevoir deux impositions. Par exemple, lorsque le fondateur d'une société acquiert l'immeuble qui servira de siège social et le rétrocède ensuite à la société, il y a, du point de vue fiscal, deux mutations : la première du vendeur au fondateur, la seconde de celui-ci à la société. Selon le droit commun fiscal, ces deux mutations devraient, toutes deux, être imposables (118).

Cette solution habituelle ne pouvait, en matière d'engagements préalables, être retenue. Elle est, tout d'abord, contraire à l'équité : dans la plupart des cas, la personne physique ne passe l'engagement que dans la perspective de le faire reprendre par la société. Elle est, ensuite, inopportune car l'exigence de deux taxations successives rendrait inintéressante, ou pour le moins onéreuse, la réalisation d'actes avant l'immatriculation de la société au registre du commerce. Une telle solution aboutirait finalement à réduire, considérablement, l'intérêt du système instauré par le législateur dans l'art. 5, al. 2.

Ces considérations expliquent et justifient que le Sénat ait tenu à amender le texte et à conférer à la décision de reprise un effet réactif, afin de supprimer l'une des deux mutations.

(115) G. DAUBLON, op. cit., p. 676.

(116) M. DAGOT, op. cit., n° 27.

(117) « J.O. » Déb. Sénat, séance du 20 avril 1966, p. 172.

(118) M. DAGOT, op. cit., n° 28.

81. - Observons, d'ailleurs, que, dans la mesure où en matière de gestion d'affaires, de mandat et de convention de porte-fort la ratification opère rétroactivement, l'amendement adopté par le Sénat ne fait, en réalité, qu'assimiler cette ratification particulière qu'est la décision de reprise de l'art. 5, al. 2, à la ratification en général (119).

Mais il reste que cet effet réactif pose un problème, il est vrai uniquement théorique (120). Il ne faut pas oublier, en effet, qu'avant son immatriculation, c'est-à-dire au moment où l'acte est conclu, la société n'existe pas encore. Comment, alors, expliquer que sa responsabilité soit engagée à l'égard d'actes passés pendant cette période ? Il semble que la solution de la rétroactivité implique « une naissance rétroactive » de la personne morale, antérieurement à la formalité qui l'engendre. Elle suppose, donc, l'idée de « personne morale en gestation » et celle de l'existence préalable du patrimoine social puisque la société devient, rétroactivement, propriétaire, créancière ou débitrice avant même d'être née à la vie juridique (121).

N'est-ce pas finalement reconnaître une personnalité morale à la société, antérieurement à son immatriculation ?

Quoi qu'il en soit au niveau théorique, il reste que la disposition législative se justifie au plan pratique. Il était nécessaire pour le monde des affaires de prévoir une substitution rétroactive qui a l'incontestable avantage non seulement de mettre à la charge de la société l'engagement préalablement souscrit, mais encore de le faire dès sa passation (122). Tout se déroule comme si l'acte avait été conclu par la société et par elle seule. Telle est la véritable signification du principe de la substitution rétroactive énoncé par l'art. 5, al. 2.

Il importe maintenant de se demander si ce principe est convenablement appliqué.

2. L'application du principe de la substitution rétroactive.

82. - Le principe de la substitution rétroactive a fait l'objet d'applications aussi bien au point de vue civil que fiscal. Si au premier niveau son application n'encourt pas de reproches particuliers, il n'en est pas de même sur le second plan.

a) Au point de vue civil

Les conséquences, au niveau civil, de la décision de reprise sont certaines. Le principe de la substitution rétroactive signifie que la responsabilité de la société se substitue, dès l'origine, à celle des fondateurs. Ce point ne pouvant soulever de nombreuses contestations, il n'est pas étonnant que peu de décisions jurisprudentielles lui soient consacrées.

83. - Tout au plus pouvons-nous citer l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 28 octobre 1974 (123). Dans cette espèce, un futur gérant d'une société à responsabilité limitée avait passé des commandes de matériel, plusieurs mois avant l'immatriculation de la société au registre du commerce. Une fois l'immatriculation obtenue, le gérant, agissant *ès-qualités*, avait ratifié les commandes en accep-

(119) R. BOUT : « La gestion d'affaires en droit français contemporain ». LGDJ Paris 1972, n° 284 ; « Gestion d'affaires. Effets » in *Juris-Classeur civil*, art. 1372-1375, fasc. II, nos 80 à 82.

F. GORE : « Gestion d'affaires », n° 211 ; R. RODIERE : « Mandat », n° 359 ; A. RIEG : « Porte-fort », n° 22, in *Encyclopédie Dalloz*, 2^e édition, Tomes IV et V.

Voir aussi J. BOULANGER : « Ratification », in *Encyclopédie Dalloz*, Tome IV, 1954, nos 3 et 4.

(120) D. BASTIAN, op. cit., JCP I 2121, n° 146.

(121) Cl. CHAMPAUD, RTD Com. 1969, p. 991.

(122) G. DAUBLON, op. cit., p. 675.

(123) Com. 28 oct. 1974, B 74 IV n° 270, p. 219 ; R. Soc. 1976, p. 77, note J.H. ; RTD Com. 1975, p. 528, R. HOUIN.

tant des traites en paiement de celles-ci. La Cour d'appel avait condamné la société à payer ces traites au motif que celles-ci ayant été, sans fraude, reprises par elle, sa responsabilité était engagée. La Chambre commerciale, rejetant le pourvoi, confirme les décisions des juges du fond. Elle écarte, ainsi, la responsabilité du gérant et consacre celle de la société.

Cet arrêt met ainsi l'accent sur les effets qui découlent de la décision de reprise. En ce sens, il doit être approuvé. Mais sur un autre plan il n'échappe pas à la critique. En effet, dans cette espèce, la décision de ratification avait été prise par le gérant. Or, nous avons vu précédemment (124) que lorsque les procédures spécifiques ne sont pas utilisées, seule l'assemblée générale peut décider de la reprise des engagements préalables. Ce n'est pas le cas ici, de telle sorte qu'on peut se demander s'il y avait bien eu reprise.

Abstraction faite de cette considération, le mérite de cette décision est d'appliquer, au plan civil, le principe de la substitution rétroactive.

84. - Ce principe comporte tout de même quelques limites, notamment quant à son deuxième élément. C'est un arrêt de la Chambre commerciale du 15 octobre 1974 (125) qui est venu le préciser. Dans cette espèce, une société anonyme avait obtenu, avant son immatriculation au registre du commerce, la concession exclusive d'une société américaine pour la Nouvelle-Calédonie. Mais tant qu'elle ne fut pas immatriculée, l'ancien concessionnaire poursuivait ses activités. Après avoir ratifié le contrat de concession une fois l'immatriculation intervenue, la société anonyme exerça, alors, une action en concurrence déloyale contre l'ancien concessionnaire. Après la Cour d'appel, la Cour de cassation dut admettre que la société demanderesse n'était pas recevable à se plaindre des actes de concurrence de l'ancien concessionnaire. Sans doute, la reprise des engagements a-t-elle un effet réactif, mais si cet effet réactif peut être valablement opposé aux tiers cocontractants, il ne peut l'être envers ceux qui n'ont pas contracté. Or, l'ancien concessionnaire n'était pas partie au nouveau contrat de concession. Dès lors, on ne peut lui opposer, rétroactivement, la reprise intervenue.

Le principe de la substitution rétroactive comporte donc quelques limites, mais celle que nous venons d'envisager se justifie parfaitement pour les raisons indiquées. Il en va tout autrement pour les limitations qui résultent de la position de l'administration fiscale.

b) Au point de vue fiscal

85. - L'application du principe de la substitution rétroactive n'est que partielle en droit fiscal.

Certes, l'administration fiscale s'est, dans une instruction en date du 10 juin 1969 (126), conformée aux désirs du législateur en ce sens qu'elle n'exige pas le paiement de deux taxations mais d'une seule. En effet, il résulte de cette instruction que si les droits de mutation ou d'enregistrement sont dus, personnellement, par les personnes physiques, lors de la souscription de l'engagement, aucun

(124) Cf. supra, nos 70 et 71.

(125) Com. 15 oct. 1974, B IV, n° 247, p. 201 ; RTD Com. 1975, p. 526, R. HOUIN.

(126) Note 10602 et Instruction du 10 juin 1969, Dir. gén. impôts B.O.E.D. 1969, 10602 ; JCP 1969, éd. CI n° 86596. Cf. observations : DAGOT, op. cit., nos 28 et 29 ; Cl. CHAMPAUD, RTD Com. 1969, p. 991 ; J. HEMARD, F. TERRÉ, F. MABILAT, op. cit., n° 178, p. 158 ; M. de JUGLART et B. IPPOLITO, op. cit., n° 394, p. 123 ; MERCADAL et JANIN, op. cit., n° 247, p. 101. Voir aussi la réponse du Ministre de l'économie et des finances à diverses questions posées par un député, R. Soc. 1971, p. 232.

droit nouveau n'est dû lors de sa reprise par la personne morale. En d'autres termes, les textes concernés ont, selon l'administration fiscale, pour conséquence de supprimer l'exigibilité de toute imposition au titre du transfert ultérieur.

Mais ils ne produisent que cette conséquence. En effet, l'acte initial est considéré par l'administration fiscale comme parfait. Cela signifie que, dès sa conclusion, il est imposé en vertu des règles du droit commun. C'est donc la personne physique qui devra payer les droits de mutation. C'est elle qui est considérée comme responsable. Et même si après l'immatriculation et la décision de reprise elle peut se faire rembourser par la personne morale, cela ne modifie pas le fond du problème. Autrement dit, pour l'administration fiscale, la décision de ratification opère bien rétroactivement puisqu'elle supprime le versement d'une deuxième taxation, mais elle n'a pas d'effet substitutif, l'administration fiscale ayant, déjà, réclamé le paiement des droits de mutation à la personne physique.

Pour appliquer le principe de substitution rétroactive dans ses deux dimensions, il aurait fallu que l'administration fiscale choisisse d'attendre l'intervention de l'immatriculation et de la décision de reprise et de réclamer le versement de l'imposition à la société.

Ce n'est pas cette solution qui a été retenue. C'est regrettable, car celle adoptée par l'administration fiscale aboutit à limiter les effets de la décision de reprise. Cependant, n'exagérons pas la portée de cette limitation : il reste que l'effet essentiel recherché par le Sénat, à savoir la suppression de l'une des impositions, est bien pris en compte par l'administration fiscale. Il y a là une exception remarquable au droit fiscal commun.

86. - C'est dire que la situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce exige l'intervention de règles particulières. Ainsi, il est indispensable, pour des raisons pratiques, de donner aux sociétés commerciales la possibilité de reprendre les engagements, passés en leur nom, préalablement à leur immatriculation. Cette faculté une fois admise, il devient alors nécessaire de prévoir une procédure de reprise et de préciser les effets de cette reprise.

Les dispositions législatives et réglementaires répondent à ces exigences. L'art. 5, al. 2, de la loi du 24 juillet 1966, tout en offrant, expressément, aux sociétés commerciales une faculté de ratification, admet, implicitement, une procédure de reprise que nous avons qualifiée de générale, car elle peut être suivie à l'égard de tous les engagements passés pendant la période de formation. Parallèlement, les art. 26, 67 et 74 du décret du 23 mars 1967 réglementent deux autres procédures de reprise, qui sont des procédures spécifiques en ce sens que chacune d'entre elles ne peut être utilisée qu'à l'égard des actes conclus au cours de l'une seulement des deux phases de la période de formation. La combinaison de ces différentes procédures confère à l'ensemble du système une grande souplesse d'utilisation. Par ailleurs, l'art. 5, al. 2, pose, quant aux effets de la décision de reprise, le principe de la substitution rétroactive, principe d'une importance primordiale, car il vient substituer la responsabilité de la personne morale à celle des personnes qui ont agi en son nom.

87. - Il est certain qu'en pratique la reprise par la personne morale des engagements préalables se rencontre dans la plupart des cas. Aussi est-ce, le plus souvent, la responsabilité de la personne morale qui se trouve engagée. Mais il arrive, quelquefois, que cette ratification n'intervienne pas. En pareille hypothèse, c'est la personne physique qui est alors responsable.

Cette responsabilité est, comme celle de la personne morale, soumise à un certain nombre de règles. Il importe de les étudier. C'est dire qu'après avoir présenté les dispositions qui régissent la responsabilité de la personne morale, il convient, maintenant, d'envisager celles qui déterminent la responsabilité de la personne physique.

DEUXIEME PARTIE

La responsabilité de la personne physique

88. - Lorsque la personne morale ne reprend pas, à son compte, les actes conclus préalablement à son immatriculation, l'art. 5, al. 2, prévoit qu'en sont responsables les personnes qui ont agi au nom de la société.

Cette disposition est impérative. En effet, le texte ne réserve pas le cas de la « convention contraire » (127). Il en résulte qu'une clause contraire à cette solution de l'art. 5, al. 2, insérée soit dans les statuts, soit dans l'acte passé avec le tiers, ne peut produire effet (128).

En cas de défaut de reprise, ce sont donc les personnes physiques (129) qui sont responsables. Cela signifie que dans l'hypothèse, par exemple, d'un achat d'un immeuble ou d'un fonds de commerce, les personnes qui ont agi pour le compte de la société seront réputées propriétaires du bien acquis. De même, dans l'hypothèse d'un bail d'un local, ceux qui ont agi seront réputés locataires..., etc...

La responsabilité de ces personnes est, donc, très lourde. C'est la raison pour laquelle il est particulièrement intéressant, pour elles, de savoir s'il existe des procédés juridiques susceptibles d'éviter les conséquences qui en résultent. Aussi, le principe de la responsabilité des personnes physiques et les procédés susceptibles d'écarter cette responsabilité vont-ils retenir, tour à tour, notre attention.

§ 1. - LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITE DES PERSONNES PHYSIQUES

89. - Avant de s'interroger sur le contenu exact de la responsabilité de la personne physique, il est nécessaire de préciser le domaine de cette responsabilité.

A. — LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITE DES PERSONNES PHYSIQUES

Les actes préalablement passés demeurent à la charge des personnes physiques dans deux situations : celle du défaut d'immatriculation et celle du défaut de reprise proprement dit.

(127) Une proposition de directive du Conseil de la Communauté économique européenne adopte la solution inverse. Dans son art. 8 ce texte dispose que « si des actes ont été accomplis au nom d'une société en formation avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité morale et si la société ne reprend pas les engagements résultant de ces actes, les personnes qui les ont accomplis en sont solidairement et indéfiniment responsables, sauf convention contraire ». Cet art. 8 est devenu l'art. 7 de la première directive du 9 mars 1968 (J.O.C.E., 14 mars 1968).

(128) J. HEMARD, F. TERRÉ, P. MABILAT : « Sociétés commerciales », op. cit., n° 176, p. 158.

(129) Les personnes qui agissent au nom d'une société en formation peuvent être, dans certains cas, des personnes morales. Un arrêt illustre cette observation (Soc. 28 nov. 1974, B. V. n° 575, p. 537 ; J.H. R. Soc. 1976, p. 83 ; R. HOUIN, RTD Com. 1975, p. 527). Dans cette espèce une société française avait entrepris de créer une filiale dans un pays étranger. Alors que cette filiale n'était qu'en formation, le président de la société française avait passé des engagements au nom de la société en formation.

Dans une situation comme celle-ci, il apparaît que, si la filiale ne reprend pas, à son compte, les engagements souscrits, c'est la société mère qui en sera tenue pour responsable. En effet, dans ce cas, le président ne fait que représenter la société mère. De telle sorte que, juridiquement, la personne qui agit au nom de la société en formation est bien la société mère, personne morale.

Cette remarque faite, il reste qu'en pratique, dans la plupart des cas, les personnes qui agissent au nom d'une société en formation sont des personnes physiques.

1. Le défaut d'immatriculation

Il n'est pas rare, en pratique, d'observer que le processus de création d'une société n'aboutisse pas et que la société ne soit pas immatriculée. De nombreux exemples jurisprudentiels (130) témoignent de cette réalité. Dans ce cas, la société n'a jamais existé, puisqu'elle n'a jamais été titulaire de la personnalité morale. En conséquence, les engagements préalables n'ont pu être repris par la société. Et même si les associés ont accepté un état ou délégué des mandats, leur accord ne peut emporter reprise des engagements. C'est dire que le défaut d'immatriculation aboutit, nécessairement, à un défaut de reprise. Dans cette hypothèse, les personnes responsables ne peuvent être que les personnes physiques. La nécessité des choses impose donc, ici, la solution législative.

2. Le défaut de reprise proprement dit.

90. - Le défaut de reprise proprement dit doit être soigneusement distingué de la situation précédente. Dans cette deuxième hypothèse, la société a bien été immatriculée. Elle a accédé à la vie juridique et elle est, par conséquent, tout à fait capable de prendre en charge les engagements préalables. Mais cette prise en charge ne se produit pas et ceci soit parce qu'elle est impossible, soit parce que la société ne l'a pas voulue.

a) L'impossibilité de reprise

Il est des cas où la société, bien qu'étant immatriculée, ne peut reprendre, selon l'une des procédures envisagées précédemment, les actes préalablement conclus. Ce sont les actes qui n'entrent pas dans le domaine d'application de l'art. 5, al. 2 (131). Si l'on écarte le problème des délits et quasi-délits non encore résolus à l'heure actuelle, sont, ici, concernés, d'une part, les engagements passés alors que la société n'était qu'en projet, d'autre part les engagements qui n'ont pas été souscrits au nom de la société. Seules les personnes physiques qui ont conclu ces types d'actes doivent, conformément au droit commun, en être tenues pour responsables. Tout au moins, le système de reprise instauré par l'art. 5, al. 2, de la loi du 24 juillet 1966 et par son décret d'application, ne peut leur être appliqué. Il y a bien, dans ce cas, impossibilité de reprise.

b) La faculté de non reprise

91. - Les dispositions de l'art. 5, al. 2, impliquent que les associés ont une option à exercer : ratifier ce qui a été fait ou repousser la proposition de reprise. En conséquence, la société, une fois immatriculée, n'est pas du tout obligée de reprendre les engagements préalables.

Elle peut s'y refuser. Evidemment, cette situation est rare en pratique : les conseils consultés ne l'ont pas encore rencontrée. Pour qu'elle se réalise, elle suppose qu'entre le moment où il est décidé de fonder une société et le moment du refus, la désaccord se soit installé entre les associés et fondateurs soit à propos de l'ensemble de l'activité sociale, soit à l'égard d'un ou plusieurs engagements passés.

(130) Rouen 19 nov. 1971, GP 1972, II, 503, 2^e espèce ; RTD Com. 1972, n° 1, p. 913, R. HOUIN ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 37 - Paris 25 fév. 1972, D. 1972, 525, note J. CALOIS-AULOY ; R. Soc. 1972, p. 471, J.H. ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 21 - Paris 28 avril 1972, Bull. Inf. soc. 1972, n° 253, p. 530 ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 20 - Paris 9 avril 1973, Bull. Inf. soc. 1973, n° 325, p. 671 ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 35 - Com. 29 janv. 1974, JCP 1974, éd. C.I. II, 11588, N. BERNARD ; RTD Com. 1974, n° 2, p. 529, R. HOUIN ; R. Soc. 1975, p. 59, P.T. ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 22 - Com. 1^{er} avril 1974, Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 18 ; R. Soc. 1975, p. 62, M. GUILBERTEAU - Com. 21 et 28 oct. 1974, Soc. 28 nov. 1974, R. Soc. 1976, p. 75, J.H.

(131) Cf. supra, n° 15 et sq.

Il est d'autres cas, à l'inverse, que l'on doit rencontrer plus fréquemment. Tout d'abord, il y a l'erreur commise dans la procédure de reprise. Le non-respect des exigences formelles, par exemple l'imprécision du mandat, dans la mesure où ce non-respect rend inopérante la décision de reprise, est assimilable au refus de reprendre. Vu la complexité des textes et les nombreux problèmes qu'elle soulève, cette hypothèse doit, en pratique, inévitablement s'observer.

Ensuite, il y a l'oubli de procéder à la reprise. Cet oubli est, tout à fait, possible puisque la loi, non seulement offre à la société la faculté de ne pas reprendre, mais encore ne la contraint pas à user de cette faculté dans un délai déterminé. Là encore l'oubli aboutit à un défaut de reprise. C'est une hypothèse qui, en pratique, doit nécessairement se rencontrer.

C'est d'ailleurs un fait que, dans les quelques décisions de jurisprudence (132) où l'on constate un défaut de reprise, il semble bien que ce défaut résulte beaucoup plus d'une erreur ou d'un oubli que d'un refus.

92. - Quoi qu'il en soit, qu'il y ait négligence ou opposition, l'art. 5, al. 2, rend les personnes physiques responsables des engagements souscrits. En pareil cas, ce n'est pas la nécessité des choses qui justifie la solution législative. En effet, puisque la société existe bel et bien, on aurait pu imaginer que le législateur mette automatiquement à sa charge les engagements passés en son nom préalablement à sa naissance. Le législateur ne l'a pas voulu. Il a exigé une reprise effective par la personne morale pour mettre les associés à l'abri des engagements excessifs ou inconsidérés, motif pris que les organes normaux de décision ne sont pas encore en fonction. C'est ce désir qui explique, dans cette hypothèse, la solution législative.

93. - Tels sont les divers cas théoriques où la responsabilité de la personne physique est engagée. Même si, en pratique, ils sont peu fréquents ils se rencontrent parfois. Il n'est, dès lors, pas inutile de préciser le contenu de cette responsabilité.

B. — LE CONTENU DE LA RESPONSABILITE DES PERSONNES PHYSIQUES

L'art. 5, al. 2, dispose : « Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation sont tenues solidairement et indéfiniment des actes ainsi accomplis ». Cette disposition soulève des difficultés relatives, d'une part, à la détermination des personnes responsables, d'autre part à l'étendue de la responsabilité des personnes physiques.

1. La détermination des personnes responsables.

94. - Selon l'art. 5, al. 2, sont responsables au cas de défaut de reprise « les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation ». Le législateur n'apporte pas de précisions supplémentaires. Ceci est regrettable, car l'expression utilisée « les personnes » est vague. Dès lors, il devient indispensable de déterminer quelles sont les personnes dont la responsabilité est susceptible d'être engagée.

(132) Paris 11 juin 1971, JCP 1972, II, 16981, Y. GUYON ; R. Soc. 1972, p. 222, J.-P. SORTAIS ; RTD Com. n° 3, p. 109, R. HOUIN ; GP 1971, II, 673, P. DELAISI ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 26 - Tr. Com. Valenciennes 13 juin 1972, RTD Com. 1972, n° 1, p. 638, R. HOUIN ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 32 - Com. 3 avril 1973, RTD Com. 1973, n° 2, p. 804, R. HOUIN ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 30.

A priori, on peut évidemment soutenir que l'expression concernée désigne les fondateurs. En fait, il n'en est rien. A cet égard, un arrêt de la Cour d'appel de Paris (133) apporte d'utiles indications dans la mesure où il précise que les personnes responsables ne sont pas nécessairement les fondateurs et qu'en réalité l'art. 5, al. 2, est à la fois plus large et plus restrictif (134). C'est dire que les notions de « fondateurs » et de « personnes qui ont agi au nom d'une société en formation » ne se recoupent pas.

Que faut-il alors entendre par cette seconde notion ? Du rapprochement de quelques décisions jurisprudentielles et de certains développements doctrinaux (135), il est permis de déduire qu'entrent dans cette désignation d'une part les signataires de l'acte, d'autre part certains non signataires.

a) Les personnes signataires de l'acte

Sont responsables des actes passés pendant la période de formation de la société, les personnes qui les ont conclus. Le plus souvent, ces personnes sont les fondateurs, parfois les associés, très exceptionnellement les tiers.

α / Les fondateurs

95. - Le fondateur, selon la Cour d'appel de Paris, est la personne qui concourt à l'organisation et à la mise en mouvement de la société. Il est certain qu'en pratique c'est lui qui sera, dans la plupart des cas, le signataire de l'acte.

Une remarque doit, toutefois, être faite. Comme l'indique la Cour d'appel de Paris, le fondateur n'est pas responsable en raison de sa qualité, mais parce qu'il est établi qu'il a personnellement passé l'acte. Ce qui signifie qu'une personne peut avoir la qualité de fondateur et ne pas être tenue d'un acte dès lors qu'elle est restée étrangère à celui-ci, en ne le passant pas elle-même ou en ne donnant pas mandat de le passer. La Cour d'appel de Paris précise bien que la solidarité créée par l'art. 5, al. 2, ne s'étend pas aux personnes qui sont restées étrangères à la souscription de l'engagement même si, par ailleurs, elles ont la qualité de fondateur.

Le fondateur n'est donc pas, dans toutes les hypothèses, responsable : la notion de personnes physiques est plus restrictive que la notion de fondateurs. Mais elle est aussi plus large, car il arrive que d'autres personnes que les fondateurs aient à répondre des engagements souscrits. Certains associés peuvent se trouver dans cette situation.

(133) Paris 11 juin 1971, JCP 1972, II, 16981, Y. GUYON ; R. Soc. 1972, p. 222, J.-P. SORTAIS ; RTD Com. 1972, n° 3, p. 109, R. HOUIN ; GP 1971, II, 673, P. DELAISI ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 26.

(134) « Considérant qu'en réalité l'art. 5, al. 2 est à la fois plus large et plus restrictif... ; qu'en effet la responsabilité qu'il prévoit au cas où une société commerciale ne reprend pas les actes accomplis en son nom avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale, ne se limite pas aux fondateurs, c'est-à-dire à ceux qui ont concouru à l'organisation et à la mise en mouvement de la société, mais peut atteindre aussi ceux qui sans avoir la qualité de fondateur ont agi au nom de la société non encore immatriculée et ont contracté pour elle des obligations ; que, par contre, la solidarité qu'il crée pour les engagements découlant d'un acte ainsi accompli, englobe seulement ceux qui ont passé cet acte ou ont donné mandat de le passer sans s'étendre aux personnes qui lui sont restées étrangères, même si elles ont par ailleurs pu acquérir la qualité de fondateur ».

(135) M. DAGOT, op. cit., D. 1974, p. 242 - LAMY Sociétés 1977, op. cit., n° 254, p. 72 - G. DAUBLON, op. cit., p. 667, p. 676 et sq.

(136) Paris, 3^e Ch. 9 avril 1973, Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 35.

β / Les associés

96. - Lorsque des associés concluent, personnellement, des actes préalables, ils engagent leur responsabilité car ils ont agi au nom de la société. Quelques décisions jurisprudentielles ont fait application de cette règle.

Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Paris (136) a déclaré tenu des engagements contractés pour le compte d'une société, le cessionnaire d'un associé fondateur. Celui-ci se défendait en faisant remarquer qu'il n'avait pas exercé de fonctions de direction. Mais la Cour d'appel indique que cela importe peu. Pour les juges « il suffit qu'il ait concouru à l'organisation et à la mise en mouvement de la société, ce qu'il a fait en signant les statuts et en traitant et en établissant directement des devis avec la clientèle ». Cette décision est sans doute contestable car elle laisse entendre que la seule qualité de fondateur suffit à engager la responsabilité de la personne, ce qui n'est pas exact. Mais elle peut être approuvée en ce qu'elle considère que l'intéressé a bien agi au nom de la société en formation, dans la mesure où il a traité et établi des devis directement avec la clientèle. Ayant la qualité de signataire, il doit répondre de ses actes.

97. - Un autre arrêt de la même juridiction (137) a reconnu responsable un associé qui avait négocié l'achat d'un camion et déposé le bilan de l'activité sociale avant que l'immatriculation intervienne. L'intéressé prétendait que ses agissements n'avaient aucunement trait à la gestion et au fonctionnement de la société. Cette thèse n'a pas été admise. Selon la Cour de Paris, l'accomplissement des actes en question prouve que l'associé s'est comporté comme un dirigeant. Aussi le considère-t-elle comme responsable. Là encore, cette décision peut être critiquée car la formulation utilisée laisse supposer que les dirigeants sont toujours tenus des engagements préalables, ce qui n'est pas le cas. Mais elle est, sur un point, satisfaisante : l'achat d'un camion doit engager la responsabilité de l'associé acheteur, puisqu'il est signataire de l'acte.

Il suffit donc qu'un associé ait la qualité de signataire pour qu'il engage sa responsabilité. Il est normal que cette solution justifiée soit étendue aux tiers qui se trouveraient dans la même situation.

γ / Les tiers

98. - N'importe quelle personne peut agir pour le compte d'une société en formation. Les futurs associés n'ont point de droit exclusif pour stipuler à son profit. Aussi, un tiers, étranger au contrat de société, peut-il conclure un acte au nom de la société. Il sera, alors, tenu de l'obligation que cet acte fait naître au cas où il ne serait pas repris (138).

A dire vrai, cette hypothèse n'est que théorique. Elle a peu de chances de se rencontrer en pratique. Les fondateurs ne sauraient abandonner à quelqu'un n'ayant aucun intérêt dans l'opération sociale le soin d'agir à leur place. Au surplus, il n'est aucune raison susceptible de pousser cet étranger à engager sa responsabilité (139).

99. - Au plan théorique, il demeure que le signataire d'un acte, quelle que soit, par ailleurs, sa qualité, doit répondre des obligations que cet acte fait naître. En effet, il est évident que parmi « les personnes qui ont agi... », le signataire de l'acte figure au premier plan. Mais il est d'autres personnes qui, bien qu'étant non signataires, ont tout de même joué un rôle. En conséquence, elles doivent en répondre.

(137) Paris, 2^e Ch. 15 oct. 1975, Bull. inf. des sociétés, 1976, 2, p. 91.

(138) G. DAUBLON, op. cit., p. 667.

(139) G. DAUBLON, op. cit., p. 667.

b) Les personnes non signataires de l'acte

D'autres personnes que les signataires peuvent être tenues des engagements préalables. Mais encore faut-il qu'elles aient joué un rôle dans la passation de ces engagements. C'est le cas des participants, des mandants et, dans un cas particulier, des associés.

α / Les participants

100. - Sont responsables les personnes dont les interventions ont permis d'aboutir à la conclusion du contrat, ou qui ont facilité cette dernière, autrement dit les personnes qui ont participé à la passation de l'engagement. Par exemple, celui qui participe aux tractations préparatoires doit répondre de l'engagement qui en est résulté. Dans une espèce déterminée, le Tribunal de grande instance de Paris (140) est, ainsi, amené à rechercher si le cofondateur d'une société, qui n'a pas signé l'acte litigieux, a concouru à la conclusion de ce dernier. Et le tribunal indique, avant d'ordonner une enquête complémentaire pour établir le fait, que si cette participation venait à être démontrée, sa responsabilité serait engagée.

β / Les mandants

101. - Sont responsables les personnes qui ont donné mandat d'agir. Le plus souvent ce sont des associés, mais il arrive que ce soit des fondateurs. Quelle que soit leur qualité, les mandants sont tenus solidairement et personnellement des mêmes obligations que leurs mandataires. Diverses décisions jurisprudentielles ont consacré cette solution.

Dans l'espèce, déjà citée (141), soumise à l'appréciation de la Cour d'appel de Paris le 11 juin 1971, trois membres du futur conseil d'administration d'une société anonyme avaient donné mandat au quatrième membre de celui-ci de gérer, à la suite du décès de leur président, l'activité de la société en formation. Dans le cadre de sa gestion, le mandataire avait accepté quatre lettres de change au nom de la future société. Ces engagements n'ayant pas été repris par celle-ci après son immatriculation, la Cour d'appel a retenu non seulement la responsabilité personnelle du signataire des traites mais encore celle des trois autres personnes qui l'avaient mandaté pour agir au nom de la société en formation.

Une deuxième décision (142) consacre la même solution. Une Cour d'appel avait tenu pour responsable une associée qui avait donné mandat au gérant d'agir au nom de la société en formation. La Chambre commerciale rejette le pourvoi au motif que le mandant est, par application de l'art. 5, al. 2, solidairement et indéfiniment responsable des actes accomplis par le gérant.

102. - Les mandants sont, donc, tenus solidairement avec les mandataires des engagements passés par ces derniers. Cette solution appelle deux observations.

En premier lieu, considérer les mandants comme responsables est justifié car c'est appliquer les règles habituelles de la représentation ou du mandat. Constatons, toutefois, qu'en vertu de ces règles, normalement, le mandataire ne devrait pas être tenu solidairement avec son mandant. Nous savons, en effet, que le mandat substitue le mandant au mandataire dans tout ce que celui-ci a entrepris en sa qualité. Autrement dit, le mandant prend la place du man-

dataire (143). Or, dans les espèces précédentes, le mandataire est déclaré responsable, solidairement avec son ou ses mandat(s). C'est dire qu'il y a une adaptation à la matière des règles traditionnelles du mandat. Cette adaptation est justifiée car le texte de l'art. 5, al. 2, ne paraît pas permettre d'exonérer le représentant qui n'a fait qu'exécuter le mandat qui lui a été donné par d'autres (144).

En deuxième lieu, il faut se garder de confondre le mandat dont il vient d'être question et qui est d'ordre individuel avec le mandat collectif donné par l'ensemble des associés et qui fait l'objet de la procédure dite du mandat (145). Le mandat individuel n'a pour effet que de rendre le mandant solidairement responsable de l'exécution des engagements. Il n'intéresse que les relations entre certains associés ou fondateurs. A l'inverse, le mandat collectif concerne les rapports entre l'ensemble des associés, c'est-à-dire la future personne morale, et certaines personnes physiques comme, par exemple, les fondateurs ou certains d'entre eux.

γ / Les associés

103. - Les associés sont, personnellement, responsables des engagements préalables lorsqu'ils les ont signés, participé à leur conclusion ou donné mandat de les passer. Mais ils sont encore responsables dans une situation particulière. C'est celle où, pris dans leur ensemble, ils ont accepté l'état annexé aux statuts ou délivré, dans ceux-ci, des mandats. Nous savons (146) qu'en pareil cas, l'immatriculation ultérieure de la société emporte reprise automatique, par la société, des engagements figurant dans l'état ou faisant l'objet des mandats. C'est donc, normalement, la société qui est responsable.

Mais il arrive que l'immatriculation de la société ne se produise pas. Dans cette hypothèse, à défaut de la société, son, personnellement, responsables non seulement les signataires, les participants et les mandants, mais encore l'ensemble des associés. En effet, dans la mesure où, par l'acceptation de l'état et par la délivrance de mandats, les associés ont manifesté leur accord à la passation des engagements, il est logique et équitable de décider qu'ils en sont solidairement et indéfiniment responsables.

104. - Cette solution ne soulève aucune difficulté lorsque la société, dont la création est envisagée, est une société à responsabilité limitée ou une société anonyme ne faisant pas publiquement appel à l'épargne. Dans ce cas, ce sont tous les associés qui manifestent leur accord. Il est, donc, normal de soutenir que la responsabilité prévue par l'art. 5, al. 2, frappera, à la fois, les personnes ayant véritablement agi pour le compte de la société, et celles qui auront concouru à la formation de l'être moral.

Mais lorsque la société qui doit être créée est une société anonyme faisant publiquement appel à l'épargne, la situation se complique, car la décision relative aux engagements préalables est prise lors de l'assemblée constitutive, non par tous les associés mais par la majorité d'entre eux. Dans ce cas, doit-on décider que les minoritaires sont, eux aussi, engagés ? Une réponse affirmative à cette question semble possible. En effet, les règles traditionnelles s'opposent à faire produire des conséquences différentes à une décision d'assemblée, à l'égard des associés ayant voté favorablement et à l'égard de ceux qui ont voté contre, qui se sont abstenus ou qui n'ont pas

(143) R. RODIERE : « Mandat » in Encyclopédie Dalloz, 2^e édit., Tome V, n° 321 et sq. - Voir aussi : « Mandat » in Nouveau Répertoire de Droit, 2^e édition, 1964, n° 66 et sq.

(144) R. HOUIN, in RTD Com. 1972, n° 3, p. 113.

(145) Cf. supra, n° 48 et sq.

(146) Cf. supra, nos 45 et 48.

(140) Trib. gr. inst. Paris (3^e Ch.), 4 juillet 1969, D. 1970, Som. p. 56 ; JCP 70 Edit. C I 88304 J. RICHARD ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 34.

(141) Cf. supra, n° 94.

(142) Com. 13 déc. 1976, B. 76. IV n° 322, p. 268.

assisté à la réunion (147). Il est donc permis de soutenir, l'assemblée ayant décidé la reprise des engagements, que tous les actionnaires sont, à défaut d'immatriculation ultérieure, solidairement et indéfiniment responsables de ces engagements.

105. - Ainsi, nous constatons que les personnes physiques « qui ont agi au nom d'une société en formation » ne sont pas uniquement les fondateurs. Bien au contraire, d'autres personnes physiques sont visées par cette expression, principalement les mandants, certains associés ou l'ensemble de ceux-ci. A dire vrai, pour être responsable des actes conclus au nom d'une société en formation, il faut et il suffit d'avoir joué un rôle dans leur passation en tant que signataire ou à un autre titre. La détermination des personnes responsables résulte de cette considération.

Mais notre tâche ne doit pas se limiter à cet aspect. Il convient aussi de préciser l'étendue de la responsabilité des « personnes qui ont agi... ».

2. L'étendue de la responsabilité des personnes physiques.

Lorsque la responsabilité de la personne physique est engagée, à quels actes préalables cette responsabilité s'applique-t-elle ? Pour répondre à cette question, il convient de distinguer deux sortes d'engagements selon qu'ils sont ou non susceptibles d'être repris par l'être moral.

a) Les engagements non susceptibles d'être repris

106. - Les personnes physiques sont, conformément au droit commun, responsables des engagements qui ne peuvent être repris par la personne morale, c'est-à-dire de ceux qui échappent au domaine d'application de l'art. 5, al. 2 (148). Sont ici visés les actes qui ont été conclus alors que la société n'était qu'en projet et ceux qui n'ont pas été passés au nom de la société. Nous avons vu, précédemment, que ces différents engagements ne peuvent faire l'objet de la procédure de reprise. Cela signifie qu'en sont responsables les personnes qui les ont souscrits ou celles qui ont donné mandat de les passer (149).

Ce premier point ne soulève aucune difficulté particulière. Les conditions de l'art. 5, al. 2, n'étant pas réunies, c'est le droit commun qui s'applique quel que soit le destin futur de l'être moral.

b) Les engagements susceptibles d'être repris

107. - Selon l'art. 5, al. 2, les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation « sont tenues solidairement et indéfiniment des actes ainsi accomplis ». Quelle signification devons-nous donner à cette disposition ? Autrement dit, quelle est l'étendue de la responsabilité de ces personnes ? Deux opinions sont possibles.

Ou bien, on soutient que la responsabilité de la personne physique est collective. C'est dire que, selon cette première thèse, la personne physique est tenue de l'ensemble des engagements préalables : elle doit répondre, en fait, des dettes « sociales » sans faire de distinction entre les divers engagements.

Ou bien, on prétend que la responsabilité de la personne physique est individuelle. Deux conséquences découlent de cette seconde thèse. D'une part, la personne physique n'est responsable sur son patrimoine personnel que des

actes dans la passation desquels elle a joué un rôle. D'autre part, lorsque plusieurs personnes sont impliquées dans cette passation, elles en sont responsables solidairement, mais cette solidarité ne doit s'appliquer qu'à l'égard des actes concernés.

108. - Quelle opinion faut-il consacrer ? En doctrine, cette question n'a pas fait l'objet de longs développements. Tout au plus trouve-t-on çà et là quelques indications élémentaires (150). En jurisprudence, diverses décisions sont intervenues. Si certaines d'entre elles condamnent les personnes physiques (151) pour l'ensemble des dettes et retiennent de la sorte, implicitement, une responsabilité collective, il faut tout de même souligner que deux décisions consacrent, explicitement, la thèse de la responsabilité individuelle. Ainsi, la Cour d'appel de Rouen (152) précise que le texte de l'art. 5, al. 2, rend les personnes visées responsables de leurs actes et non des dettes sociales. Bien plus, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 11 juin 1971 déjà cité (153), utilise une formulation encore plus nette. En effet, la Cour relève, expressément, que « le texte ne crée pas une responsabilité collective des fondateurs de la société, lorsque l'un d'eux, agissant au nom de la société en formation, accomplit un acte entraînant pour elle une obligation ». Selon la Cour : « Si le législateur avait entendu créer une responsabilité solidaire des fondateurs pour tous les actes accomplis au nom de la société avant l'immatriculation de celle-ci au registre du commerce, il n'aurait pas manqué de le préciser », comme il l'a fait dans l'article 7 de la même loi pour le préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ou par l'omission ou l'accomplissement irréguliers d'une formalité prescrite pour la constitution de la société. »

109. - Cette solution ne soulève pas de difficultés lorsque la société a été finalement constituée. Dans cette hypothèse, si certains engagements ne sont pas repris par la société, en sont responsables ceux et seulement ceux qui ont joué un rôle dans leur passation. Quant aux actes qui ont été repris par la société, c'est évidemment celle-ci qui doit les prendre en charge. En pareil cas, la personne physique ne peut jamais être tenue des dettes de la société mais seulement des actes dans la conclusion desquels elle est impliquée et qui n'ont pas été repris par la société. Et puisque nous sommes en matière commerciale, il est certain que, si, dans la passation d'un engagement déterminé, l'intervention de plusieurs personnes est décelée, elles en seront tenues solidairement et indéfiniment.

110. - Des difficultés apparaissent lorsque la société n'est pas immatriculée. Dans cette seconde hypothèse, il est tentant de mettre à la charge d'une personne physique déterminée l'ensemble des engagements (154). Pourtant, cette solution ne nous paraît pas du tout justifiée. Comment, en effet, admettre que le fait, pour une personne, de jouer un rôle dans la passation d'un seul acte, l'engage pour tous les actes souscrits au nom d'une société en formation ? Cette solution serait inéquitable et ne correspondrait, d'ailleurs, pas aux souhaits du législateur. Il nous semble

(150) R. HOUIN, RTD Com. 1972, p. 915, RTD Com. 1975, p. 329 - M. GUILBERTEAU, note sous Tr. com. Paris 26 avril 1971, R. Soc. 1972, p. 247 - J. CALAIS-AULOY, note sous Paris 25 fév. 1972, D. 1972, II, p. 527.

(151) Paris (3^e Ch.) 9 avril 1973, Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 35 - Paris (3^e Ch.) 15 oct. 1975, Bull. Inf. Soc. 1976, n° 2, p. 91 - Com. 13 décembre 1976, B. IV n° 322, p. 268.

(152) Rouen 19 novembre 1971, GP 1972, II, 503 ; RTD Com. 1972, n° 1, p. 913, R. HOUIN ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 37.

(153) Cf. supra, n° 93.
(154) Il est préférable d'utiliser l'expression « ensemble des engagements » à l'expression « dettes sociales » car il ne peut exister de dettes sociales tant que la société n'est pas immatriculée.

(147) G. DAUBLON, op. cit., p. 678.

(148) Cf. supra, n° 15 et sq.

(149) La Chambre commerciale applique, ainsi, les règles du mandat dans une espèce où la personne physique avait agi en son nom propre (Com. 1^{er} avril 1974, R. Soc. 1975, p. 62, M. GUILBERTEAU ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 18).

plus juste de consacrer la solution inverse. En conséquence, ne devraient être considérés comme responsables d'un engagement particulier que ceux qui sont impliqués dans la passation de cet engagement. C'est dire qu'il appartient aux tribunaux de déterminer le nombre et l'identité de ces personnes.

Toutefois, une certaine généralisation peut être admise au cas où les associés par l'acceptation de l'état ou la délivrance de mandats ont manifesté leur accord. Dans cette hypothèse, si l'immatriculation de la société n'intervient pas, il est opportun de décider que les associés sont responsables de tous les engagements figurant dans l'état ou visés par les mandats. Remarquons, tout de même, que cette généralisation est limitée. En effet, si d'autres engagements que les précédents ont été souscrits, nous pensons qu'il n'est pas possible de les mettre à la charge des associés puisqu'ils ne figurent pas dans l'état et ne sont pas visés par les mandats.

111. - Il est, à l'inverse, un cas où la généralisation ne comporte pas de limites : celui où un associé a donné un mandat général à une personne d'agir au nom de la société en formation. Si celle-ci ne se crée finalement pas, l'associé mandant se verra reconnu responsable de tous les engagements passés par son mandataire. Cette solution a été consacrée par la Chambre commerciale (155) dans une décision qui doit être approuvée. De même, si la société est immatriculée, l'associé mandant sera tenu de tous les engagements qui n'auront pas été repris par la société.

En pratique, cette situation s'observera inévitablement. En effet, nous avons vu (156) que, bien souvent, dans le cadre de la procédure dite du mandat, c'est un mandat général qui, dans les statuts, est délivré par les associés. Or, nous savons que ce type de mandats est inefficace du point de vue de la reprise : l'immatriculation ultérieure de la société n'emporte pas la reprise automatique des actes conclus. Par conséquent, il faut en déduire que les mandants sont, dans ce cas, responsables soit de l'ensemble des engagements si l'immatriculation fait défaut, soit de tous les engagements qui n'ont pas été repris si la société est immatriculée.

112. - Ceci précisé, et excepté cette hypothèse du mandat général, il convient d'affirmer que selon l'économie du système instauré par l'art. 5, al. 2, la responsabilité de la personne physique est individuelle (157) : la personne physique n'est responsable que des actes à la passation desquels elle a contribué (158).

Observons cependant que, même limitée à cela, la responsabilité qui pèse sur la personne physique est lourde. Voilà, en effet, une personne qui pensait agir pour le compte d'une société et qui va être tenue de toutes sortes d'engagements. Sans doute, cette solution s'impose-t-elle lorsque l'immatriculation de la société n'intervient pas. Sans doute, se justifie-t-elle, à certains égards, lorsque la société ne reprend pas, à sa charge, les dits engagements. Mais il demeure qu'elle présente de gros inconvénients pour la personne physique.

(155) Com. 13 déc. 1976, B. IV, n° 322, p. 268.

(156) Cf. supra, n° 51.

(157) R. HOUIN, RTD Com. 1972, p. 915.

(158) Sur ce point, sa situation se rapproche de celle de l'associé commanditaire qui s'est immiscé, bien que la loi le lui interdise, dans la gestion externe de la société. En effet, en pareil cas, si l'associé commanditaire est tenu, solidairement avec les commandités, des engagements souscrits, sa responsabilité ne s'étend qu'aux actes à la conclusion desquels il a participé (Cf. M. de JUGLART, B. IPPOLITO, op. cit., p. 406).

Dès lors, il est compréhensible que cette dernière essaie de les écarter. A cette fin, elle peut être tentée d'utiliser divers procédés juridiques susceptibles de substituer à sa responsabilité celle de la personne morale. Quels sont ces procédés ? Peuvent-ils être employés efficacement ? C'est à ces questions qu'il nous faut, maintenant, répondre.

§ 2. - LES PROCÉDES DE SUBSTITUTION DE RESPONSABILITÉ

113. - La personne physique peut-elle se dégager de sa responsabilité ? Pour résoudre ce problème, il faut, en fait, distinguer deux situations radicalement différentes de ce point de vue : le défaut de reprise proprement dit et le défaut d'immatriculation. En effet, dans le premier cas, la personne morale existe bel et bien. On peut donc imaginer que la personne physique essaie, malgré le défaut de reprise, de substituer, à sa responsabilité, celle de la société. Par contre, dans le second cas, la personne morale n'a jamais existé. On comprend bien, dès lors, que la position de la personne physique soit, ici, plus difficile.

A. — LE DÉFAUT DE REPRISE

Il est des hypothèses où la reprise n'intervient pas parce que la société soit ne peut, soit ne veut reprendre l'engagement.

1. L'impossibilité de reprise.

114. - Certains engagements préalables ne peuvent être repris par la société, une fois celle-ci immatriculée, parce qu'ils ne réunissent pas les conditions d'application de l'art. 5, al. 2. Ce sont, d'une part, les actes qui ont été passés pendant que la société était en projet, d'autre part les actes qui n'ont pas été conclus au nom de la société en formation.

Quoique ces engagements ne puissent être repris, dans le cadre de l'art. 5, al. 2, la personne morale peut fort bien, en pratique, manifester son intention de se substituer à la personne physique parce que l'acte présente un intérêt pour elle ou parce qu'elle désire décharger cette dernière (159).

Cette substitution est-elle juridiquement possible ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer les deux catégories d'actes précédemment visées.

a) Les actes qui ne sont pas conclus au nom d'une société en formation

Il est tout à fait possible de substituer la responsabilité de la personne morale à celle de la personne physique. A cet effet, il suffit d'appliquer les règles du droit commun relatives à la novation par changement de débiteur. Mais il convient de souligner que des différences opposent la novation à la reprise de l'art. 5, al. 2.

115. - La principale a trait au fait que la novation, conformément à l'art. 1275 du Code civil, suppose, à l'inverse de la reprise, le consentement du tiers créancier. Cette différence s'explique facilement. Lorsque la reprise de l'engagement préalable est possible, cela signifie que l'acte a été passé au nom de la société et qu'au moment de sa conclusion, le tiers en était averti. Ceci, par hypothèse, n'est évidemment pas le cas lorsque l'engagement

(159) D. RANDOUX, note sous Com. 27 oct. 1975, R. Soc. 1976, p. 300.

préalable n'a pas été pris au nom de la société. Il est donc normal que, dans cette situation, on exige le consentement du tiers pour que la substitution puisse produire effet.

Cette solution est d'autant plus justifiée que la substitution peut être préjudiciable au créancier lorsqu'à une personne physique dont la solvabilité est certaine se substitue une société dont la surface financière est peu importante. Comme le note un auteur (160), il n'y a rien là d'exceptionnel. Il suffit pour s'en convaincre de remarquer que parmi les raisons qui militent en faveur de la transformation en société d'une entreprise individuelle, figure, au premier plan, la volonté de l'entrepreneur de limiter les risques à l'activité commerciale. L'espèce soumise à la Cour de cassation, le 27 octobre 1975 (161), illustre cette réalité : alors que la personne physique se trouvait dans une situation financière normale, la personne morale était en état de cessation de paiement.

Cette affaire a donné l'occasion à la Chambre commerciale d'appliquer les solutions que nous venons d'indiquer. La personne physique n'ayant pas précisé, au moment de la passation de l'engagement, qu'elle agissait au nom d'une société en formation, la Chambre commerciale en déduit que le dit engagement n'a pu être repris par la personne morale. Et elle ajoute que, si la société s'est reconnue, elle-même, débitrice, cette reconnaissance s'est faite en l'absence de toute volonté du tiers créancier de décharger son débiteur initial et de lui en substituer un nouveau. En d'autres termes, le défaut de consentement du tiers supprime tout l'effet novatoire à la substitution.

116. - Une deuxième différence entre la novation et la reprise tient à la compétence de l'organe qui peut, valablement, engager la personne morale. Nous avons vu que selon la procédure générale de reprise la décision appartient à l'assemblée générale des actionnaires (162). Il ne semble pas possible d'étendre cette solution hors du champ d'application de l'art. 5, al. 2 (163). Aussi, en matière de novation, sont compétents, conformément au droit commun, les représentants légaux de la personne morale. Ce sont ses dirigeants qui peuvent engager la responsabilité de la société à l'égard des actes conclus pendant que la société était en formation et qui ne l'ont pas été en son nom.

Cette solution doit être, cependant, écartée lorsque le débiteur initial, par exemple un fondateur, est devenu, par la suite, dirigeant de la société. Dans ce cas, les art. 50 et 101 de la loi du 24 juillet 1966 sont applicables. Afin d'assurer la protection des associés, ces textes soumettent les conventions intervenues entre les dirigeants et la société soit à l'autorisation préalable du conseil d'administration en ce qui concerne les sociétés anonymes, soit à l'approbation de l'assemblée générale en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée. La convention qui emporte novation, dans la mesure où elle est passée entre le dirigeant, ancien fondateur, et la société, une fois celle-ci immatriculée, doit être soumise à ces formalités (164).

117. - Une troisième différence oppose la novation et la reprise. Elle intéresse les effets que chacune de ces opérations entraîne. Au niveau civil, tandis que la reprise emporte une substitution parfaite, il n'en est pas de même pour la novation. Ainsi, le nouveau débiteur ne peut opposer au créancier les moyens de défense dont disposait

l'ancien (165). Au niveau fiscal, alors que la reprise oblige l'administration fiscale à ne percevoir qu'une taxation (166), la novation permet à cette administration de procéder à une double imposition correspondant aux deux mutations intervenues entre, d'une part, le tiers et la personne physique, d'autre part celle-ci et la personne morale.

118. - Ces différences précisées, il reste que, d'une manière générale, la novation par changement de débiteur donne la possibilité à la personne physique de substituer, à sa responsabilité, celle de la personne morale, à l'égard des actes qui n'ont pas été passés au nom de la société en formation. Ce procédé de la novation peut-il être utilisé à l'égard des actes qui ont été pris pour le compte d'une société en projet ?

b) Les actes conclus pour le compte d'une société en projet

Il est, là encore, tout à fait possible de procéder à une substitution de responsabilité. A cet effet, il suffit, une nouvelle fois, d'appliquer les règles relatives à la novation par changement de débiteur. Mais cette application est ici plus simple. En effet, par hypothèse, si l'engagement a été passé pendant que la société était en projet, il l'a été au nom de cette société. Le tiers créancier avait donc préalablement consenti à la substitution. C'est dire que la condition exigée par l'art. 1.275 du Code civil est, dans ce cas, réalisée.

Observons, toutefois, que les deux dernières différences entre la reprise et la novation, précédemment indiquées, subsistent. Ce n'est pas le même organe social qui prend en charge les engagements concernés. Les deux opérations n'emportent pas des effets totalement identiques, en particulier au niveau fiscal.

119. - Lorsque la société ne peut utiliser la procédure de reprise, il apparaît, donc, que la novation par changement de débiteur est un procédé intéressant. En effet, elle permet, dans une mesure assez importante, de substituer à la responsabilité de la personne physique, celle de la personne morale.

Lorsque la société use de sa faculté de ne pas reprendre, la personne physique peut-elle espérer parvenir à une semblable substitution ?

2. La faculté de non reprise.

Quand la reprise n'intervient pas par erreur ou par oubli, il est facile, pour la personne physique, de faire réparer cette erreur ou cet oubli. A cet effet, il suffit d'inciter la personne morale à procéder à la reprise selon la procédure dite de l'assemblée générale. La responsabilité de la personne physique sera alors écartée.

La situation de cette dernière est, par contre, plus délicate quand il y a refus de reprise de la part de la société. Dans cette hypothèse, la personne physique dispose-t-elle de procédés de substitution de responsabilité ? A dire vrai, diverses institutions sont à sa disposition. L'une doit être utilisée préventivement. Les autres peuvent l'être postérieurement.

a) Le procédé préventif

120. - Pour éviter que sa responsabilité ne soit engagée, la personne physique peut songer à insérer, dans l'acte passé pour le compte de la société, une condition suspensive : l'acte ne serait conclu que sous la condition de la reprise par la personne morale de l'engagement. Ainsi la

personne physique ne serait pas responsable que la décision intervienne ou non. En effet, si celle-ci ne se produit pas, ce qui signifie que la condition suspensive ne se réalise pas, l'acte conclu est considéré comme n'ayant jamais été formé. Les parties se retrouvent alors dans la même situation que si elles n'avaient pas contracté. Si, à l'inverse, la décision de reprise intervient, ce qui veut dire que la condition suspensive se réalise, l'acte devient pleinement efficace et se trouve, du fait de la reprise, transféré, à la fois du point de vue passif et du point de vue actif, à la charge de la société devenue personne morale.

Il semble donc que le procédé de la condition suspensive présente un certain intérêt pour la personne physique. Un auteur (167) conseillait aux praticiens, dès l'adoption de la loi de 1966, d'utiliser cette technique (168). Mais divers arguments peuvent être présentés contre cette utilisation.

121. - On a, tout d'abord, soutenu (169) que le caractère impératif des dispositions nouvelles s'oppose à ce que la condition suspensive puisse être employée. Rappelons, à ce sujet (170), que l'art. 5, al. 2, ne prévoit pas le cas de la convention contraire. On a pu en déduire que les parties ne peuvent déroger au système de responsabilité instauré par ce texte. Or, selon cette opinion, le fait d'insérer une condition suspensive dans l'acte préalable équivaut à une convention contraire dans la mesure où elle supprime la responsabilité de la personne physique.

Nous ne sommes pas de cet avis. Certes, le caractère impératif des dispositions de l'art. 5, al. 2, interdit que, dans l'acte préalable, les parties insèrent une clause supprimant la responsabilité de la personne physique, en cas de défaut de reprise. Mais, dans cette hypothèse, l'acte est formé et emporte tous ses effets. En particulier, il doit être immédiatement exécuté. Par contre, lorsqu'une clause suspensive est stipulée, la formation du contrat est suspendue et son exécution différée. En pareil cas, l'obligation ne naît que si l'événement se réalise. Jusque-là, cette obligation est en suspens.

Cette différence de nature entre les deux situations permet, à l'inverse de ce qui est soutenu, d'affirmer que l'utilisation de la condition suspensive ne s'oppose pas au caractère impératif des dispositions de l'art. 5, al. 2.

122. - On peut, ensuite, prétendre que ce type de condition suspensive tombe sous le coup de la prohibition des conditions potestatives formulées par l'art. 1.174 du Code civil. Cette prétention n'est pas sérieuse pour la raison primordiale suivante : la décision de reprise n'appartient pas à la personne physique. Elle émane, dans tous les cas, des associés. Il est donc impossible de soutenir que la réalisation de la condition dépend de la seule volonté du débiteur, c'est-à-dire de la personne physique (171).

123. - Un troisième argument, plus sérieux, a été avancé (172). Un contrat, même s'il contient une condition suspensive, doit présenter, pour exister valablement, un certain nombre d'éléments. Il doit, notamment, comporter le consentement de toutes les parties. Cela veut dire que

(167) M. DAGOOT, op. cit., JCP 1969, I, 2277, n° 27. Voir aussi M. DAGOT, op. cit., D. 1974, Chron., p. 245.

(168) L'un de ses intérêts serait, selon cet auteur, de reporter au jour de la décision de reprise l'exigibilité des droits fiscaux qui, normalement, sont dus dès la passation de l'engagement (M. DAGOT, op. cit., JCP 1969, I, 2277, n° 29).

(169) J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, op. cit., n° 174 in-fine, p. 156. J.H. note sous Soc. 28 nov. 1974, R. Soc., 1976, p. 83.

(170) Cf. supra, n° 88.

(171) M. DAGOT, op. cit., JCP 1969, I, n° 2277, n° 21 - G. DAUBLON, op. cit., p. 670.

le consentement de l'une d'entre elles ne peut être érigé en condition suspensive. Or, dans le domaine des engagements préalables, si l'on donnait la possibilité aux parties de ne conclure le contrat que sous la condition suspensive de la reprise ultérieure par la société, on aboutirait à ce résultat. En effet, la condition serait alors constituée par le consentement même de la société.

Cette argumentation est solide. Nous pouvons, cependant, faire remarquer qu'en réalité l'acte conclu préalablement est du point de vue juridique valable. Les consentements des cocontractants, c'est-à-dire de la personne physique et des tiers, ont bien été échangés. Le consentement de la société n'est pas un élément constitutif de l'acte en question. Reconnaissons, malgré tout, qu'il y a une ambiguïté dans le fait que l'intervention de ce dernier consentement non seulement forme définitivement le contrat, ce qui est l'effet normal de la condition suspensive, mais encore provoque la substitution de la responsabilité de la personne morale à celle de la personne physique, ce qui est une situation tout à fait originale.

124. - Des doutes subsistent donc quant à la possibilité, pour la personne physique, d'utiliser la condition suspensive. Jusqu'à présent, la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de trancher ce débat doctrinal. La pratique, quant à elle, n'utilise pas cette technique. A cet égard, il convient d'observer que son emploi ne correspond pas toujours aux données du monde des affaires. Les tiers ne sont pas, en toutes circonstances, disposés à suspendre la formation de l'acte jusqu'à la réalisation de la condition. Souvent, ils souhaitent un engagement définitif de l'autre partie.

Ces différentes raisons, d'ordre théorique et pratique, font que la technique de la condition suspensive n'est pas un procédé de substitution. La personne physique ne peut, donc, se prémunir préventivement que de façon très délicate.

Elle doit, dès lors, songer à se défendre postérieurement à la formation de l'acte. Mais, à ce niveau, dispose-t-elle de procédés efficaces de substitution ? Il importe, maintenant, d'envisager cette question.

b) Les procédés postérieurs

125. - Les opérations, réalisées avant l'immatriculation de la société, sont, la plupart du temps, entreprises dans son intérêt. En conséquence, est-il possible d'admettre qu'une société se décharge de la responsabilité de ces opérations en refusant de les reprendre à son compte, alors qu'elles lui ont profité et qu'elles ont coûté du temps et de l'argent aux personnes qui ont agi en son nom ? Du point de vue de l'équité cela est, sans conteste, inadmissible (173). Mais, du point de vue juridique, existe-t-il des procédés à la disposition de ces personnes pour substituer à leur responsabilité celle de la personne morale ?

A priori, un grand nombre d'institutions de droit civil peuvent être invoquées à cette fin. C'est le cas du mandat, de la convention de porte-fort, de la stipulation pour autrui, de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause.

(173) Cf. CHAMPAUD, RTD Com. 1967, p. 176 - R. RODIERE, R. HOUIN : « Droit commercial », Précis Dalloz, Tome 1, 6^e édit., Paris, 1970, n° 460, p. 438 - J.-P. SORTAIS, note sous Paris 11 juin 1971, R. Soc. 1972, p. 233.

(172) G. DAUBLON, op. cit., p. 670.

(160) D. RANDOUX, op. cit., p. 299.

(161) Com. 27 oct. 1975, R. Soc. 1976, p. 297, note D. RANDOUX.

(162) Cf. supra n° 70 et sq.

(163) D. RANDOUX, op. cit., p. 301.

(164) D. RANDOUX, op. cit., p. 301.

(165) A. WEILL, F. TERRE : « Droit civil - Les obligations », Précis Dalloz, 2^e édit., Paris, 1975, n° 1055, p. 1062.

(166) Cf. supra, n° 80 et 85.

Sans doute, objectera-t-on, de manière générale, à l'encontre de l'application de ces institutions, que la personne morale n'existant pas avant son immatriculation, il est impossible qu'elle soit engagée sur leur fondement. Mais cet argument n'est pas décisif, car on peut rétorquer que l'art. 5, al. 2, en conférant à la reprise un effet rétroactif, a, lui-même, admis que la société puisse s'engager avant son immatriculation. Dans la mesure où, par une fiction de la loi, on considère que la société a contracté avant sa création définitive, il est justifié de prétendre que les institutions sus-indiquées puissent recevoir application.

126. - Mais encore faut-il que les conditions de cette application soient réunies. A cet égard, il apparaît que le mandat et la convention de porte-fort présentent peu d'intérêt.

Tout d'abord, le mandat est, pour deux raisons essentielles, inadapté. D'une part, en la matière, un contrat est effectivement passé entre le mandat et le mandataire. Prétendre qu'ici un tel contrat a été conclu entre la personne physique et la personne morale serait pousser la fiction au-delà de toute mesure. D'autre part, le mandat est tenu, obligatoirement, des engagements pris par le mandataire. Or, l'art. 5 al. 2, donne, justement, la faculté à la société de ne pas reprendre. Dès lors, si on acceptait une substitution de responsabilité sur le fondement du mandat, ce serait ignorer purement et simplement le contenu de ce texte (174).

Ensuite, la convention de porte-fort est, elle aussi, inapplicable, car le tiers, pour qui l'on s'est porté fort, n'est lié en aucune manière par la convention. On ne peut l'obliger à la ratifier. On ne saurait, donc, invoquer cette théorie pour justifier une substitution de responsabilité entre la personne physique et la personne morale.

127. - En fait, les auteurs (175) se réfèrent plus volontiers à la stipulation pour autrui ou à la gestion d'affaires. Ce n'est pas étonnant car, avant l'intervention de la loi de 1966, on y faisait déjà référence. A cette époque, il s'agissait d'expliquer comment les actes souscrits antérieurement à l'acquisition de la personnalité morale pouvaient engager la responsabilité de la société, malgré cette absence de personnalité morale (176). Aujourd'hui, il s'agit de justifier, en cas de refus de reprise par la société, une substitution de responsabilité entre la personne physique et la personne morale, lorsque, évidemment, les engagements préalables ont été pris dans l'intérêt de cette dernière. A dire vrai, il faut convenir que certains aspects s'opposent à l'application de ces institutions.

En ce qui concerne la stipulation pour autrui, deux arguments peuvent être avancés en ce sens. D'une part, il est de principe, selon l'art. 1.121 du Code civil, qu'on ne peut stipuler au profit d'un tiers que si telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même. Or, lorsqu'une personne agit au nom d'une société en formation, elle stipule, alternativement, soit pour la société si celle-ci décide de reprendre l'opération, soit pour elle dans le cas contraire, jamais pour les deux (177). Ainsi, l'acte conclu n'apparaît jamais comme une condition d'un autre acte passé dans l'intérêt de celui qui agit. D'autre part, c'est une règle admise que la stipulation pour autrui ne peut faire naître qu'un droit au profit d'un tiers et non mettre à sa charge une obligation stipulée en dehors de

(174) G. DAUBLON, op. cit., p. 668.

(175) R. RODIERE, R. HOUIN, op. cit., n° 460, p. 438 - J.-P. SORTAIS, op. cit., p. 233.

(176) Cf. supra, n° 8.

(177) G. DAUBLON, op. cit., p. 669.

lui (178). Or, les personnes qui agissent au nom d'une société en formation sont amenées à conclure des conventions qui engendrent des obligations plus souvent que des droits (179).

En ce qui concerne la gestion d'affaires, une raison s'oppose à son application. En la matière, l'art. 1.375 du Code civil impose au maître de l'affaire, dont les biens ont été correctement gérés, d'assumer les engagements pris en son nom par le gérant, de l'indemniser et de lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites (180). Cette disposition est contraire à celle de l'art. 5, al. 2, car celle-ci donne la faculté à la société de ne pas reprendre les engagements, même si leur passation était indispensable (181). Dès lors, admettre l'application de la gestion d'affaires pour substituer à la responsabilité de la personne physique, celle de la personne morale, n'est-ce pas ignorer les prescriptions de l'art. 5, al. 2 ?

128. - C'est dire que malgré la volonté des auteurs de découvrir, pour des raisons d'équité évidentes, des procédés de substitution, le droit civil offre peu de possibilités. En réalité, on se heurte, toujours, à cet obstacle majeur : peut-on aller à l'encontre de l'art. 5, al. 2, qui permet à la société de refuser de reprendre ?

Si l'on répond positivement à cette question, alors la gestion d'affaires est la technique la plus intéressante. On peut aussi y ajouter la théorie de l'enrichissement sans cause (182), mais c'est une « théorie grossière et peu avantageuse » (183). Toutefois, « à défaut de meilleur recours, l'action de in rem verso pourrait servir d'ultimum remedium » (184).

La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur ce difficile problème. Ce n'est pas étonnant, car le refus de reprise se rencontre exceptionnellement en pratique. En réalité, le défaut de reprise, lorsqu'il se produit, résulte le plus souvent d'une erreur ou d'une omission.

Or, la personne physique peut toujours, dans ces cas, inciter la personne morale à les réparer en suivant la procédure dite de l'assemblée générale. En conséquence, les institutions étudiées ne sont utiles que quand il y a un véritable refus de reprendre, c'est-à-dire très rarement.

129. - Telles sont les possibilités offertes à la personne physique lorsque la personne morale ne reprend pas les engagements préalables. Il ne lui est pas interdit d'espérer qu'en usant de ces procédés, elle puisse substituer à sa responsabilité celle de la personne morale. Elle profiterait, ainsi, de l'avantage conféré, en pareil cas, par le fait que la société existe juridiquement.

Mais on se doute que lorsque celle-ci n'a pas été finalement créée, par suite d'un défaut d'immatriculation, la situation de la personne physique soit plus délicate. Nous allons le constater.

(178) Civ. 10 avril 1973, D. 1974, p. 21.

(179) G. DAUBLON, op. cit., p. 669.

(180) R. BOUT : « La gestion d'affaires en droit français contemporain », op. cit., n° 205 et s. ; « Gestion d'affaires - Effets » in *Juris-Classeur civil*, art. 1372 à 1375, fasc. II, nos 50 et s.

(181) G. DAUBLON, op. cit., p. 669.

(182) P. DELAISI, note sous Paris 11 juin 1971, GP 1971, 2, 673.

(183) R. RODIERE, R. HOUIN, op. cit., n° 460, p. 439.

(184) J.-P. SORTAIS, op. cit., p. 233.

B. — LE DEFAUT D'IMMATRICULATION

En cas de défaut d'immatriculation, la société n'acquiert pas la personnalité morale : le processus de création n'arrive pas jusqu'à son terme. Dès lors, il est juridiquement inconcevable que la personne physique puisse substituer à sa responsabilité, celle d'une société qui n'existe pas.

A priori, dans cette hypothèse, une seule issue s'offre à la personne physique, celle qui consiste à invoquer l'ancienne théorie des sociétés de fait (185). Mais, en réalité, cette référence qui ne présente, d'ailleurs, qu'un intérêt partiel, ne peut être depuis 1966, admise.

130. - Elle ne présente qu'un intérêt partiel car, traditionnellement, on applique aux sociétés créées de fait, le régime des sociétés en nom collectif (186). Cela signifie que les associés de fait sont assimilés à des associés en nom collectif, c'est-à-dire qu'ils sont, à ce titre, indéfiniment et solidairement responsables. C'est même un des principaux intérêts de la notion de société de fait que de pouvoir récupérer sa créance sur n'importe lequel des codébiteurs (187). C'est dire, dans la mesure où la société non immatriculée est une société créée de fait, que les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation et qui sont, le plus souvent, des associés, sont tenues de leurs agissements. En conséquence, il semble, apparemment, que le fait d'invoquer la théorie des sociétés de fait ne présente aucun intérêt.

Ce n'est pas tout à fait exact. En effet, l'un des apports principaux de l'ancienne théorie des sociétés de fait était de leur reconnaître une certaine personnalité morale. La jurisprudence l'admit, du moins implicitement, en décidant que les sociétés de fait pouvaient être mises en faillite (188). L'une des conséquences de cette reconnaissance était, ainsi, de permettre aux associés de fait de demander à leurs créanciers de se payer, par préférence, sur les biens sociaux. Dès lors, on comprend que la théorie des sociétés de fait présente, en cas de défaut d'immatriculation, pour les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation un certain intérêt.

131. - Mais, hélas pour ces personnes, l'intervention de la loi de 1966 est venue modifier les données du problème. En disposant, expressément, que les sociétés commerciales ne jouissent de la personnalité morale qu'à compter du jour de leur immatriculation au registre du commerce, il devient impossible de reconnaître à ces sociétés de fait que sont les sociétés non immatriculées, une quelconque personnalité morale (189). La théorie des sociétés de fait ne leur est donc plus applicable (190).

Diverses conséquences en découlent (191). Notamment les associés de fait et, plus généralement, les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation ne peuvent, dorénavant, demander à leurs créanciers de se payer, par

(185) H. TEMPLE : « Les sociétés de fait », LGDJ, Paris, 1975 spéc. p. 12 et sq.

(186) G. RIVES : « Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales », RTD Com. 1969, p. 418. H. TEMPLE, op. cit., p. 14.

(187) H. TEMPLE, op. cit., p. 339.

(188) J. CALAIS-AULOY, note sous Paris 25 fév. 1972, D. 1972, p. 525. G. DAUBLOON, op. cit., p. 679.

(189) G. RIPERT et R. ROBLOT : « Traité élémentaire de droit commercial », 8^e édition, LGDJ, Paris, 1976, n° 2840, p. 603 - H. TEMPLE, op. cit., p. 338 et sq. - G. DAUBLON, op. cit., p. 680 - Contra G. RIVES, op. cit., p. 429 et 430.

(190) M. GUILBERTEAU, note sous Tr. com. Paris 26 avril 1971, R. Soc. 1972, p. 244 et note sous Com. 1^{er} avril 1974, R. Soc. 1975, p. 64.

(191) Ainsi, la liquidation des biens ou le règlement judiciaire ne peuvent plus être prononcés à l'encontre des sociétés créées de fait, mais seulement à l'égard des associés. Cf. Paris 25 fév. 1972, D. 1972, 2, 525, note J. CALAIS-AULOY ;

préférence, sur les biens sociaux. Ces personnes sont, directement, tenues de leur patrimoine des engagements passés. Elles ne peuvent donc pas, même partiellement, se dégager de leur responsabilité. C'est dire combien est délicate et difficile la situation des personnes physiques lorsque la société n'a pas été immatriculée.

Il est vrai que la nécessité des choses imposait cette solution car la condition fondamentale de la mise en œuvre de la responsabilité de la personne morale, que ce soit par le procédé dit de la reprise ou par tout autre moyen, est que cette personne morale existe. Or, cette condition n'est pas réalisée tant que la société n'a pas été immatriculée.

132. - C'est, en effet, l'une des innovations les plus importantes de la loi de 1966 que de lier l'acquisition de la personnalité morale à la formalité de l'immatriculation. Bien que cette solution présente l'avantage de fixer la naissance de la personne morale à une date précise et facilement connue de tous, elle a été, dès son adoption, critiquée par de nombreux auteurs (192). Selon ces derniers, l'application de la disposition contenue dans l'art. 5, al. 1, ne pouvait manquer de soulever de nombreuses et graves difficultés pratiques.

On faisait, ainsi, observer qu'avant son immatriculation, la société commerciale est nécessairement conduite à conclure un certain nombre d'opérations, à contracter des engagements variés. Sans doute, ajoutait-on, l'alinéa 2 de l'art. 5 prévoit-il un palliatif en instaurant une procédure de reprise par la société commerciale des engagements, souscrits, pour son compte, avant son immatriculation au registre du commerce. Mais, rétorquait-on, cette procédure ne règle pas tous les problèmes soulevés et complique même la situation.

133. - Après plus de dix ans d'application de la loi du 24 juillet 1966, que faut-il penser de ces critiques et, plus généralement, des dispositions contenues dans son art. 5 ?

Tout d'abord, il faut remarquer que le législateur est satisfait de son œuvre puisque dans la loi récente du 4 janvier 1978 (193), relative au contrat de société, il a non seulement confirmé les prescriptions de l'art. 5 à l'égard des sociétés commerciales, mais encore il les a étendues aux sociétés civiles.

Ensuite, il faut noter que les conseils consultés (194) nous ont déclaré être satisfaits des textes. Ils ne se sentent pas du tout gênés par les différentes procédures instituées par la loi et son décret d'application. Au contraire, cette pluralité de procédures donne une certaine souplesse à la matière. D'une manière plus générale, l'application des textes ne soulève pas, selon eux, de grandes difficultés.

En réalité, ils ne relèvent qu'un seul inconvénient. Celui-ci consiste dans le fait que la loi de 1966 allonge la période d'immobilisation des fonds. On sait que ces derniers sont bloqués jusqu'à l'acquisition de la personnalité morale. Par conséquent, en reculant dans le temps la date

R. Soc. 1972, p. 471 J.H. ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 21 - Paris 28 avril 1972, Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 20 - Contra Tr. Com. Paris, 26 avril 1971, R. Soc. 1972, p. 242, note M. GUILBERTEAU ; Ph. et E. MERLE, op. cit., p. 19.

(192) Cf. notamment Cl. CHAMPAUD, RTD Com. 1967, n° 4, p. 175, RTD Com. 1969, nos 2 et 3, p. 991 - R. HOUIN, RTD Com. 1967, n° 1, p. 1081 - M. DAGOT, op. cit., JCP 1969, I, 2277 n° 1 - D. BASTIAN, op. cit., p. 23 et sq.

(193) Loi n° 78-9, « J.O. » du 5 janvier 1978 ; J.C.P. 1978, III, n° 46684 ; D. 1978, Lég. 69.

(194) Voir aussi G. DAUBLON, op. cit., p. 681.

de cette acquisition, la loi a allongé la période en question. Ceci est fâcheux, car ce sont ces fonds qui permettent l'activité sociale. Cela oblige les associés à avancer d'autres fonds sur leur patrimoine personnel.

Mis à part cet inconvénient, qui concerne, d'ailleurs, les associés et non pas les praticiens, chacun est satisfait des solutions adoptées par la loi et son décret d'application.

134. - Devons-nous partager cette satisfaction ? Il n'en est rien. En effet, diverses raisons imposent que nous soyons plus mesuré dans notre approbation.

En premier lieu, nous avons constaté, au cours de cette étude, qu'il est des dispositions qui ne sont pas adaptées à la réalité des affaires. C'est, principalement, le cas des dispositions réglementaires relatives à la procédure dite du mandat. Alors que les textes exigent que les mandats délivrés soient spéciaux et précis, il est difficile, en pratique, de prévoir à l'avance quelles sont les opérations qui devront être effectuées et les modalités exactes qui devront être adoptées.

En deuxième lieu, nous avons observé que les textes sur bien des points sont imprécis et ambigus. Ceci est vrai, tout d'abord, au niveau de la responsabilité de la personne physique. A cet égard, la détermination des personnes responsables et l'étendue de leur responsabilité soulèvent les principales questions. Ceci est vrai, ensuite, au niveau de la responsabilité de la personne morale. C'est ainsi que les textes ne précisent pas les notions de société en formation, d'engagement, de représentation qui, pourtant, déterminent le domaine d'application de l'art. 5, al. 2. De même, si les textes réglementaires apportent d'utiles indications sur les procédures spécifiques, ils soulèvent certaines difficultés d'interprétation. L'imprécision est encore plus manifeste à l'égard de la procédure générale, car son existence même ne se déduit que de façon implicite du texte législatif. D'autres difficultés d'application apparaissent, à nouveau, sur le plan des effets de la reprise, notamment au point de vue fiscal.

135. - Nous pouvons, donc, affirmer que les prescriptions législatives et réglementaires posent beaucoup plus de problèmes qu'elles n'en résolvent. On comprend, dès lors,

combien la tâche de la jurisprudence est, en ce domaine, importante. Toute une construction jurisprudentielle doit être mise en place pour apporter les solutions indispensables aux questions qui se posent.

Mais ce n'est que progressivement qu'une construction jurisprudentielle se réalise. Si, à l'heure actuelle, plusieurs décisions sont intervenues en la matière, il reste que les tribunaux n'ont pas encore eu le temps de trancher tous les problèmes soulevés. C'est pourquoi sur un grand nombre de points l'indécision demeure.

136. - Ainsi, le théoricien du droit ne peut être aussi satisfait que le praticien. Sans doute objectera-t-on que ce qui importe, c'est la réalité quotidienne et qu'à partir du moment où les praticiens n'ont pas d'objection majeure à formuler, les critiques émises par les théoriciens perdent de leur portée. Mais nous pouvons rétorquer que la satisfaction des praticiens résulte du fait que, le plus souvent, les affaires se déroulent normalement et que, dans ces conditions, aucune contestation ne naît. Cependant, il arrive que certaines d'entre elles connaissent quelques difficultés et qu'un procès ait lieu. C'est à ce moment-là que l'imprécision et l'ambiguïté des textes apparaissent au grand jour. Et tel praticien qui auparavant s'en déclarait satisfait, changera, en quelques jours, d'opinion et se rangera à l'avis du théoricien.

137. - C'est dire tout l'intérêt qu'il y a de confronter, notamment en matière commerciale, la théorie et la pratique. Cet intérêt vaut à la fois pour le praticien et le théoricien. Ainsi, il est opportun, pour le premier, de ne pas se limiter à sa propre expérience et de percevoir les insuffisances et les dangers des textes afin de prendre un certain nombre de précautions élémentaires. De même, il est indispensable, pour le second, d'appréhender les données du monde des affaires et de les prendre en considération dans l'analyse et la critique des textes concernés.

En confrontant les données résultant de l'approche théorique avec les informations recueillies auprès des praticiens, nous nous sommes efforcé, dans la présente étude, de tenir compte de cet impératif.

Publications de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

ANNALES

- La Voie d'appel (I.E.J.), 1964.
Etudes de droit pénal douanier (I.S.P.E.C.), 1968.
Etudes de droit privé français et mauricien (C.E.R.S.O.I.), 1969.
Etudes diverses, dont : Le pouvoir napoléonien et ses légitimités, par Charles DURAND, 1972.

TRAVAUX ET MEMOIRES

- N° 1 PARODI : Salaire, inflation et politique des revenus, 1964.
N° 2 GARRON : L'autorité de la chose jugée au tribunal maritime commercial, 1964.
N° 4 PIVASSET : L'univers politique de Kafka, 1965.
N° 7 GARELLO : Le contenu de la courbe keynésienne d'offre globale, 1966.
N° 8 MACLEOD : La pensée politique de Pierre Drieu de La Rochelle, 1966.
N° 9 GARRON : Le particularisme de la législation maritime relative à la prévention et à la répression de la fraude douanière, 1966.
N° 10 CATY : La coopération scientifique entre la France et le Tiers-Monde, 1967.
N° 11 LANZA : Les projets de réforme administrative en France (C.R.A.), 1968.
N° 12 NEGRIN : Le Conseil d'Etat et la vie publique en France depuis 1958, 1968.
N° 13 LAURENT : L'armée au Cambodge et dans les pays en voie de développement du Sud-Est asiatique, 1968.
N° 14 LAMARQUE : La fonction publique fédérale aux Etats-Unis (C.R.A.), 1971.
N° 15 PINI, IMPERIALI et ESCARRAS : Courrier parlementaire et fonction parlementaire (C.R.A.), 1971.
N° 16 BLUM, FRAISSINET et GUIN : Administration et justice administrative face aux administrés, 1972.
N° 17 GUYON, COQUEREAU et BONASSIES : Les Groupements d'intérêt Economique, 1972.
N° 18 BONNOT et DROUOT : Deux entreprises publiques devant leur avenir : Air France et S.N.C.F., 1973.
N° 19 LOUIT et RICCI : Sciences sociales, analyse de contenus. Spectacle du Monde. Les mercredis de Paul VI, 1974.
N° 20 REYDELLET : Les Groupes d'action municipale. L'exemple de Meylan, 1975.
N° 21 COLOMBEAU, DAVIN, GUEYDAN et RUCZ : Etudes de doctrine et de droit international du développement, 1975.
N° 22 LE BERRE : Les idées du printemps de Prague, 1975.
N° 23 DI MARINO : L'activité délictuelle légale dans la circonscription judiciaire d'Aix-en-Provence, 1975.
N° 24 FLOBERT : Les Comores. Evolution juridique et socio-politique, 1976.
N° 25 NEGRIN : Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction, 1976.
N° 26 DURAND et LANZA : Etudes sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIX^e siècle.
N° 27 RICCI : Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale.
N° 28 MARON : L'Hebdomadaire Lumière de Madagascar.
N° 29 BOUGUERA : Le commerce technologique entre pays d'inégal développement.
N° 30 POINCELET : L'assurance responsabilité civile produits livrés.
N° 31 BOYER : L'obligation de renseignement dans la formation du contrat.

Les numéros manquants sont épuisés.

ETUDES

- Le Recueil d'études à la mémoire de Jean LEBRET : L'évolution du droit criminel contemporain, 1967.
Etudes offertes à André AUDINET, 1968.
La responsabilité civile du fabricant dans les Etats-membres du Marché Commun. Travaux Colloque Aix-en-Provence, 18 et 19 mai 1973.

BUY : Le travail temporaire et l'intégration des salariés dans l'entreprise, 1974.

Etudes offertes à Alfred JAUFFRET, 1974.

La décentralisation. Pour la rénovation de l'Etat. Colloque sous la direction de Charles DEBBASCH, Aix-en-Provence, 1976.

CENTRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES (C.R.A.)

- LANZA : Les projets de réforme administrative en France, 1968.
NEGRIN : Le Conseil d'Etat et la vie publique en France depuis 1958, 1968.
Martine LAMARQUE : La fonction publique fédérale aux Etats-Unis, 1971.
PINI, IMPERIALI et ESCARRAS : Courrier parlementaire et fonction parlementaire, 1971.
BLUM, FRAISSINET et GUIN : Administration et justice administrative face aux administrés, 1972.
BONNAUD et DROUOT : Deux entreprises publiques devant leur avenir : Air France et S.N.C.F., 1973.
REYDELLET : Les Groupes d'Action municipale. L'exemple de Meylan, 1975.

INSTITUT DE SCIENCES PENALES ET DE CRIMINOLOGIE (I.S.P.E.C.)

- Etudes de droit pénal douanier (Annales), 1968.
DI MARINO : L'activité délictuelle légale dans la circonscription judiciaire d'Aix-en-Provence, 1975.

CENTRE D'ETUDES NOTARIALES (C.E.N.)

- GUYON, COQUEREAU et BONASSIES : Les Groupements d'intérêt Economique, 1972.

CENTRE D'ETUDES ET DE RECHERCHES INTERNATIONALES ET COMMUNAUTAIRES (C.E.R.I.C.)

- COLOMBEAU, DAVIN, GUEYDAN et RUCZ : Etudes de doctrine et de droit international du développement, 1975.

CENTRE D'ETUDES ET DE RECHERCHES DES SOCIETES DE L'OCEAN INDIEN (C.E.R.S.O.I.)

- Etudes de droit privé français et mauricien (Annales), 1969.
FLOBERT : Les Comores. Evolution juridique et socio-politique, 1976.
ANNUAIRE des Pays de l'Océan Indien, année 1964, N° 1.

INSTITUT D'ETUDES JUDICIAIRES (I.E.J.)

- La Voie d'appel (Annales), 1963.
Bulletin des arrêts de la Cour d'Appel, 1975 (1976).

VIENT DE PARAÎTRE : Le domaine de la loi et du règlement. L'application des art. 34 et 37 de la Constitution depuis 1958. Bilan et perspectives (Colloque organisé par la Faculté de Droit à Aix-en-Provence, les 2 et 3 décembre 1977).

Sous presse

- Etudes offertes au Professeur Pierre KAYSER.
PONTIER : L'Etat et les collectivités locales. La répartition des compétences.
DEBEAURAIN : Les droits de passage sur les fonds privés.

Les commandes doivent être adressées directement au Service des Publications de la Faculté de Droit et de Science Politique, 3, avenue Robert-Schuman, 13621 Aix-en-Provence.
Ne pas joindre le paiement. Le règlement se fera sur présentation de la facture.
Demi-tarif aux étudiants.

Même si vous n'êtes pas étudiant, vous pouvez adhérer
à

L'ASSOCIATION DES ÉTUDIANTS EN DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE III

Notre Association a été créée au mois de décembre 1974 dans le but de regrouper au sein d'une structure d'accueil, les étudiants en doctorat de l'Université d'Aix-Marseille III, afin de rompre l'isolement traditionnel de l'étudiant au cours de ses études.

Carrefour d'échanges et d'idées, notre Association organise dans le courant de l'année universitaire, à Aix-en-Provence, un certain nombre d'activités, tant sur le plan culturel (conférences, diners-débat), que des loisirs (soirées dansantes, week-ends de détente, voyages).

Même si vous n'êtes pas étudiant, vous pouvez adhérer à notre Association en qualité de membre sympathisant, vous serez informé de l'ensemble de nos activités et bénéficierez des réductions accordées à tous les adhérents de l'Association.

Retournez le bulletin ci-dessous à l'Association des Etudiants en doctorat de l'Université d'Aix-Marseille III, 3, avenue Robert-Schuman, 13621 Aix-en-Provence, accompagné du règlement de la cotisation (pour 1978-79 : 35 F ; cotisation de soutien, à partir de 100 F).



BULLETIN D'ADHESION

Je, soussigné,

NOM : _____ Prénom : _____

Nom de jeune fille (1) : _____

Né (e) le _____ à _____ Age : _____

Adresse personnelle : _____

Code Postal : _____ Ville : _____

N° de téléphone : _____ Profession : _____

Niveau d'études (2) : _____

désire adhérer en qualité de membre actif - sympathisant (3) à l'ASSOCIATION DES ETUDIANTS EN DOCTORAT DE L'UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE III.

Fait à _____, le _____

Signature :

(1) Pour les femmes mariées.

(2) Si vous êtes étudiant en doctorat en 4^e année de licence et que vous adhérez en qualité de membre actif.

(3) Rayer la mention inutile.

Revue de

DROIT PROSPECTIF

ÉDITÉE PAR

L'ASSOCIATION DES ÉTUDIANTS EN DOCTORAT
DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE III

PUBLIÉE AVEC

LE CONCOURS DE L'U.E.R. DE RECHERCHES JURIDIQUES
DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE III

"La seule découverte digne de notre effort est de construire l'Avenir"

(Pierre TEILHARD DE CHARDIN)

R. DECOTTIGNIES
(Ancien doyen de la Faculté
de Droit de Dakar)

« La résistance du Droit africain à la modernisation en matière
d'obligations »

Jean GUEIT
(Attaché de Recherche au
C. N. R. S.)

« La nouvelle constitution soviétique: une étape vers l'auto-adminis-
tration sociale et communiste »

Hubert-Claude AMIEL
(Maître-Assistant à l'Université
d'Aix-Marseille III)

« L'examen particulier des circonstances: contribution à l'étude du
contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif français
dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat »

Thierry RENOUX
(D. E. A. de Droit Public)

« 1974-1978: Bilan d'une réforme: à propos de l'élargissement de la
saisine du Conseil Constitutionnel »

Gilbert ORSONI
(Assistant à l'Université d'Aix-
Marseille III)

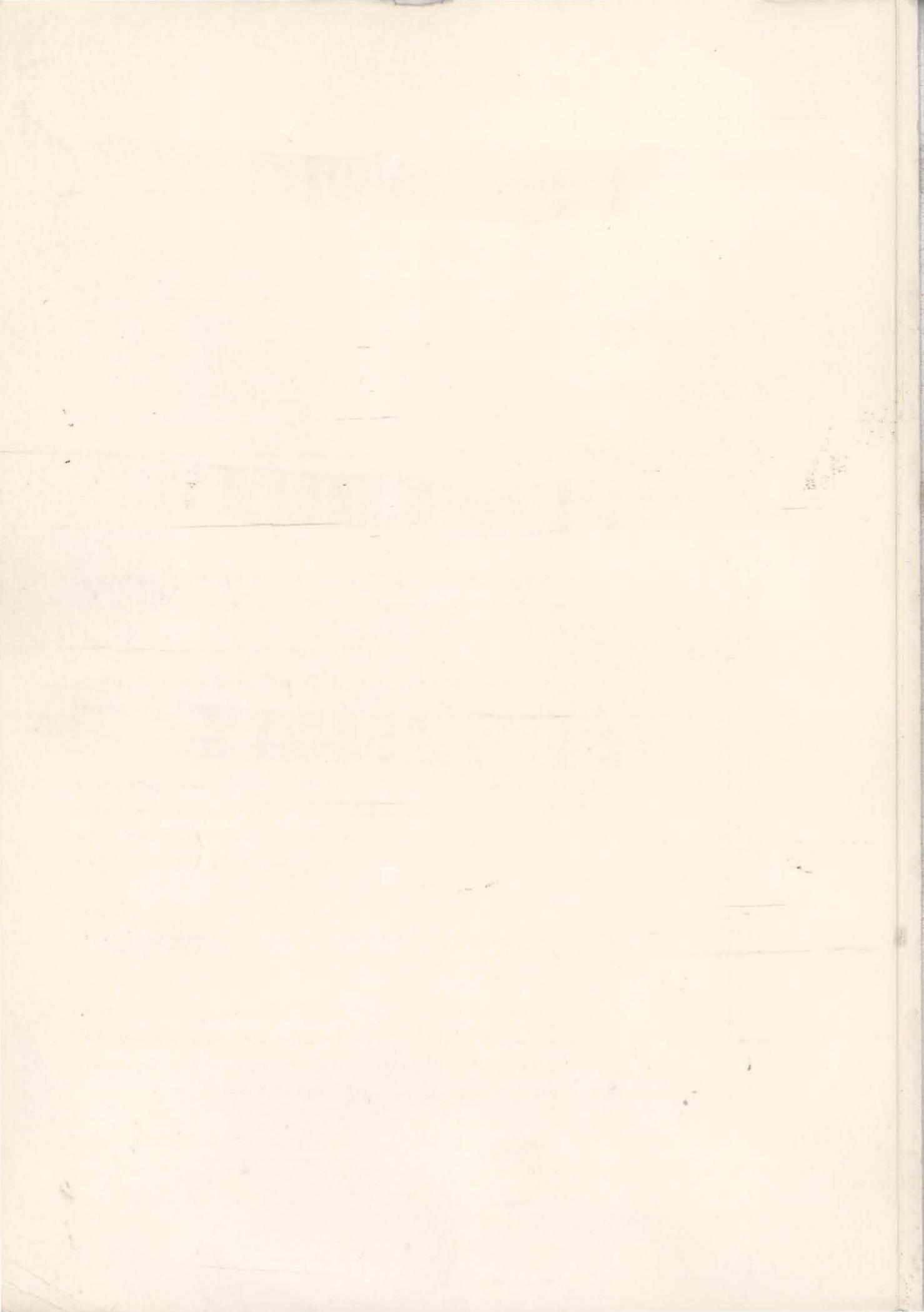
« Réflexions sur la politique d'équilibre budgétaire. Bilan et perspectives »

Bernard NOTIN
(Chargé de cours complémen-
taires d'Economie Politique à
l'Université d'Aix-Marseille III)

« La théorie économique et la loi: des relations diverses et ambiguës »

Nicolas SCHMIT

« L'avenir de la politique étrangère du Luxembourg dans un monde
en mutation »



CHANGEMENT, CONTINUITÉ ET RÉGULARITÉ

Ce sixième numéro de la REVUE DE DROIT PROSPECTIF, qui couvre la période Juin - Décembre 1978, est le dernier à paraître sous cette forme et selon cette périodicité.

A partir du prochain numéro, la Revue paraîtra trimestriellement dans un format plus réduit afin de permettre, si possible, une parution plus régulière.

Les conditions artisanales dans lesquelles travaille notre équipe, et les lenteurs inhérentes à la préparation d'un fort numéro, nous ont amené à envisager cette solution pour remédier aux retards de parution qui restent le problème principal que nous ne sommes pas encore parvenus à résoudre.

Nous prions nos lecteurs de bien vouloir excuser ces retards indépendants de notre volonté. A titre indicatif, nous vous donnons le calendrier prévisionnel des prochaines parutions :

N° 7 (Janvier - Mars 1979) et N° 8 (Avril - Juin 1979) d'ici la fin de l'année 1979, N° 9-10 (numéro double consacré à la Réforme des Collectivités Locales) dans le courant du premier semestre 1980. Par la suite, chaque numéro paraîtra dans le mois suivant la période couverte.

CENTRE DE DIETETIQUE ET DE GERIATRIE

DU DOCTEUR ZAORSKI

UN CADRE IDEAL
POUR LA
CONVALESCENCE

"La Chênaie"

13320 BOUC-BEL-AIR

Tél. administration : (42) 22 14 20 - 22 15 31

appel chambres : (42) 22 12 20 - 22 13 24



MAISON DE SOINS SPECIALISE

108 Lits

*Pour hommes et femmes à
partir de 50 ans*

SITUATION REMARQUABLE

*A 20 km de Marseille et 11 km
d'Aix-en-Provence par l'auto-
route face à la chaîne de
l'Étoile dans un site calme et
ensoleillé réputé pour la pureté
de son air et la douceur de
son climat*

NON ADMIS :

Contagieux - Psychiques - Grabataires

Établissement jouissant de TOUT LE CONFORT MODERNE

Mixte à partir de 50 ans, sans limite d'âge. Non admis : Contagieux, Psychiques, Grabataires. Aucun malade assuré social n'est admis s'il ne présente sa prise en charge.

Equipe médicale spécialisée sous la direction de M. le P^r AUDIER et de M. le D^r PASTUREL. Deux médecins résidents et un médecin généraliste. Cardiologue, Radiologue, Biologiste, Ophtalmologiste, Orthophoniste, Diététicienne. Equipe de kinésithérapeutes. Infirmières D.E.

Six chambres équipées d'oxygène. Salle de kinésithérapie. Service de radiologie.

Grand confort hôtelier. Chambres individuelles et à deux lits avec salle de bains et W.C. particulier. Téléphone dans chaque chambre. Distributeur radio dans les chambres. T.V. sur demande. Deux salons. Bibliothèque. Parc de deux hectares. Jeu de boules.

Agréé par la Sécurité Sociale et tous organismes sociaux (sauf A.M.G.).
Conventionné par la Caisse Régionale d'Assurance Maladie.

Direction : M^{me} J. ZAORSKI.

Les entrées et les sorties ont lieu entre 14 h et 18 h

Revue de DROIT PROSPECTIF

REVUE SEMESTRIELLE
éditée par
L'ASSOCIATION DES ETUDIANTS
EN DOCTORAT DE L'UNIVERSITE
D'AIX-MARSEILLE III

3, avenue Robert-Schuman
13621 AIX-EN-PROVENCE
publiée avec le concours de l'U. E. R.
de Recherches Juridiques
de l'Université d'Aix-Marseille III

Directeur de la Publication : **Jean-Marc ZAORSKI**

REDACTION

Directeur de la Rédaction : **Jean-Marc ZAORSKI**

Adjoint : **Gilles WOLKOWITSCH**

Rédacteur en Chef : **Richard GHEVONTIAN**

Adjoints : **Pierre ABRAM** (Droit Privé)

Jean-Claude RICCI (Droit Public)

Comité de Rédaction :

Jean-Jacques BOUSQUET, Alain CHABERT,
Jean-Yves CHEROT, Francis GIURATO,
Jean GUEIT, Christian JOLY, Eugène MINOT,
Bernard NOTIN, Philippe PASQUIER,
Eric TURCON, Michel ZAORSKI

ABONNEMENTS

FRANCE :

Année 1979, prix du numéro : 25 F
(les quatre numéros : 95 F)
Années antérieures (1976, 1977, 1978) :
45 F chacune.

ETRANGER :

Année 1979, prix du numéro : 35 F français
(les quatre numéros : 125 F français)
Années antérieures (1976, 1977, 1978) :
65 F français chacune

Abonnement de sympathie : à partir de 250 F

PUBLICITE

Responsable : Bernard NOTIN

AIX-EN-PROVENCE : « **DELTA-PUB** », Michel ZINK
4, rue des Chartreux, 13100 Aix-en-Provence
Tél. : (42) 26.73.85, 26.06.17

IMPRIMERIE

Imprimerie Typo-Offset « **DON BOSCO** »
78, Rue Stanislas-Torrents, 13006 Marseille

*Les manuscrits doivent être envoyés à
l'Association (adresse sus-indiquée) ; ils ne
sont pas rendus et deviennent, une fois
publiés, la propriété de la Revue.*

*Les opinions émises dans les articles publiés
dans la REVUE DE DROIT PROSPECTIF
n'engagent que leurs auteurs.*

ISSN 0396-3667

© 1979 - REVUE DE DROIT PROSPECTIF

Tous droits de reproduction par quelque procédé
que ce soit réservés pour tous pays
Dépôt légal 3^e trimestre 1979 - N° 42617 L 7

Liste de Sympathie

La Direction de la Revue tient à remercier les personnes
dont les noms suivent pour l'aide qu'elles ont bien voulu lui
apporter dans la réalisation de ce numéro :

ASSOCIATION UNIVERSITAIRE EN DROIT D'AVIGNON

16, impasse Allard, AVIGNON

M^e DE PORTALON MIREILLE

Avocat à AIX-EN-PROVENCE

M^e DI MARINO GAETAN

Avocat à AIX-EN-PROVENCE

« L'ESCARGOT », Restaurant

Avenue Winston-Churchill, AIX-EN-PROVENCE

LIBRAIRIE GOULARD

Cours Mirabeau, 13100 AIX-EN-PROVENCE

M. JOSEPH RIPERT

Syndic, Administrateur Judiciaire
17, rue Saint-Jean-de-Vieux, 84000 AVIGNON

M. JACQUES TOURNAIRE

Conseiller d'entreprise
16, impasse Allard, 84000 AVIGNON

Liste des Librairies dépositaires de la REVUE DE DROIT PROSPECTIF

* PARIS

Librairie DALLOZ, 11, rue Soufflot (5^e)
Librairie B. DEY, 162, rue Saint-Jacques (5^e)
Librairie de Jurisprudence ancienne et moderne E. DUÇHEMIN,
18, rue Soufflot (5^e)
Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), 24, rue
Soufflot (5^e)
Librairie JOLY et Fils, 19, rue Cujas (5^e)
Librairie MONTCHRESTIEN, 160, rue Saint-Jacques (5^e)
Librairie PEDONE, 13, rue Soufflot (5^e)
Librairie des Sciences Politiques, 30, rue Saint-Guillaume (7^e)
Librairies Techniques (LITEC), 26, rue Soufflot (5^e) et 27, place
Dauphine (1^{er}).

* AIX-EN-PROVENCE

Librairie Facultés-Presse, avenue Winston-Churchill
Librairie de l'Université, 12 a, rue Nazareth.

* NICE

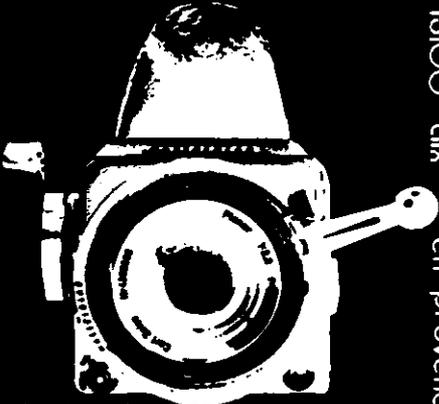
Librairie « A LA SORBONNE », 23, rue Hôtel-des-Postes et 42, rue
Gioffredo
Librairie du CENTENAIRE, 15, rue de l'Hôtel-des-Postes

* TOULON

Librairie BONNAUD, 7, boulevard de Strasbourg
Librairie « HALL DE LA PRESSE », Maison MICHEL, boulevard Général-
Leclerc

Centre de distribution photographique

23 rue bedarride 27 83 63



13100 AIX EN PROVENCE

ciné photo provence

26 42 05

photographie industrielle - architecture déco-
ration - reprographie - laboratoire noir et blanc
laboratoire ektachrome - duplicata - tirage de
diapositives sur papier - portraits - mariages
collage sur bois et encadrement.

27 83 63

distribution de matériel photo - cinéma - son
laboratoire - produits photos - location de
matériel.

BOUTIQUE EXPO - CINE PHOTO PROVENCE

7, Rue d'Italie - 13100 AIX-en-Provence
Téléphone : 26 30 18

Librairie

DE L'UNIVERSITE

DEPOSITAIRE : OCDE

Editions de la Présidence du Conseil

La Documentation Française

Sciences Juridiques, Economiques et Sociales
Cours photocopiés

12 a, Rue Nazareth
AIX EN-PROVENCE

Tél. (42) 26 16 08



**Comptoir
Electrique
Aixois**

Zeda "La Pioline"

13290 AIX-LES-MILLES
Tél. (42) 20 01 80

Aix Facultés Carburants

Station B P

LIBRE SERVICE - MARCHÉ MINUTE

Ouvert tous les jours

★

1 avenue Robert Schumann
13100 Aix-en-Provence Tél. (42) 59.08.57

AUTO-RADIO

Pose et Service

Pierre Cassagne

8, Cours Sextius
13100 AIX-EN-PROVENCE - Tél. 42 26 43 91

SUD-EST ADVERTISING

Marginalia

Rue Gustave Desplaces
13100 AIX-EN-PROVENCE
Tél. (42) 27 02 83

Facultés - Presse

LIBRAIRIE - PAPETERIE - JOURNAUX

★

4, avenue Winston-Churchill
A côté de la Faculté de Droit
13100 AIX-EN-PROVENCE - Tél. (42) 59.16.13

sommaire

<p>R. DECOTTIGNIES (Ancien doyen de la Faculté de Droit de Dakar)</p>	<p>« La résistance du Droit africain à la modernisation en matière d'obligations »</p>	<p>8</p>
<p>Jean GUEIT (Attaché de Recherche au C. N. R. S.)</p>	<p>« La nouvelle constitution soviétique : une étape vers l'auto-administration sociale et communiste »</p>	<p>18</p>
<p>Hubert-Claude AMIEL (Maître-Assistant à l'Université d'Aix-Marseille III)</p>	<p>« L'examen particulier des circonstances : contribution à l'étude du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif français dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat »</p>	<p>25</p>
<p>Thierry RENOUX (D. E. A. de Droit public)</p>	<p>« 1974-1978 : Bilan d'une réforme : à propos de l'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel »</p>	<p>53</p>
<p>Gilbert ORSONI (Assistant à l'Université d'Aix-Marseille III)</p>	<p>« Réflexions sur la politique d'équilibre budgétaire. Bilan et perspectives »</p>	<p>65</p>
<p>Bernard NOTIN (Chargé de cours complémentaires d'Economie Politique à l'Université d'Aix-Marseille III)</p>	<p>« La théorie économique et la loi : des relations diverses et ambiguës »</p>	<p>82</p>
<p>Nicolas SCHMIT</p>	<p>« L'avenir de la politique étrangère du Luxembourg dans un monde en mutation »</p>	<p>90</p>
	<p>• Liste des publications de la Faculté de Droit</p>	<p>94</p>
	<p>• Bulletin d'abonnement 1979</p>	<p>95</p>

Banque Populaire Provençale et Corse

*La Banque solidaire qui fait de ses clients
des sociétaires et des amis*

- 22, Bd de la République, AIX-EN-PROVENCE
Tél. : (42) 27.74.55
- 1, Rue Miguet, AIX-EN-PROVENCE
Tél. : (42) 23.53.06, 23.52.97

Le Cinéma pour refaire le monde

« Ce que le cinéma nous révèle chaque année davantage, c'est que les hommes, malgré tout ce qui les sépare, malgré les plus graves conflits, communient sous un même ciel étoilé, dans quelques grands rêves fondamentaux... et ce ciel-là se trouve dans tout film de talent, même dans ceux où on ne le voit jamais ». (André MALRAUX).

"LE CEZANNE"

COMPLEXE CINEMATOGRAPHIQUE (6 salles)

7, Rue Villars, 13100 AIX-EN-PROVENCE
Tél. : (42) 26.12.20, 27.47.63

JGINS

ET SES ANNEXES
- CINÉ - SON



MARSEILLE

Francis-Davso
(91) 33 40 12

CANNES

ue d'Antibes

AUTOMOBILES



CONCESSIONNAIRE
DÉPOT RÉGIONAL PIÈCES DÉTACHÉES

SPORT-AUTO

8, Boulevard des Chutes-Lavie
(au 143, Av. des Chutes-Lavie, tourner à gauche)
13013 MARSEILLE
Tél. (91) 66 93 28

es

RETRAITE - VIE

**ASSURANCE MUTUELLE
MINERVE**

Agence

Pellegrin & Ferrier

5, Boulevard Dugommier
13001 MARSEILLE
Tél. (91) 39 08 98

E-PAPETERIE

S DE BUREAU DE QUALITÉ
BUREAU - PHOTOCOPIE
SUEL - CALCUL

ue de Rome

Tél. : (91) 33 36 69

Cabinet Ancelin

19, Cours Joseph-Thierry - 13001 MARSEILLE

Téléphone : (91) 50 14 02 (lignes groupées)

toutes assurances

Incendie - Vol - Vie - Transports
Automobiles - Polices spéciales
entreprise

TOUS VOS PROBLÈMES D'ASSURANCES
PEUVENT ÊTRE RESOLUS

ETUDE GRATUITE

CONSULTEZ-NOUS

Si vous n'êtes pas abonné...

abonnez - vous !

Si vous l'êtes, faites connaître la

Revue de

DROIT PROSPECTIF

éditée par l'Association des Etudiants
en Doctorat de l'Université d'Aix-Marseille III

3, Avenue Robert-Schuman
13621 AIX-en-Provence

Doctrine

Etudes

Documents

LA RESISTANCE DU DROIT AFRICAIN A LA MODERNISATION EN MATIERE D'OBLIGATIONS *

par R. DECOTTIGNIES

Ancien Doyen

de la Faculté de Droit de Dakar.

SOMMAIRE

La résistance à la modernisation, telle qu'elle doit être entendue en matière d'obligations dans le droit africain.

A. — Elle ne concerne pas l'opposition classique entre droit traditionnel et droit moderne.

B. — Elle concerne la possibilité de moderniser pour l'avenir le droit des obligations, soit dans l'ordre interne, soit dans l'ordre international.

I. — MODERNISATION DU DROIT INTERNE DES OBLIGATIONS

§ 1. — Résistance à la modernisation dans la plupart des Etats

Stabilité du droit des obligations après l'accession à l'indépendance.

A. — Avantages de cette politique législative: voie de la facilité, mais aussi voie de la sagesse.

B. — Inconvénients de cette solution: inconvénients relatifs à la sclérose législative; très certains pour l'adaptation incessante aux besoins de l'Afrique de dispositions d'origine allogène.

§ 2. — Mouvement de modernisation dans certains Etats

A. — Motifs de la codification du droit des obligations au Sénégal et à Madagascar:

- a) d'ordre politique;
- b) économique;
- c) technique.

B. — Résultats de cette codification:

- a) elle n'a pas soulevé de difficultés d'application insurmontables en matière de sources des obligations de contrats spéciaux.
- b) elle est susceptible d'adaptation constante: par l'exercice de la liberté contractuelle, l'interprétation jurisprudentielle, l'intervention du législateur.

II. — UNIFICATION DU DROIT DES OBLIGATIONS SUR LE PLAN INTERNATIONAL

§ 1. — Remèdes à la diversité des législations africaines

A. — Apport des comparatistes: moyens d'investigation, résultats susceptibles d'être obtenus.

B. — Apport des internationalistes:

a) Résultats du système actuel de conflits de lois. Exclusion des législations africaines en matière de contrats et même de responsabilité.

b) Propositions restées sans écho pour l'élaboration d'un système de conflits de lois, nouveau dans les relations interafricaines.

§ 2. — Elaboration d'un droit africain uniforme

A. — L'unification du droit des obligations est possible:

- en raison du contexte africain;
- de la nature du droit des obligations.

B. — L'unification du droit des obligations est réalisable. Valeur respective des procédés d'unification:

- a) règles conventionnelles uniformes;
- b) législations parallèles;
- c) conventions internationales.

Le thème retenu pour ce colloque a une portée générale. Pour l'appliquer au droit des obligations, il n'est pas inutile de présenter quelques observations préliminaires destinées à éviter de funestes erreurs d'interprétation.

Le titre choisi, en évoquant la résistance, fait songer aux luttes héroïques qu'il faut mener tragiquement pour sauvegarder l'essentiel d'une civilisation. Les juristes aiment s'exprimer ainsi par métaphores; celles qu'ils empruntent aux mœurs belliqueuses sont d'usage fréquent (1). Par exemple, en droit commercial, le créancier qui émet une lettre de change devient un « tireur ». Dans la ligne de mire, le débiteur est qualifié de « tiré ». Après avoir déclenché ce feu de mousqueterie, les commercialistes font donner la « cavalerie » pour expliquer le chevauchement des effets de circulation.

Tout ceci n'est rien à côté des grandes manœuvres par déplacement de corps d'armée entiers qui se transforment en guerres fratricides, lorsqu'il s'agit par exemple de régler les rapports du droit privé et du droit public. Dans le fracas des mots, il n'est plus question que de « zones frontières », « de pénétration », « d'invasion », de « conquête » et, bien entendu, de « résistance » minant la puissance de l'ennemi sur le front de l'intérieur (2).

(1) V. l'article de M. le Premier Président MEBA M'BAYE. Le droit africain. Ses voies et ses vertus. Revue Sénégalaise de droit, Mars 1970, n° 7. La fin de l'article (p. 22-24) est consacrée à la « résistance du droit africain ».

(2) V. les étincelantes chroniques au Dalloz de MM. H. MAZEAUD (Défense du droit privé, D. 1946, p. 17); R. SAVATIER (Droit privé et droit public, D. 1946, p. 23); RIVERO (Droit public et droit privé: conquête au statu quo, D. 1947, p. 69).

(*) Ce texte est celui d'un rapport présenté lors d'un colloque organisé à Dakar en juillet 1977 par l'Association internationale de Science juridique et par l'Association sénégalaise d'études et de recherches juridiques.

Il est souhaitable de faire échapper le droit africain à ces combats. Toujours funestes, ils paraissent vains en matière d'obligation.

Ainsi, c'est une tentative d'apaisement que l'on esquissera ici. Elle paraît s'imposer, quelle que soit la façon dont on situe dans le temps le contact du droit africain avec les courants d'idées susceptibles de le moderniser.

A. — On peut d'abord se référer à l'opposition classique dans les pays d'Afrique entre le droit traditionnel et le droit moderne. Certes, les qualificatifs ont varié, mais l'antithèse est demeurée entre les deux systèmes juridiques entrés en concurrence en Afrique. Indigène, autochtone, local, le droit traditionnel s'est nourri de la sève issue de la terre d'Afrique ; il est appelé à produire ses fruits par une maturation proprement africaine. Le droit moderne a porté autant de noms qu'il y a eu de colonisateurs ; parfois, il a changé de nom avec les constitutions. Chaque fois, il s'agissait d'un droit allogène, né sous d'autres continents, fait pour une autre société, pour une économie différente.

Si l'on se réfère à cette opposition qui a fait pendant longtemps les délices des juristes, mais aussi des spécialistes d'autres disciplines en Afrique, on est amené à analyser l'opposition ouverte ou cachée, du droit traditionnel à l'entrée en Afrique des catégories juridiques étrangères pour dire si cette résistance a été victorieuse ou vaine. En matière d'obligation, au moins, cette méthode d'investigation présente de singulières faiblesses.

a) Elle risque de produire de médiocres résultats, donc d'être peu utile.

Dans la mesure où le droit traditionnel africain peut être connu en matière d'obligation, il met en relations des groupements à l'exclusion des personnes qui les composent. Les accords entre groupements sont moins des contrats que des traités d'alliance⁽³⁾. Le contentieux est tari non par un recours à la justice, mais par un désir de conciliation. L'idée de responsabilité collective semble également mal adaptée à des relations de guerre, d'armistice ou de paix entre groupements, plus proches des relations internationales que des rapports d'obligation résultant d'un dommage.

La distance qui sépare le droit coutumier du droit moderne est ici trop importante pour pouvoir être franchie sans dommage. Les notions propres à chacun des systèmes n'ont de valeur que dans le système qui leur a donné naissance⁽⁴⁾.

Surtout les notions du droit traditionnel n'ont pu opposer une sérieuse résistance aux règles du droit moderne des contrats et obligations. L'expérience prouve que les Africains ont adopté ces règles pour leurs contrats, que le juge, à

défaut de règles correspondantes du droit africain, a fait application du droit moderne, que celui-ci a réussi à s'implanter en Afrique et à faire partie intégrante du droit positif.

Les auteurs les moins suspects de ne pas défendre le droit traditionnel africain contre le danger d'aliénation admettent que la matière des obligations a constitué ainsi un secteur ouvert très largement au droit moderne⁽⁵⁾.

b) De plus, est-il opportun de conserver indéfiniment le souvenir nostalgique du passé, de l'opposer aux apports nouveaux, en bref et suivant le mot célèbre, « d'entrer dans l'Histoire à reculons » ?

Le passé ouvre évidemment des voies sûres, parce qu'il enseigne des règles riches d'expérience. Mais, s'il s'agit de voies étroites, tortueuses, encombrées d'obstacles inutiles, c'est manquer de sagesse que de fermer la route à des idées plus dynamiques. Mieux vaut dans le conflit des notions surannées et des idées neuves jouer gagnant avant de se reconnaître battu.

B. — Ceci amène à envisager l'évolution du droit africain des obligations sous un article différent. L'apport d'éléments empruntés à d'autres droits étant acquis, il s'agit d'en tirer le meilleur parti, de les faire fructifier avec les autres éléments du capital juridique mis à la disposition de la société africaine. C'est donc vers l'avenir que les juristes africains doivent résolument se tourner pour assumer pleinement la responsabilité qui est la leur. La modernisation du droit africain passe alors par la modification, la réforme, ou mieux la refonte de ce que le passé a légué à l'Afrique pour l'adapter aux besoins réels du continent. La résistance à la modernisation se situe dans un présent fort actuel ; elle s'identifie avec les faits qui freinent la réforme et aussi avec le refus plus ou moins obstiné des esprits d'envisager des solutions nouvelles.

Cette façon de poser le problème de la modernisation du droit africain en matière d'obligations a au moins deux mérites.

a) Il n'est pas inopportun d'abord de comparer à cet égard la réaction des diverses législations africaines. De fait, les solutions sont diverses d'une législation à l'autre ; pour une même législation, la solution est susceptible de variation. Dans cette comparaison, on s'efforcera de ne pas pêcher par présomption, en tenant compte de ce qui peut être connu, sans comparer ce qui est dissemblable, sans juger par une comparaison hâtive. C'est pour cette raison que les exemples choisis seront de préférence empruntés aux législations que l'auteur a pu connaître pour les avoir pratiquées, il y a plusieurs années déjà. Les lacunes ainsi creusées de façon volontairement peu discrète pourront être comblées au cours des débats.

b) Il n'est pas interdit de penser d'autre part que la méthode proposée, faite partiellement de prospective, permet d'envisager le problème de la modernisation du droit africain des obligations dans toute son ampleur.

Certes, il est nécessaire, sur le plan du droit interne, de dire comment chaque législateur africain a envisagé pour son propre compte la modernisation des règles relatives aux sources ou aux effets des obligations⁽¹⁾.

Mais il est également utile, sur le plan international, de préciser si la modernisation réalisée par certains Etats a assez de vertu pour rayonner hors des frontières et provoquer un mouvement général d'unification du droit des obligations.

(5) V. en particulier E. SCHAEFFER, *Aliénation, réception, authenticité. Réflexions sur le droit du développement*. Penant, 1974, p. 311 et suivantes.

(3) La place du contrat individuel en droit coutumier africain fait l'objet de vives controverses entre les spécialistes. Pour les uns, les contrats entre individus sont nécessairement restreints, parce que la société est dominée par le groupe (Lévy Bruhl, *Ethnologie juridique*, in *l'Ethnologie Enc. La Pléiade*, T. I, 1968, p. 1151). D'autres estiment cette opinion trop absolue et s'efforcent de citer des contrats coutumiers individuels munis de force obligatoire (O. Elias, *Nature juridique du droit coutumier africain*, 1961, p. 161 et s.). D'autres encore notent une évolution de la coutume, avec substitution du contrat obligatoire à l'arrangement toujours susceptible de révision. ALLIOT, *L'acculturation juridique*, in *l'Ethnologie*, T. I, 1968, p. 1233 ; ROBERT, *Evolution des coutumes de l'ouest africain*, 1955, p. 160.

(4) Par exemple, la règle existant encore dans certaines coutumes, d'après laquelle le contrat peut être dénoncé parce qu'il n'est pas obligatoire (C. suprême Cameroun oriental, 26 mars 1968. Penant 1970, p. 359, note). LAMPUE doit être considérée comme une curiosité en droit coutumier africain. Cette règle heurte de front la morale universelle (*Pacta sunt servanda*) et la sécurité des transactions. Le législateur moderne, il est vrai, ne respecte plus la force obligatoire des contrats. Mais, qu'on lui laisse au moins la responsabilité d'une politique qui méprise la morale la plus élémentaire et sape l'un des fondements les plus sûrs de la vie économique.

L'unification du droit est ici, comme sur d'autres continents, l'objectif et le moyen de modernisation des règles juridiques en matière internationale.

Il conviendra sur ce second point également de se montrer prudent en ne confondant pas générosité et utopie, rêve et réalité (II).

1. — MODERNISATION DU DROIT INTERNE DES OBLIGATIONS

Toute modification des structures de l'Etat, ou même simplement toute politique de changement s'accompagne de réformes qui se veulent profondes. Les Etats africains nés au cours des vingt dernières années n'ont pas échappé à cette loi historique. Celle-ci, cependant, ne s'est pas appliquée avec une égale force selon les branches du droit, selon la matière de chacune d'entre elles et pour une même matière selon les pays.

Pour se limiter au droit des obligations, on notera un clivage très net entre les législations africaines. Un très grand nombre d'entre elles n'ont ressenti que faiblement le désir de modifier les règles résultant du régime précédent. Le droit des obligations y est resté inchangé malgré l'indépendance. Nul n'éprouve apparemment le besoin d'y procéder à une réforme, même partielle. A plus forte raison, une refonte d'ensemble est-elle hors de propos dans ce groupe législatif où l'on continue à appliquer imperturbablement le Code Civil français ou la common law (§ 1).

A l'inverse, deux Etats — le Sénégal et la République Malgache — ont adopté une politique législative de réforme profonde. Une législation nouvelle a été élaborée en matière d'obligations; des codes ont été préparés, promulgués et appliqués. Ce qui ailleurs était résistance à la réforme devient ici désir de rénovation et de modernisation (§ 2).

Il convient de mettre en parallèle ces deux politiques, d'en dégager les motifs, et aussi d'en apprécier les conséquences. Le contact des réalités peut parvenir à émuousser des différences parfois plus apparentes que réelles.

§ 1. — Résistance à la Modernisation du Droit des Obligations dans la plupart des Etats

La stabilité parfaite du Droit des obligations dans la plupart des Etats africains permet de considérer comme générale la résistance à la modernisation du Droit en cette matière pour l'ensemble du continent. Ce phénomène est remarquable du fait de la frénésie législative qui s'est emparée de l'Afrique après son accession à l'indépendance et du fait également de l'importance du Droit des obligations. Il est banal de constater que la vie juridique de chacun et la vie économique du pays entier soit un tissu serré d'obligations. Ce Droit devrait donc, au moins autant que les autres, être touché par le vent des réformes.

Certes, les juristes sont par tendance conservateurs. Ils n'aiment pas toujours en faire l'aveu, car on les suspecterait de vouloir préserver leur quiétude à tout prix. Mais, ceux qui détiennent les Tables de la Loi et doivent les faire respecter, sont naturellement les derniers à les détruire.

Encore convient-il d'aller au-delà de cette explication élémentaire pour mettre en lumière les avantages (A) et les inconvénients (B) de l'attitude réticente des législateurs africains relativement à la réforme du droit des obligations.

A. — Ne rien faire est évidemment, en matière de législation, comme ailleurs, une attitude de facilité. Mais cette voie est parfois en même temps celle de la sagesse. Il n'est peut-être pas inutile à cet égard d'explicitier les raisons justifiant l'attitude prudente des législateurs africains.

Voie de la facilité, en un premier sens, parce que, pratiquement, la réforme du Droit des obligations implique un travail législatif plein d'embûches, délicat à conduire, long à mener; mieux vaut ne pas s'embarquer dans une telle aventure. Politiquement, par opposition à la réforme du droit de la famille, la refonte du droit des obligations est peu payante. Elle n'intéresse que les spécialistes; les hommes d'affaires eux-mêmes ne se sentant pas toujours directement concernés par la réforme de dispositions dont ils préfèrent ne pas se soucier; quant au grand public, comment attacherait-il la moindre importance à des réformes qu'il ne comprend pas ?

Voie de la sagesse, en un second sens, qui permet de parer la résistance à la réforme d'autres vertus que le désir de mener avec économie le destin des nouveaux Etats.

Tout changement de législation, quel qu'il soit, apporte par lui-même un trouble aux transactions. Or, celles-ci ont besoin de sécurité. Ce besoin doit être particulièrement ressenti par des Etats tels que les Etats africains. Leur équilibre, souvent fragile, répugne à toute réforme en elle-même néfaste. Sur le plan international, une grande législation, un Code au nom prestigieux, donne un crédit qui ne doit pas être dilapidé à la légère. Ainsi, les impératifs économiques s'ajoutent à des considérations de pure technique juridique pour donner à la prudence de la plupart des Etats une auréole de sagesse les lavant du péché de paresse. L'inertie naturelle des juristes tourne, en définitive, à l'avantage de l'Etat, de son économie, de sa population entière.

B. — Mieux encore, il convient de mesurer avec prudence les inconvénients d'une attitude conservatrice, refusant toute espèce de réforme.

a) On pense immédiatement à la sclérose législative, conséquence première d'une telle attitude. Le droit est frappé de paralysie par l'accession à l'indépendance, et ceci n'est pas sans gêner les juristes les tout premiers.

Ne serait-ce que pour connaître la loi applicable, il leur faut prendre la machine à explorer le temps, remonter dans le passé, manier des documents vieux de quinze ans ou plus, se perdre dans les arcanes d'une époque révolue. Pour comprendre ces dispositions qui ont pu perdre ailleurs toute autorité, il faut consulter la doctrine et la jurisprudence d'antan. Autant faire des juristes africains des scribes d'un droit disparu, on allait dire irrévérencieusement des rats de bibliothèque (6). Encore convient-il de ne pas exagérer cet inconvénient. Le droit des obligations et des contrats, au moins dans sa partie générale, a connu une grande stabilité. En cette matière, les lois modificatives du Code Civil se comptent par unité. Certaines dispositions du Code sont si bien passées dans les mœurs que l'on ne sait si elles tiennent leur autorité d'un législateur défunt, d'une réception législative commode, ou d'une coutume savante. Qui dira par exemple d'où vient l'autorité en Afrique d'une règle telle que « en fait de meubles, possession vaut titre » ?

(6) A titre d'exemple : C. Madagascar, 7 juillet 1970 (Penant, 1971, 514). L'arrêt recherche les conditions d'application à Madagascar, en matière de navigation aérienne, des lois des 31 mai et 2 mars 1956, de la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 et du Protocole de La Haye du 28 septembre 1955.

C. d'appel Tchad, 10 décembre 1971 (Penant, 1975, 222). Il s'agissait de savoir dans quelle mesure le propriétaire d'un fonds de commerce mis en gérance peut être tenu personnellement des dettes du gérant, souvent dépourvu de surface financière. La question a été réglée en France par des textes législatifs (D. 22 et 30 septembre 1953, L. 20 mars 1956) qui n'ont pas été rendus applicables en Afrique. Remontant à l'époque antérieure à ces dispositions, l'arrêt fait appel à la « jurisprudence constante d'après laquelle le propriétaire du fonds, pour soustraire sa responsabilité personnelle, doit donner au contrat de gérance une publicité efficace et suffisante ».

Il est vrai également que la sclérose du droit africain le prive pour l'avenir des réformes apportées dans le système législatif de référence. Ainsi, le juriste africain n'aura le secours ni des lois nouvelles modifiant son code, ni des interprétations récentes que donneront des textes anciens des juridictions prestigieuses devenues pour lui Cours étrangers. Mais à tout prendre, est-ce un inconvénient ? Un certain recul est accordé aux juristes africains pour peser les mérites d'une jurisprudence qui ne leur est plus automatiquement applicable. Ils peuvent, l'esprit libre et serein, assister au manège tournoyant des arrêts, à la griserie des revirements de jurisprudence, à la folie des discussions byzantines. Ils peuvent continuer à croire que la stabilité n'est pas la moindre vertu des règles de droit.

b) Le véritable danger gît ailleurs. Il se situe dans l'espace, plus précisément dans la transposition qu'implique l'adaptation aux pays africains d'une règle de droit empruntée à d'autres systèmes juridiques.

Le caractère indispensable de cette extrapolation apparaît avec évidence dans les matières du droit privé qui touchent de près les mœurs, les croyances, le genre de vie. Comme l'écrit l'auteur d'un des Codes africains les plus récents, « le droit doit composer avec les données sociales et respecter dans une certaine mesure les sentiments, les manières de voir naturelles à la société, à peine de demeurer une œuvre théorique et de perdre même le caractère de droit ; car il ne serait plus, en dépit de toute sa valeur morale, ce qui est juste pour la société envisagée » (7). Il ne faudrait pas croire que le droit des contrats et obligations échappe à un aussi sage conseil. Il a la réputation de viser à l'universel. Mais, cette réputation est surfaite. Le droit des obligations n'est ni permanent ni uniforme (8). Les facteurs d'élaboration, auxquels ce droit est soumis, impliquent sa diversification, tant au point de vue économique que politique. Ce qui est vrai en Europe devient souvent une erreur sous d'autres cieux. Il faut être moraliste comme Pascal pour s'étonner de ce qui est d'évidence pour les juristes.

Dans le passé, la jurisprudence a su procéder à une telle adaptation. Un exemple typique peut être cité, qui a l'avantage de concerner à la fois les transports, la responsabilité et l'assurance : le droit de la circulation routière. Celui-ci ne peut être que différent en Europe et sur les pistes d'Afrique Noire (9). De là, un effort remarquable d'interprétation audacieuse, pour ne pas dire d'imagination de la part des tribunaux africains pour recouvrer avec des notions réputées cependant souples du droit européen une réalité bien différente. Telle cette jurisprudence réussissant à faire jouer l'assurance en cas d'accident survenu sur des pistes qui n'ont de route que le nom, malgré la clause issue de la pratique européenne excluant l'assurance en cas de dénivellement ou de mauvais état du sol affecté au roulage (10). Telle cette autre jurisprudence réussissant

également à protéger les victimes des redoutables apprentis chauffeurs, sauf à mettre en contradiction avec les arrêts les plus célèbres sur la disparition de la garde lorsque le véhicule est conduit à l'insu de son propriétaire (11). Telle encore cette singulière interprétation des faits qui autorise la resquille et l'auto-stop à l'échelle industrielle en considérant « comme modification de détail (sic) au contrat primitif » le fait d'avoir ajouté neuf personnes à la famille du transporté (12).

Compte tenu d'une telle expérience, le problème de l'adaptation des règles du droit des obligations peut être posé dans toute son ampleur. Faut-il condamner les juristes africains à un travail incessant d'adaptation de textes empruntés à d'autres législations, se livrer à une gymnastique intellectuelle, parfois acrobatique, déployer toute cette énergie pour le respect souvent formel de numéros d'articles soumis ailleurs à interprétation divergente ? N'est-il pas préférable de demander au législateur d'accomplir somme toute sa fonction en disant ce qui est juste et raisonnable pour la société qu'il régit ? N'est-il pas souhaitable d'accepter l'apport du passé comme tel pour l'orienter vers l'avenir des Etats africains ? Certains d'entre eux l'ont pensé, qui sont à l'origine du mouvement de modernisation du droit des obligations en Afrique, sur lequel il convient maintenant d'insister.

§ 2. — Mouvement de modernisation du droit des obligations dans certains Etats

Réalité juridique incontestable, le mouvement de modernisation du droit des obligations s'est manifesté dans les Etats nés de la décolonisation par la promulgation de deux Codes au moins (13) dont chacun représente un document législatif important. Le Sénégal a été doté par deux lois du 10 juillet 1963 et du 15 juillet 1966 d'un Code des obligations civiles et commerciales qui ne comporte pas moins de 826 articles répartis en deux livres consacrés à la partie générale (256 articles) et aux contrats spéciaux (570 articles). A la même époque, le droit malgache des obligations fait l'objet d'une ordonnance du 31 juillet 1962 sur la preuve des obligations civiles ; d'une ordonnance du 19 septembre 1962 sur les obligations envisagées indépendamment de leur source ; d'une loi du 9 juin 1965 sur la source des obligations. Une loi du 2 juillet 1956 rassemble ces dispositions en un seul texte sur la théorie générale des obligations.

L'ampleur d'un tel mouvement doit être appréciée à sa juste mesure. Il ne concerne que deux Etats. Dans chaque cas, il n'a pas affecté la totalité du droit des obligations. Le législateur malgache n'est intervenu qu'en matière d'obligations civiles. Si le législateur sénégalais a touché les obligations commerciales et les contrats spéciaux, il a laissé jusqu'ici, en dehors de son Code des obligations, ces matières importantes qui demeurent soumises au droit antérieur : garanties du créancier (14), sociétés commerciales (15). Ainsi, le mouvement de modernisation législative ne donne pas l'impression d'avoir été activement poussé en vue d'un achèvement rapide.

(7) R. DAVID : La refonte du Code civil dans les Etats africains. *Annales africaines*, 1962, p. 162.

(8) V. notamment J. FLOUR et J.-L. AUBERT *Les obligations*, vol. 1. A. Colin, 1975, n°s 64 et suivants.

(9) Voir R. DECOTTIGNIES : Sur les pistes d'Afrique Noire. *Mélanges Hamel*. Dix ans de conférences d'agrégation, 1961, p. 384 et suiv.

(10) *Ibid.*, p. 387-388 et les arrêts cités. C. appel Dakar, 12 avril 1957, 18 juillet 1958. Voir également Trib. Abidjan, 7 février 1974. Penant, 1975, 101 : Pour faire jouer l'assurance en cas de bris de glace par projection d'un caillou du fait d'un autre véhicule, le jugement affirme qu'il ne s'agit pas d'un cas fortuit.

(11) *Ibid.*, p. 391-393. Voir également C. Abidjan, 12 avril 1968, *Rev. Ivoirienne de droit*, 1968, p. 36.

(12) *Ibid.*, p. 394 et l'arrêt C. Brazzaville, 30 juin 1953, qui y est cité.

(13) L'Ethiopie également a été dotée d'un Code civil et d'un Code de commerce récents. Sur la procédure adoptée pour l'élaboration de ces textes, voir R. DAVID, article précité ; *Annales Africaines*, 1962, p. 160 et suiv. Faute d'information sur l'application de ces textes, il n'a pas semblé possible d'en faire état dans ce rapport.

(14) La troisième partie du Code des obligations civiles et commerciales consacrées aux garanties des créanciers a été promulguée par la loi du 12 juin 1970, treize ans après les textes formant la première partie de ce Code.

(15) Sur le droit qui continue ainsi à s'appliquer aux sociétés commerciales, voir G. MEISONNIER : Analyse de la législation française en matière de droit des sociétés. *Revue juridique et politique*. Indépendance et coopération, 1976, p. 331 et suiv.

En se fondant sur ces seuls textes, on peut tenter d'aller au-delà d'un inventaire quantitatif pour esquisser un jugement sur cette politique d'intervention bien différente de l'abstention commune à la plupart des Etats. Au risque de décevoir les esprits novateurs, il semble que les Codes africains n'aient pas été inspirés d'un grand dessein en matière d'obligations (A). C'est peut-être pour cette raison que leur intervention peut produire d'utiles effets (B). Les législations modestes sont souvent les plus efficaces.

A. — Malgré les difficultés de l'entreprise, il ne semble pas impossible de dégager les motifs qui ont amené deux législations à intervenir de façon massive par des dispositions nouvelles en matière d'obligations.

Des travaux préparatoires ont été diffusés (16). Certains textes ont été précédés d'exposé des motifs (17). Une doctrine abondante s'est élaborée sur les nouveaux Codes (18). Encore convient-il de noter que les opinions ainsi exprimées n'engagent, en définitive, que leur auteur. Leur caractère parfois contradictoire affaiblit encore leur autorité.

Sans prétendre éliminer toute contradiction, on peut classer par ordre d'importance les raisons d'être de ces interventions législatives. Toutes ne peuvent être mises sur un pied d'égalité.

a) Les motifs d'ordre purement politique qui auraient pu amener le Sénégal et la République Malgache à avoir leur propre Code des obligations peuvent, semble-t-il, être éliminés sans grande hésitation.

Ces Codes n'ont pu être inspirés, à l'instar d'autres dispositions prises au lendemain de l'indépendance, par le désir de rejeter un passé colonial révolu. Les règles du droit des obligations ont été intégrées à la réalité juridique africaine pour combler les lacunes du droit traditionnel en assurant à tous l'égal bénéfice des mêmes dispositions (19). En vérité, il n'y avait pas à décoloniser là où il n'y avait pas eu colonisation.

(16) Voir les travaux de la Commission de codification du droit des personnes et des obligations du Sénégal dont il est fait état dans la doctrine : P. BOUREL, La formation du contrat en droit sénégalais, Rev. Sénégalaise de droit, 1969, p. 33 et suiv., notes 26 et 27.

(17) Un exposé des motifs précède les ordonnances malgaches n° 62-007 du 31 juillet 1962 (« J.O. » 11 août 1962), p. 1367 ; n° 62-037 du 19 septembre 1962 (« J.O. » 28 septembre 1962, p. 1978).

(18) Sur le Code sénégalais des obligations, R. DECOTTIGNIES : Réflexions sur le projet de Code sénégalais des obligations, Annales Africaines, 1962, p. 171 et suiv. ; E.-A. FARNSWORTH : Le nouveau Code des obligations au Sénégal, Annales Africaines, 1963, p. 73 et suiv. ; J. CHABAS : Réflexions sur l'évolution du droit sénégalais, Mélanges Julliot de La Morandière, 1964, p. 127 et suiv. ; RIVES : Théorie générale des obligations en droit sénégalais, Revue sénégalaise de droit, 1971, p. 5 et suiv. ; P. BOUREL : La formation du contrat en droit sénégalais, Réflexions sur la modernité du Code des obligations civiles et commerciales, Revue sénégalaise de droit, 1969, p. 33 et suiv. ; F. BOUREL : Le droit de la responsabilité extra-contractuelle en Afrique Noire francophone, Journal of African Law, vol. 17, 1973.

— Sur la législation malgache des obligations, J. LACOMBE : Théorie générale des obligations au droit malgache, Cujas, 1967, 670 p. ; La théorie des obligations dans le nouveau droit malgache, Annales Université de Madagascar, n° 2, p. 87 et suiv. ; Evolution de la responsabilité du fait d'autrui en droit malgache, Mélanges Voirin, A. ORTOLLAND : Responsabilité extra-contractuelle en droit malgache, Penant 1966, p. 130 et suiv. ; 327 et suiv. ; 1967, p. 53 et suiv.

— Pour une comparaison de ces législations, A. TUNC : La responsabilité civile dans trois récentes codifications africaines, Revue internationale de droit comparé, 1967, p. 927 et suiv.

(19) On trouvera la confirmation de cette idée dans l'Exposé des motifs de l'ordonnance malgache n° 62-037. Se demandant si « les coutumes et le droit traditionnel, règles générales sur les obligations », l'auteur de l'exposé des motifs fait appel « aux principes généraux qui gouvernent le droit des obligations et que l'on trouve notamment dans le droit des contrats répondant à des besoins économiques que tous les peuples connaissent et, de ce fait, sont permanents et universels ».

Il semble d'autre part exagéré de penser que les nouveaux Codes, en posant certains principes fondamentaux, tels que le consensualisme ou la liberté des conventions, aient voulu affirmer un libéralisme disparu, voire se mettre en opposition avec la politique déclarée des nouveaux Etats qui se situe dans la ligne du socialisme (20). Les croyances politiques n'ont qu'une valeur relative en pareille matière. La liberté contractuelle n'a jamais empêché le législateur d'intervenir par des mesures impératives d'ordre public. En sens inverse, la socialisation des rapports juridiques n'exclut pas la liberté des contrats qui ne sont pas réglementés (21).

Mieux vaut sans doute ôter à ces principes dits fondamentaux leur inutile coloration politique et les envisager comme des recettes expérimentées pour une heureuse gestion d'intérêts fort matériels. Ce fut l'un des mérites premiers du consensualisme et de la liberté des transactions que de donner satisfaction à de telles nécessités. Il semble que ces principes aient toujours la même vertu d'adapter le contrat aux réalités d'une économie fluctuante. Ils ont le mérite supplémentaire, en économie de croissance, de faire participer les praticiens et les contractants à une œuvre de développement qui doit être la tâche non seulement des autorités, mais de la collectivité tout entière (22).

b) Economie, sous-développement, croissance, autant d'idées qui ont reçu un écho très précis dans les pays d'Afrique. On sait comment, en une vingtaine d'années, ces thèmes ont inspiré toute une doctrine et donné naissance à une nouvelle manière d'envisager les règles du droit (23).

Il est bien certain que les Codes sénégalais et malgache élaborés au moment où le droit du développement prenait naissance ont été sensibles à ce courant d'idées généreuses dont certaines semblaient des idées-force. Mais, les deux législateurs ne se sont pas pour autant laissés emporter par un tel courant.

Il aurait été spectaculaire de faire ruisseler les idées de développement à tout prix sur la matière des obligations. L'érosion du droit ancien aurait sans doute été complète et sur la roche nue on aurait pu sculpter au droit africain un visage neuf.

En même temps, il aurait été fort périlleux de faire du droit des obligations, vieux de plusieurs siècles de sagesse, un terrain d'expérimentation pour des idées encore mal éprouvées. Car, les auteurs ne s'entendent guère sur le

(20) C'est ce que soutient P. BOUREL : article précité, Revue Sénégalaise de droit, 1969, n° 6, p. 38, 45 et 46.

(21) L'exposé des motifs de l'ordonnance malgache n° 62-037 ne voit aucune contradiction entre « la socialisation progressive des rapports juridiques et les limites à la liberté contractuelle » d'une part, et d'autre part le fait que « le droit des obligations domine tous les rapports juridiques et constitue une base indispensable par la connaissance du droit commercial ou du droit public ».

(22) DECOTTIGNIES, article précité, Annales Africaines, 1962, p. 179-180.

(23) GRANGER : Pour un droit du développement dans les pays sous-développés, Mélanges Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation, p. 47 et s. ; E. SCHAEFFER : Droit du développement, Bulletin de l'Institut International d'Administration Publique, 1968, p. 68. KEBE M'BAYE : Droit et développement en Afrique francophone de l'Ouest, Aspects juridiques du développement économique, p. 135 et suiv. STOUFFLET : De l'élaboration d'une législation de droit privé dans un pays en voie de développement, Annales africaines, 1962, p. 252. RARIJAONA : Le droit du développement à la recherche de son expression, Penant, 1968, p. 545 et suiv.

sens qu'il faut donner au droit du développement (24). Le seul point sur lequel l'accord puisse se faire, serait sans doute de donner la primauté aux nécessités économiques. Mais, comment construire un droit solide sur une infrastructure économique instable ? Comment penser que le droit, même dans une perspective de croissance, est à la remorque de l'économie ?

c) Sagement, il semble que les législateurs sénégalais et malgache aient limité leur ambition en rédigeant un Code des obligations à la satisfaction de besoins plus immédiats et, en même temps, moins contingents. Ceux-ci se situent au niveau apparemment modeste de la technique juridique.

Une telle réaction est naturelle chez les privatistes. Habités à œuvrer au ras des intérêts terre à terre de chacun, ils se sentent plus proches des entrepreneurs que des architectes. Forts de l'expérience inlassablement renouvelée des hommes de nombreuses générations, ils aiment mieux traduire cette expérience dans les textes que de la contredire par des dispositions sélénaires.

Le réflexe des techniciens du droit joue de façon particulièrement nette en matière d'obligations, terrain d'élection de la mécanique juridique. En définitive, le contrat n'est pas autre chose qu'un outil fabriqué par les contractants pour satisfaire leurs intérêts. Les contrats spéciaux constituent un outillage plus ou moins perfectionné. Les contrats innommés, fruit de l'imagination des praticiens, font figure de machines n'attendant que le brevet des juristes.

Il convient, de toute évidence, que cet outillage soit aussi bien adapté que possible à l'ouvrage auquel on le destine. Dès lors, n'était-il pas tentant — en même temps que suffisant — d'ambitionner pour l'Afrique un droit perfectionné, mieux adapté à ces besoins ? A cette question, le législateur malgache (25), certains rédacteurs du Code sénégalais (25) ont répondu de façon délibérément affirmative. Une expérience maintenant décevante amène à examiner les résultats de cette politique législative volontairement limitée dans ses ambitions.

B. — Encore convient-il de ne pas commettre sur ce point de confusion de genre. Apprécier les résultats d'une législation, surtout lorsqu'elle se veut modeste, ce n'est pas en dire la valeur dans l'absolu quant à la forme ou quant au fond. C'est en mesurer les effets sur le plan très quotidien de la pratique avec les seuls moyens permettant à l'observateur impartial de se faire une opinion. En définitive, c'est répondre à deux questions complémentaires :

— Le texte a-t-il soulevé des difficultés d'application insurmontables ?

— A-t-il fallu le modifier profondément ?

(24) Cf. les critiques divergentes présentées relativement à l'orientation du droit du développement en Afrique francophone. Certains reprochent au législateur d'avoir « contredit la volonté du gouvernement de s'engager dans les voies africaines du socialisme » (P. BOUREL, article précité p. 36). D'autres estiment que les textes nouveaux directement issus de la tradition juridique française, sont incompréhensibles pour la population et « servent, outre les intérêts des résidents étrangers, ceux d'une petite minorité d'urbanisés et de fonctionnaires au détriment de la grande masse des populations vivant de l'agriculture » (E. LE ROY : Droit de développement en Afrique Noire francophone après dix années d'indépendance politique. Revue sénégalaise de droit, mars 1971, p. 65-66). D'autres encore, tout en réservant le cas du droit des obligations, axent leurs réflexions sur le droit du développement dans trois directions : « aliénation, réception, authenticité » (E. SCHAEFFER, *Penant*, 1974, p. 311 et suiv.).

(25) L'exposé des motifs de l'Ordonnance n° 62-007 est sur ce point très net : « La rapide évolution sociale, la multiplication des rapports juridiques, le désir d'assurer la sécurité des transactions, les progrès de l'économie monétaire, le développement du crédit et la participation toujours plus importante des citoyens aux activités des secteurs d'économie moderne ont rendu nécessaires une remise en ordre une unification et une modernisation du droit des obligations que l'on trouve actuellement éparpillé dans le Code civil français, les anciens Codes malgaches, « la jurisprudence de la Cour d'appel et plus rarement dans la coutume ».

(26) R. DECOTTIGNIES : Rapport devant la Commission de codification, travaux de la Commission, 28 novembre 1961.

a) Les nouveaux Codes africains en matière d'obligations ne semblent pas avoir créé un contentieux abondant. Ce résultat modestement négatif est réconfortant, si l'on tient compte du désir de modernisation qui inspirait le législateur. En même temps, cette absence de contentieux abondant s'explique par les limites apportées par la loi elle-même au désir de réforme du droit ancien. Celui-ci a été modernisé sur le seul plan de la technique juridique de façon modeste (27), pas plus qu'il n'était souhaitable ou simplement possible (28).

Quelques exemples illustreront cette proposition.

— Concernant les sources des obligations, la loi malgache, apparemment, innove grandement en consacrant un chapitre entier à l'engagement unilatéral de volonté (art. 197 et suiv.). Pratiquement cependant, la réforme est limitée d'autant que le texte malgache semble s'attacher surtout à une application fort particulière : la promesse publique de récompense. Les récompenses promises à ceux qui retrouvent des chiens perdus n'ont pas une telle importance qu'elles fassent vaciller les règles classiques sur les sources des obligations.

Plus importantes sont évidemment les règles sur les contrats, empruntées au droit français, mais infiniment plus élaborées et rajeunies dans la législation du Sénégal et de Madagascar. Il reste que ces règles, sur bien des points, traduisent en formules légales des solutions dégagées par la jurisprudence ou la doctrine en matière de consentement ou de cause (29) ; le praticien se trouve ainsi rassuré et, en même temps, protégé par la formulation légale entre les incertitudes d'une jurisprudence aussi prétorienne que laxiste, en matière de vices du consentement notamment. Mieux encore, innovant cette fois, par rapport au droit antérieur, les Codes africains donnent au juge le pouvoir de tempérer ce qu'une application trop stricte du droit pourrait entraîner d'iniquité ou d'insécurité. La loi permet ainsi au juge d'interpréter largement le contrat, de compléter la volonté des parties, de préserver le contrat de la nullité, de sauver ce qui peut l'être en cas de résolution (30). Ceci facilite l'adaptation de la loi à la réalité et rend le contentieux moins rigide avec la participation du juge.

La redoutable matière de la responsabilité a donné naissance à une abondante littérature juridique, non dépourvue de romantisme. Chaque législation a ses propres règles. Chaque auteur a tendance à avoir ses idées, son système, voire sa propre terminologie. En cette matière, on pouvait donc craindre le pire, les législations africaines se lançant dans l'aventure des innovations profondes. Il n'en a rien été. Les articles nombreux consacrés au droit de la responsabilité ont repris pour l'essentiel les grandes règles élaborées par la jurisprudence française sur les art. 1382 et suiv. du Code civil (31). L'innovation a consisté à simplifier, unifier et à doter ce droit dangereusement mouvant d'une stabilité qu'il n'a pas en droit français.

— La matière des **contrats spéciaux** fournit d'autres exemples de modernisation de la législation sans que les innovations ainsi réalisées aient engendré de graves inconvénients. La matière est importante, puisqu'elle touche directement la pratique des affaires ; les praticiens, en réalité, ne connaissent pas le contrat en tant qu'entité

(27) C'est le thème de l'article de P. BOUREL. La formation du contrat en droit sénégalais. *Réflexions sur la modernité du Code des obligations civiles et commerciales*. Revue Sénégalaise de Droit, septembre 1969, p. 33.

(28) Pour les textes malgaches, voir J. LACOMBE. La théorie des obligations dans le nouveau droit malgache. *Annales de l'Université de Madagascar*, n° 2, p. 87 et suiv. ; l'auteur propose une distinction nécessairement subjective entre les innovations essentielles et secondaires du nouveau droit.

(29) Art. 58 et suiv. C. sénégalais ; art. 67 et suiv. Loi malgache.

abstraite; ils sont plus sensibles au caractère fort concret des différents types de contrats qui correspondent à autant de genres d'affaires à négocier. Le législateur sénégalais également a montré tout le prix qu'il attachait aux contrats spéciaux en leur consacrant 569 articles du Code des obligations. Or, les réformes intervenues en la matière ne sont pas négligeables. En matière de transport terrestre, par exemple, si le Code sénégalais renforce la sécurité des parties par des moyens fort classiques empruntés à une technique éprouvée, il innove en intégrant les tiers au contrat de transport lors de la conclusion et de l'exécution du contrat sans que cette réforme ait apparemment engendré un abondant contentieux (32). D'autres modifications ont, semble-t-il, été moins bien supportées en des matières considérées par le législateur comme étant d'ordre public (33).

Mais, que la loi soit supplétive ou impérative, il existe des procédés bien connus d'adaptation de la loi à des circonstances nouvelles. Ceux-ci ne sont pas ignorés des législateurs africains qui ont réformé le droit des obligations.

b) Ces procédés d'adaptation, qui permettent de rajeunir la loi sans la modifier profondément relèvent de trois techniques différentes que les législateurs africains ne mettent pas toutes sur un pied d'égalité.

— D'abord, le **contrat**. S'il est libre, il pourra s'appauvrir de ce qui est suranné. Il pourra surtout s'enrichir des apports les plus neufs, empruntés, s'il y a lieu, aux systèmes les plus différents, quitte à mettre à la torture l'esprit des juristes lorsqu'ils voudront faire rentrer ces contrats nouveaux dans l'ordre des catégories juridiques anciennes (34). En affirmant la liberté des contrats et en donnant à nombre des dispositions nouvelles un caractère supplétif, les législateurs sénégalais et malgache (35) ont fait plus qu'une œuvre pie pour le passé. Ils ont sauvegardé l'avenir en donnant autorité à la pratique des affaires, fruit de l'imagination créatrice des praticiens.

— Lorsque le contrat bute sur la notion d'ordre public, c'est alors au juge qu'il appartient d'adapter la règle aux circonstances nouvelles. Tâche importante du fait du caractère souvent contingent des impératifs économiques que le législateur veut faire peser sur le contrat. Mais aussi, tâche délicate lorsque le législateur n'a pas qualifié lui-même la loi qu'il considère comme impérative. Le juge ne sait alors ce qui est d'ordre public, ni de quel ordre public il s'agit (36). Les parties sont à la merci d'un conten-

tieux tardif et dangereux pour la sécurité des transactions. C'est pour cette raison, semble-t-il, que les législateurs malgache et sénégalais ont préféré à l'imprécision de l'art. 6 C. civil français, des formules qui se veulent plus élaborées ou des énumérations précises (37).

— Reste enfin l'ultime remède: la **loi**, plus facile à utiliser dans les pays où le législateur peut être atteint aisément et où les réformes n'appellent pas la mise en route d'un appareil législatif lourd et incommode. Or, on est amené à constater la stabilité du droit des obligations dans les pays qui l'ont refondu complètement. La période de références, il est vrai, est brève, puisque ces Codes ont un peu plus de dix ans. Mais, les sollicitations ont parfois été vives de promouvoir des réformes au coup par coup, en s'inspirant dans certains cas de l'imitation du droit français plus que de l'observation attentive des réalités africaines (38).

Ainsi, le double courant qui a alimenté le droit africain en matière d'obligations finit par mêler ses eaux. Les uns ont conservé l'ancienne législation, mais doivent constamment l'adapter à l'Afrique. Les autres ont doté l'Afrique d'une législation nouvelle, mais n'ont modernisé que dans la mesure du possible. Il reste que la seconde méthode a l'avantage de la clarté, de la simplicité et (l'expérience l'a prouvé), de la stabilité. Il est permis de se demander si ces avantages essentiellement pratiques ne permettent pas d'aller au-delà du seul droit interne des pays africains pour en faire bénéficier le continent entier.

II. — UNIFICATION DU DROIT DES OBLIGATIONS SUR LE PLAN INTERNATIONAL

Dans l'ordre international, la modernisation du droit des obligations a une signification fort précise. Elle amène à rejeter les techniques traditionnelles: celles-ci considèrent la diversité des législations comme un fait inéluctable auquel il faut porter remède par une solution satisfaisante du conflit de lois en cas de relations juridiques mixtes. Le désir de renouveau amène à supprimer cette diversité: la création d'un droit uniforme ayant autorité à tout le moins dans l'ordre international trace la voie malheureusement fort étroite de la modernisation.

En Afrique, plus que dans d'autres continents, l'insuffisance des remèdes classiques à la diversité des législations africaines (§ 1) amène à souhaiter ardemment l'unité du droit africain des obligations (§ 2).

(30) C. Sénégalais, art. 99 et suiv. (interprétation des contrats); art. 89 et suiv. (annulation); art. 107 (résolution). Loi malgache, art. 124 et suiv. (annulation); art. 107 (résolution). Loi malgache, art. 124 et suiv. (interprétation des contrats). Art. 102, 108, 112 et suiv. (annulation). Art. 170 (résolution).

(31) Voir les excellents articles de P. BOUREL. Le droit de la responsabilité civile extra-contractuelle en Afrique francophone. L'exemple de la législation sénégalaise comparée aux systèmes français et malgache. *Journal of African Law*, vol. 17, n° 1, 1973; A. ORTOLLAND: Responsabilité extra-contractuelle en droit malgache. *Penant*, 1966, p. 150 et suiv.; 327 et suiv.; 1967, p. 53.

(32) Voir l'article de M. CAMBOULIVES: La modernisation du contrat de transport terrestre au Sénégal. *Annales Africaines*, 1967, p. 51 et suiv.

(33) Doudou N'DOYE: De la résiliation du contrat de louage de choses en droit sénégalais. *Revue sénégalaise de droit*, Décembre 1974, n° 16, p. 21 et suiv.

(34) Le système français en a fait l'expérience. Si un certain nombre d'emprunts à la loi anglaise (chèque), à la loi allemande (S.A.R.L.) ont nécessité des réformes législatives, le droit des affaires a réveillé la liberté des contrats de sa léthargie séculaire en introduisant sans l'aide du législateur des pratiques empruntant l'essentiel de leurs règles à des notions anglo-saxonnes (franchising, leasing, factoring).

(35) Art. 42 C. Sénégalais. L'art. 90, al. 1 de la loi malgache, comme l'art. 6 du C. civil français, pose le principe de la liberté du contrat, par a contrario.

(36) A titre d'exemple, on mentionnera les hésitations de la jurisprudence française sur le caractère de la législation relative aux indexations. S'agit-il d'un ordre public de protection ou de direction? Toulouse, 5 mars 1975, et Amiens, 3 décembre 1974, D. 75.772; Comm., 7 janvier 1975, D. 75.516 et les notes Ph. MALAURIE.

(37) L'art. 90, al. 2 de la loi malgache exige la «conformité (de l'objet du contrat) aux règles impératives édictées en vue d'assurer l'organisation des forces productives du pays dans l'intérêt de la nation». Sur l'interprétation de ce texte, voir J. LACOMBE, article précité, *Annales Université de Madagascar*, n° 2, p. 96.

Si l'article 42 C sénégalais se contente de mentionner l'ordre public sans le définir, l'art. 258 énumère les règles qui doivent être considérées comme impératives en matière de contrats spéciaux.

(38) Un congrès organisé par l'Association sénégalaise d'Etudes et de Recherches juridiques, en 1972, a fait le bilan des réformes à appliquer aux Codes sénégalais (*Revue sénégalaise de droit*, n° 12, 1973). Pour le Code des obligations, si on laisse de côté les réformes proposées en matière de propriété commerciale, on est surpris de constater que les autres propositions concernent, à l'exemple du droit français:

— la responsabilité du dément, sans intérêt pratique lorsque celui-ci est sans ressources;

— la responsabilité du transporteur bénévole en qualité de gardien de la chose. Introduite par un revirement de jurisprudence (Ch. mixte, 20 déc. 1968, J.C.P. 69, II, 15, 756), la solution nouvelle s'explique en droit français par le caractère obligatoire de l'assurance automobile. Le développement limité de cette assurance au Sénégal, la multiplication des occasions de transport bénévole justifiant au contraire le maintien de la règle ancienne obligeant la victime à faire la preuve de la faute du transporteur bénévole (P. BOUREL, art. précité, *Journal of African Law*, 1973, p. 24).

§ 1. — Remèdes à la diversité des législations africaines

Considérer comme acquise la diversité des législations, ce n'est pas adopter pour autant une attitude intellectuelle entièrement passive. Il faut d'abord mesurer l'importance de cette diversité. Les comparatistes s'y emploient et ils ne sont pas entièrement désarmés par les législations africaines (A). Il faut ensuite tirer les conséquences de cette diversité en cas de relations mixtes. C'est la tâche des internationalistes ; leur intervention cependant n'est pas très favorable aux législations africaines dans le droit des obligations (B).

A. — Certes, la tâche des comparatistes est ardue, tant en raison des moyens dont ils peuvent disposer, qu'à cause du résultat qu'ils peuvent raisonnablement tirer de leurs recherches. Ce n'est pas diminuer les mérites du droit comparé que d'évaluer à ce double point de vue l'apport du droit africain.

a) Les moyens d'investigation du droit africain sont nombreux et se veulent efficaces. Pour se limiter aux moyens existant en Afrique francophone, on fera mention d'un centre de documentation (39), de revues spécialisées permettant de connaître une jurisprudence difficile à atteindre et facilitant l'élaboration d'une doctrine (40). Il est cependant évident que les informations ainsi données concernent plus directement une législation, un système juridique. Rares sont les études qui peuvent aller jusqu'à une comparaison des solutions dégagées ici ou là. Cette lacune s'explique d'ailleurs aisément : obstacle de la langue, diversité de terminologie, incompatibilité des catégories juridiques lorsqu'elles appartiennent à des systèmes différents.

b) Quant au résultat que l'on peut attendre d'une telle investigation, il risque, au moins dans un premier temps d'accuser les différences, d'accentuer la diversité des solutions. S'agissant de la matière des obligations, les pays africains ont, du fait de la colonisation, emprunté leur législation à des systèmes opposés. C'est un bien mince résultat, semble-t-il, que de trouver ici les différences souvent signalées entre les droits européens. Les droits africains ne gagnent pas grand chose à une telle comparaison, menée avec des moyens trop faibles, qui oppose les législations que l'on voudrait unir.

B. — Le bilan de l'intervention des internationalistes est, à cet égard, encore plus décevant. Il leur appartient, dans les relations mixtes, de résoudre le conflit qui s'éleve entre lois que l'on n'a pu rapprocher. Or, cette solution tourne le plus souvent au détriment des législations africaines en droit positif sans que les propositions faites par certains auteurs pour l'élaboration d'un nouveau système de conflits en Afrique aient été adoptés par les Etats africains.

a) Il est facile de montrer, avec exemples à l'appui, que le système actuel de conflits de lois aboutit à l'exclusion de plusieurs d'entre elles.

En matière de contrats, la règle « *Locus regit actum* » donne pour la forme compétence à la loi du lieu de conclusion, mais à titre facultatif. Quant au fond, la règle d'autonomie donne aux contractants une plus grande liberté encore pour soumettre le contrat à telle ou telle loi. Dans la mesure où une option doit ainsi être levée entre diverses législations européennes et africaines en matière de contrats, on peut sans grand risque jouer les législations africaines perdantes. Les hommes d'affaires européens et même

africains préféreront choisir la législation qu'ils peuvent connaître le plus facilement par leurs conseils. Si ce choix n'a pas été fait dans le contrat, la jurisprudence parvient au même résultat en rendant applicable la loi européenne, mieux connue des parties, sinon du juge lui-même (41).

En matière de responsabilité, la règle donnant compétence à la loi du délit semble assurer cette fois la revanche des lois africaines, et sans possibilité d'échapper à leur empire au nom de l'autonomie de la volonté. Sans même analyser le caractère exceptionnel en pratique de cette solution du fait de la rareté des axes de circulation internationaux et des accidents causés à l'étranger, on rappellera que le rattachement à la loi du lieu du délit ne vaut que pour la responsabilité délictuelle. En se servant de la responsabilité contractuelle, en l'étendant à l'extrême, on parvient à faire jouer une autre loi que celle du lieu du dommage.

La jurisprudence française s'est souvent servie de ce tour de passe-passe pour permettre aux victimes de trouver un responsable selon la loi française (42).

On peut citer des décisions africaines usant du même stratagème (43).

La législation sénégalaise qui unifie les deux types de responsabilité par une même définition de la faute, incite les juges à ce glissement de la responsabilité délictuelle à la responsabilité contractuelle, chaque fois qu'il est possible.

b) Allant au-delà du droit positif, des propositions avaient été faites tendant à l'élaboration d'un système de conflits de lois nouveau pour les relations interafricaines. Quelles que soient les solutions proposées, ce système avait les avantages bien connus d'un système uniforme, s'il était adopté par tous les législateurs africains : éviter la surprise d'un rattachement insoupçonné, d'une qualification inattendue, d'un ordre public destructeur ; à défaut d'unité de législation, créer une solution identique pour le conflit de lois en Afrique.

(41) Nombre de décisions françaises, mais aussi africaines trahissent cette tendance profonde. Civ., 28 juin 1966. Revue critique D.I.P., 1967, 334, note BATTIFOL ; Clunet 1967, 357, note KAHN relatif à l'application de la loi française du 29 juin 1935 à une vente en France d'un fonds de commerce situé en Côte d'Ivoire. Rapp. Civil, 10 décembre 1974. D. 1975, 685, note MALAURIE.

— Trib. d'Instance Tananarive, 7 mars 1968, Penant 1968, 368, qui en matière d'assurance maritime écarte une disposition particulière de la loi malgache sur l'agrément des compagnies d'assurance et applique la loi française du lieu de conclusion du contrat.

— C. Appel Abidjan, 7 janvier 1966, qui, en matière de cautionnement, présume la volonté des parties de se référer à la loi de l'obligation garantie, en l'espèce la loi en vigueur en Côte d'Ivoire, qui s'identifie avec le Code Civil.

— C. Appel Burundi, 6 septembre 1970, Penant 1971, 232, qui localise le contrat au Burundi, mais pour appliquer une règle non différente que celle du droit belge.

Sur ces trois dernières décisions, v. chronique précitée BOUREL et FOUCHARD, Journal droit international, 1972, p. 878-884.

— High court Ghana, 13 avril 1967, qui applique la loi ghanéenne à un contrat de travail relatif à des chantiers ouverts au Ghana, mais autorise le paiement de la somme due à l'étranger malgré les dispositions de la loi ghanéenne sur le contrôle des changes. Journal du droit international, 1972, 903.

(42) Ainsi, les praticiens ont voulu étendre la notion de croisière maritime et la responsabilité de l'organisateur de la croisière aux déplacements des voyageurs à terre : voir C. Paris, 27 janvier 1975, D. 75-336, note RODIERE. La tendance est la même pour les déplacements organisés par les agences de voyages en exécution des contrats qui les lient à leur clientèle : voir Civ., 15 décembre 1969, D. 70-236 pour un accident de taxi survenu en Egypte. Cette jurisprudence vaut évidemment pour l'Afrique, terre d'escales et pays de voyages parfois aventureux.

(43) C. Appel Burundi, 15 novembre 1966, Penant, 1971, 234. Relativement à un accident de navigation sur un lac entre deux pays différents, le lieu où la faute a été commise et non point le dommage causé, est retenu pour la localisation du conflit. La loi considérée comme compétente est celle qui régit le contrat.

(39) Le Centre de Recherche et de documentation sur les Institutions et les Législations Africaines (CREDILA) publie régulièrement une table de références aux « J.O. » des Etats Africains.

(40) Revue Sénégalaise du droit, Revue de Droit Ivoirien, Penant, Annales Africaines, Revue juridique et politique « Indépendance et Coopération ».

Il reste que ces propositions, qui avaient recueilli certains échos favorables dans le monde universitaire⁽⁴⁴⁾, n'en ont eu aucun en droit positif.

Les législateurs de la nouvelle Afrique se sont occupés parfois de conflits de lois, mais de façon unilatérale, en implantant plus fortement encore le droit international dans l'ordre juridique interne⁽⁴⁵⁾.

Des conventions ont enrichi le droit international privé africain, mais en laissant intacte la matière des conflits de lois⁽⁴⁶⁾.

Comme l'ont écrit avec une pointe d'amertume certains spécialistes du droit international privé africain, « on ne voit pas apparaître, en particulier dans le droit des obligations, l'idée d'une spécificité des relations privées interafricaines qu'il conviendrait de privilégier par des traités ou, à tout le moins, dans chaque droit national. A la vérité, le thème de l'unité africaine, objet de nombreux discours et de diverses tentatives de regroupement politique, n'a pas encore pénétré le domaine du droit privé »⁽⁴⁷⁾.

Cette conclusion désabusée amène à penser que l'unification ne peut passer par les méthodes classiques cherchant à porter remède à la diversité des législations. Pourra-t-elle se réaliser directement par la création d'un droit uniforme dans les relations interafricaines ?

§ 2. — Elaboration d'un droit africain uniforme

La création d'un droit uniforme, supprimant le phénomène de la frontière et la diversité des législations, peut passer pour une technique juridique moderne. Elle comporte cependant des précédents historiques bien connus ; elle a porté des fruits au moins dans certaines matières depuis quelques décennies.

Le problème est de savoir dans quelle mesure il peut être fait appel à cette technique pour le droit africain des obligations. Que ceci soit souhaitable, nul n'en peut douter, et il semble peu utile de chanter les mérites d'une législation uniforme. Mieux vaut essayer de répondre à d'autres questions en disant pourquoi l'unité du droit africain des obligations est possible (A) et surtout comme elle est réalisable (E).

(44) EMANE J. : Les conflits de lois en Afrique Noire. Thèse multigraphiée, Dakar, 1963. BOUCKAERT F. : Les règles du conflit de lois en Afrique Noire. Penant 1967, 1. Voir également VERDIER : Décolonisation et développement. Essai d'une systématisation à partir de l'expérience française. Clunet, 1972, 504. FOYER J. : Problème de droit international privé dans les relations entre la France et les nouveaux Etats Africains d'expression française. Travaux Comité français. D.I.P., 1963, p. 139 ; FRANCESCAKIS. Problèmes de D.I.P. de l'Afrique Noire Indépendante. Cours de La Haye, 1964, vol. 112, p. 272. BOUREL P. : La conjonction du droit africain et du droit européen dans le droit des conflits de lois en Afrique Noire francophone. Annales Africaines, 1968, p. 53.

(45) Les dispositions intervenues sur ce point se contentent souvent de reprendre les règles françaises de rattachement en termes généraux. L. guinéenne, 14 avril 1962, relative à la théorie générale de la loi ; Ordonnance malgache, 19 septembre 1962, relative aux dispositions générales de droit interne et de D.I.P. ; Loi centrafricaine, 3 juin 1965, relative à la force obligatoire de la loi, au conflit des lois dans le temps, à la condition des étrangers et à l'application des lois dans l'espace. D'autres dispositions sont plus précises et ont un objet plus limité : art. 840 et suiv. loi sénégalaise 12 juin 1972 formant Code de la Famille.

(46) On trouvera un inventaire des traités internationaux conclus par les Etats africains dans la chronique de M. BUHL Panorama de la législation sur les conventions conclues par les Etats africains d'expression française et par Madagascar. Penant 1970, 257. Ces conventions intéressent la condition des étrangers, le conflit de compétence, l'exécutif des jugements. La convention de Tananarive du 12 septembre 1961 avait prévu l'élaboration d'un système général de solution des conflits de lois. Mais elle ne fut pas ratifiée en temps voulu par certains Etats signataires et n'a pas duré plus longtemps que l'Union des Etats africains et malgache en tant qu'organisation politique.

(47) BOUREL et FOUCHARD, Journal de Droit International, 1972, p. 319.

A. — Les éléments favorables à une telle unification du droit ont été mis en lumière par les meilleurs spécialistes du droit des pays d'Afrique depuis plusieurs années déjà, tant en Afrique francophone qu'anglophone.

a) Il est de fait qu'un contexte favorable à l'unification résulte, en Afrique, de traditions communes à tous les pays africains⁽⁴⁸⁾. Egalement, le découpage territorial des nouveaux Etats a obligé certains d'entre eux à fondre des apports empruntés à des systèmes très différents⁽⁴⁹⁾. Enfin, le simple fait que ces pays soient neufs leur permet de sortir par des mesures nouvelles de l'ornière où les autres législations demeurent embourbées⁽⁵⁰⁾.

b) On peut ajouter que le droit des obligations constitue par excellence un terrain d'élection pour envisager une telle unification. Un code uniforme de statut personnel serait une utopie. En matière de contrats, en revanche la force des impératifs économiques est telle que l'on peut espérer estomper des différences en définitive secondaires. Dans tous les pays du monde, on vend, on loue, on fait des sociétés, on donne des mandats. A Rome, pour ces quatre contrats de base, il y avait eu des échanges fructueux avec le « jus gentium ». Pourquoi n'en serait-il pas de même à notre époque entre pays soumis à la même loi du commerce international ?⁽⁵¹⁾.

B. — La réalisation d'un tel projet amène à classer les procédés d'unification du droit. Car il y en a plusieurs, et tous n'ont pas la même valeur.

a) L'adoption de règles conventionnelles uniformes est un procédé classique. Il suppose de la part des professionnels la rédaction de contrats-types toujours les mêmes pour certaines transactions. La méthode, on le sait, a été employée avec succès en matière maritime et aussi pour la vente et le transport des céréales.

Il n'est pas impossible d'ambitionner la rédaction de semblables contrats pour les marchés qui intéressent au premier chef le continent africain et ses exportations d'arachide, de bois, de cacao. L'établissement de contrats identiques éviterait des surprises et une concurrence dangereuse entre producteurs, également intéressés à la défense et au développement du marché.

b) Le procédé de la législation parallèle correspond à l'établissement de règles identiques de part et d'autre des frontières, sans porter atteinte à la souveraineté d'aucun Etat.

On rappellera qu'avant l'accession à l'indépendance ce parallélisme allant jusqu'à l'unité parfaite de législation, existait entre pays relevant de la même puissance coloniale.

Les Etats nouveaux sont loin d'être insensibles à cette tradition commune. Le parallélisme subsiste largement en matière de contrats et obligations, dans la mesure où les nouveaux codes ne se séparent pas de la législation précédente.

Egalement, il est symptomatique de noter les efforts faits par les juristes francophones pour lutter contre l'évolution centrifuge du droit africain et maintenir un bureau d'harmonisation législative, par delà les tempêtes de la vie politique internationale des Etats africains⁽⁵²⁾.

(48) KEBA M'BAYE : L'unification du droit en Afrique. Revue sénégalaise de droit, 1971, n° 10, p. 65 et suiv.

(49) Voir les exemples cités par K BENTSI ENCHILL. Plaidoyer pour une commission du droit africain. Revue Sénégalaise de droit, 1969, n° 5, p. 64 et suiv.

(50) M. ALLIOT : Problèmes de l'unification du droit africain. Journal of African Law, 1967.

(51) Cf. l'ordre des priorités proposé par KEBA M'BAYE, article précité, p. 74, pour les matières susceptibles d'harmonisation législative.

(52) Le B.A.M.R.E.L., Bureau de recherches et d'études législatives, dont le premier Président, KEBA M'BAYE, a retracé les origines (article précité, p. 77) fonctionne à Libreville.

Pour rendre ce procédé de la législation parallèle efficace, il n'est pas impossible de procéder progressivement :

— dans l'espace, par une harmonisation limitée aux législations issues du droit français, par exemple avant de promouvoir une commission du droit africain à compétence plus étendue (53).

— dans le temps, en intégrant dans chaque législation des règles empruntées au système voisin, mais à titre purement optatif (54).

c) Reste le procédé de la convention internationale. Elle constitue avec des variantes le moyen par excellence pour aboutir à une harmonisation plus ou moins complète du droit. On connaît les succès d'un tel procédé d'harmonisation en d'autres continents. Malgré les facilités que peuvent donner en Afrique la fréquence et la personnalisation des rapports diplomatiques, on restera sceptique sur l'efficacité de la convention internationale comme moyen d'harmonisation législative dans un proche avenir. On a dit qu'il n'avait pas été possible par convention des règles de conflits de lois uniformes, comment espérer une loi uniforme pour les rapports internationaux ? A plus forte raison, comment faire passer cette loi dans le droit interne ?

* *

S'il fallait conclure ce rapide inventaire des problèmes relatifs à l'élaboration du droit des obligations en Afrique, il y aurait de fortes chances pour que cette conclusion ne fût pas empreinte d'un optimisme exagéré.

La résistance à la modernisation du droit, telle qu'il faut l'entendre en matière d'obligations est une réalité, et on peut l'ajouter, une triste réalité.

Dans l'ordre interne, la plupart des Etats ont refusé d'esquisser la moindre tentative de rénovation du droit légué par l'Europe en vue de lui donner, même sur le seul plan de la technique juridique, plus de consistance et d'efficacité. Les Etats qui avaient entrepris cette tâche de modernisation sont à la recherche d'un second souffle pour la mener à bien.

Dans l'ordre international, les Etats africains n'ont pas réussi à sortir des voies classiques qui tiennent la diversité des législations pour inéluctable. L'unité dont beaucoup se disent les apôtres, ressemble, pour les modestes ouvriers du droit des obligations, à un paradis lointain, difficilement accessible. Et cependant les voies du salut existent. Elles sont même parfois fort bien tracées.

Faudra-t-il, une fois de plus, implorer Thémis et la prier pour l'Afrique ? Elle répondra sans doute de façon fort réaliste au juriste africain : « Aide-toi, le ciel t'aidera ».

R. DECOTTIGNIES.

(53) K. BENTSI-ENCHILL, article précité, p. 67.

(54) C'est le procédé qui a été employé par la loi du 24 juillet 1966 pour l'introduction dans le droit français des sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance empruntée à la législation allemande.

La nouvelle Constitution Soviétique : UNE ÉTAPE VERS L'AUTO-ADMINISTRATION SOCIALE ET COMMUNISTE



par M. JEAN GUEIT

Attaché de Recherche au C.N.R.S.

Le 7 octobre 1977, l'Union Soviétique adoptait lors de la VII^e session extraordinaire du Soviet Suprême de l'U.R.S.S., une nouvelle constitution, la quatrième de son histoire⁽¹⁾. L'impression qui prévaut à la première lecture est la stabilité. Le nouveau texte constitutionnel, en effet, ne semble pas apporter de modifications profondes, puisqu'il entérine surtout une pratique — la réalité politique quotidienne de l'U.R.S.S. Selon l'expression même de Léonid BREJNEV, il s'agit d'un « bilan concentré de soixante ans de développement de l'Etat soviétique »⁽²⁾. Cette constatation pourtant sera le fondement de notre réflexion. L'adéquation du texte au fait est en effet une innovation majeure ouvrant de nouvelles perspectives. Le propos ici ne sera donc pas de dresser la liste complète des modifications constitutionnelles⁽³⁾, mais d'essayer de dégager le contenu politique de la nouvelle constitution, de privilégier l'aspect « programme ».

(1) La première constitution russe, du 10 juillet 1918, a fixé les acquis majeurs de la révolution : nationalisation immédiate du sol et du sous-sol, des eaux et des forêts, puis des unités de production industrielles et des banques, travail obligatoire pour tous, dictature du prolétariat.

La constitution du 31 janvier 1924 a consacré la première fédération soviétique (Russie, Ukraine, Biélorussie, Transcaucasie).

La constitution du 5 décembre 1936, associée au nom de Staline, met en place des institutions d'apparence occidentale : un régime d'assemblée en système fédéral.

(2) Rapport à la session du Soviet Suprême de l'U.R.S.S. le 4 octobre 1977, éd. Agence de presse Novosti, Moscou 1977, p. 5.

(3) On pourra se reporter à plusieurs articles, notamment :

a) « La constitution de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques du 7 octobre 1977 », F. CONTE et D.-G. LAVROFF, in "Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger", n° 3, 1978.

b) « Lire la nouvelle constitution », Hélène CARRERE D'ENCAUSSE, in "Monde Diplomatique" de juillet 1977.

c) « Continuité et changement », Hélène CARRERE D'ENCAUSSE, in "Problèmes Politiques et Sociaux", n° 326 du 27 déc. 1977.

La constitution n'innove pas par rapport à la pratique, mais elle innove par rapport au texte de 1936 d'une double point de vue : interne, le contenu même du texte ; externe, le phénomène de l'adéquation.

Le texte de 1936, dès sa promulgation, en effet, ne reflétait pas toute la réalité politique et occultait notamment l'aspect monopartiste et idéocratique du système : les rédacteurs de 1936, en introduisant plusieurs ambiguïtés, ont laissé croire à une occidentalisation des institutions soviétiques. Le nouveau texte, en revanche, par sa franchise, éloigne le système soviétique⁽⁴⁾ du système libéral, mais le rapproche sur certains points du modèle léninien. Les nouveaux mécanismes institutionnels sont plus « juridiques », satisfont mieux aux exigences du droit positif, puisqu'en toute hypothèse et en quelque système d'analyse que ce soit (marxiste ou libéral), tous les organes, y compris ceux du parti, agissent désormais dans le cadre de la constitution. Cette évolution, importante en elle-même, contribue au souci depuis longtemps affirmé de renforcer la légalité qui, de l'aveu des dirigeants, faisait défaut ; il s'agit toutefois de la légalité socialiste qui ne saurait être, à l'instar du droit, de la constitution et conformément à la théorie marxiste, indépendante de l'objectif politique. Simultanément donc, la conformité du texte à la pratique confirme la nature et le contenu politiques de la constitution. La nouvelle loi

d) « Point de vue d'un constitutionnaliste », Patrice GELARD, in "Problèmes Politiques et Sociaux", n° 326.

e) « La nouvelle constitution soviétique », Patrice GELARD, in "Pouvoirs - Revue d'Etudes Constitutionnelles et Politiques", n° 3, 1977.

f) « Pouvoir et participation », par Michel LESAGE, in "Pouvoirs" n° 6, 1978.

g) On consultera également l'ouvrage collectif « L'U.R.S.S. et l'Europe de l'Est en 1977 », "Notes et Etudes Documentaires", n° 4467-68 du 22 mai 1978.

(4) Le terme « système » est employé ici à dessein : ignoré jusqu'à présent par la doctrine soviétique, il est introduit dans la nouvelle constitution, notamment en son article 6.

fondamentale suspend à cet égard le débat sur l'inconstitutionnalité de certaines pratiques politiques. Elle légitime a posteriori et rétroactivement le fonctionnement politique en lui donnant un aval juridique, à l'exception, certes, des entraves à la légalité qui ont donné lieu à l'autocritique. En définitive le seul phénomène de l'adéquation modifie la nature de la constitution qui devient à la fois plus politique et plus juridique.

Les dirigeants soviétiques ont désormais les moyens politiques et juridiques, n'étant plus gênés par l'inconstitutionnalité relative des mécanismes, de progresser dans la voie de la construction du communisme.

La situation nouvellement créée permet une redéfinition plus précise des objectifs et élargit les possibilités légales d'action. Dans son rapport à la session du Soviet Suprême de l'U.R.S.S. du 4 octobre 1977, M. BREJNEV a pu tout naturellement déclarer : « En fixant l'acquis, elle (la constitution) ouvre les perspectives de développement ultérieur de l'édification communiste » (5). En d'autres termes, la constitution de 1977 est en même temps un bilan et un programme. Cette ambivalence a pu suggérer la thèse d'une nécessaire double lecture de la constitution. Nous défendons l'idée qu'il n'y a qu'une lecture possible du texte, une seule exégèse, étant entendu que le programme est fonction de l'acquis, ou inversement que les modalités de fixation de l'acquis conditionnent le programme. De ce point de vue la mise en évidence de la cohérence du texte nécessite en effet une approche à la fois formelle et analytique.

La nouvelle loi fondamentale sensiblement plus importante que la précédente, se subdivise en 9 titres, 21 chapitres et 174 articles se substituant ainsi à 13 chapitres et 146 articles. Elle comporte en outre un préambule qui, pour l'essentiel, résume le chemin parcouru, définit la situation présente et fixe l'objectif final de l'Etat soviétique :

« Une fois menées à bien, les tâches de la dictature du prolétariat, l'Etat soviétique est devenu l'Etat du peuple entier. Le rôle dirigeant du parti communiste, avant-garde de tout le peuple, s'est accru. Une société socialiste développée a été édiflée en U.R.S.S.... Le but suprême de l'Etat soviétique est de construire une société communiste sans classes où se développera l'auto-administration sociale et communiste » (6).

A la faveur d'un meilleur regroupement thématique des articles, il semblerait que les têtes de chapitres de la constitution de 1936 soient devenues simplement les titres de la constitution de 1977. Un examen plus attentif cependant fait apparaître des modifications importantes dans l'ordre et le développement des articles, et surtout dans le plan général du texte constitutionnel. Ces transferts formels reflètent un objectif de fond.

1936	1977
Organisation sociale .	Fondements de la structure sociale et de la politique de l'U.R.S.S.
Organisation de l'Etat	Etat et individu Organisation étatique - nationale de l'U.R.S.S.
Organes du pouvoir et d'administration d'Etat	Les soviets des députés du peuple et modalités d'élection Organes de l'U.R.S.S. Organes des Républiques Fédérées
Tribunaux et Parquet	Justice. Arbitrage. Procureur
Droits et devoirs fondamentaux des citoyens	
Système électoral	
Armes, drapeaux ...	Armes, drapeaux
Révision	Révision

Trois séries d'articles ont fait l'objet d'un transfert à l'intérieur du texte constitutionnel : les articles relatifs au rôle du parti communiste, aux droits et devoirs fondamentaux des citoyens, aux députés. Or, les modifications résultant de ces transferts, coïncident avec ce que les dirigeants soviétiques, notamment Léonid BREJNEV, appellent les « principales caractéristiques du nouveau texte » (7) ; ces modifications ont pour effet, nous le verrons, une évolution dans l'équilibre du système du pouvoir.

LE RENFORCEMENT DU ROLE DIRIGEANT DU P.C.U.S. DANS LA PERSPECTIVE DE L'AUTO-ADMINISTRATION (8) SOCIALE ET COMMUNISTE

La consécration juridique du parti est à la fois la moins surprenante et la plus importante des innovations de la nouvelle loi fondamentale. La moins surprenante, car le rôle dirigeant de parti n'est assurément pas un élément nouveau ; il est, et a toujours été la pierre angulaire des institutions soviétiques. Ce qui est nouveau et important, c'est la consécration constitutionnelle de ce rôle dirigeant. Elle représente à elle seule l'essentiel de l'évolution et constitue l'adéquation de la loi au fait. Non seulement l'acquis est fixé, mais de nouvelles perspectives sont effectivement ouvertes, car cette constitutionnalisation imprime les pages de l'avenir, elle fixe le cadre idéologique et institutionnel du développement ultérieur de l'Etat et de la société soviétiques.

Parlant des principaux traits du nouveau projet de constitution, L. BREJNEV indiquait dans son rapport du Comité Central du 24 mai 1977 :

Le nouveau projet « fournit une vaste définition du rôle dirigeant du parti communiste, il reflète nettement la place réelle de notre parti dans la société et au niveau de l'Etat soviétique. A la différence de la constitution de 1936, un article spécial en parle largement » (9).

Ce discours surprend à la fois par sa franchise et son inexactitude relative. En effet, le P.C.U.S. et son rôle dirigeant n'étaient pas totalement absents de la constitution de 1936. Le parti avait une « présence » constitutionnelle plutôt qu'une véritable existence. Mais l'article 126, bien connu de tous les constitutionnalistes, était lointain et noyé dans le chapitre sur les droits et devoirs fondamentaux des citoyens, il ne dissociait pas clairement le parti des organisations sociales, bref il ne reflétait effectivement pas la « place réelle du parti » dans la société et l'Etat. Ce manque de précision, voire d'exactitude, a suggéré sans doute à L. BREJNEV l'affirmation selon laquelle il n'y avait pas d'article spécial. La volonté de clarifier aujourd'hui la situation est pour le moins évidente. Le rôle dirigeant est désormais affirmé dans l'article 6 du premier chapitre consacré au système politique ; la rédaction même de l'article ne permet plus aucun doute : *« Le parti est la force qui dirige et oriente la société soviétique, c'est le noyau central de son système politique et de toutes les organisations, tant sociales que d'Etat ».*

(5) Ibid. note 2

(6) Préambule de la constitution, éd. "Sciences Sociales Aujourd'hui", Académie des Sciences de l'U.R.S.S., Moscou, 1978.

(7) Rapport présenté par Léonid BREJNEV à la session plénière du Comité central du P.C.U.S. du 24 mai 1977, in « A propos du projet de constitution de l'U.R.S.S. », éd. Académie des Sciences de l'U.R.S.S., Moscou, 1978, p. 13.

(8) Le terme « samo-upravljénije » peut être traduit aussi par autogestion ; dans le contexte terminologique français contemporain, cette traduction peut donner lieu à des erreurs d'interprétation de fond.

(9) Ibid. note 7.

Si certaines ambiguïtés constitutionnelles sont levées, rebondit en revanche avec force la question des rapports entre le parti unique, dirigeant, et les soviets — organes du pouvoir d'Etat. L'on sait qu'à la naissance de l'Etat soviétique, deux thèses s'opposaient sur la question des organes qui devaient conduire le prolétariat : les soviets ou le parti. Lénine et ses proches, favorables au parti, l'ont emporté. Cette primauté de fait s'est traduite par un relatif effacement des soviets et l'hypertrophie de l'administration, véritable exécutif du parti. D'un point de vue théorique, toutes les variantes exégétiques sur la virtuelle contradiction entre le pouvoir des soviets et celui du parti étaient possibles dans la mesure où soviets et parti n'avaient pas la même identité juridique, n'étaient pas sur le même plan. Dorénavant, la co-identité constitutionnelle du rôle dirigeant du parti et du pouvoir d'Etat impose une lecture sélective, une hiérarchisation des notions. La thèse de la contradiction ne paraît plus recevable⁽¹⁰⁾. En affirmant, c'est-à-dire en confirmant *de jure* la primauté absolue du parti dans l'organisation politique, la nouvelle loi fondamentale modifie assez profondément dans le texte l'équilibre des pouvoirs ; elle déplace l'autorité et le rôle de l'Etat et amorce ainsi une mutation de la nature même de l'Etat. Le propos mérite ici quelque précision.

L'article 2 de la nouvelle constitution stipule, en écho à l'article 3 de la précédente, qu'en U.R.S.S. « *tout le pouvoir appartient au peuple qui l'exerce par l'intermédiaire des soviets des députés* ». Mais alors que dans le texte de 1936 cette proclamation était soutenue par la place centrale dévolue à l'ensemble des organes d'Etat, et plus particulièrement aux organes du pouvoir d'Etat, l'article 126 créant une ambiguïté, sinon une incompatibilité d'un point de vue du droit positif, dans le texte de 1977, l'Etat perd cette prééminence formelle. « *Tout le pouvoir appartient au peuple* », mais si en même temps le parti est le noyau central de toutes les organisations sociales et d'Etat, la force qui dirige toute la société, alors la notion même de pouvoir, de celui dont le peuple est titulaire, est chargée d'un contenu spécifique. Ainsi que le suggèrent texte et déclarations, il ne s'agit pas d'un pouvoir délibératif, mais presque exclusivement d'un pouvoir de gestion qui doit permettre à l'Etat de devenir progressivement une « auto-administration ». La décision, les grandes orientations seront toujours du ressort du parti qui « *dirige la société et l'Etat* ». Il y a donc hiérarchisation et répartition des tâches, ce qui exclut tout conflit de pouvoir entre celui du parti et celui du peuple représenté par les députés. Le député vote, mais n'opère pas de choix. « *Tout le pouvoir* » du peuple est donc défini de façon restrictive. Le parti, pour sa part, « *existe pour le peuple et est au service du peuple* », conformément à l'art. 6 de la constitution et aux statuts du P.C.U.S. L'affirmation se suffit à elle-même et stérilise par anticipation toute tentative de polémique sur les paradoxes constitutionnels. Evoquant la discussion qui a précédé l'adoption de la nouvelle loi fondamentale, et notamment les propositions qui affaient dans le sens d'une suppression définitive de la dualité Parti-Etat, L. BREJNEV a dû rappeler les prescriptions de Lénine sur ce point⁽¹¹⁾ et a confirmé ainsi la nature supraconstitutionnelle du parti. Le parti agit dans le cadre de la constitution, il est constitutionnel, mais

la suprématie de la constitution ne s'impose pas à lui. De ce fait le parti échappe à tout contrôle constitutionnel, en particulier du peuple ; le pouvoir limité du peuple s'en trouve ainsi confirmé. L'on peut observer qu'au-delà de la légitimation idéologique du système, la direction formellement bicéphale présente l'avantage de dissocier la responsabilité ou mieux encore, d'engager totalement la responsabilité de l'appareil d'Etat et de dégager celle du parti. Mais l'impunité du parti risque, en revanche, de réduire sa force de persuasion idéologique, dont il a en principe besoin pour « former l'homme de la société communiste »⁽¹²⁾ et justifier l'unanimité. Autre objection, si l'Etat est appelé à se transformer en « auto-administration » dirigée par le parti, la dualité interne à l'Etat — soviets, administration — est-elle encore nécessaire ? L'auto-administration « accomplie » n'intégrera-t-elle pas l'auto-législation et l'auto-contrôle, qui ne seront en définitive que des aspects d'une auto-régulation ? Ainsi, malgré les rappels de l'orthodoxie doctrinale du moment, il n'est pas sûr que le débat soit définitivement clos sur ce point.

Il convient d'évoquer ici un fait politique majeur qui a précédé l'adoption de la constitution, mais qui ne lui est pas étranger : le cumul par Léonid BREJNEV des fonctions de Secrétaire général du parti et de Président du Présidium du Soviet Suprême, ou en d'autres termes, le cumul des fonctions de chef du parti et de chef d'Etat. L'événement paraît aller à l'encontre de la volonté de dissociation des structures d'Etat et du parti. Dans l'allocution qu'il a prononcée à cette occasion devant le Soviet Suprême de l'U.R.S.S.⁽¹³⁾, L. BREJNEV a certes rappelé que le parti agissait par l'intermédiaire du Soviet Suprême et notamment de son Présidium, qu'il ne se substituait donc pas à l'Etat, mais il a aussi affirmé avec force que « *La décision n'avait rien d'un acte formel* » et qu'« *elle revêtait une profonde signification politique* »...

« *C'est en premier lieu, dit-il, la manifestation de la croissance constante du rôle dirigeant du Parti communiste, centre de tout notre système politique, de toutes les organisations de travailleurs, qu'elles soient administratives ou sociales. C'est le P.C.U.S. qui définit, dans le cadre de la Constitution et en sa qualité de parti au pouvoir la ligne politique permettant de régler toutes les questions-clés de la vie publique* »⁽¹⁴⁾.

En d'autres termes, tout en maintenant une dualité juridique, les dirigeants soviétiques établissent un cumul de fait qu'ils semblent vouloir justifier par l'importance croissante du parti et de son rôle dirigeant. N'y a-t-il pas là l'amorce d'un processus d'unification des institutions ? En effet, « *à mesure que les Soviétiques résoudreont des problèmes de plus en plus complexes et importants liés à l'édification du communisme, le rôle du parti croîtra* »⁽¹⁵⁾. Le rôle du parti croîtra encore alors qu'il a déjà le monopole de la décision. Quel peut être l'aboutissement de cette croissance, si ce n'est une fusion de fait des pouvoirs ? Pour l'heure, la dualité de principe sera maintenue en contrepartie d'une répartition de plus en plus précise des tâches : au parti la décision, à l'Etat l'exécution, les députés étant chargés de la légalisation juridique des décisions du parti et du contrôle effectif des fonctionnaires et des administrations. La plupart des autres innovations constitutionnelles se situent dans cette perspective. Le rythme quinquennal fixé dorénavant pour toutes les institutions (Soviet Suprême, Procureur général de l'U.R.S.S.) coïncidant avec

(10) L'on peut affirmer la thèse de la contradiction uniquement à partir des critères de la démocratie libérale dont l'une des caractéristiques est d'être « laïque », exclusive de toute idéologie officielle. Le système idéocratique soviétique, par le contenu même de son idéologie de référence, s'auto-justifie, et exclut, de ce fait, l'idée d'incompatibilité. Il est parfaitement exact, comme l'écrit M. Michel LESAGE, que « les dirigeants de l'U.R.S.S. se considèrent à la fois comme les interprètes des lois de développement de la société et comme ceux des intérêts du peuple » ; les dirigeants peuvent se considérer ainsi pour la raison même que le contenu de leur idéologie leur en donne la justification. L'idéologie marxiste s'objective elle-même et justifie de ce fait l'infaillibilité du parti et des dirigeants. De ce point de vue le système nous paraît cohérent et non contradictoire.

(11) Ibid. note 2.

(12) Préambule de la constitution.

(13) Allocution de Léonid BREJNEV devant le Soviet Suprême de l'U.R.S.S. le 17 juin 1977, "Pravda" du 18 juin 1977, et "Problèmes Politiques et Sociaux", n° 323 du 23 décembre 1977.

(14) Ibid.

(15) Ibid. note 2.

les congrès du Parti, devrait favoriser l'harmonisation de l'ensemble du mécanisme politique de l'U.R.S.S. avec à sa tête les instances dirigeantes du parti, et pour « expression de la volonté unique du parti », le plan quinquennal. Par ailleurs, le rattachement du Contrôle Populaire au Soviet Suprême et une plus grande autonomie de l'arbitrage d'Etat contribueront sans doute au renforcement du législatif dans sa fonction de contrôle au détriment de l'exécutif. Enfin, la constitutionnalisation du principe du « centralisme démocratique » devrait avoir pour double effet d'accroître simultanément le rôle dirigeant du parti et l'autorité du législatif. Le centralisme démocratique, élaboré par LENINE pour le fonctionnement du parti, a pénétré, il est vrai, dès le début, les rouages de l'Etat. Mais comme le soulignent M^{me} H. CARRERE D'ENCAUSSE (16) et MM. CONTE et LAVROFF (17), l'introduction du principe dans la constitution accentue la dépendance de l'Etat, par rapport au parti. Dans le même temps, cette officialisation des règles du centralisme démocratique, notamment la subordination des organes élus aux organes électeurs, peut conduire à un rééquilibrage des organes de l'Etat en faveur des soviets.

On notera à ce propos que la personnalisation relative du pouvoir dont bénéficie L. BREJNEV ne correspond pas au système du culte stalinien repris par KHROUTCHEV ; l'un et l'autre avaient concentré les pouvoirs du parti et de l'exécutif de l'Etat, ce qui perturbait le mécanisme constitutionnel, nous y reviendrons. En revanche, le cumul « à la Brejnev » restaure la hiérarchie des organes d'Etat telle qu'elle était et est encore prévue dans le texte. Fruit d'une longue évolution, le système paraît désormais cohérent et devrait se développer dans ce sens.

En définitive, les nouvelles dispositions majeures (constitutionnalisation du rôle dirigeant du parti et du principe du centralisme démocratique pour ce qui est du texte, cumul des postes de Secrétaire Général du Parti et de Président du Présidium du Soviet Suprême amorcent malgré tout une évolution. L'on entrevoit la concrétisation croissante de la théorie de l'« Etat du peuple tout entier », dont Jean-Guy COLLIGNON remarquait dès 1967 (18) qu'elle présentait l'avantage d'assurer le maintien de l'Etat sans contredire la thèse du dépérissement. En effet, l'« auto-administration sociale et communiste » préfigure une « super-administration » permettant un dépérissement progressif, non par suppression des structures de coercition, mais par dilution, par osmose de l'Etat et de la société. Nous relevons avec intérêt qu'à partir d'une analyse conduite différemment, M. LAVROFF parvient aux mêmes conclusions : la « transposition officielle aux institutions de l'Etat soviétique d'une règle (le centralisme démocratique) jusqu'alors applicable au seul P.C.U.S. est une illustration de l'homogénéisation de la société soviétique et d'un certain dépérissement de l'Etat » (19). Ce processus d'homogénéisation de la société, animé par le parti communiste, s'accompagne d'une définition plus précise de la démocratie socialiste.

AUTOADMINISTRATION ET DEMOCRATIE SOCIALISTE

Selon L. BREJNEV, « le processus (de renforcement du parti) aboutit non pas à la limitation, mais au développement de plus en plus poussé de la démocratie socialiste en totale conformité avec le Programme de notre parti » (20).

En droit positif classique, l'affirmation serait presque un non-sens. Les critères de la démocratie socialiste toutefois n'étant pas ceux du pluralisme occidental, non seulement il n'y a pas contradiction, mais le développement de la « démocratie socialiste » est totalement inséparable et indissociable du parti ; il est même, semble-t-il, fonction de la consolidation du parti et de l'exécution de son programme.

Se développant « en conformité avec le programme du parti », la démocratie socialiste est consolidée et renforcée d'abord par une extension des droits, assortie nécessairement d'une extension des devoirs. En outre l'objectif de « l'auto-administration sociale et communiste » détermine une revalorisation du rôle des députés du peuple qui ne saurait contredire, rappelons-le, le renforcement du rôle dirigeant du parti, mais s'inscrit dans la perspective d'une meilleure surveillance de la légalité.

Une extension des droits modulée par une extension des devoirs

Le chapitre sur les droits, les libertés et les devoirs fondamentaux des citoyens de l'U.R.S.S. est un de ceux qui a subi les modifications les plus sensibles. Il a, d'une part, changé de place, c'est-à-dire qu'il a « devancé » toute l'organisation étatique et les organes d'Etat et a été intégré dans un titre nouveau : « l'Etat et l'individu ».

D'autre part, le chapitre a été considérablement développé : aucun droit existant ni aucune obligation n'ont été supprimés. De nouveaux droits en revanche ont été octroyés par la constitution en contrepartie de nouveaux devoirs et de conditions d'exercice des libertés plus limitatives ; les clauses restrictives sont en effet encore plus précises et plus nombreuses que dans la constitution de 1936. Les nouvelles dispositions méritent d'être présentées.

Art. 44. — *Les citoyens de l'U.R.S.S. ont droit au logement...*

Art. 46. — *Les citoyens de l'U.R.S.S. ont droit à bénéficier des acquis de la culture...*

Art. 47. — *La liberté de création scientifique, technique et artistique est garantie aux citoyens de l'U.R.S.S. conformément aux objectifs de l'édification du communisme...*

Art. 48. — *Les citoyens de l'U.R.S.S. ont le droit de participer à la gestion des affaires de l'Etat et des affaires sociales, à la discussion et à l'adoption des lois et décisions de portée fédérale et locale...*

Art. 49. — *Chaque citoyen a le droit de faire des suggestions aux organes d'Etat et aux organisations sociales concernant l'amélioration de leur activité et d'en critiquer les insuffisances.*

Art. 57. — *Les citoyens de l'U.R.S.S. ont droit à la protection de la justice contre les atteintes à leur honneur et à leur dignité, à leur vie et à leur santé, à leur liberté individuelle et à leurs biens...*

Art. 58. — *Les citoyens de l'U.R.S.S. ont le droit de porter plainte contre les actes des fonctionnaires, des organes d'Etat et des organismes sociaux. Les plaintes doivent être examinées suivant les modalités et dans des délais prescrits par la loi...*

L'article 44 consacrant le droit au logement s'explique, à la fois par le retard accusé et l'effort considérable qui a été fait en ce domaine. En dépit d'un récent renversement de tendance se soldant par une nouvelle dégradation sur le marché du logement, les citoyens accèdent progressivement au logement familial ou individuel. A l'exception de cette disposition particulière, relevant davantage du domaine économique que des libertés publiques, chacune d'elles correspond à une orientation spécifique de la démocratie socialiste.

(16) In article cité en cote 3-c : « Continuité et changement ».

(17) Ibid. note 3-a.

(18) « La théorie de l'Etat du peuple tout entier », Jean-Guy COLLIGNON, PUF, série « Science Politique », n° 8, Paris, 1967, p. 29.

(19) Ibid. notes 3 et 17.

(20) Ibid. note 2.

Les articles 46 et 47 consacrant certains droits de l'esprit témoignent de la consolidation du régime, en ce sens qu'à l'époque de la dictature du prolétariat, ces libertés n'avaient et ne pouvaient avoir aucune réalité. Mais la liberté de création scientifique, technique et artistique est conditionnée par les objectifs de l'édification du communisme ; la nécessité « du réalisme socialiste » se trouve ainsi confirmée. La liberté intellectuelle est une liberté orientée.

Les articles 48-49 expriment une autre orientation majeure de la démocratie soviétique : l'aspect participatif. Il s'agit d'un des grands préceptes et objectifs de LENINE. Ce droit (auquel il convient de rajouter l'art. 102) (21) est aussi un programme : il est un élément constitutif et il contribue au développement de l'autoadministration sociale et communiste.

Les articles 57-58 enfin doivent aider au renforcement de la légalité, puisqu'ils sont essentiellement destinés à protéger l'individu contre l'arbitraire de l'administration d'Etat.

Tous ces articles comportent un ou deux alinéas supplémentaires fixant les modalités d'exercice de ces droits. Pour certains d'entre eux, il ne s'agit que de moyens matériels (logement, acquis de la culture, pour d'autres, il s'agit de procédure (protection, justice ou les recours contre les fonctionnaires). Mais aux modalités pratiques d'exercice de ces droits s'ajoute une condition de fond : l'art. 39 (le premier article du Ch. 7 sur les droits, libertés et devoirs fondamentaux des citoyens de l'U.R.S.S.) en son alinéa 2 stipule que « l'exercice par les citoyens des droits et libertés ne doit pas porter préjudice aux intérêts de la Société et de l'Etat, aux droits des autres citoyens ». A cette clause restrictive générale qui subordonne l'exercice de toutes les libertés aux intérêts de la Société et de l'Etat, s'ajoutent les clauses limitatives de l'article 47, déjà citée, ainsi que des articles 50-51.

L'article 50 consacré aux libertés de parole, de presse, de réunion... reprend la même formule restrictive que celle de l'article 125 de l'ancienne constitution : « conformément aux intérêts du peuple et afin de consolider et de développer le régime socialiste ». En revanche, l'article 51, confirmant le droit ancien de se grouper en organisations sociales, subordonne l'exercice de ce droit, et ceci est nouveau, aux objectifs de l'édification du communisme (22).

Enfin, pour qu'aucune ambiguïté ne puisse subsister, à toutes ces dispositions s'ajoute encore celle de l'art. 59 qui stipule que « l'exercice des droits et des libertés est inséparable de l'exécution de ses devoirs par le citoyen »... Et de préciser aussitôt que le « citoyen de l'U.R.S.S. est tenu » non seulement de se conformer à la Constitution de l'U.R.S.S. et aux lois soviétiques, ce qui est normal, mais aussi de « préserver les intérêts de l'Etat Soviétique, de contribuer au renforcement de sa puissance et de son prestige » (art. 62).

Nul besoin d'insister : toutes ces dispositions sont parfaitement claires et ne supportent aucune nuance d'interprétation. Les libertés et droits accordés aux citoyens sont radicalement subordonnés, d'une part, aux intérêts immé-

diats de la Société et de l'Etat et, d'autre part, à la construction du communisme. Tel est le contenu exact de la « démocratie socialiste ». C'est une démocratie participative et idéologiquement unanime (c'est-à-dire le contraire de pluraliste). La liberté suprême du citoyen est celle de participer à la gestion étatique conformément aux intérêts de la société et dans le seul but — idéologique et politique — de construire le communisme. Aucune liberté ne saurait s'exercer en dehors de cette perspective. Les dirigeants soviétiques connaissent la perplexité, voire le désarroi de la plupart des observateurs occidentaux concernant le contenu de la démocratie socialiste :

« On entend dire en Occident que les droits et libertés des citoyens soviétiques, tels qu'ils sont énoncés dans le texte, tout en étant en eux-mêmes assez larges, sont réduits à néant dans la mesure où ils sont directement subordonnés aux intérêts conjugués de l'Etat et de la Société. Or, les Soviétiques ne voient là aucune incompatibilité, au contraire... car la « nature de la société socialiste est telle que l'extension des droits et libertés est organiquement associée à l'accroissement de la responsabilité de chacun devant la Société, au respect des obligations civiques » (23).

Le discours a le mérite d'être franc. Il n'y a donc pas de contradiction, car c'est une autre définition et une autre conception de la démocratie, puisque « l'immense victoire du socialisme c'est la création d'un homme nouveau qui ne se différencie pas de l'Etat, qui considère les intérêts de l'Etat et du peuple tout entier comme les siens propres » (24).

Dans ces conditions, une approche comparative est-elle encore possible ? Elle paraît de plus en plus difficile, puisque l'individu soviétique semble ne plus être le même que l'individu occidental. Certes, l'affirmation de l'homme nouveau n'est pas nouvelle. Mais ce qui était jusqu'à présent un objectif à atteindre est officiellement réalisé, du moins partiellement. C'est la raison pour laquelle, même si la nouvelle société n'est pas encore totalement construite, la dissidence idéologique, religieuse, politique, nationale, intellectuelle ne peut être dès aujourd'hui perçue que comme une déviance psycho-sociologique appelée à disparaître d'une façon ou d'une autre :

« Comme nous l'avons déjà dit, nous cherchons à aider ceux qui devient, en nous efforçant de les faire changer d'avis, de dissiper leurs erreurs. Nous sommes amenés à adopter une autre attitude si les dissidents en question commencent à transgresser les lois sociétiques. Ces gens-là existent chez nous en nombre infime, au même titre, malheureusement, que les voleurs, les spéculateurs, les concussionnaires et autres délinquants de droit commun ? Les uns et les autres portent préjudice à notre société et doivent en conséquence encourir des sanctions conformes à nos lois. Et qu'on n'aille pas nous rabattre les oreilles, dans ces cas-là, avec des histoires d'humanitarisme » (25).

(21) Les articles 102 : « Les électeurs donnent des recommandations à leurs députés ». Les soviets, des députés du peuple, concernés, examinent les recommandations des électeurs, en tiennent compte lors de l'élaboration des plans de développement économique et social et de l'établissement du budget, ils organisent l'exécution de ces recommandations et informent les citoyens de leur réalisation.

(22) On consultera avec profit l'article de Georges MOND : « La nouvelle constitution de l'U.R.S.S. comparée aux récentes constitutions de la Pologne et de l'Albanie », in "N.E.D." n° 4467-68 : « L'U.R.S.S. et l'Europe de l'Est. Une attention particulière y est accordée à l'évolution des moyens octroyés pour l'exercice de certaines libertés.

(23) J.-V. ANDROPOV, « Rapport présenté devant l'assemblée solenne des représentants du parti, du gouvernement, du Soviet Suprême des grands corps de l'Etat, consacrée au 100^e anniversaire de la naissance de F.-E. DZERJINSKI ». Moscou, 9 septembre 1977, in "Pravda" du 10 sept. 77, et "Problèmes Politiques et Sociaux", n° 325.

(24) Ibid. note 2.

(25) Ibid. note 23.

M. Michel LESAGE a certes raison de rappeler que lorsque l'U.R.S.S. a signé, le 1^{er} août 1975, à Helsinki, l'acte final sur la sécurité et la coopération en Europe..., elle l'a fait sur la base de sa propre conception des droits de l'homme, qui considère comme légitimes des limitations relatives au système politique, alors que pour les Etats libéraux occidentaux, ces limitations sont illégitimes (26). Il s'agit en l'espèce d'un constat. Mais l'appréciation devient combien plus délicate lorsqu'il s'agit de faire la part des mentalités spécifiques et des causes historiques objectives et celle du volontarisme idéologique, générateur de coercition. « Croit-on sérieusement que pour comprendre un système politique il suffit de comparer ses institutions avec les nôtres, son idéologie avec la nôtre... ? demande M. LESAGE (27). Certainement pas ! Mais peut-on croire que le socialisme soviétique ait créé cet homme nouveau qui ne se différencie pas de l'Etat, qui considère les intérêts de l'Etat et de la société comme les siens propres ? Pourtant, cette réussite, cette création est sans doute aux yeux mêmes des Soviétiques la seule justification possible aux contours délimités de la démocratie socialiste. Pour l'heure, il convient de relever que le développement de la démocratie socialiste, unanimiste et participative, comporte un troisième volet : le renforcement de la légalité. D'un point de vue de la logique interne à la démocratie socialiste, pour que l'individu accepte que ses intérêts se confondent avec ceux de l'Etat, encore faut-il que le comportement de l'Etat soit conséquent, c'est-à-dire qu'il respecte ses propres règles, qu'il ne pratique pas l'arbitraire :

D'une façon générale, il convient de dire que le rétablissement de l'ordre légal partout où il subit des entorses, que ce soit dans la production ou dans les affaires publiques et la vie sociale, servira considérablement le développement de notre société » (28).

LE RENFORCEMENT DE LA LEGALITE SOCIALISTE

Dans son rapport au Comité Central du 24 mai 1977, le Secrétaire Général du P.C.U.S. donne une juste mesure de l'exigence : « Nous savons, camarades... qu'un certain nombre d'années ont été assombries par des répressions contraires à la légalité, des actes de violation des principes de la démocratie socialiste, des normes léninistes de la vie du parti et de l'Etat. Cela a été fait au mépris des dispositions constitutionnelles. Le parti a condamné énergiquement cette pratique qui ne doit plus se répéter ». Léonid BREJNEV a confirmé ainsi les aveux historiques des XX^e et XXIII^e congrès. Mais il a aussi évoqué les lettres qui, aujourd'hui encore, font part « d'exemples scandaleux d'abus de pouvoir de la part de certains responsables, de cas de prévention par falsification de documents et autres pratiques frauduleuses, de corruption par la pratique de pots de vin, d'indifférence et de formalisme à l'égard des requêtes des travailleurs, de cas de sanctions pour une critique justifiée » (29).

Les dirigeants soviétiques paraissent déterminés, si l'on en juge par ces déclarations, à freiner, sinon à enrayer, l'arbitraire qui, à ce jour, fut, à des degrés divers, une constante du système. Ont-ils les moyens de leur objectif, alors que la permanence de l'anomalie témoigne précisément d'un défaut structurel ? La solution, si elle existe, est fonction des causes du phénomène qu'il convient d'examiner.

A partir des principes de la doctrine libérale, l'arbitraire de l'administration soviétique peut s'expliquer par la nature idéocratique du système dont l'une des caractéristiques majeures est la non séparation des pouvoirs. La doctrine soviétique, d'obédience marxiste-léniniste, réfute naturellement cette analyse ; mais elle admet, par la force des choses, la réalité de l'arbitraire. Pour l'observateur occidental, les faits paraissent donner raison à la doctrine libérale, et le problème posé, sans solution. Il convient toutefois de discerner deux degrés dans le processus arbitraire en U.R.S.S. : d'une part, la structure institutionnelle proprement dite (notamment le statut et la mission des mécanismes de contrôle) ; d'autre part la violation du mécanisme institutionnel prévu, concernant en particulier l'administration. Indissolublement liés à la finalité idéologique du Parti, de l'Etat et de la société soviétiques, les mécanismes de contrôle (contrôle du parti, procureure, tribunaux, contrôle populaire, contrôle hiérarchique) ne peuvent pas logiquement et par essence être réformés de façon significative du point de vue qui nous préoccupe. Un raisonnement identique, en l'occurrence pessimiste, pourrait naturellement s'appliquer à l'administration soviétique elle-même, puisqu'elle est, plus que toute autre institution, l'artisan quotidien de la « construction du communisme », et donc auréolée par sa fonction missionnaire. Pourtant, l'évolution statutaire du rôle dirigeant du parti, c'est-à-dire sa constitutionnalisation, peut avoir une incidence non négligeable sur le comportement de l'administration. Jusqu'à ce jour en effet, l'administration soviétique, indépendamment de la tendance à l'abus d'autorité propre à tout pouvoir, a bénéficié indirectement de l'autorité incontrôlée et incontrôlable du parti. Juridiquement subordonnée aux soviets, l'administration d'Etat a toujours été en fait l'exécutif direct du parti : les arrêtés communs du Comité central et du Conseil des ministres, ainsi que le cumul de postes (secrétaire général et président du Conseil des ministres pratiqué par STALINE et KHROUTCHEV n'en étaient que les manifestations les plus visibles. Mais comme l'action du parti était elle-même « semi-légale » ou, perçue comme telle, l'administration soviétique, le fonctionnaire soviétique héritant du « prestige » du parti, bénéficiaient de cette semi-légalité, c'est-à-dire, en définitive, de l'impunité. A contrario donc, la légalisation du parti peut contribuer à rétablir la subordination de l'administration, conformément au centralisme démocratique et donc à contenir son impunité relative. Mais il ne s'agit là que d'une condition nécessaire, non suffisante. Elle permet formellement le rétablissement d'un contrôle plus effectif de l'administration sans que soit portée atteinte à sa mission exécutive et ordonnatrice. Encore faut-il rétablir ce contrôle. Virtuellement deux solutions techniques sont possibles : le contrôle à la fois politique et juridique de l'administration peut être confié soit à des organisations du parti qui, désormais « agissent dans le cadre de la constitution », soit aux soviets. Pour des raisons de fond (la nécessité de maintenir les soviets) comme pour des raisons d'efficacité (le P.C.U.S. de devrait par être juge et partie) la deuxième solution est en réalité la seule recevable : le rétablissement des soviets dans leur fonction de contrôle de l'administration. Mais cette solution n'est pas sans poser une série de difficultés. Pour que le contrôle par les soviets redevienne efficace et ne reste pas formel, comme ce fut le cas jusqu'à présent, les soviets eux-mêmes doivent préalablement être rétablis dans leur autorité par rapport à l'administration, retrouver, dans le cadre de la structure étatique, une primauté qui soit respectée. Mais la revalorisation des soviets, en retour, ne doit en aucun cas entamer la position dominante du parti. En d'autres termes le renforcement des soviets doit se faire au bénéfice de l'action de contrôle de l'exécutif, mais non au bénéfice de l'« organe du pouvoir d'Etat ». Tel est le délicat dilemme qui se présente aux dirigeants et au législateur soviétiques.

(25) Ibid. note 3.

(27) Ibid.

(28) Ibid. note 2.

(29) Ibid. note 2.

Certaines dispositions constitutionnelles se situent apparemment dans le sens de cette analyse. Sans majorer abusivement l'exégèse formelle du texte constitutionnel, il semblerait bien que le député « représentant plénipotentiaire du peuple » soit plus valorisé que le soviét, « organe du pouvoir d'Etat ». Un chapitre entier est consacré au député, ce qui est une innovation ; il précède de surcroît le chapitre relatif au Soviet Suprême et plus généralement aux organes du pouvoir d'Etat. En outre, l'ensemble du chapitre 14 privilégie incontestablement à la fois la subordination du député à l'électeur et celle de l'administration au député : « le député a le droit d'interpeller les organes d'Etat et les fonctionnaires concernés, qui sont tenus de répondre à cette interpellation à la session du soviét » (a 105). Il s'agit là de la mise en forme des règles du centralisme démocratique intégrées dans l'appareil d'Etat qui renforcent la position du citoyen par le principe du mandat impératif et celle du député par la règle de la subordination à l'organe électeur.

Dans le cadre de cette délicate restructuration toute en nuance, l'on peut évoquer encore une fois le cumul des fonctions de Secrétaire général du parti et de Président du Présidium du Soviet Suprême. Sans rien soustraire à la « profonde signification politique » de cet acte du point de vue du renforcement du rôle du parti, la réforme peut, par un transfert d'autorité, consolider la position des soviets. Le même prestige informel dont bénéficiait l'administration devrait rejaillir progressivement et tacitement sur le réseau législatif. Déjà les « arrêtés communs » cosignés jusqu'à présent par le Comité central du P.C.U.S. et le Conseil des ministres porte parfois une troisième signature depuis l'adoption de la nouvelle constitution : celle du Présidium du Soviet Suprême. La tentation est grande ici de prendre le risque d'une prévision : conformément à notre analyse, la logique d'une plus grande subordination de l'administration dans la perspective d'une meilleure légalité, devrait conduire à des textes communs du Comité central et du Présidium et non plus du Conseil des ministres. Une telle évolution présenterait au surplus l'avantage de traduire avec plus de rigueur la doctrine de LENINE : « Le parti agit par l'intermédiaire des soviets ».

Trois orientations dominantes se dégagent donc de la nouvelle constitution : le rôle accru du P.C.U.S., une définition plus précise mais aussi plus limitative de la démocratie socialiste, une meilleure surveillance de la légalité. Dans un article publié en 1976 (30) nous évoquions, à partir de l'antinomie « idéologie-légalité » en critères de libéralisme, « l'impossible choix » qui se présentait aux dirigeants soviétiques entre une constitution politique et une constitution juridique. Nous envisagions alors le renforcement inévitable du parti, porteur de l'idéologie. Les faits n'ont pas démenti la prévision. Le législateur soviétique cependant, conscient du dilemme, s'est efforcé de toute évidence de réduire dans les limites du possible, le paradoxe « idéologie-loi », l'antinomie « politique-juridique ». Il l'a fait en constitutionnalisant davantage encore l'idéologie et au prix d'une subordination accentuée de la loi à la finalité idéologique, de la démocratie au programme politique : la démocratie socialiste est une démocratie « orientée » et finalisée. Sous cette seule condition, la légalité pourra être mieux préservée.

Le discours politique que contient la nouvelle constitution traduit en fin de compte assurance et conviction. Cette assurance pourtant, correspond sans doute davantage à l'affirmation d'un volontarisme qu'à une transcription des faits. Des incertitudes importantes subsistent dans la constitution elle-même. Le maintien par exemple du droit de sécession des Républiques Fédérées contredisant les règles de fonctionnement du centralisme démocratique, reflète la résistance potentielle des nationalités. Ce phénomène à lui seul, combiné au maintien, voire au développement de la foi religieuse, représente une hypothèque majeure pour l'avenir politique de l'U.R.S.S. et pour l'exécution de son programme. Mais l'intransigeance de ce programme n'est peut-être précisément qu'une tentative de réponse juridique et politique à un pluralisme socio-culturel présent et très probablement en effervescence (31).

Un texte de loi, fut-il constitutionnel, suffira-t-il à enrayer cette dynamique ?

Jean GUEIT.

(30) « Une nouvelle constitution soviétique ? L'impossible choix », Jean GUEIT, in "Revue de Droit Prospectif", n° 2, Aix-en-Provence, 1976.

(31) A l'instant même où nous terminons cet article, paraît le livre d'Hélène CARRE D'ENCAUSSE : « L'Empire éclaté », éd. Flammarion, 1978, qui précisément étudie avec haute compétence ce problème.

L'EXAMEN PARTICULIER DES CIRCONSTANCES

Contribution à l'étude du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le Juge administratif français dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat.



par HUBERT-CLAUDE AMIEL

*Maître-assistant à l'Université de Droit,
d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille*

INTRODUCTION

Première Partie

UN PRINCIPE ETABLI

A. — Le contenu du principe de l'examen particulier des circonstances

- 1° Les obligations de l'administration :
 - a) L'examen des circonstances doit être spécifique.
 - b) L'examen des circonstances doit être effectif.
- 2° Signification du principe à l'égard des administrés :
 - a) Opposabilité du principe aux administrés.
 - b) L'affirmation du principe ne confère pas aux administrés le droit à l'examen de leur situation individuelle.

B. — Le domaine d'application du principe de l'examen particulier des circonstances

- 1° Extension du principe à tous les actes soumis au contrôle contentieux du Conseil d'Etat :
 - a) Application du principe aux actes réglementaires.
 - b) Application du principe aux avis et propositions.
 - c) Application du principe aux délibérations.
 - d) Application du principe aux actes juridictionnels.
- 2° Application du principe aux actes édictés par une autorité administrative dont la compétence est liée :
 - a) Obligation de procéder à l'examen particulier des circonstances en présence d'une compétence partiellement liée.
 - b) Obligation de procéder à l'examen particulier des circonstances en présence d'une compétence étroitement liée.
 - c) Application du principe de l'examen particulier des circonstances en présence d'une compétence totalement liée.

Deuxième Partie

UN PRINCIPE MENACE ?

A. — Atténuation de la rigueur du principe par le développement de la notion de directive

- 1° La volonté du Conseil d'Etat de concilier le principe de l'examen particulier des circonstances avec la notion de directive.
 - a) Les directives ne lient pas la compétence de l'administration.
 - b) L'administré peut demander une dérogation à une directive.
- 2° L'atteinte portée au principe de l'examen particulier des circonstances par le développement de la notion de directive.
 - a) Les justifications de l'atteinte portée au principe.
 - b) Le contenu de l'atteinte portée au principe.

B. — La suppression du principe : des cas plus fréquents

- 1° La suppression du principe par les autorités normatives :
 - a) Les autorités normatives peuvent écarter le principe directement.
 - b) Les conséquences de l'extension des habilitations législatives en faveur des autorités administratives.
- 2° La suppression du principe par le juge administratif :
 - a) La suppression indirecte :
 - Le procédé de l'acte-type et le principe de l'examen particulier des circonstances.
 - Les circulaires et le principe de l'examen particulier des circonstances.
 - b) La suppression directe :
 - La primauté du principe d'égalité sur le principe de l'examen particulier des circonstances.
 - La suppression du principe de l'examen particulier des circonstances justifiée par l'intérêt ou les nécessités du service.

CONCLUSION
BIBLIOGRAPHIE

1. Le pouvoir de décision qui appartient à l'administration perd progressivement de son caractère discrétionnaire par l'extension du contrôle minimum auquel le juge soumet tous les actes administratifs. C'est le résultat d'une lente évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat que les auteurs s'accordent à souligner et dont ils font cas (1). En revanche, la doctrine n'a pas accordé toute l'attention qu'elle mérite à une composante de ce contrôle: c'est la règle de l'examen particulier des circonstances. Pourtant cette règle, constamment réaffirmée par le juge, interdit à l'administration d'user d'un pouvoir, même discrétionnaire, sans procéder préalablement à l'édition de l'acte, à un examen de la situation de fait qu'elle doit régir. Ainsi commet un excès de pouvoir l'autorité administrative qui édicte une décision en se fondant sur un principe d'ordre général ou en faisant application d'une position de principe sans égard aux circonstances particulières de l'espèce. Cette règle découle de l'idée selon laquelle une autorité qui dispose d'un pouvoir d'appréciation doit l'utiliser effectivement; elle ne peut réduire l'étendue de ce pouvoir par le recours à un automatisme qui la conduirait à appliquer des dispositions uniformes à des situations différentes. Aussi lorsque le juge constate qu'une décision administrative n'est pas le résultat de cet examen particulier, il annulera la décision illégalement prise.

2. Sur le plan pratique, l'importance de la règle est donc capitale. Elle vient considérablement limiter le pouvoir discrétionnaire de l'administration, puisque le juge se reconnaît le droit de contrôler que l'administration a effectivement usé de ce pouvoir en tenant compte des circonstances propres à l'affaire qui lui était soumise. Applicable même en présence de pouvoir discrétionnaire, la règle de l'examen particulier des circonstances fait partie du contrôle minimum auquel tout acte administratif est assujéti. Et l'obligation qui est, en tout état de cause, imposée à l'administration, implique pour l'administré un véritable droit à l'examen de sa situation.

On peut alors se demander quel est le sens de cette règle dont la méconnaissance a des effets aussi absolus. On peut la rattacher à l'idée de moralité administrative dégagée par HAURIOU et appliquée au problème de l'examen des circonstances par Monsieur le Professeur WALINE (2). Avant de prendre une décision, l'administration a le devoir de se mettre dans les meilleures conditions pour que l'acte qu'elle se propose d'édicter soit le plus conforme possible à l'intérêt général. Et le juge qui constate que cette règle a été méconnue doit annuler l'acte dont le contenu sera présumé non conforme au but visé par l'autorité qui l'a édicté. Ainsi, sur le plan pratique, il s'agit d'une obligation tendant à favoriser une bonne administration. Si la loi a confié à l'administration un pouvoir d'appréciation, c'est parce qu'il convenait d'examiner chaque cas d'espèce avant d'élaborer la décision.

3. Mais ce principe qui paraît consacrer une règle de bon sens, n'apparaît que relativement tardivement dans notre ordonnancement juridique, en dehors des cas où le législateur est intervenu pour le rendre obligatoire.

En effet, il y a des hypothèses où le respect de la règle est imposé par la loi qui énumère les conditions de procédure auxquelles l'acte sera soumis avant son édition. Mais c'est la jurisprudence qui a élargi la portée de cette obligation à tous les cas dans le silence des textes. Déjà on trouve des décisions isolées dès 1907 qui sanctionnent la méconnaissance de cette règle par l'administration (3). Mais c'est, semble-t-il, dans les années 1920 que l'obligation est consacrée par le Conseil d'Etat (4).

Ainsi, en 1928, M. WALINE peut relever que l'administration ne peut procéder globalement pour édicter plusieurs décisions (5); en 1942, Achille MESTRE remarque dans sa note, sous l'arrêt Piron, que l'administration ne peut prendre une décision de principe quand la loi lui donne compétence pour régler des situations individuelles (6). Puis, l'expression apparaît définitivement dans sa teneur actuelle en 1942, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat: dans l'arrêt Piron le juge administratif annule l'arrêté ministériel qui « s'est borné à faire application d'une décision de principe sans procéder à l'examen de la situation particulière » du requérant (7). Enfin, les termes « examen particulier des circonstances » sont généralisés dans le langage juridique lorsqu'un membre du Conseil d'Etat, M. MEGRET, intitule une chronique: « De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision, même discrétionnaire » (8).

Ainsi ce n'est qu'au terme d'une lente évolution que cette notion s'est dégagée. Dans une certaine mesure, elle doit son existence à des circonstances contingentes. En effet, après la libération, un membre du Conseil d'Etat révélait que l'arrêt Piron avait été rendu par la Haute Assemblée dans le but de réduire, autant que c'était possible, les pouvoirs arbitraires que la loi avait reconnus au gouvernement de Vichy pour assurer l'épuration dans la fonction publique (9).

Quelle qu'en soit son origine il n'en demeure pas moins qu'à l'heure actuelle, le principe semble définitivement admis par le juge, parce que nécessaire à la garantie des droits des administrés.

4. Cela explique aussi que la jurisprudence du Conseil d'Etat français puisse se rapprocher, en cette matière, de celle des juridictions étrangères. Ainsi, le Conseil d'Etat belge a-t-il retenu le principe dans son intégralité, en lui donnant une portée comparable à celle de la jurisprudence administrative française (10). Mais le rapprochement est encore plus intéressant avec la jurisprudence de pays dont le système juridique est beaucoup plus éloigné du nôtre. Les pays qui ne consacrent pas la séparation des juridictions administratives et judiciaires et qui soumettent l'administration à la règle de droit commun ont aussi adopté le principe. En retenant par exemple la règle de la « rationalité », les cours américaines obligent les autorités administratives à prendre leurs décisions en fonction des circonstances de l'affaire.

Cette comparaison permet alors de souligner que le principe de l'examen particulier des circonstances repose en fait sur une nécessité. Il ne constitue pas une construction abstraite, mais se déduit de considérations pratiques liées à une volonté de bonne administration.

Cependant, les annulations prononcées par le juge doivent être fondées sur un moyen. Le moyen ne peut consister en une violation de la loi au sens formel, étant donné que l'obligation n'est, de façon générale, consacrée par aucun texte. Pourtant une partie de la doctrine considère

(4) C.E. 18 mai 1925, Chenu, R. p. 493; 16 novembre 1928, Foucher, précité.

(5) Arrêt Foucher, précité.

(6) et (7) C.E., 24 juillet 1942, Piron, Sirey 1943, III, I concl. Ségalat, note A. Mestre.

(8) E.D.C.E., 1953, pp 77 et suiv.

(9) BOUFFANDEAU: « Le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la libération du territoire métropolitain », E.D.C.E., 1947, p. 24. Il est cependant certain que la thèse soutenue par M. Bouffandeau ne suffit pas, à elle seule, à expliquer l'adoption et le développement du principe de l'examen particulier des circonstances. En effet, la règle semble admise par la Haute Assemblée avant l'arrêt Piron rendu en 1942. Toutefois, rien ne vient infirmer l'idée généralement admise, que c'est la décision rendue le 24 juillet 1942 par le Conseil d'Etat, qui a définitivement imposé cette obligation. C'est ainsi que pour M. Mégret notamment, l'arrêt Piron est un arrêt de principe (Voir MEGRET, op. cit.).

(10) Cf. les arrêts du Conseil d'Etat belge: Hoffelt du 17 février 1950 et Marshall du 20 février 1950, R.D.P. 1951, p. 138.

(1) Voir A. de LAUBADERE: Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français, Mélanges Waline, tome II, p. 531.

(2) Cf. note sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 novembre 1928, Foucher, Dalloz, 1929, III, 33.

(3) C.E., 8 février 1907, Lévy et autres, R.p. 143; 22 mars 1907, Syndicat des employés du commerce de Perpignan, R. p. 302; 26 avril 1907, Sieur Crémieux, R. p. 393.

que la méconnaissance du principe constitue une erreur de droit⁽¹¹⁾. Elle consiste dans la violation d'une règle prétorienne dégagée par le juge et qui s'impose aux autorités administratives.

Toutefois, cette explication ne tient pas compte des nuances de la jurisprudence qui distingue selon les espèces, « erreur de droit » et « vice de procédure ». C'est la raison pour laquelle on peut aussi avancer que le vice de forme est à la base de l'annulation de décisions administratives qui méconnaissent l'obligation de procéder à l'examen particulier des circonstances.

En effet, si dans la majorité des décisions prononçant l'annulation d'un acte pour méconnaissance de cette obligation, le Conseil d'Etat retient comme moyen d'annulation l'erreur de droit⁽¹²⁾, dans certains cas cependant, le juge décide que la violation du principe d'examen particulier des circonstances constitue un vice de procédure administrative non contentieuse⁽¹³⁾.

Il est certain que l'autorité administrative compétente, pour prendre une décision individuelle après examen de chaque cas, commet une erreur de droit lorsqu'elle édicte une réglementation générale préalable. Au contraire, l'autorité qui procède par voie générale pour prendre une série de décisions, alors que la loi lui impose de suivre une procédure qui lui permette de prendre en considération chaque espèce, méconnaît un principe de procédure administrative non contentieuse⁽¹⁴⁾. C'est le procédé qui est irrégulier, et non le résultat final, puisqu'en tout état de cause l'autorité disposait d'un pouvoir discrétionnaire pour prendre sa décision.

L'administration peut faire application automatique d'une position de principe sans égards pour les circonstances propres à l'affaire qui lui est soumise. Dans ce cas l'explication avancée par Achille MESTRE, qui voyait dans la violation du principe un abus de pouvoir réglementaire, rend compte de la jurisprudence⁽¹⁵⁾. En intercalant une décision réglementaire implicite entre l'acte individuel et l'acte-règle d'habilitation, l'administration commet une erreur de droit, quand elle est investie par la loi « du droit d'accomplir des actes qui comportent par eux-mêmes un appel à l'appréciation individuelle formulée sous la responsabilité de leur auteur ».

L'administration commet également une irrégularité lorsqu'elle considère qu'elle est tenue de prendre une décision et que sa compétence est liée, alors qu'en réalité le pouvoir dont elle dispose est discrétionnaire. Cette méconnaissance de l'étendue de ses compétences la conduit à édicter une règle sans égards à la situation particulière qu'elle doit régir. Cette erreur de droit, que l'on peut qualifier « excès de pouvoir négatif » est sanctionnée par le juge adminis-

tratif⁽¹⁶⁾. Son intervention assure la protection du droit à l'exercice par l'Administration du pouvoir discrétionnaire⁽¹⁷⁾.

Cette explication du fondement va dans le même sens que celui proposé par M. WALINE⁽¹⁸⁾. Une autorité qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire doit en faire un usage nuancé et effectif, car il lui a été confié par la loi dans le but de bien administrer. La « moralité administrative » commande à l'autorité qui se voit attribuer un tel pouvoir de l'exercer.

En d'autres termes le droit pour l'administré à l'exercice du pouvoir discrétionnaire implique l'obligation pour l'administration de faire usage de ce pouvoir. L'administration ne peut renoncer au pouvoir que la loi lui a confié sans ajouter des conditions supplémentaires à celles qui sont édictées par la loi⁽¹⁹⁾.

Pour ces raisons, et sur la base de ces explications, le juge administratif a fait de l'examen particulier des circonstances une règle de droit positif confirmée par une jurisprudence constante⁽²⁰⁾.

Pourtant, à l'heure actuelle, ce principe juridiquement établi, fait l'objet de sévères critiques émanant d'une partie de la doctrine, et en particulier de membres du Conseil d'Etat⁽²¹⁾.

L'argument sur lequel ils se fondent consiste à souligner l'inadaptation de la règle du coup par coup aux impératifs d'efficacité qui incombent à une administration moderne. Ils font également valoir qu'une autorité administrative chargée de prendre de multiples décisions devrait avoir la possibilité de se fixer une ligne de conduite. Enfin, il leur semble nécessaire de reconnaître aux ministres un pouvoir réglementaire implicite, puisque l'obstacle constitutionnel interdit de modifier la liste des autorités investies de ce pouvoir.

Après des hésitations bien compréhensibles, le juge administratif s'est rangé à ce point de vue, mais sans pour autant abandonner la règle de l'examen particulier des circonstances. Le Conseil d'Etat s'est orienté dans cette direction en reconnaissant la légalité de l'édition de directives ou la légalité du procédé de l'acte-type entre autres moyens d'assouplir la rigueur de l'obligation.

Ainsi la rationalisation des méthodes administratives, liée principalement au développement des moyens informatiques, a conduit, non à un revirement, mais à un assouplissement, de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Particulièrement manifeste dans le contentieux économique, l'évolution concerne aussi le contentieux général. C'est en effet dans le domaine de l'interventionisme que la nécessité d'adapter la règle de l'examen particulier des circonstances a été soulevée avant d'être étendue au contentieux général. Mais on doit alors se demander si ce principe juridiquement bien établi, n'est pas indirectement et à terme, menacé par la généralisation de pratiques administratives reconnues par le juge.

I. — Un principe établi.

II. — Un principe menacé ?

(11) Cf. ODENT, Contentieux administratif, les Cours de Droit, Cours I.E.P., 1970-1971, p. 1533; DEBBASCH, Contentieux administratif, Dalloz 1975, pp. 735-736; AUBY et DRAGO, Traité de contentieux administratif, p. 382, tome I.

(12) Pour des exemples récents, voir : C.E., Section, 6 décembre 1974, Société Générale de Chauffage Industriel « Pillard Frères », R.D.P. 1975, p. 1147; Assemblée, 21 janvier 1977, Ministre de l'Intérieur c/ sieur Dridi, A.J.D.A. 1977, p. 154, chro. p. 133, D.S. 1977, p. 527, note Fr. Julien-Laferrière.

(13) C.E., 13 juin 1952, Sieur Buntz, R. p. 307, 29 juillet 1953, Sieurs Kolb et Michon, R. p. 414; 19 janvier 1966, Sieur Lainé, R. p. 44.

(14) Ainsi, M. G. ISAAC constate que lorsque la violation du principe résulte d'une simple carence, l'administration méconnaît un principe fondamental de procédure administrative non contentieuse (Cf. La procédure administrative non contentieuse, L.G.D.J., Paris 1968, pp. 438 et suiv.). Dans la même optique M. Claude BLUMANN distingue l'irrégularité du résultat. Il y a irrégularité du procédé dans la mesure où « le but poursuivi par le législateur qui accorde un pouvoir discrétionnaire à l'administration est de l'obliger à examiner chaque cas individuel et non pas de procéder par voie réglementaire ». Il y a en outre irrégularité du résultat dans la mesure où la renonciation à l'examen particulier des circonstances aboutit à conférer à l'administration un pouvoir réglementaire qui n'était pas prévu expressément par le texte d'habilitation (Cf. La renonciation en droit administratif français, L.G.D.J., Paris 1974, pp. 262 à 264).

(15) Note au Sirey, 1943, sous Piron, précitée.

(16) Voir L. GOLDENBERG, Le Conseil d'Etat juge du fait, thèse, Paris, 1932.

(17) Pour M. VENEZIA, le principe de l'examen particulier des circonstances sanctionne l'obligation pour l'administration d'exercer effectivement son pouvoir discrétionnaire. Le contrôle du respect du principe vise à garantir aux administrés qu'il sera fait un usage normal du pouvoir discrétionnaire. (Le pouvoir discrétionnaire, L.G.D.J., Paris 1959, pp. 139 et suiv.).

(18) Cf. note M. WALINE sous arrêt Foucher, précité.

(19) Cf. BLUMANN, op. cit.

(20) Voir la jurisprudence citée par M. MEGRET, op. cit.

(21) Cf. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat », E.D.C.E., 1969, pp. 13 et suiv.; QUESTIAUX, concl. sous Distillerie Brabant, R. p. 264; BERTRAND, concl. sous Crédit Foncier de France, R. p. 750.

PREMIÈRE PARTIE

UN PRINCIPE ETABLI

Malgré les critiques qui ont pu lui être adressées, le juge administratif n'a jamais remis en cause, de façon générale et absolue, le principe de l'examen particulier des circonstances. Etabli par une jurisprudence ancienne et constante du Conseil d'Etat, l'obligation de procéder à cet examen a, au contraire, été renforcée. La réaffirmation de la règle a pris deux tournures. En premier la Haute Assemblée a précisé le contenu de la règle en dégageant les dispositions prétoriennes qui s'imposent à l'administration et aux administrés. En second lieu, le renforcement de l'obligation est le résultat de son extension à toute une catégorie d'actes administratifs et juridictionnels, que les décisions du Conseil d'Etat ne mentionnaient pas à l'origine.

A. — LE CONTENU DU PRINCIPE DE L'EXAMEN PARTICULIER DES CIRCONSTANCES

De façon théorique, le principe de l'examen particulier des circonstances s'analyse d'abord comme l'interdiction faite à une autorité administrative d'appliquer des règles générales ou des critères impersonnels pour guider l'élaboration des actes qu'elle est habilitée à édicter. Il signifie ensuite que l'autorité qui dispose d'une compétence discrétionnaire doit en faire un usage effectif (22).

Le juge a fait application de ces règles à de nombreuses reprises, ce qui lui a permis d'en préciser le contenu. Les éléments qu'il a retenus l'ont conduit à imposer à l'administration le respect du principe, chaque fois que l'agent devait apprécier une situation avant de prendre une décision. Mais le juge a aussi considéré que la soumission au principe impliquait qu'un administré ne pouvait se prévaloir d'une décision prise dans des circonstances identiques, sans lier une compétence que le législateur avait voulu discrétionnaire. On constate alors que le principe est opposable non seulement à l'administration, mais encore aux administrés.

1° Les obligations de l'administration

La règle selon laquelle une autorité administrative ne peut renoncer à exercer son pouvoir discrétionnaire est désormais bien établie en droit positif. La jurisprudence maintient cette interdiction sans distinguer les renoncements implicites de celles formulées dans un acte. Un point toutefois mérite d'être relevé. Lorsque la renonciation à l'exercice du pouvoir discrétionnaire est formulée dans un acte, c'est-à-dire lorsque l'autorité administrative intercale un acte réglementaire entre la loi ou le règlement et l'acte individuel, le rôle du juge consiste à constater l'existence d'un acte que l'autorité n'avait pas compétence pour édicter (23).

(22) En outre, le Conseil d'Etat a décidé que l'autorité administrative qui renonce par avance à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire commet une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration (Conseil d'Etat, 12 mars 1954, Weickert, R. p. 152; 11 mai 1956, Société Lesieur - Afrique et autres, R. p. 194, A.J.D.A. 1956, p. 231).

(23) Ainsi, dans l'arrêt Bouguen (Conseil d'Etat, 2 avril 1943 R. p. 86, S. 1944, 3, 1, concl. Lagrange, note Mestre; D. 1944, 52, concl. Lagrange, note J. Donnedieu de Vabres; J.C.P. 1944, II, 2565 note Cellier) le Conseil d'Etat souligne que l'interdiction faite à un médecin d'exercer dans un cabinet secondaire a été prise par le Conseil de l'Ordre, sans examiner, ainsi que l'y invitaient expressément les dispositions mêmes du Code de déontologie, si la situation particulière dudit cabinet n'était pas de nature à justifier son maintien.

En revanche, si la renonciation est tacite parce que la décision de principe n'est pas expressément formulée, la tâche du juge est alors beaucoup plus complexe. L'appréciation à laquelle il devra se livrer sera d'autant plus délicate que l'administration pourra toujours justifier sa décision par des considérations tirées de l'intérêt général et dont il sera difficile pour le juge de contrôler le bien fondé.

On se rend compte que l'exercice du pouvoir discrétionnaire se prête mal au contrôle juridictionnel, sauf lorsque l'administration reconnaît indirectement la renonciation à l'examen des circonstances.

Il y a toutefois des hypothèses où la conviction du juge résulte de l'instruction de l'affaire. Il peut en arriver à la conclusion que l'administration a méconnu la règle, lorsque l'instruction lui permet de constater que « les motifs de l'acte ne sont que la reproduction d'une position générale de principe que l'administration formule en réponse à toute demande qui lui est soumise ». C'est à l'occasion de ces nombreuses affaires, où le problème s'est posé, que le juge administratif a précisé le contenu du principe.

La règle de l'examen particulier des circonstances recouvre donc plusieurs obligations qui s'imposent aux autorités administratives. Il leur est interdit, en particulier quand elles disposent d'un pouvoir discrétionnaire, d'édicter des décisions sans prendre en considération les circonstances spécifiques de chaque situation. C'est là l'illégalité la plus fréquente. Mais il faut ajouter qu'il est également interdit à une autorité administrative de statuer sans avoir procédé à un examen complet et effectif des motifs de fait qui commandent l'acte qu'elle se propose d'élaborer.

a) L'examen des circonstances doit être spécifique

La règle de l'examen particulier des circonstances est habituellement ramenée à cette seule prohibition; c'est en effet le cas où sa méconnaissance est le plus souvent soulevée: l'administration s'impose à elle-même une règle de droit qu'elle applique indistinctement à tous les cas qui lui sont soumis. Bien que l'administration puisse élaborer une doctrine et s'y tenir, cette pratique n'a rien d'illégal dans la mesure où les dispositions ainsi édictées sont elles-mêmes légales, elle n'est pas dispensée d'apprécier, à l'occasion de chaque affaire, dans quelle mesure il y a lieu de retenir ou d'écarter les critères qu'elle s'est fixés (24).

C'est la raison pour laquelle le juge administratif annule les décisions individuelles fondées sur une position de principe, les décisions globales ainsi que les décisions trop générales.

(24) L'élaboration d'une doctrine administrative consiste principalement à réglementer les conditions d'octroi des décisions individuelles. Ainsi, le Conseil d'Etat reconnaît aux ministres le pouvoir de fixer par voie réglementaire, les formalités et les délais auxquels les administrés doivent se plier (Voir: Conseil d'Etat, 6 novembre 1964, Réunion des assurances maladie des exploitants agricoles, R. p. 521). La Haute Assemblée a aussi admis que l'autorité ministérielle pouvait édicter des conditions de fond (Conseil d'Etat, 15 mars 1963, Compagnie électro-mécanique, R. p. 167). Mais même dans cette dernière hypothèse, le pouvoir d'appréciation de l'administration n'est pas réduit, dans la mesure où l'autorité administrative conserve toute liberté pour écarter une condition de procédure ou de fond qu'elle a instituée (Voir: A. MESTRE, Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration, L.G.D.J., Paris, 1974).

La défense faite à l'administration par le juge, d'édicter des décisions fondées sur une position de principe revêt une importance capitale, car très souvent l'autorité administrative élabore une doctrine et s'y tient. Des considérations d'opportunité expliquent l'institution de critères par lesquels l'administration lie une compétence que la loi ou le pouvoir réglementaire ont établi discrétionnaire. Comme le fait remarquer M. le Président ODENT, c'est particulièrement commode pour l'administration « d'opposer à une demande une décision de principe » pour résister aux pressions de toutes sortes qui peuvent s'exercer et pour se donner l'illusion de justifier sa décision par des considérations objectives. En outre, « l'existence d'une doctrine administrative comportant un certain automatisme, facilite et accélère le fonctionnement du service » (25). Il faut aussi ajouter que le recours à des critères impersonnels est un moyen pour l'auteur de l'acte administratif d'échapper à ses responsabilités. Pourtant cette attitude est juridiquement incorrecte, puisqu'elle méconnaît le principe de l'examen particulier des circonstances. A plusieurs reprises le Conseil d'Etat a rappelé que l'administration ne pouvait édicter des critères et lier volontairement sa compétence.

Les faits qui ont donné lieu à l'arrêt Piron illustrent parfaitement la signification de cette règle. La loi du 17 juillet 1940 autorisait le ministre de l'intérieur à relever de leurs fonctions tous les agents de la police d'Etat dont « le comportement général paraissait incompatible avec les exigences de l'intérêt public ». Le texte ajoutait que la décision serait prise « nonobstant les dispositions législatives et réglementaires et sans autres formalités ». En retenant comme unique motif que le Sieur Piron avait dépassé l'âge de 55 ans, l'autorité administrative commit un excès de pouvoir. Elle fit application d'une décision de principe — établissement d'une limite d'âge — alors qu'elle aurait dû vérifier si l'âge du requérant était compatible avec « les exigences de l'intérêt public ». Dans cet arrêt, l'Assemblée du contentieux ne sanctionne pas l'édiction du critère mais l'automatisme de la décision de l'administration.

Dans le même sens, le Conseil d'Etat a souligné, également dans un arrêt d'assemblée, que le Ministre de l'intérieur ne peut prononcer l'expulsion automatique d'un étranger qui a subi une condamnation pénale sur ce seul motif, alors que la loi prévoit que l'expulsion ne peut être prononcée que si la présence de cette personne constitue une menace pour l'ordre public. L'autorité administrative a donc l'obligation de prendre en considération le comportement de l'étranger, même si la loi lui laisse tout pouvoir d'appréciation (26).

Le sens de ce principe a été précisé par la Haute Assemblée, dans une jurisprudence maintenant abondante. Le juge administratif ne fait pas de distinction selon que les critères ont été institués par l'autorité compétente pour édicter l'acte, ou imposés par l'autorité hiérarchiquement supérieure. Ainsi, le Tribunal administratif de Limoges a annulé la décision d'un recteur d'académie renouvelant dans ses fonctions un assistant non titulaire des disciplines juridiques, économiques, politiques et de gestion, aux motifs que le recteur avait appliqué une instruction du Secrétaire d'Etat aux Universités prévoyant le renouvellement de tous les assistants, sans procéder à l'examen de leur situation individuelle (27). En l'espèce, le Tribunal administratif a fait une application rigoureuse de la jurisprudence du Conseil

d'Etat, qui prononce l'annulation de toute décision fondée sur « une volonté systématique » quand elle devrait être fondée sur un examen nuancé (28).

L'obligation de procéder à un examen individuel de chaque situation permet ainsi de sanctionner le comportement de l'autorité administrative qui instaure le véritable règlement préalable « modifiant les conditions fixées par les textes pour prendre une décision administrative » (29).

C'est également pour ces raisons que le Conseil d'Etat considère que les décisions prises par une autorité administrative qui se méprend sur l'étendue de ses pouvoirs, méconnaît le principe de l'examen particulier des circonstances. Dans ce cas, l'excès de pouvoir que commet l'administration est involontaire et négatif.

Une erreur que commet assez fréquemment l'administration consiste à estimer que sa compétence est liée alors qu'elle dispose en réalité d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Sur le fondement du principe, le juge administratif annule la décision de l'administration, sans toutefois recourir systématiquement à des formules soulignant qu'elle n'a pas procédé à l'examen des circonstances propres à l'affaire. Il n'en demeure pas moins que cette erreur de droit est sanctionnée parce que l'administration, en liant sa compétence, n'a pas exercé le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a annulé la décision du ministre de la justice mettant en retraite un magistrat au motif qu'il avait atteint un âge limite, alors que la loi en prévoyait seulement la possibilité. La même mesure aurait été légale si elle avait été prise au titre du pouvoir discrétionnaire ; elle devenait illégale à partir du moment où le ministre se croyait tenu de prendre et agissait avec un certain automatisme (30). De même, le ministre qui oppose la déchéance quadriennale parce qu'il s'y croit obligé, alors qu'il en a seulement la faculté (31), ou l'agent qui se borne à contrôler la régularité de la demande, estimant que sa compétence est liée (32), ou l'autorité qui refuse d'accéder à une demande pensant que celle-ci ne peut être accueillie, alors qu'elle dispose d'un pouvoir d'appréciation (33), commettent, chacun en ce qui le concerne, un excès de pouvoir négatif.

Dans toutes les décisions, que la renonciation à l'exercice du pouvoir discrétionnaire soit volontaire ou consécutive à une erreur de l'autorité administrative sur l'étendue de ses pouvoirs, le juge administratif sanctionne non le contenu de l'acte, mais la procédure utilisée pour l'élaborer. Dans le même sens l'application du principe de l'examen particulier des circonstances conduit à l'annulation de décisions administratives prises globalement quand l'autorité compétente devait procéder à un examen individuel de chacune des affaires qui lui était soumise.

C'est en effet par application du principe de l'examen particulier des circonstances que le juge administratif

(28) Conseil d'Etat, 26 janvier 1977, Demaret, R.D.P. 1977, p. 885.

(29) Conseil d'Etat, 6 décembre 1974, Société Entreprise érale de chauffage industriel Pillard Frères, R.D.P. 1975, 1147 ; 30 mars 1978, Conseil de l'Université de Limoges, R. 1978, p. 272.

(30) Conseil d'Etat, 18 mai 1925, Chenu, R. p. 493.

(31) Conseil d'Etat, 18 avril 1955, Guern, R. p. 214. Désormais, l'article 6 de la loi du 31 décembre 1968 dispose que « les autorités administratives ne peuvent renoncer à opposer la prescription qui découle de la présente loi ». Voir sur ce point : Conseil d'Etat, Section, 11 janvier 1978, Dame veuve Audin, A.J.D.A. 1978, p. 330, note J.-Y. Plouvin.

(32) Conseil d'Etat, Section, 22 février 1974, Esso Standard, R.D.P., 1975, p. 510.

(33) Conseil d'Etat, Section, 30 avril 1976, Lacorne, R.D.P. 1976, p. 1361.

(25) Cf. ODENT, op. cit., p. 1533.

(26) Conseil d'Etat, Assemblée, 21 janvier 1977, Ministre de l'Intérieur contre Sieur Dridi, A.J.D.A. 1977, p. 154, chro. p. 133 ; voir également : 8 décembre 1978, Ministre de l'Intérieur c/ Benouaret ; 8 décembre 1978, El Kaamouchi (« Le Monde » du 14 décembre 1978).

(27) Tribunal administratif de Limoges, 14 avril 1977, inédit.

sanctionne les décisions globales. Cette solution, adoptée par le Conseil d'Etat dès que la règle fut prescrite⁽³⁴⁾, a été réaffirmée à de nombreuses reprises⁽³⁵⁾.

Les liens qui unissent cette règle de procédure à l'obligation de procéder à l'examen particulier des circonstances, consistent dans le fait que l'administration doit établir pour chaque acte individuel une procédure particulière, afin que l'autorité compétente fasse une exacte application de la loi ou du règlement lors de l'édiction de l'acte individuel⁽³⁶⁾. Une décision globale ne permet pas en effet de satisfaire aux impératifs de la règle⁽³⁷⁾. Dès lors que le juge a la conviction que l'autorité compétente a statué à la suite d'une seule procédure, alors que plusieurs décisions devaient être prises, tous les actes qui en ont résulté doivent être annulés. En effet, une solution globale n'est, en principe pas compatible avec une règle qui impose un examen particulier.

En revanche, on ne peut suivre les auteurs qui affirment que l'interdiction d'une solution globale implique automatiquement l'illégalité d'un acte collectif réglant plusieurs demandes⁽³⁸⁾. En effet, le Conseil d'Etat exige seulement l'examen particulier de chaque affaire par l'administration, mais la laisse libre de statuer collectivement lorsque cet examen fait apparaître que toutes les situations sont identiques. C'est ainsi que le préfet peut « statuer collectivement par un seul arrêté sur plusieurs demandes qu'il a examinées individuellement⁽³⁹⁾. La seule interdiction est de se fonder sur des motifs identiques et généraux lorsque les situations sont différentes.

Certes, on peut objecter que, dans l'arrêt Foucher, le Conseil d'Etat a annulé une délibération d'un Conseil général au motif qu'il aurait dû procéder à plusieurs votes et non à un vote global. Mais, il ressort des faits que l'assemblée départementale avait statué simultanément sur des affaires qui ne donnaient lieu à aucun désaccord et sur des affaires où des oppositions s'élevaient. En d'autres termes il n'est pas possible d'adopter a priori une position générale; mais il n'est pas interdit de statuer collectivement si l'examen individuel de chaque cas a fait apparaître une similitude de situation⁽⁴⁰⁾. L'interdiction tient seulement au fondement sur des motifs d'ordre général. Une telle procédure méconnaît le respect du principe et confère à l'administration un pouvoir que la loi ne lui a pas donné.

Lorsqu'une autorité administrative est compétente pour édicter une décision individuelle ou réglementaire dans des situations bien spéciales, elle ne peut agir par voie de dispositions réglementaires de portée générale⁽⁴¹⁾. Cette interdiction se fonde sur l'obligation de procéder à l'examen particulier des circonstances propres à chaque affaire. C'est pourquoi le juge administratif ne manque jamais de sanctionner les interdictions générales et absolues⁽⁴²⁾.

Ainsi, un maire ne peut limiter, d'une manière permanente, le nombre des spectacles cinématographiques dans la commune; il ne peut qu'interdire une représentation déterminée lorsqu'elle présente un danger pour l'ordre public⁽⁴³⁾. Sur le même fondement le Conseil d'Etat a annulé une décision par laquelle le Gouverneur du Niger avait interdit toutes les réunions d'un parti politique, alors que la menace à l'ordre public constituée par la tenue de ces réunions n'était pas d'une gravité suffisante pour justifier une mesure d'interdiction aussi générale⁽⁴⁴⁾ et la décision portant interdiction de vendre toute publication étrangère sans préciser que chacune d'elle contenait des articles pouvant menacer l'ordre public⁽⁴⁵⁾.

Ces exemples illustrent bien l'application du principe de l'examen particulier des circonstances, aux interdictions trop générales et absolues, en particulier dans le domaine de l'exercice des libertés publiques, où le Conseil d'Etat se montre plus rigoureux. Il considère en effet qu'il n'appartient pas à une autorité administrative d'interdire toute manifestation ou toute réunion, sans chercher à savoir si les circonstances propres à chacune d'entre elles justifient une telle interdiction. Certes, le juge admet que des interdictions générales puissent être prononcées. Mais alors la Haute Juridiction exige un danger particulièrement grave, très général et impossible à écarter, sauf à en interdire la cause⁽⁴⁶⁾. Il faut cependant souligner que cette dérogation au principe ne constitue pas une véritable restriction à sa portée. En effet, quelles que soient les circonstances de l'espèce, le juge exige que l'autorité administrative qui édicte un acte prononçant une interdiction générale et absolue, le fasse précéder d'un examen de la situation, même de façon sommaire, quand la menace est imminente. Le principe reste donc que l'examen des circonstances doit être effectif.

b) *L'examen des circonstances doit être effectif*

La règle qui impose à l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances préalablement à l'édiction d'une décision, n'a de valeur que si cet examen est effectif. Cette obligation se rattache au principe selon lequel l'autorité administrative ne peut prendre de mesures que pour certains motifs; même en présence de pouvoir discrétionnaire, l'auteur de l'acte doit satisfaire à cette règle afin de l'élaborer en toute connaissance de cause.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire ne dispense pas, en effet, l'administration de prendre les décisions les plus opportunes possible: si le Conseil d'Etat ne contrôle pas l'opportunité des décisions administratives, il n'en demeure pas moins qu'il s'assure que l'autorité administrative a utilisé ce pouvoir avec discernement et attention. C'est la raison pour laquelle un acte qui n'est pas précédé d'un examen effectif des faits sera annulé, car il pèsera sur lui une présomption d'inadaptation aux buts qu'il doit atteindre. C'est également pour cette raison que le Conseil d'Etat annule les actes qui ont été édictés après un examen incomplet ou superficiel des circonstances.

L'examen des circonstances ne doit pas se réduire à une simple formalité. Le Conseil d'Etat exige qu'il soit sérieux. Cette obligation constitue une garantie pour l'administré. Le juge administratif vérifiera que l'auteur de l'acte a procédé à un examen particulièrement approfondi de la situation de fait de l'affaire⁽⁴⁷⁾, que tous les éléments

(34) Conseil d'Etat, 8 février 1907, Levy et autres, R. p. 143.

(35) Conseil d'Etat, 16 novembre 1928, Foucher, précité; 13 octobre 1976, Secrétaire d'Etat à la Culture contre Société de publicité routière française, R.D.P. 1977, p. 888; 12 janvier 1977, Benoit, R.D.P. 1977, p. 889.

(36) Cf. AUBY et DRAGO, op. cit., p. 382.

(37) Conseil d'Etat, 19 janvier 1966, Sieur Lemoine, R. p. 44, 22 juin 1966, Berson et autres, R. p. 867.

(38) Voir sur ce point la thèse de M. G. ISAAC, op. cit. p. 439.

(39) Conseil d'Etat, 22 mars 1907, Cavin, R. p. 302.

(40) Conseil d'Etat, 26 avril 1907, Sieur Crémieux, R. p. 393.

(41) Conseil d'Etat, 13 février 1953, Sieur Laugier, R. p. 70; Section, 25 mai 1962, Fédération sportive et gymnique du travail, R. p. 348.

(42) Conseil d'Etat, 22 juin 1951, Daudignac, R. p. 362, D. 1951, 589, concl. Gazier, note J.C.; 2 avril 1954, Petronelli, R. p. 208, R.P.D.A. 1954, 98, concl. Laurent; 15 décembre 1961, Chiaretta, A.J.D.A. 1962, 37, chro. Galabert et Gentot, p. 21.

(43) Conseil d'Etat, 14 mai 1954, de Fischhof, R. p. 269 A.J.D.A. 1954, 11 bis, chro. Long.

(44) Conseil d'Etat, 30 novembre 1956, Bakary Djibo, R. p. 719.

(45) Conseil d'Etat, 16 novembre 1962, DOLBEAU, R. p. 614.

(46) Conseil d'Etat, 23 décembre 1936, BUCARD, R. p. 1151.

(47) Conseil d'Etat, 29 novembre 1968, Sieur Ferrary, R. p. 608.

susceptibles de déterminer le comportement de l'autorité administrative compétente ont été pris en compte⁽⁴⁸⁾, et que les motifs de la décision étaient strictement adaptés aux buts assignés par la loi ou le règlement à l'auteur de cette décision⁽⁴⁹⁾.

Les cas où le Conseil d'Etat est amené à formuler cette exigence sont assez nombreux. On peut retenir en particulier l'hypothèse des concours où le jury décide, avant la fin des épreuves, de n'attribuer qu'un nombre de postes inférieur à celui mis au concours. La haute juridiction estime qu'une telle décision ne peut intervenir qu'après la fin des épreuves. Dans le cas contraire, l'examen de la situation de chaque candidat est incomplet⁽⁵⁰⁾. Le jury peut toutefois estimer que malgré leur classement les candidats n'ont pas le niveau suffisant pour occuper l'emploi mis au concours. Mais pour cela il est nécessaire que les connaissances ou les titres particuliers de chaque candidat aient été vérifiés⁽⁵¹⁾.

La jurisprudence du Conseil d'Etat est explicite à un autre égard. Dans plusieurs arrêts, le haute juridiction souligne que l'autorité administrative compétente pour édicter un acte ne peut se borner à énoncer une proposition émanant d'une autre autorité⁽⁵²⁾. Elle doit procéder elle-même à l'examen des circonstances. C'est une deuxième acception de l'expression examen effectif des circonstances. De même, le Conseil d'Etat exige qu'une autorité administrative compétente pour édicter un acte sur proposition d'une commission, procède à un examen personnel des circonstances. Elle ne peut se borner à édicter la proposition qui lui est transmise⁽⁵³⁾. La règle s'impose également lorsque l'autorité investie du pouvoir de décision renonce à apprécier les circonstances de l'affaire parce qu'elle se croit liée par la proposition qui lui est faite⁽⁵⁴⁾.

On peut alors soulever un problème particulier : c'est lorsque l'autorité administrative ne peut prendre un acte que sur avis conforme. Dans ce cas l'autorité compétente ne peut que se conformer à cette proposition⁽⁵⁵⁾. Etant donné que l'autorité liée par l'avis conforme conserve au moins une alternative, prendre ou non le texte, elle doit procéder à l'examen des circonstances et ne peut se borner à suivre la proposition qui lui est faite ni s'estimer liée par elle⁽⁵⁶⁾. Dans tous ces cas, l'administration doit, impérativement, conserver toute sa liberté d'appréciation.

Il y a là un critère objectif qui ne laisse aucune place à l'interprétation. L'autorité a-t-elle elle-même, de façon effective, examiné les faits avant l'édition de l'acte ? Mais pour que cet examen donne à l'autorité administrative une parfaite connaissance des faits, il doit y être procédé à une période qui ne soit pas trop éloignée. C'est là une question d'appréciation où le juge dispose d'importants pouvoirs.

(48) Conseil d'Etat, 7 avril 1965. Société Affichage Giraudy, R. p. 226.

(49) Conseil d'Etat, 4 janvier 1964. Sieur Ferrary, R. p. 3. A.J.D.A. 1964, p. 506.

(50) Conseil d'Etat, 29 juillet 1953. KOBÉ et MICHON, R. p. 414 ; voir en sens contraire : Conseil d'Etat, 23 juin 1950. Sieur Chauviat et Sibertin-Blanc, R. p. 388 ; le jury qui décide de limiter ses présentations à un nombre inférieur à celui des places offertes ne commet pas d'excès de pouvoir si la décision est prise en raison du résultat des épreuves.

(51) Conseil d'Etat, 27 juin 1969. Triboullier, R. p. 347.

(52) Société Affichage Giraudy, précité.

(53) Conseil d'Etat, 21 janvier 1977. Sieur Dridi, précité.

(54) Conseil d'Etat, 3 mars 1965. Ministre de l'Education Nationale c/ Toly, R. p. 832.

(55) Conseil d'Etat, Section, 15 juin 1958. Confédération française des travailleurs chrétiens, R. p. 354.

(56) Conseil d'Etat, Section, 5 mars 1948. des Isnards, R. p. 113.

Le principe est que, pour être effectif, l'examen des circonstances doit être immédiatement préalable à l'édition de l'acte. Toutefois un certain laps de temps peut s'écouler entre les deux opérations sans que les circonstances aient changé. Il en résultera que le juge ne prononcera pas l'annulation de l'acte. Mais la question qui se pose alors est de savoir quel est le délai raisonnable que l'autorité administrative doit respecter. Le juge administratif n'a certes jamais statué sur cette question de façon définitive et péremptoire. Mais des espèces démontrent que l'appréciation portée par l'administration doit être suffisamment concomitante à l'édition de l'acte pour qu'aucun fait nouveau n'ait modifié les circonstances. Ainsi, lorsqu'une autorité administrative refuse d'accueillir une demande pour un certain motif, elle ne peut, sans commettre un excès de pouvoir, rejeter une deuxième demande présentée par la même personne. L'administration doit procéder à un nouvel examen des circonstances et ne peut fonder une décision de rejet sur une appréciation antérieure. Le Conseil d'Etat juge l'examen incomplet⁽⁵⁷⁾. De même la Haute Assemblée décide que si un arrêt de la Cour de cassation cassant la condamnation d'un officier n'entraîne pas pour le ministre l'obligation de remettre l'intéressé en position d'activité, il est, en revanche, tenu de procéder à un nouvel examen de sa situation pour rechercher si, compte tenu des faits nouveaux, il peut être rétabli dans ses fonctions⁽⁵⁸⁾.

On constate alors que l'exigence d'un examen complet des éléments de faits qui déterminent l'édition de l'acte administratif résulte de la volonté du Conseil d'Etat d'imposer à l'administration de se placer dans les conditions optimales. On rejoint là l'idée que soulevait M. le Prof WALINE dans son commentaire sous l'arrêt Foucher. L'examen particulier des circonstances est une règle tendant à promouvoir une bonne administration. C'est aussi pour cette raison que le Conseil d'Etat exige que cet examen ne soit trop anticipé.

Certes, le Conseil d'Etat a toujours estimé qu'une autorité administrative doit organiser à l'avance son activité et planifier son travail. Mais en revanche il considère que l'autorité administrative qui prend une décision par anticipation et pour une période manifestement excessive, méconnaît le principe de l'examen particulier des circonstances, car elle n'est pas à même de prendre en considération les circonstances de l'affaire⁽⁵⁹⁾. Ainsi le Conseil d'Etat relève qu'un ministre ne peut apprécier valablement le comportement d'une personne si la date figurant sur l'acte attaqué est très nettement postérieure à celle où il a procédé à l'examen de la situation⁽⁶⁰⁾. C'est pour cette raison que le juge administratif précise aussi que l'administration ne peut prendre une décision par avance, même si l'autorité compétente dispose d'un pouvoir discrétionnaire en la matière. De la sorte un préfet ne peut légalement utiliser, par avance, les possibilités de dérogation à un plan d'aménagement et d'urbanisme, même si les travaux en cause sont compatibles avec le projet d'urbanisme retenu dans le plan intercommunal. Il ne peut déroger que lors des travaux à effectuer⁽⁶¹⁾.

Ainsi, le respect du principe de l'examen particulier des circonstances qui s'impose à l'administration, offre une garantie particulièrement efficace à l'administré. Il a non seulement le droit d'exiger que son dossier soit examiné individuellement et que sa situation personnelle soit prise

(57) Conseil d'Etat, 14 janvier 1976. Ville de Strasbourg c/ S.A.R.L. Fourrures du Nord, R.D.P. 1976, p. 1080.

(58) Conseil d'Etat, Section, 20 juin 1930. Association des bibliothécaires français, R. p. 636.

(60) Conseil d'Etat, 21 juillet 1970. Toly, R. p. 500.

(61) Conseil d'Etat, 28 janvier 1972. Commune de Marly-le-Roi, Sieur Wormser et autres, A.J.D.A. 1972, p. 293, note Mesnard.

en considération, mais en outre il peut requérir de l'autorité administrative un examen effectif. Toutefois, il existe une contrepartie à ces obligations dans la mesure où le principe est aussi opposable aux administrés.

2° Signification du principe à l'égard des administrés

L'obligation pour l'administration de procéder à l'examen particulier des circonstances, avant de prendre une décision même lorsque son pouvoir d'appréciation est discrétionnaire, constitue une garantie dont l'administré peut se prévaloir pour s'assurer que l'autorité compétente a pris en considération sa situation individuelle. C'est dans ce sens que le principe est généralement admis par la doctrine (62). Cependant, l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat permet de constater que l'administration peut, elle aussi, invoquer le bénéfice de cette règle. En effet, dans une jurisprudence relativement peu abondante mais constante, le principe est utilisé par le juge pour rejeter un recours aux fins d'annulation présenté par un requérant. C'est en ce sens que l'on peut souligner que ce principe est opposable aux administrés. En outre, le défaut d'application du principe ne peut être soulevé dans toutes les hypothèses. En présence de circonstances générales et d'une situation individuelle, l'administration satisfait au respect de la règle, en ne prenant en considération que les circonstances générales pour élaborer son acte. Par conséquent, le principe ne confère pas dans tous les cas un véritable droit pour l'administré à l'examen exclusif de sa situation individuelle puisque l'administration peut se limiter à ne tenir compte que de données générales.

a) Opposabilité du principe aux administrés

Le principe de l'examen particulier des circonstances peut être opposé à un requérant qui se prévaut d'une position de principe adoptée par l'administration et en réclame l'application. Sur le même fondement, le juge administratif refuse d'accueillir la requête dans laquelle le moyen d'annulation produit par le requérant consiste à souligner que, dans des circonstances identiques, l'autorité administrative a pris une décision différente de celle qui est déférée au juge de l'excès de pouvoir.

La première conséquence de l'opposabilité du principe aux administrés est que ces derniers ne peuvent produire comme moyen d'annulation d'un acte administratif, la violation d'une position de principe retenue par l'administration. C'est, en effet, pratique pour l'autorité administrative chargée d'édicter un grand nombre de décisions, de poser des principes ou de déterminer des critères pour la guider dans ses choix (63). Elle ne peut néanmoins, sans méconnaître le principe, les appliquer de façon systématique sans égards à chaque cas qui lui est soumis. Inversement, l'administré qui s'est vu opposer une décision lésant ses intérêts, aux motifs que sa situation personnelle justifiait une dérogation aux critères de l'administration, ne peut demander au juge de l'excès de pouvoir d'annuler l'acte qui n'a pas respecté ces critères. En d'autres termes le requérant ne peut soulever comme moyen d'annulation, le respect par l'administration du principe de l'examen particulier des circonstances.

(62) Ainsi, la majorité de la doctrine considère que la méconnaissance du principe consiste pour l'administration à se méprendre sur l'étendue de son pouvoir ou à renoncer à l'exercer. Aucun auteur ne souligne que la règle de l'examen des circonstances peut constituer un argument en défense au profit de l'acte attaqué par la voie de l'excès de pouvoir.

(63) Il convient, toutefois, de noter que les critères ou principes retenus par l'administration sont consignés dans des documents internes, dont les administrés peuvent difficilement prendre connaissance. Ce secret administratif explique sans doute que le nombre de recours soulevant ce moyen soit relativement peu élevé.

Dans certains cas cette solution pourrait entraîner une rupture de l'égalité des citoyens devant l'administration (64). Aussi, le Conseil d'Etat, vérifie qu'en tout état de cause la dérogation est justifiée par la situation particulière de l'administré. C'est dire que la règle de l'examen des circonstances se retourne contre le requérant.

C'est ainsi que l'article premier du décret du 14 février 1959 dispose que « le détachement d'un fonctionnaire ne peut avoir lieu que dans l'un des cas suivants... 6° détachement pour exercer les fonctions de membre du gouvernement, une fonction publique élective ou un mandat syndical lorsque la fonction ou le mandat comporte des obligations empêchant d'exercer normalement l'exercice de la fonction ». On constate que l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation dont en fait elle use très exceptionnellement, choisissant d'accorder le détachement dans la plupart des cas. Mais cette position de principe n'ouvre pas un droit au détachement au profit des fonctionnaires qui remplissent les conditions prévues par le texte. L'administration peut légalement refuser le détachement à la condition que la situation particulière du requérant justifie ce refus (65).

Mais la Haute Assemblée a consacré de façon plus explicite le principe selon lequel un administré ne peut se prévaloir d'une position de principe adoptée par l'administration. Dans un arrêt malheureusement peu remarqué par la doctrine, le Conseil d'Etat a estimé qu'une instruction donnée par une autorité administrative n'ouvrait aucun droit au requérant (66). En l'espèce une instruction de la Commission nationale pour l'amélioration de l'habitat déterminait les modalités d'attribution des fonds de l'Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat. Le requérant qui s'était vu refuser une subvention attaque la décision au motif qu'il remplissait les conditions énumérées par l'instruction. Le Conseil d'Etat rejeta sa demande en soulignant « qu'une instruction n'ouvrait aucun droit au profit du requérant ».

On constate alors que le principe trouve un intérêt capital avec le développement de la notion de directive (67). Les directives ne créent aucun droit au profit des administrés.

On sait que le Conseil d'Etat a reconnu leur légalité en l'assortissant d'un certain nombre de conditions (68). En soulignant que la directive était légale sous réserve que l'administration ne renonce pas à exercer son pouvoir d'appréciation, le Conseil d'Etat a refusé implicitement le droit aux administrés de se prévaloir d'une directive ou de prétendre à son application automatique. Certes, le juge peut annuler la décision qui méconnaît une directive. Mais il se fonde sur la rupture d'égalité.

Le Conseil d'Etat n'admet pas plus que l'administré puisse se prévaloir d'une décision prise par l'administration dans des circonstances identiques.

Une attitude que l'on constate fréquemment chez les administrés consiste à demander à l'autorité administrative de prendre une décision au motif que dans des circonstances comparables elle a agi dans le sens où ils souhaitent la voir agir. Au nom de l'égalité ils estiment avoir un

(64) Le principe d'égalité ou de non discrimination n'est appliqué par le juge qu'autant qu'il s'agit de personnes se trouvant dans des situations identiques. L'examen des circonstances permet d'apprécier ces situations. Sur le principe d'égalité, cf. P. DEVOLVE, le principe d'égalité devant les charges publiques, L.G.D.J., Paris 1970.

(65) Conseil d'Etat, 24 novembre 1976, *ERGLANDER*, R.D.P. 1977, p. 703.

(66) Conseil d'Etat, 12 juillet 1969, *JACQUIER*, R. p. 874.

(67) Cf. deuxième partie, A.

(68) Conseil d'Etat, section 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France*, R. p. 750, concl. Bertrand.

véritable droit. Parfois l'administration accède à leur demande. Si elle le fait un usant effectivement de son pouvoir d'appréciation, cette attitude est juridiquement correcte. Inversement, si elle s'estime liée, elle méconnaît le principe. Mais elle peut aussi refuser d'agir dans le sens souhaité par l'administré et, dans ce cas, si elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire, elle peut opposer le principe de l'examen particulier des circonstances pour justifier son refus (69). De même, en matière d'examen ou de concours les décisions que doivent prendre les jurys sont d'ordre individuel et ne doivent pas porter sur un ensemble de candidats. Cette règle permet à un jury, tout en restant strictement dans les limites de ses prérogatives, de manifester à un candidat, une bienveillance qu'il a refusée à un autre candidat qui a obtenu des notes égales, voire meilleures.

Ces exemples permettent de rappeler que la règle de l'examen particulier des circonstances, peut être opposée à l'administré qui estime être victime d'une discrimination.

La jurisprudence du Conseil d'Etat spécifie en effet que ce droit dont dispose l'autorité administrative ne doit pas conduire à instaurer une discrimination illégale. En fait tout est question de nuances et il est difficile de déterminer avec certitude la ligne démarquant la discrimination de l'application de la règle de l'examen particulier des circonstances. Le juge a toutefois réaffirmé à plusieurs reprises que les intéressés ne peuvent se prévaloir de la solution adoptée dans un cas semblable (70). Le Conseil d'Etat souligne que l'autorité administrative ne saurait être tenue de délivrer une autorisation à un requérant alors qu'elle en a délivré à d'autres dès lors que « les demandes d'autorisation de défrichement se trouvent, pour l'application des dispositions du Code forestier, dans des situations différentes nécessitant un examen particulier de chaque affaire ».

Cette jurisprudence est l'application logique du principe de l'examen particulier des circonstances. En outre, elle rend manifeste l'idée que, si ce principe constitue une garantie pour l'administré en lui accordant un véritable droit à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il faut souligner cependant que l'exercice de ce pouvoir permet à l'administration de choisir la solution qui lui paraît la plus conforme à l'intérêt général. C'est ainsi que pour satisfaire cet intérêt, elle peut retenir la situation individuelle de l'administré, mais aussi une situation globale, sans méconnaître le respect de cette règle

b) *L'affirmation du principe de contraire pas aux administrés le droit à l'examen de leur situation individuelle*

Cette proposition peut surprendre car, compris de façon générale et absolue, le principe de l'examen particulier des circonstances signifie, au contraire, que l'administré bénéficie d'un véritable droit à l'appréciation de sa situation individuelle. Toute la jurisprudence du Conseil d'Etat conduit à cette conclusion. Cependant, certaines décisions de la Haute Assemblée permettent de constater que l'obligation qui incombe à l'administration comporte en réalité une double exigence : l'autorité administrative doit tenir compte, non seulement de la situation personnelle de l'administré visé dans l'acte, mais encore de la situation de fait générale qui motive l'édition de l'acte. Et ce n'est qu'après examen de la situation individuelle du requérant et de la situation générale, que l'acte peut être légalement élaboré.

Dans un arrêt du 15 juin 1951, l'arrêt Galetsky, le Conseil d'Etat a souligné cette double exigence (71). Le juge a, en effet, fait remarquer qu'une autorité administrative mécon-

naissait le principe, en se fondant, pour refuser à un étranger une carte de commerçant, sur le motif que « les fonds disponibles sont, en principe, réservés aux Français ». La discrimination opérée par l'administration est illégale à deux titres : d'une part le ministre aurait dû prendre en considération la situation personnelle du requérant, d'autre part, qu'il procède à l'examen de la situation locale de l'emploi et des fonds de commerce disponibles avant de refuser la carte sollicitée.

Ainsi, dès cette affaire, le Conseil d'Etat, utilisant un principe dont le contenu est stable et précis, lui donne une portée plus grande. Si la règle de l'examen particulier des circonstances apparaît désormais bien établie, la signification qui lui est impartie varie d'une espèce à l'autre. Ainsi, un principe qui paraissait institué dans le seul but de préserver les droits des administrés peut être transposé pour permettre au juge d'imposer à l'administration une nouvelle règle que le principe, tel qu'il était entendu initialement, ne comportait pas. C'est ce que l'on constate en soulignant que le respect de la règle n'astreint pas l'administration au seul examen d'une situation individuelle.

La Haute Assemblée a, d'ailleurs, confirmé et accentué cette décision en supprimant l'obligation de procéder à la situation personnelle du requérant et en ne maintenant que l'exigence relative à l'examen général des circonstances de l'affaire. Il apparaît alors que, désormais, le principe n'autorise plus l'administré à demander au juge de prononcer l'annulation de l'acte qui méconnaît l'examen de sa situation individuelle, mais qui prend en compte les circonstances extérieures de l'affaire.

Dans un arrêt Michels, en effet, le Conseil d'Etat, tout en réaffirmant la valeur du principe de l'examen particulier des circonstances, en a limité la portée (72).

Le requérant soutenait que l'administration avait pris une décision individuelle le concernant sans procéder à l'examen de sa situation particulière. Le Conseil d'Etat rejeta sa requête, tout en admettant qu'effectivement l'administration ne s'était pas fondée sur un motif relatif à cette situation, mais avait pris en considération les données générales du problème.

Dans cet arrêt, en effet, le Conseil d'Etat réaffirme le principe de l'examen particulier des circonstances. Il remarque en effet que « pour refuser l'autorisation demandée par le sieur Michels, le Secrétaire d'Etat à l'Agriculture ne s'est pas borné à invoquer un motif d'ordre général, mais s'est fondé sur les éléments de la situation économique et sociale propre au département de la Somme ; qu'il a ainsi procédé à un examen particulier de la demande en se livrant à une appréciation des circonstances locales ». Citant la décision Galetsky du 15 juin 1951. M. le Commissaire du gouvernement BRAIBANT rappelle que « l'administration n'a pas à tenir compte seulement des qualités et de la situation personnelle du postulant », « elle peut en outre rechercher si l'octroi de la pièce sollicitée est opportun compte tenu de la situation de la profession en cause à l'époque envisagée dans la ville ou dans le département considéré ». Et il conclut que c'est exactement ce qu'a fait le ministre de l'agriculture dans la présente affaire.

On ne peut alors suivre la thèse selon laquelle le Conseil d'Etat aurait abandonné l'application du principe de l'examen particulier des circonstances (73). En effet, si le juge refuse de sanctionner le comportement de l'autorité administrative, ce n'est qu'après s'être assuré que le principe avait bien été respecté. Mais l'application du principe

(69) Conseil d'Etat, 19 juin 1959, MAILLOUX, R. p. 382, A.J.D.A. 1959, p. 262, concl. BRAIBANT.

(70) Conseil d'Etat, 28 janvier 1976, Société Immobilière et Forestière « La Futale », R.D.P., 1976, p. 1073.

(71) Conseil d'Etat, 15 juin 1951, GALETSKY, R. p. 337, Sirey 1951, III, p. 93.

(72) Conseil d'Etat, 4 octobre 1967, Michels, R. p. 347, A.J.D.A. 1968, p. 169, concl. Braibant.

(73) Cf. Céline WIENER, Le pouvoir réglementaire des ministres L.G.D.J. 1970, p. 141.

consistait, en l'occurrence, à vérifier que la mesure qui avait été édictée ne se fondait ni sur une position de principe, ni sur un examen insuffisant des données de l'espèce. Il n'impliquait pas l'examen de la situation du requérant.

Il serait donc inexact de ne voir dans le principe de l'examen particulier des circonstances qu'une règle destinée à garantir les droits des administrés. C'est, en fait, beaucoup plus la volonté d'une bonne administration qui l'a inspiré. Et cette volonté conduit le juge administratif à élargir le domaine d'application de cette règle.

B. — LE DOMAINE D'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'EXAMEN PARTICULIER DES CIRCONSTANCES

Le principe qui se dégage de la jurisprudence du Conseil d'Etat, s'analyse dans l'obligation de procéder à un examen particulier des circonstances propres à chaque affaire lorsque l'autorité administrative dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour édicter une décision individuelle⁽⁷⁴⁾. En énonçant ainsi la portée de l'exigence imposée à l'administration, le principe s'appliquerait seulement aux actes administratifs individuels pris par une autorité disposant de pouvoir discrétionnaire. Cette formulation est incomplète et ne rend pas exactement compte de toutes les contraintes auxquelles d'administration est assujettie. En effet, une jurisprudence constante du Conseil d'Etat étend la règle à la procédure d'édition de tous les actes, que la compétence de l'administration soit liée ou que le pouvoir d'appréciation dont elle dispose soit discrétionnaire.

1° Extension du principe à tous les actes soumis au contrôle contentieux du Conseil d'Etat

L'obligation pour les autorités administratives de procéder à l'examen particulier des circonstances s'applique principalement aux actes administratifs individuels. Mais l'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat révèle que la portée de la règle est beaucoup plus étendue. L'édition des actes réglementaires, des avis et propositions, des délibérations, ainsi que des décisions des juridictions administratives, est également soumise à son respect.

a) Application du principe aux actes réglementaires

L'édition de l'acte individuel est le domaine d'élection de l'application du principe de l'examen particulier des circonstances. Cependant, le juge administratif annule l'acte réglementaire dont l'édition n'a pas été précédée de l'examen des circonstances. L'explication de l'application du principe aux actes réglementaires doit, toutefois, s'analyser de façon différente de celle proposée pour les actes individuels. En effet, lorsqu'une autorité administrative édicte un acte individuel en méconnaissance du principe, l'annulation prononcée par le juge sanctionne l'usurpation d'un pouvoir réglementaire par une autorité à qui la loi ou le règlement n'a conféré que compétence pour prendre des actes individuels. Quand le juge impose le respect de la règle à l'élaboration des actes réglementaires, cette explication ne peut donc être retenue et il faut chercher dans une autre direction.

Lorsqu'une autorité investie du pouvoir réglementaire élabore une décision, elle doit s'assurer que la décision qu'elle s'apprête à édicter répond aux besoins des administrés auxquels elle va s'appliquer. Si l'administration méconnaît le respect du principe, le juge présumera que l'autorité administrative a agi sans tenir compte des condi-

tions spécifiques de la situation à régir. On retrouve alors l'obligation implicite de bien administrer qu'évoquait M. WALINE⁽⁷⁵⁾, faisant référence à l'idée de moralité administrative défendue par HAURIOU⁽⁷⁶⁾.

Les exemples où le Conseil d'Etat impose le respect de l'obligation de procéder à l'examen des circonstances avant de prendre une décision réglementaire ne se rencontrent que dans des hypothèses particulières. Ainsi, la jurisprudence nous enseigne que les autorités investies du pouvoir réglementaire ne peuvent méconnaître le principe lorsque les décisions qu'elles prennent intéressent plusieurs lieux d'application. Le Conseil d'Etat annule l'acte qui, en violation du principe, est édicté sans être précédé d'une étude dans chacun des lieux précis où il sera applicable quand ces lieux peuvent être distingués.

La Haute Assemblée a, pour cette raison, décidé que le pouvoir reconnu aux préfets par la loi du 2 avril 1943, de réglementer l'affichage dans toutes les communes du département, n'écarte pas l'obligation de procéder à l'« examen des nécessités locales » dans chaque commune⁽⁷⁷⁾, ni de procéder à « l'appréciation particulière des faits pour chaque commune du département »⁽⁷⁸⁾.

La même jurisprudence est étendue par le Conseil d'Etat aux actes réglementaires qui ne procèdent pas à l'examen particulier des circonstances de temps. C'est ainsi qu'un maire ne peut réglementer d'une façon permanente le nombre des spectacles cinématographiques dans la commune, alors que la loi permet seulement d'interdire un spectacle après examen des circonstances pour déterminer s'il présente un danger pour l'ordre public⁽⁷⁹⁾.

Plus généralement, on peut dire que le Conseil d'Etat applique la jurisprudence sur l'examen particulier des circonstances aux actes réglementaires, chaque fois que l'autorité administrative édicte un acte de façon trop générale et trop absolue. L'administration doit user de son pouvoir réglementaire en toute connaissance de cause et avec nuance. Elle ne peut édicter de règles sans égard aux circonstances de lieux, de temps et de fait qui motivent l'acte.

Cette règle est également valable lorsqu'il s'agit seulement de donner un avis ou de proposer une décision.

b) Application du principe aux avis et propositions

En matière d'avis ou de propositions, une jurisprudence abondante rappelle que le principe de l'examen particulier des circonstances est applicable. Certes, les administrés ne sont pas recevables à attaquer les avis et propositions qui, par définition, ne sont pas des décisions exécutoires⁽⁸⁰⁾. Mais le Conseil d'Etat s'assure lors du recours contre la décision prise après avis ou sur proposition, que l'organe chargé de les donner a effectivement apprécié individuellement les circonstances de l'affaire. Ainsi, s'il apparaît que la décision a été prise sur une proposition ou après un avis délivré de façon irrégulière, le juge administratif l'annulera.

(75) Cf. note M. WALINE sous arrêt FOUCHER, Dalloz 1929, III 33.

(76) Cf. L. Sfez, Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au Droit administratif français, L.G.D.J., Paris, pp. 120-125.

(77) Conseil d'Etat, 7 avril 1965, Société Affichage Giraudy, R. p. 226.

(78) Conseil d'Etat, 13 octobre 1976, Secrétaire d'Etat à la Culture c/ Société de publicité routière française, R.D.P. 1977, p. 888.

(79) Conseil d'Etat, 14 mai 1954, de PISCHOFF, R. p. 269, A.J.D.A. 54, II bis 9 cho. Long.

(80) Conseil d'Etat, 19 décembre 1969, Société Socosat, R. p. 594; Voir J.-M. AUBY, Le régime juridique des avis dans la procédure administrative, A.J.D.A. 1950, I, 53.

(74) Voir notamment le titre de la chronique de M. MEGRET: « De l'obligation pour l'administration de procéder à l'examen particulier des circonstances, même en présence de pouvoir discrétionnaire: op. cit. »

Une abondante jurisprudence est venue préciser dans quelle mesure la règle de l'examen particulier des circonstances est applicable aux avis et propositions.

Les règles retenues par le juge administratif sont les mêmes que s'agissant des décisions exécutoires. C'est ainsi qu'une autorité chargée de faire une proposition ne peut édicter un critère absolu pour déterminer les choix qu'elle doit effectuer⁽⁸¹⁾. Et le Conseil d'Etat souligne que l'autorité investie du pouvoir de faire la proposition est tenue à la même règle que l'autorité compétente pour prendre la décision⁽⁸²⁾. L'autorité doit, en outre, examiner tous les dossiers qui sont soumis à son examen⁽⁸³⁾ et prendre en compte l'ensemble du dossier⁽⁸⁴⁾. Elle ne peut davantage ne retenir qu'un élément du dossier de l'intéressé. Ainsi, lorsque la loi dispose qu'une commission doit apprécier la valeur professionnelle d'un fonctionnaire, elle ne peut se fonder exclusivement sur la nature des fonctions de l'intéressé⁽⁸⁵⁾. Certes, lorsque l'administration doit faire une proposition en choisissant parmi un grand nombre de candidats, elle peut effectuer la sélection en s'inspirant de critères objectifs. Mais l'établissement de tels critères ne permet pas d'écarter la règle de l'examen particulier des circonstances⁽⁸⁶⁾.

Le principe en matière d'avis et de proposition a reçu une application dans un domaine qui a donné lieu à une abondante jurisprudence. C'est le domaine des concours. C'est en effet sur le fondement de la règle de l'examen particulier des circonstances que le Conseil d'Etat sanctionne le comportement d'un jury de concours qui déclare par avance que les postes mis au concours ne seront pas tous pourvus⁽⁸⁷⁾. En effet le Conseil d'Etat estime que le jury du concours ne peut limiter ses présentations qu'après « appréciation de l'ensemble des opérations du concours et pour des motifs tirés du résultat des épreuves⁽⁸⁸⁾. En d'autres termes le Conseil d'Etat souligne que le jury n'a pas compétence pour modifier le nombre de places mises au concours, puisqu'il n'a pas compétence pour réglementer cette matière, mais il peut seulement, après examen de l'ensemble des circonstances limiter ses propositions de nominations à un nombre de candidats inférieur à celui retenu par l'autorité qui l'a fixé initialement.

Il apparaît ainsi qu'en matière d'avis et propositions la jurisprudence du Conseil d'Etat est tout aussi rigoureuse qu'en matière de décision exécutoire. En revanche, la Haute Assemblée semble assouplir parfois sa position en matière de délibérations.

c) Application du principe aux délibérations

Le principe de l'examen particulier des circonstances est applicable à la procédure suivie devant les organes délibérants. Dès 1928, le Conseil d'Etat a imposé cette règle pour les délibérations des conseils généraux⁽⁸⁹⁾. Le principe qu'il a posé est que chaque affaire doit faire l'objet d'une délibération particulière et d'un vote distinct. L'obligation a été réaffirmée avec force par la Haute Assemblée en annulant une délibération qui s'était achevée par un vote unique sur plusieurs demandes, bien que ce vote

ait été précédé d'un large débat au cours duquel chaque demande avait été examinée⁽⁹⁰⁾. Un considérant de l'arrêt est formel : « les décisions par lesquelles les commissions se prononcent sur les demandes d'inscription de praticiens sur la liste de notoriété ne peuvent être prises qu'à l'issue d'un vote particulier à chaque demande ».

Ainsi, les actes émanant d'organes collégiaux sont soumis au principe posé en matière d'acte émanant d'une autorité individuelle. Cependant, le Conseil d'Etat applique la règle avec une certaine souplesse dans le domaine particulier des délibérations. Il admet qu'un membre d'un collège puisse adopter, sous certaines conditions, une position de principe rigide sans égard aux circonstances particulières de l'affaire ; la délibération est valable à la condition que cette attitude n'ait pas fait obstacle « à ce que la décision adoptée... soit prise auprès examen individuel de chaque demande⁽⁹¹⁾.

Enfin, le Conseil d'Etat accepte même que plusieurs affaires soient réglées par une seule délibération et un seul vote, lorsque les décisions à prendre portent sur des sujets identiques. C'est ce qui ressort a contrario de l'arrêt Foucher. La délibération du Conseil Général a été annulée parce que, dans une affaire parmi les quatre qu'il devrait traiter il s'était élevé des objections et des contestations qui rendaient différent l'objet de la décision qu'avait à prendre le Conseil. Au contraire, si de tels problèmes particuliers n'avaient pas été soulevés, la délibération aurait été légale.

Certes, des décisions juridictionnelles isolées ne constituent par une règle jurisprudentielle de portée générale. Toutefois ces arrêts confirment que la méthode suivie par le juge administratif consiste à vérifier non pas que le formalisme de la procédure a été respecté, mais que la liberté d'appréciation des membres composant la commission a été effective. En d'autres termes le Conseil d'Etat s'assure que le résultat de la délibération était celui recherché par des personnes libres et éclairées. Il apparaît que cette manifestation du pragmatisme de la Haute Assemblée se constate également lorsqu'elle statue comme juge des actes émanant des juridictions qui relèvent de son contrôle par la voie de la cassation.

d) Application du principe aux actes juridictionnels

Les administrés peuvent soulever devant le juge de cassation comme devant le juge de l'excès de pouvoir la méconnaissance du principe de l'examen particulier des circonstances. Le Conseil d'Etat a en effet étendu cette règle aux décisions des juridictions administratives. La raison tient à l'idée que l'acte juridictionnel comme l'acte administratif doit émaner d'une autorité bien formée et qui ne peut se référer à une règle générale qu'elle a posée elle-même. Elle doit apprécier chacun des cas d'espèce qui lui est soumis⁽⁹²⁾.

Bien que le contrôle qu'exerce le Conseil d'Etat, juge de cassation, sur les décisions des juridictions administratives, soit moins complet que celui du juge de l'excès de pouvoir, la Haute Assemblée se reconnaît compétente pour vérifier la régularité de la procédure suivie au cours de l'instance. C'est sur le fondement de cette compétence que le juge de cassation pourra casser une décision juridictionnelle rendue dans des conditions irrégulières, et notamment si la juridiction n'a pas procédé à l'examen particulier de l'affaire qui lui était soumise.

(90) Conseil d'Etat, 19 janvier 1966, *Sieur Lemoine*, R. p. 44.

(91) Conseil d'Etat, Section 15 juillet 1964, *Ministre du travail c/ Sieur Carrières*, R. p. 402.

(92) Conseil d'Etat, 28 février 1936, *Société « Travaux industriels pour l'électricité Trindel »*, R. p. 263 ; Section, 31 mai 1963, X., R. p. 346.

(81) Conseil d'Etat, 21 mai 1969, *Sieur Lainé*, R. p. 256.

(82) Conseil d'Etat, 14 octobre 1965, *Dame Génin*, R. p. 480 ; Assemblée, 21 janvier 1977, *Sieur Dridi*, précité.

(83) Conseil d'Etat, 12 octobre 1956, *Sieur Rousseau*, R. p. 360.

(84) Conseil d'Etat, 3 mars 1965, *Joly*, R. p. 832.

(85) Conseil d'Etat, 19 mai 1950, *Sieur Cognard*, R. p. 302.

(86) Conseil d'Etat, 27 octobre 1952, *Ministre de la Santé publique et de la sécurité sociale c/ Dlle Ecarlat*, R. p. 682.

(87) Conseil d'Etat, 29 juillet 1953, *Sieurs KOLB et MICHON*, R. p. 414.

(88) Conseil d'Etat, 27 mai 1921, *ORTICONI*, R. p. 522 ; 23 juin 1950, *Sieurs Chaullat et Sibertin-Blanc*, R. p. 386.

(89) Conseil d'Etat, *FOUCHER*, précité.

Pour être en mesure d'assurer ce contrôle, la Haute Assemblée exige que les décisions juridictionnelles soient suffisamment motivées. C'est ainsi qu'elle assimile une motivation trop générale à l'absence d'examen de l'affaire⁽⁹³⁾.

Ainsi, dans le domaine spécifique de l'examen particulier des circonstances, le contrôle du juge de cassation est passablement étendu. Ce contrôle est d'autant plus nécessaire que le Conseil d'Etat empêche les juridictions inférieures de poser des règles générales dans leurs décisions qui deviendraient alors de véritables « arrêts de règlement ».

Il est enfin un domaine où le Conseil d'Etat a implicitement étendu le domaine de l'examen particulier des circonstances lorsqu'il statue comme juge d'appel des décisions des Tribunaux administratifs: c'est en matière de sursis à exécution. Dans une décision très remarquée de la doctrine⁽⁹⁴⁾, la Haute Assemblée a rappelé aux tribunaux « que même lorsque les conditions fixées — pour l'octroi du sursis — son remplies, il appartient au juge administratif d'apprécier, dans chacun des cas qui lui sont soumis, s'il y a lieu d'ordonner le sursis à l'exécution de la décision attaquée ».

La portée de la décision Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame est certes limitée, puisqu'elle ne concerne que le domaine du sursis à exécution des décisions administratives. Cependant, l'importance de l'arrêt rendu par l'Assemblée du contentieux, doit être soulignée pour l'application qu'il fait du principe de l'examen particulier des circonstances. En effet, par cet arrêt, la plus haute formation contentieuse du Conseil d'Etat a rappelé aux juridictions et aux formations qui lui sont subordonnées que les décisions juridictionnelles devraient être l'aboutissement d'un examen complet de l'affaire par le juge et non l'application automatique d'un principe. C'est en ce sens que l'on peut remarquer que l'arrêt du 13 janvier 1976 dépasse le seul domaine du sursis à exécution et pose un principe général de procédure administrative contentieuse⁽⁹⁵⁾.

Il apparaît enfin que le Conseil d'Etat, juge d'appel, ne sanctionne pas la méconnaissance du principe de l'examen particulier des circonstances par le juge de premier degré dans les instances autres que celles aux fins de sursis à exécution. En fait, la sanction existe, mais elle est indirecte, et ne conduit pas toujours à l'annulation du jugement frappé d'appel. Lorsqu'il confirme la décision de première instance qui n'a pas appliqué le principe, le juge d'appel peut procéder à une substitution de motifs après avoir réexaminé l'affaire⁽⁹⁶⁾.

(93) C'est ce principe qui a été posé dans un arrêt d'assemblée du 20 février 1948, Dubois, R. p. 67, confirmé par une jurisprudence constante (Conseil d'Etat, 29 juillet 1953, Humbert, R. p. 426; 7 juin 1957, Etablissements Besset, R. p. 394; Section, 7 décembre 1960, Milbergue, R. p. 680, concl. Mayras). Toutefois, l'exigence formulée par le Conseil d'Etat est plus ou moins grande. La motivation doit, quand par exemple l'exercice d'une liberté ou d'un droit est en jeu, porter sur l'ensemble des circonstances de l'affaire. Parfois, au contraire, le juge de cassation se contente d'une simple référence à l'instruction (Conseil d'Etat, 20 février 1953, Malfani, R. p. 89). Mais dans tous les cas, le Conseil d'Etat sanctionne les décisions juridictionnelles qui ont été rendues sans examen de l'affaire, car la motivation constitue une garantie nécessaire pour les justiciables. Selon l'expression imagée de M. le Commissaire du gouvernement Mayras, doit être annulée la décision dont « la rédaction procède de l'application d'un tampon-encreur et non de l'exercice, même le plus élémentaire, de la mission d'un juge » (Concl. Mayras sous Milbergue, précité).

(94) Conseil d'Etat, Assemblée, 13 février 1976, Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame à Versailles, R. p. 100, A.J.D.A. 1976, p. 328, chro. p. 300.

(95) Cf. J.-P. CHAUDET, Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse, Paris, 1967.

(96) Traité élémentaire de Droit administratif, tome I, p. 236.

Cette jurisprudence relative à l'application du principe aux décisions juridictionnelles permet de constater l'extension apportée par le Conseil d'Etat au domaine du principe de l'examen particulier des circonstances.

2^e Application du principe aux actes édictés par une autorité administrative dont la compétence est liée

On présente généralement le principe de l'examen particulier des circonstances comme un contrepoids du pouvoir discrétionnaire et comme un moyen d'étendre le contrôle minimum. C'est ainsi que M. de LAUBADERE parle de « compensation »⁽⁹⁷⁾; de même M. MEGRET considère que le développement de la règle aboutit à limiter l'exercice du pouvoir discrétionnaire en étendant le contrôle du juge administratif⁽⁹⁸⁾. Enfin, M. le Président ODET estime que l'erreur de droit que commet l'administration, consiste à « prendre une position de principe rigide, dans une matière où elle dispose de pouvoir discrétionnaire »⁽⁹⁸⁾. Ces auteurs constatent donc que le principe ne s'applique qu'à l'édition d'actes dont l'auteur est investi d'un pouvoir discrétionnaire et excluent les décisions prises en vertu d'une compétence liée.

La tendance de la doctrine à réduire la portée du principe, s'explique par deux considérations: d'une part la théorie a été principalement utilisée par le juge administratif dans des affaires où la compétence de l'administration était effectivement discrétionnaire et où le juge avait la volonté d'étendre son contrôle⁽¹⁰⁰⁾. D'autre part, lorsque la compétence de l'administration est liée, l'application du principe revêt moins d'importance, car le contrôle juridictionnel auquel est soumis l'acte est suffisant à assurer le respect des droits et libertés des administrés sans que le juge ait besoin de recourir à la règle.

Pourtant, le Conseil d'Etat n'a pas manqué de souligner que l'obligation de procéder à un examen particulier des circonstances propres à chaque affaire, s'impose également à toutes les autorités administratives compétentes pour édicter un acte. L'autorité dont la compétence est liée ne peut donc méconnaître la règle.

Toutefois, la compétence liée, à la différence du pouvoir discrétionnaire, qui est ou qui n'est pas, est susceptible d'une infinie gradation⁽¹⁰¹⁾. Depuis le pouvoir de l'autorité qui ne dispose d'aucune liberté d'appréciation pour édicter l'acte qu'elle est tenue de prendre, jusqu'au pouvoir de l'autorité libre d'agir à l'intérieur d'un cadre défini par le texte d'habilitation, il y a une véritable échelle qui n'est pas sans influencer sur le principe de l'examen particulier des circonstances⁽¹⁰²⁾.

On peut d'abord évoquer la totale compétence liée, qui ne laisse à l'autorité administrative ni le pouvoir d'appréciation, ni le « choix du moment ». La latitude dont dispose l'administration est donc inexistante, et son action purement automatique. Il apparaît alors que le principe de l'examen particulier doit s'effacer, puisque l'administration ne peut qu'agir dans le sens qui lui est indiqué. En pratique, cette thèse ne peut être admise dans la mesure où il n'existe pas de pure compétence liée⁽¹⁰³⁾. Par conséquent, même dans l'hypothèse de l'édition d'actes administratifs par une autorité dont la compétence est théoriquement totale-

(97) Cf. art. précité, p. 77.

(98) Cf. Cours précité, p. 1533.

(100) Voir arrêt Piron et explication de M. BOUFFANDEAU, note 9.

(101) Voir R. BONNARD, Précis de Droit administratif, 4^e édit. 1943, p. 77.

(102) Sur la compétence liée: B. KORNPROBST, La compétence liée, R.D.P. 1961, p. 935; LINO DI QUAL, La compétence liée, Paris 1965; C. TIMSIT, Compétence liée et principe de légalité, D. 1964, Chro. p. 217.

(103) Cf. VEDEL, Précis Droit Administratif, Dalloz 1973, p. 319.

ment liée, la règle de l'examen particulier des circonstances est susceptible d'être appliquée. Mais dans la majorité de des cas, la compétence n'est pas liée au point de priver l'auteur de l'acte de tout pouvoir d'appréciation. Elle peut être étroitement liée et ne laisser à l'administration qu'un pouvoir restreint. Il n'en demeure pas moins qu'avant d'exercer ce pouvoir, l'administration doit s'assurer que les circonstances impliquent qu'il soit utilisé dans tel sens. On peut enfin aborder les matières où la compétence de l'autorité est seulement partiellement liée. Dans ce cas alors, l'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat indique que l'édition de l'acte doit être précédée d'un examen des circonstances en tout point semblable à celui qui est exigé en présence de pouvoir discrétionnaire (104).

a) *L'obligation de procéder à l'examen particulier des circonstances en présence d'une compétence partiellement liée*

La compétence de l'administration est partiellement liée lorsque l'acte instituant cette compétence prévoit implicitement les conditions qui doivent être réunies pour que la décision puisse être prise mais laisse à l'administration la liberté de la prendre ou de ne pas la prendre si ces conditions sont réunies. Par exemple, la compétence sera partiellement liée si la loi qui institue un régime d'autorisation préalable détermine les conditions auxquelles l'autorisation ne pourra pas être accordée, tout en laissant à l'administration, lorsque ces conditions sont remplies, toute faculté d'appréciation pour accorder ou ne pas accorder cette autorisation. Si les conditions ne sont pas remplies l'administration n'a aucune faculté d'appréciation. Dès lors qu'elles sont remplies son pouvoir devient discrétionnaire (105).

Dans ces hypothèses le juge administratif applique de façon rigoureuse le principe de l'examen particulier des circonstances.

Ainsi le décret du 2 février 1939 pris pour l'application du décret du 12 novembre 1938 relatif à l'octroi d'une carte autorisant les commerçants étrangers à exploiter en France, énumère les conditions auxquelles cette carte doit être refusée. Dans les autres cas, l'administration ne peut se fonder « à l'exclusion de tout motif tiré de l'examen du cas individuel du requérant », sur l'affirmation d'un principe d'ordre général (106).

En l'espèce, il n'y a rien dans la jurisprudence du Conseil d'Etat qui puisse nous étonner. En effet, la Haute Assemblée fait application du principe dans la mesure où le pouvoir de l'administration devient discrétionnaire. La jurisprudence posant le principe de l'obligation de procéder à un examen

particulier des circonstances de l'affaire en présence de pouvoir discrétionnaire est généralisée aux espèces où ce pouvoir n'intervient que pour l'édition de certaines décisions. Il y a là une transposition pure et simple.

On peut également imaginer l'hypothèse inverse. Quand les conditions prévues par les textes législatifs ou réglementaires sont remplies, l'autorité administrative doit élaborer l'acte. Sa compétence est alors liée. Au contraire, si ces conditions ne sont pas remplies, les textes laissent à l'administration le pouvoir de permettre une dérogation que l'autorité compétente ne pourra accorder qu'après examen particulier des circonstances. En effet, reconnaître à l'autorité administrative la faculté de déroger automatiquement aux conditions prévues, reviendrait en fait, à modifier implicitement les textes en vigueur. C'est ainsi qu'en matière d'urbanisme les articles 21 et suivants de la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967 prévoient que des dépassements de la norme, résultant du coefficient d'occupation des sols peuvent être autorisés au profit des collectivités publiques lorsqu'ils sont justifiés par des prescriptions d'urbanisme ou des considérations d'architecture, appréciées discrétionnairement par l'administration. De même, le préfet peut, après avis de commissions spécialisées, délivrer discrétionnairement, par dérogation, un permis de construire qui relève normalement de l'exercice de la compétence liée. Ces exemples permettent de constater que les textes qui autorisent l'administration à consentir des dérogations, prévoient qu'elles ne peuvent être données qu'après un examen particulier des circonstances pour en vérifier le bien fondé.

En fait, cette jurisprudence n'est que l'application du principe à ces hypothèses où l'administration recouvre son pouvoir discrétionnaire. Le problème, en revanche, va se poser quand la compétence de l'administration est étroitement liée.

b) *L'obligation de procéder à l'examen particulier des circonstances en présence d'une compétence étroitement liée*

La compétence d'une autorité administrative est étroitement liée lorsque, sans être tenue de prendre une décision, elle ne peut la prendre qu'en tenant la conduite qui lui est dictée par une règle de droit préalable. La même expression est également employée pour qualifier le pouvoir de l'autorité qui doit prendre une décision tout en restant libre de décider quelle sera la teneur de cette décision. Dans ces deux hypothèses, l'autorité compétente est soumise au respect du principe de l'examen particulier des circonstances.

Dans la première hypothèse envisagée, les raisons de l'obligation qui incombe à l'administration sont aisées à discerner. Le rôle de l'administration se réduit à vérifier qu'une situation de fait s'inscrit dans les conditions prévues par une règle de droit générale et impersonnelle. Pour assurer cette fonction, l'autorité compétente doit apprécier les circonstances de l'espèce, ce qui exclut qu'elle puisse méconnaître le principe sans commettre une illégalité.

Dans la seconde hypothèse, les raisons de soumettre l'autorité administrative au respect du principe sont moins nettes. Pourtant, quand la règle de l'examen particulier des circonstances a été méconnue, le juge administratif annule les décisions que leur auteur était obligé de prendre, mais pour lesquelles il conservait un pouvoir d'appréciation quant à leur contenu. Cette éventualité se retrouve essentiellement en matière de police administrative (107). Les pouvoirs de police sont étroitement liés dans la mesure où libre de choisir les mesures qui lui semblent les plus adéquates pour

(104) Il apparaît que la distinction compétence partiellement étroitement, totalement liée, est purement artificielle et utilisée dans un but strictement pédagogique. En effet, si on admet que la compétence est plus ou moins liée et qu'il existe une infinie gradation entre le pouvoir discrétionnaire et la compétence étroitement liée, on reconnaît, par là même, que la compétence est variable et fonction de chaque acte édicté par l'administration. Cf. A. BOCKEL, Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration. A.J.D.A. 1978, p. 355.

(105) On peut citer à titre d'exemple la procédure d'extradition des étrangers. La loi du 10 mars 1927 prévoit que toute demande d'extradition présentée par un gouvernement étranger est examinée par la Chambre d'accusation de la Cour d'appel territorialement compétente. Si elle estime que les conditions légales ne sont pas remplies, elle émet un avis défavorable qui lie le gouvernement français et lui interdit d'extrader la personne qui a fait l'objet de la demande. Au contraire, si elle formule un avis favorable, le gouvernement reste libre d'accorder l'extradition. Mais alors, il ne peut prendre sa décision qu'après avoir procédé à l'examen de la situation de l'étranger. Ainsi, même après un avis favorable de la Chambre d'accusation, le gouvernement doit vérifier que la demande est légale et ne peut procéder à une extradition automatique. Cf. Conseil d'Etat, Assemblée 24 juin 1977. ASTUDILLO CALLEJA, A.J.D.A. 1977, p. 516. chro. NAUWELAERS et DUTHEILLET de LAMOTHE, p. 490.

(106) Conseil d'Etat 15 juin 1951, GALETSKY, R. p. 337, S. 1951, 3. 93.

(107) Cf. de Laubadère, traité, T. I, p. 538.

assurer la sécurité, la salubrité, la tranquillité et l'ordre publics, l'autorité qui en est investie doit agir lorsque ces buts sont menacés. Et c'est pour que la mesure soit le mieux adaptée possible à la situation, que le juge impose l'obligation de procéder à l'examen particulier des circonstances. Sur le fondement de cette règle, il sanctionna l'arrêté par lequel un gouverneur des Colonies avait interdit toutes les manifestations d'un parti politique alors qu'il aurait dû ne prononcer l'interdiction que de celles qui menaçaient de troubler l'ordre public (108). Le Conseil d'Etat estime donc que l'exercice des pouvoirs de police s'accompagne obligatoirement et préalablement d'un examen particulier des circonstances. En matière de police, l'application de la règle est donc la reproduction des principes qui se dégagent de la célèbre jurisprudence Benjamin. Le Conseil d'Etat impose à toutes les autorités de police, de n'apporter aux libertés que les restrictions nécessitées par le maintien de l'ordre. Or, seul l'examen particulier de la situation permet à l'autorité compétente de s'assurer que la mesure est justifiée par les circonstances.

Mais en présence de compétence liée, l'application du principe ne saurait être limitée au seul domaine de la police administrative. Dans d'autres espèces où la compétence d'une autorité administrative est étroitement liée, le Conseil d'Etat a décidé que la méconnaissance du principe de l'examen particulier des circonstances constitue un excès de pouvoir.

C'est ainsi que l'ordonnance du 11 décembre 1958 dispose que « la création ou l'extension de tout établissement sanitaire privé doit faire l'objet d'une déclaration préalable au ministre de la Santé publique... — qui — peut dans un délai de quatre mois s'opposer par décision motivée à la réalisation du projet, si celui-ci ne satisfait pas aux conditions techniques requises ou si les besoins de la circonscription intéressée en équipement sanitaire... peuvent être tenus pour satisfaits ».

Ainsi, le ministre a une compétence liée pour s'opposer à la création ou à l'extension d'une clinique, puisque la loi a limitativement énuméré les raisons qu'il pouvait retenir. Avant de rejeter une demande, le ministre doit comparer les propositions présentées par les postulants avec les besoins de la circonscription intéressée « non seulement en ce qui concerne le nombre de lits, mais également en ce qui concerne la qualité des installations médicales et des conditions d'hospitalisation des malades ». Ainsi, si ces besoins ne sont pas satisfaits, le ministre ne peut opposer un refus. Et en tout état de cause, ce refus ne peut être décidé qu'après que le ministre se soit livré « à l'appréciation complète des circonstances de l'espèce (109) ».

Dans toutes ces affaires on constate que lorsque l'administration doit agir dans un sens préalablement désigné par une disposition législative ou réglementaire, elle doit procéder à un examen particulier des situations individuelles pour s'assurer que le requérant remplit ou ne remplit pas les conditions légales ou réglementaires (110).

Le Conseil d'Etat, cependant, peut écarter le principe de l'examen particulier des circonstances : c'est lorsqu'une demande présentée à l'autorité administrative est manifestement

irrecevable. Dans ces cas l'administration peut la rejeter après un examen sommaire (111).

Hormis ces cas, le juge administratif fait preuve d'une grande exigence, étendant ainsi le champ d'application du principe de l'examen particulier des circonstances. Cette extension concerne aussi les espèces où la compétence de l'administration est totalement liée.

c) Application du principe de l'examen particulier des circonstances en présence d'une compétence totalement liée

Quand la compétence est totalement liée, l'administration ne dispose plus d'aucun pouvoir d'appréciation et l'automatisme devient total. Il semblerait donc que l'application du principe de l'examen particulier des circonstances ne soit plus possible, puisque par définition, l'autorité compétente ne doit faire aucune observation sur l'opportunité d'édicter l'acte.

En fait, il faut distinguer selon que l'administration est libre ou non de choisir le moment où elle agit. Quand elle est privée de cette faculté de choix du moment, le principe de l'examen particulier des circonstances devient inapplicable. En revanche, quand elle conserve le choix du moment le plus favorable pour agir, le principe reçoit une application.

En effet, en laissant à l'administration un délai raisonnable pour agir, le juge administratif lui reconnaît par là même une certaine liberté de choix. Dès lors, si l'administration s'imposait de façon impérative un délai préfixe pour édicter l'acte qu'elle doit édicter, elle méconnaîtrait le principe de l'examen particulier des circonstances. Elle doit, au contraire, tenir compte de divers éléments pour choisir le moment le plus opportun. Mais il semble bien désormais que la jurisprudence du Conseil d'Etat ait franchi une étape supplémentaire. La Haute Assemblée a reconnu en effet un pouvoir d'appréciation à l'administration alors même que la compétence de l'administration était liée (112). En l'espèce, le requérant demandait le concours de la force publique pour assurer l'exécution d'une décision de justice. Le Conseil d'Etat, après avoir souligné que dans ce domaine la compétente était liée, a tout de même admis que l'autorité compétente disposait d'une certaine marge de pouvoir discrétionnaire pour apprécier si l'exécution de la décision de justice risquait de troubler l'ordre public. On peut déduire que la Haute Assemblée estimerait maintenant que l'administration méconnaît le principe de l'examen particulier des circonstances si elle ne se livrait pas à l'appréciation du trouble éventuel à l'ordre public.

Mais ce ne sont là qu'hypothèses. En revanche, des décisions du Conseil d'Etat affirment l'obligation de procéder à l'examen particulier des circonstances lorsque l'administration est obligée d'agir ou lorsqu'au contraire, il lui est interdit d'agir.

Si l'administration n'a pas le choix du moment qu'advient-il du principe ?

Il y a des cas où l'autorité administrative doit agir dans un délai que la loi ne lui permet pas d'apprécier. Elle ne peut que faire immédiatement, dans la mesure du possible, ce que la loi lui impose de faire. Dans ce cas, l'administration n'a plus aucun pouvoir d'appréciation. Cet impératif exclut la possibilité d'appliquer le principe de l'examen particulier des circonstances. En effet, lorsqu'une autorité administrative a agi comme elle en avait l'obligation impérative, sans même choisir le moment qui lui

(108) Conseil d'Etat, 30 novembre 1956, Bakari Djibo, R. p. 719. Revue juridique et politique de l'Union française, 1958, p. 210, concl. Chardeau.

(109) Conseil d'Etat, Section, 14 décembre 1962, Ministre de la Santé publique c/ Sieur Constantin, R. p. 683.

(110) Conseil d'Etat, 18 juin 1952, Sieur Jeannin, R. p. 386 ; Section, 12 novembre 1955, Sieur Grip, Blisnich et Hachette et Section, 12 novembre 1955, Sieurs Boussières et Blanchy, R. p. 338 ; 21 mai 1969, Sieur Lainé, R. p. 256).

(111) Conseil d'Etat, 24 juin 1964, GENOUILLE, R. p. 357 ; Section 19 mars 1971, Jacquemin, R. p. 234).

(112) Conseil d'Etat, 17 mars 1971, DURAND, R. p. 219, A.J.D.A., 1971, pp. 277.

paraissait opportun, et a pris une décision qu'elle ne pouvait pas légalement ne pas prendre, les administrés ne peuvent invoquer la méconnaissance de ce principe. En effet, si la décision était annulée, la compétence liée contraindrait l'autorité administrative à prendre à nouveau la même décision. Le moyen est donc inopérant (113).

(113) Conseil d'Etat, 17 juillet 1953. Société « Etablissement Dubout ». R. p. 382 ; 31 avril 1957. Soleil, R. p. 236 ; 20 mars 1957. Félix, R. p. 181 ; 13 juillet 1962. Taxis Gapençais, R. p. 477 ; 30 janvier 1963. Société « Le Journal ». R. p. 54 ; 18 juin 1965 ; Bellet, R. p. 370 ; Section, 11 mars 1966. Dlle Leriche, R. p. 203.

DEUXIÈME PARTIE

UN PRINCIPE MENACÉ ?

L'abandon progressif par l'administration de la pratique du « coup par coup », qui devrait se traduire juridiquement par la suppression du principe de l'examen particulier des circonstances, apparaît comme une donnée irréfutable liée aux impératifs techniques et, en particulier, au développement de l'informatique. Il est maintenant certain qu'une autorité qui doit traiter un grand nombre de cas particuliers présentant des caractéristiques similaires, ne peut plus procéder à une étude individuelle et approfondie de chaque dossier. L'efficacité lui commande de recourir à des procédures qui ne respectent pas l'obligation imposée par le juge.

Conscient de l'inadaptation d'une jurisprudence interprétée trop restrictivement, le Conseil d'Etat a abordé le problème, mais sans jamais renoncer complètement aux principes fondamentaux dégagés depuis une quarantaine d'années. C'est la raison pour laquelle les formations contentieuses de la Haute Assemblée n'ont, en aucune façon, cessé de sanctionner les décisions administratives qui méconnaissent cette règle.

Toutefois, comme tous les principes qui ont été dégagés par le juge administratif, celui de l'examen particulier des circonstances souffre des exceptions. Il convient alors de se demander si leur généralisation ne conduit pas à un abandon progressif et indirect de cette règle ou si le principe affirmé par le juge n'est pas vidé de son contenu.

La réponse à cette question n'est, certes pas aisée à donner. Les difficultés tiennent à des raisons qui se résument dans l'idée que le juge administratif comme l'administration pourraient procéder subrepticement pour abandonner le respect du principe. Si rien ne permet d'en arriver à une telle conclusion, plusieurs éléments conduisent à soulever le problème.

En premier lieu le développement de la notion de directive a, tout en maintenant le principe, sensiblement atténué sa valeur. En second lieu, sa suppression est parfois admise, exceptionnellement il est vrai, et dans des cas limités.

Est-ce là les exceptions auxquelles toute règle est soumise, ou est-ce l'annonce de la disparition de l'obligation de procéder à l'examen particulier des circonstances ? C'est l'alternative devant laquelle se trouve maintenant le Conseil d'Etat et qu'il convient d'envisager.

Ainsi, le principe de l'examen particulier des circonstances n'est-il écarté que dans une hypothèse où, par définition, son application n'est pas possible. Il paraît donc désormais bien établi par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Toutefois l'évolution des impératifs qui s'imposent désormais à une administration moderne peuvent conduire juges et administrateurs à en limiter l'application. On est alors conduit à s'interroger non sur la valeur actuelle du principe, qui semble bien affirmée, mais sur son évolution prévisible. Une évolution jurisprudentielle récente pourrait en effet annoncer que le principe est menacé.

A. — ATTENUATION DE LA RIGUEUR DU PRINCIPE PAR LE DEVELOPPEMENT DE LA NOTION DE DIRECTIVE

Le développement récent de la notion de directive a conduit la doctrine à s'interroger sur la valeur actuelle de l'obligation pour l'administration de procéder à l'examen particulier des circonstances (114). Dans l'arrêt Société « Distillerie Brabant » (115), le Conseil d'Etat avait réaffirmé qu'une directive ne pouvait lier la compétence de l'autorité chargée d'édicter une décision individuelle. En revanche, avec l'arrêt « Crédit Foncier de France » (116), la Haute Assemblée soulignait que l'administration pouvait recourir à ces normes pour guider son activité à la condition de ne pas renoncer à exercer son pouvoir d'appréciation et de ne pas édicter de conditions supplémentaires. On a pu opposer les deux arrêts et parler de revirement de jurisprudence. Mais en réalité la position du Conseil d'Etat n'a pas varié. Il estime qu'est illégale la décision prise sur le fondement d'une directive quand l'administration n'a pas pris en compte les circonstances de l'espèce. C'est dire qu'il maintient le principe de l'examen particulier des circonstances, même en présence d'une directive.

Toutefois, la Haute Assemblée admet maintenant que l'administration puisse se référer aux directives pour instituer un certain automatisme dans la procédure d'élaboration des actes (117). C'est en ce sens que la rigueur du principe est atténuée. En effet, l'administration peut définir des orientations générales pour conduire son activité. C'est dire qu'il y a tout de même une atteinte au principe dont la rigueur est ainsi atténuée.

(114) Voir P. DEVOLVE, « La notion de directive », A.J.D.A., 1974, pp. 459 et suiv. ; J. BOULOUIS, « Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques : les directives », Mém. Eisenmann, p. 191 et suiv.

(115) Conseil d'Etat, 23 mai 1969. Société « Distillerie Brabant ». R. p. 264, concl. Bestiaux ; D. 1970, 763 note Fromont ; A.J.D.A. 1969, p. 640, concl. Questiaux.

(116) Conseil d'Etat, 11 décembre 1970. Crédit Foncier de France R. p. 750, concl. Bertrand ; D. 1972, 672, note D. Loschak ; A.J.D.A. 1971, p. 227, note H.T.C. ; R.D.P. 1972, p. 1224, note Waline.

(117) Conseil d'Etat, 13 juillet 1962. Arnaud, R. p. 562. A.J.D.A. 1962, p. 546, chro. Galabert et Gentot ; 20 janvier 1971. Union départementale des sociétés mutualistes du Jura, R. p. 45. D. 71, J. 673, note D. Loschak, J.C.P. 1972, II, 17232, note Fromont ; 29 juin 1973 Société « Géa », R. p. 453. A.J.D.A. 1973, p. 587, cho. Franc et Boyon, p. 589, note Ch.-L. Vier, R.D.P. 1974, note Waline, D. 1974, 141, note Durupt.

Est-ce à dire alors que le principe est menacé par l'extension de ces nouvelles normes ? La réponse à cette question dépendra essentiellement de l'évolution de la notion de directive. Cependant, dès à présent, il est possible de comparer d'une part la volonté de maintenir le principe et, d'autre part, l'atteinte qui lui est portée, afin d'évaluer l'effectivité de cette menace.

1^o La volonté du Conseil d'Etat de concilier le principe de l'examen particulier des circonstances avec la notion de directive

Cette volonté de la Haute Assemblée se dégage des conditions auxquelles est assortie la légalité des directives. Le Conseil d'Etat reconnaît en effet la faculté pour l'administration de se référer à ses propres directives, à la double condition qu'elles ne lient pas la compétence de l'administration et qu'elles soient susceptibles de dérogations si un administré a des raisons valables pour bénéficier d'une exception justifiée par sa situation particulière.

a) Les directives ne lient pas la compétence de l'administration

Non seulement une directive ne peut lier la compétence de l'administration, mais de plus, l'autorité compétente pour édicter un acte individuel ne peut appliquer une directive automatiquement sans apprécier la situation particulière de l'affaire qui lui est soumise. Cette première observation explique qu'entre l'arrêt Société « Distillerie Brabant » et l'arrêt « Crédit Foncier de France », il n'y ait pas discontinuité (118).

Dans l'arrêt « Distillerie Brabant », le Conseil d'Etat a annulé les décisions de l'administration refusant un agrément fiscal parce que l'autorité administrative, en l'espèce le chef des services fiscaux, avait fondé sa décision sur une circulaire qui excluait de l'agrément toutes les opérations faites par des établissements situés dans le bassin parisien. Il y avait là une double illégalité : la directive du ministre ne laissait aucune marge d'appréciation et l'autorité subordonnée avait édicté sa décision avec automatisme. Le principe de l'examen particulier des circonstances était donc méconnu. Aussi le Conseil d'Etat annula l'acte individuel.

Dans l'arrêt « Crédit Foncier de France », au contraire la Commission nationale du Fonds national pour l'amélioration de l'habitat avait rejeté une demande de subvention, au motif que cette demande ne remplissait pas les conditions déterminées dans une de ses propres directives. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a rejeté la requête tendant à l'annulation du refus opposé par la Commission au motif que, d'une part, la directive n'était pas impérative, c'est-à-dire exclusive de tout pouvoir d'appréciation et, d'autre part, parce qu'il ressortait du dossier que la Commission nationale n'avait pas omis de prendre en considération tout élément qui aurait justifié qu'il y soit dérogé (119).

En réaffirmant que l'administration pouvait valablement s'appuyer sur les critères contenus dans une directive à double condition, que ces critères soient adaptés aux buts visés par la réglementation (120) et que l'autorité compétente soit en mesure « d'apprécier pour chacun des cas examinés, dans quelle mesure il y a lieu ou non d'appliquer lesdits critères (121), le juge administratif a expressément

maintenu l'obligation de procéder à l'examen particulier des circonstances avant de prendre une décision, même discrétionnaire. Ainsi, en présence d'une directive, l'autorité administrative ne peut, ni par avance, ni au moment de prendre la décision individuelle, renoncer à exercer son pouvoir d'appréciation. Cette règle découle de l'idée selon laquelle la directive ne modifie pas l'ordonnement juridique. Elle vise à orienter un comportement, elle n'est pas normative, malgré son caractère que l'on a pu qualifier de « plus qu'interprétatif » (122).

En effet, si on considérait que la directive est un acte administratif à part entière, la règle de l'examen particulier des circonstances ne pourrait plus être respectée. En définissant impérativement et abstraitement le comportement de l'autorité compétente pour édicter un acte individuel, le pouvoir d'appréciation de cette autorité disparaîtrait. Elle serait obligée de se conformer à la norme préétablie. Or, un tel développement est juridiquement et pratiquement impensable.

Sur le plan juridique l'obstacle apparaît difficilement surmontable, puisqu'il est d'ordre constitutionnel. Pour supprimer le pouvoir d'appréciation de l'administration, il faudrait reconnaître un pouvoir réglementaire implicite à toutes les autorités administratives. Comme l'a fait remarquer le commissaire du gouvernement BERTRAND dans ses conclusions sous l'arrêt « Crédit Foncier de France », « la solution serait dans bien des cas, difficile à mettre en œuvre ». En outre, la notion de pouvoir discrétionnaire serait remise en cause. On peut même ajouter que la notion finirait par disparaître si tous les cas individuels étaient préalablement réglés par une disposition à portée générale.

Sur le plan pratique, la généralisation de directives impératives serait tout aussi néfaste que de les considérer toutes indistinctement illégales. En matière d'administration moderne, il est certain que le coup par coup n'est plus une solution concevable. Mais il est tout aussi certain que confiner l'administration dans un rôle purement mécanique lui interdirait toute initiative pour apprécier une situation, ne repose pas sur une saine conception de sa mission dans un pays moderne où elle joue de plus en plus un rôle d'impulsion, de prestataire de services et non plus seulement de soutien à un Etat-gendarme.

Il n'est donc pas possible que le nécessaire développement de la notion de directive ait pour conséquence de supprimer la règle de l'examen particulier des circonstances dont on mesure alors toute la valeur et toute l'importance, et dont le maintien implique qu'un administré puisse demander une dérogation à une directive.

b) L'administré peut demander une dérogation à une directive

Une seconde raison permet d'affirmer que l'admission par le juge administratif de la légalité de la notion de directive ne supprime pas l'obligation de l'examen particulier des circonstances. Elle réside dans le fait que le Conseil d'Etat souligne que l'administré peut demander une dérogation aux dispositions contenues dans une directive. Or, cette dérogation ne peut lui être accordée qu'après un examen particulier de sa situation. En d'autres termes

(118) Voir H.T.C., De l'arrêt Société « Maison Genestall » à l'arrêt Crédit Foncier de France, A.J.D.A. 1971, p. 196.

(119) Voir également : C.E. 27 octobre 1972, Ministre de la Santé publique c/ Dill-Ecarlat, R. p. 682 ; 18 novembre 1977, Entreprise J. Marchand, R.D.P. 1978, p. 1163.

(120) Conseil d'Etat, 20 janvier 1971, Union départementale des sociétés mutualistes du Jura, précité.

(121) Conseil d'Etat, 14 juin 1968, Union départementale des sociétés mutualistes d'Ile-et-Vilaine, R. p. 368.

(122) Dans la thèse « Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'administration » (étude sur le recours pour excès de pouvoir), M. A. MESTRE accorde aux directives un caractère « plus qu'interprétatif », car à la différence des règles seulement interprétatives qui explicitent la législation existante, les directives annoncent les motifs des interventions à venir (Le Conseil d'Etat... L.G.D.J., Paris 1974, p. 192). M. J. BOULOUIS souligne, pour sa part, que si la faculté de dérogation que suppose l'existence d'un pouvoir discrétionnaire est maintenue, malgré l'intervention d'une directive, il n'en demeure pas moins que l'autorité qui élabore les directives apporte une restriction à la faculté d'appréciation reconnue à l'auteur des actes visés par les directives (op. cit., p. 198-199).

l'administré conserve un véritable droit à une appréciation de son cas, même si une directive oriente l'action de l'administration.

Le juge administratif a été amené à préciser le sens de cette obligation. Il a ainsi décidé que la référence à une directive ne dispensait pas l'administration de vérifier d'une part que la situation de l'administré ne présentait pas une particularité au regard de la directive et, d'autre part, qu'une considération d'intérêt général n'était pas de nature à justifier une dérogation.

L'administré peut demander une dérogation si sa situation présente une particularité au regard de la directive.

Il est certain que la prise en compte de la situation de l'intéressé suppose un examen particulier de la dite situation. En ce sens l'obligation est maintenue nonobstant l'application de la directive. Celle-ci peut donc être opposée à l'administré sous cette première réserve que la jurisprudence du Conseil d'Etat réaffirme dans tous ses arrêts. C'est ainsi que dans l'arrêt « Crédit Foncier de France », le Conseil d'Etat souligne que les requérants « n'invoquent aucune particularité de leur situation au regard des normes susmentionnées ». De même, dans l'arrêt « Union Départementale des Sociétés Mutualistes d'Ille-et-Vilaine », la Haute Assemblée rappelle que « la commission a le pouvoir de refuser son approbation lorsque le taux dudit abattement ne lui paraît pas justifié par les conditions d'installation et de fonctionnement du dispensaire en cause ».

Le Conseil d'Etat évite ainsi le risque de voir les directives systématiquement opposées aux administrés. Mais la question se pose alors de savoir en quoi une situation peut présenter une particularité au regard d'une directive.

La jurisprudence sur les directives ne permet pas de donner de réponse. Un point paraît tout de même certain : c'est à l'administration d'apprécier discrétionnairement, sous le contrôle du juge, si la situation de l'intéressé justifie une dérogation. En ce sens, la règle de l'examen particulier des circonstances prend toute sa portée. Il va, en effet, de soi, que l'administration doit procéder à un examen de la situation pour savoir si une dérogation est justifiée.

Cette faculté, laissée à l'auteur de l'acte, nous amène à constater que la directive n'a pas la force d'un acte réglementaire par le seul fait qu'il est possible d'y déroger sans que la dérogation soit formellement prévue. Mais le Conseil d'Etat est allé plus loin en enjoignant à l'administration de déroger à une directive si une considération d'intérêt général était de nature à le justifier.

L'administration doit, en effet, déroger à une directive si une considération d'intérêt général est de nature à le justifier.

La formule utilisée dans l'arrêt « Crédit Foncier de France » est suffisamment explicite à cet égard. Si l'autorité administrative compétente pour édicter un acte individuel dans le cadre d'une directive omet d'examiner une considération d'intérêt général de nature à justifier une dérogation, elle commet une illégalité.

On peut d'ores et déjà faire remarquer que, comme la condition précédente, celle-ci est laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'administration. De plus, on constatera que le Conseil d'Etat a introduit suffisamment de souplesse dans l'application des directives pour permettre les discriminations entre les administrés, lorsque celles-ci sont fondées sur l'intérêt général. On sait qu'un des arguments avancés en faveur de la reconnaissance des directives par le juge administratif consistait à souligner qu'elles garantissaient aux particuliers de relever des mêmes normes.

Mais à force de vouloir traiter indistinctement les administrés on pouvait en arriver à établir entre eux les plus graves inégalités. C'est pour tempérer la rigueur des solutions uniformes que le Conseil d'Etat a inauguré, en 1951, une jurisprudence maintenant classique (123). Le principe d'égalité peut être méconnu si les atteintes qui lui sont portées sont justifiées par des considérations d'intérêt général. L'application de cette jurisprudence aux décisions prises à la suite d'une directive, redonne au principe de l'examen particulier des circonstances toute sa valeur. En effet, l'administration sera tenu de procéder à cet examen pour vérifier que l'intérêt général est pris en considération. Certes, la jurisprudence ne fournit pas d'exemple d'illégalité fondée sur l'application automatique d'une directive, application qui n'aurait pas tenu compte de l'intérêt général. Mais le seul fait que le Conseil d'Etat ait, à chaque reprise, rappelé que la directive et sa mise en œuvre devait rester conciliables avec l'intérêt général, souligne la volonté de la Haute Assemblée de maintenir le principe de l'examen de chaque situation. On retrouve là l'idée de moralité administrative à laquelle se référait M. WALINE pour expliquer le fondement de cette règle. Et ceci nous permet de constater qu'elle a une valeur actuelle.

Cependant, on doit aussi remarquer que la jurisprudence du Conseil d'Etat, en admettant la notion même de directive, ne pouvait pas ne pas limiter la portée de la règle de l'examen particulier des circonstances.

2° L'atteinte portée au principe de l'examen particulier des circonstances par le développement de la notion de directive

Il apparaît maintenant qu'il était inéluctable que la jurisprudence du Conseil d'Etat admette un assouplissement de la règle de l'examen particulier des circonstances. L'administration est confrontée à de telles tâches qu'il ne lui est plus possible de procéder au coup par coup et doit définir par avance les orientations générales de la politique qu'elle se propose de mener. Les justifications de l'atteinte qui est portée au principe sont donc aisées à dégager. En revanche, l'ampleur de cette atteinte est délicate à évaluer dans la mesure où la Haute Assemblée s'est efforcée de maintenir l'essentiel du principe de l'examen particulier des circonstances tout en acceptant le développement du recours aux directives (124).

a) Les justifications de l'atteinte portée au principe

C'est essentiellement dans des motifs tirés de la pratique administrative que l'on discerne les raisons de l'assouplissement de la notion d'examen particulier des circonstances. On doit reconnaître que le droit à dû s'aligner sur la pratique, car il n'était plus possible, en fait, de respecter scrupuleusement un principe très largement périmé. En effet, la jurisprudence traditionnelle sur l'examen particulier des circonstances est apparu très rapidement, d'abord dans le domaine économique, ensuite en matière d'administration générale, inadaptés aux impératifs actuels, dans la mesure où elle conduisait à tenir pour illégales toutes directives permettant la solution de cas particuliers.

(123) Conseil d'Etat, 29 juin 1951, Syndicat de la raffinerie de Soufre française, R. p. 377 ; 13 juillet 1962, Conseil national de l'Ordre des médecins, R.D.P. 1962, 769, concl. Braibant.

(124) Les termes mêmes des motifs de l'arrêt Crédit Foncier de France délimitent strictement les conditions de la légalité des directives : « Considérant que pour refuser l'allocation mentionnée à l'article 6 du règlement général du 27 avril 1946, la Commission nationale s'est référée aux normes contenues dans une de ses propres directives par laquelle elle entendait, sans renoncer à exercer son pouvoir d'appréciation, sans limiter celui des commissions départementales et sans édicter aucune condition nouvelle à l'octroi de l'allocation dont s'agit, définir des orientations générales en vue de diriger les interventions du Fonds ».

Mais, parallèlement aux arguments d'ordre partique, la doctrine s'est efforcée de souligner les inconvénients juridiques qu'il y avait à maintenir le principe dans toute sa rigueur et à écarter la possibilité d'un recours à des directives (125).

Les auteurs relèvent que dans le domaine des interventions économiques, l'autorité administrative ne peut pas procéder au coup par coup (126). Elle doit se tenir à une doctrine qui se fonde sur les objectifs qu'elle s'est fixés. Or, cette doctrine ne peut être formulée que dans des circulaires, notes de service, instructions ou directives si elle émane d'une autorité qui ne dispose pas du pouvoir réglementaire quand il s'agit, en particulier, d'un ministre (127).

Dès 1969, M. DELMAS-MARSALET plaide pour que la règle de l'examen particulier des circonstances soit écartée en matière économique : « Si, en effet, le juge administratif s'en tenait, dans le domaine des incitations économiques, à sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle l'autorité investie par la loi d'un pouvoir discrétionnaire d'autorisation ou d'agrément, étant tenu de procéder à un examen particulier des circonstances de chaque affaire, ne peut faire application aux intéressés de règles générales, par lesquelles elle s'estimerait liée, l'administration ne serait guère incitée à définir et à respecter en ce domaine des critères objectifs de sélection, puisqu'en les opposant aux intéressés, elle encourrait le reproche d'avoir commis une erreur de droit. Elle serait, au contraire, confortée dans la tendance — qui fut longtemps la sienne — à prendre et à justifier ses décisions au « coup par coup ». Il lui serait alors facile, pour justifier une décision de refus, dans telle affaire, d'invoquer d'excellentes raisons de fait, de droit ou d'intérêt général qu'elle s'abstiendrait soigneusement d'opposer aux intéressés dans d'autres affaires. Le juge en serait réduit à se contenter des justifications fragmentaires et contradictoires que pourrait toujours lui apporter l'administration sur chaque dossier. Dans ces conditions, son contrôle de légalité serait purement illusoire et ne ferait l'affaire ni des administrés, ni même, pensons-nous, de l'administration.

C'est pourquoi l'efficacité du contrôle juridictionnel des mesures d'incitation économique nous paraît subordonné à la condition que le juge reconnaisse à l'autorité investie d'un pouvoir discrétionnaire d'attribution ou de refus d'un avantage fiscal ou financier, la possibilité de limiter par avance elle-même ce pouvoir, en définissant et en publiant, même sans habilitation législative expresse, les conditions

auxquelles elle entend subordonner l'attribution de cet avantage et les critères au vu desquels elle sera, en principe, tenue de sélectionner les demandes » (128).

De même, le Commissaire du Gouvernement BERTRAND faisait aussi remarquer : « l'administration, dissuadée d'invoquer devant le juge, à l'occasion d'un litige, les normes dont elle a fait application, trouverait aisément au soutien de sa position des motifs d'intérêt général dont il serait d'autant plus vain d'apprécier la correction matérielle et juridique qu'ils auraient été avancés a posteriori pour les besoins de la cause » (129).

Il semble difficile d'être plus clair pour rappeler au juge administratif la vanité de son entreprise s'il s'obstine à ne pas s'adapter à l'évolution de l'administration moderne. Et à un double titre, la critique semble fondée. Il est en effet certain que l'administration n'aura pas de mal à s'abriter derrière l'intérêt général pour justifier légalement sa décision. En outre, la tâche du juge sera d'autant plus difficile que, dans la plupart des cas l'autorité administrative est investie d'un pouvoir discrétionnaire. Certes, depuis la jurisprudence BAREL le juge peut demander à l'administration l'ensemble des documents au vu desquels la décision a été prise. Certes, depuis l'arrêt Société « Maison Genestal », l'administration est tenue de faire connaître ses motifs chaque fois qu'elle édicte une décision de rejet au motif que l'opération projetée ne présente pas un intérêt économique suffisant. Mais il n'en demeure pas moins que l'administration se trouve en position particulièrement favorable pour invoquer des raisons fallacieuses.

En revanche, si la règle de l'examen particulier des circonstances peut être aménagée de façon à permettre à l'autorité administrative d'édicter des critères, le contrôle du juge s'en trouvera facilité.

La reconnaissance de critères objectifs doit en effet faciliter ce travail. Le juge aura un élément de référence pour s'assurer que l'autorité administrative n'a pas établi de dérogation pour des motifs étrangers à l'intérêt général. Il veillera à ce que la décision individuelle soit en conformité au but visé en se référant aux normes que l'administration s'est fixées. C'est là une condition indispensable à un contrôle efficace.

Un second argument que l'on peut soulever consiste à rappeler que le strict maintien de l'obligation de procéder à un examen particulier des circonstances risque d'aboutir à l'effet inverse de celui recherché. En effet, si le juge maintient rigoureusement le principe dans tous les cas, il est certain que la notion de directive devenant illégale disparaît de notre ordonnancement juridique. Or, en pratique, il est constant que l'administration ne peut s'en passer. Il en résultera que ces normes risquent de devenir occultes et d'échapper à la vigilance du juge. Il semble donc préférable d'en admettre la légalité afin de rendre le problème plus clair. En outre, en leur reconnaissant un caractère réglementaire, elles deviendraient susceptibles de recours et pourraient être annulées. Au lieu d'annuler la décision individuelle fondée sur la directive illégale, le juge pourrait annuler directement la directive.

b) Le contenu de l'atteinte portée au principe

En fixant préalablement et impersonnellement la conduite de l'administration, les directives ne peuvent que porter atteinte à la règle de l'examen particulier des circonstances. Même limitée par les conditions auxquelles leur application est soumise, elles ont une incidence sur le comportement des autorités administratives. En effet, l'admission de la faculté de « se référer aux normes contenues dans une de

(125) M. R. SAVY a insisté sur cet aspect positif du recours aux directives qui permet un contrôle effectif du juge de l'excès de pouvoir. En admettant, en effet, que si l'administration n'est pas liée par les normes d'orientation qu'elle s'est fixées, elle ne peut toutefois s'en écarter que pour des motifs tirés de l'intérêt général. Si elle s'en écarte, elle doit, cependant, « dans la ligne de la jurisprudence Société « Maison Genestal », indiquer au juge les motifs qui l'ont conduite à le faire et il en appréciera la légalité dans la limite de son contrôle minimum » (R. SAVY, Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'Administration, A.J.D.A. 1972, p. 4). Au contraire, le respect rigoureux du principe de l'examen particulier des circonstances ne permet pas d'effectuer ce contrôle juridictionnel.

(126) Voir : QUESTIAUX, concl. sous Distillerie Brabant ; BERTRAND, concl. sous Crédit Foncier de France ; SAVY, Le contrôle juridictionnel..., op. cit. ; DELMAS-MARSALET, Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat, E.D.C.E. 1969, p. 153.

(127) Il convient cependant de souligner que la thèse selon laquelle le pouvoir réglementaire ne serait pas reconnu aux ministres, puisque c'est eux qui sont principalement concernés, n'est plus indiscutable. Ainsi, M^{lle} C. WIENER s'attache à démontrer qu'en fait ils disposent de pouvoirs équivalents (Recherche sur le pouvoir réglementaire des ministres, thèse Paris, L.G.D.J. 1970). M. R. SAVY souligne que « dans le même sens, mais plus explicite encore, un arrêt reconnaît au ministre de l'Agriculture, sur la base d'un texte subordonnant à son agrément, la vente de beurre pasteurisé, le pouvoir de « ...fixer les caractéristiques auxquelles doivent répondre ces produits... » pour recevoir l'agrément (Conseil d'Etat, 2 juillet 1958, Fédération nationale des syndicats d'unités et transformateurs de lait, R. p. 407, cité par R. SAVY, Le contrôle juridictionnel..., op. cit. p. 16.

(128) DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat », op. cit., p. 153.

(129) BERTRAND, concl. précitées, p. 753.

ses propres directives » implique un abandon partiel de la règle, malgré le maintien formel de l'obligation de prendre en considération chacune des situations individuelles. L'explication de l'atteinte ainsi portée au principe repose sur une alternative. Ou bien la directive n'est qu'une incitation à agir dans un certain sens, et, dans cette acception, le principe de l'examen particulier des circonstances est confirmé ; ou bien elle contient des indications qu'il faut respecter et qui doivent déterminer la décision et, dans ce cas, le principe de l'examen particulier des circonstances n'a plus qu'une valeur théorique en présence d'une directive.

Entre ces deux thèses opposées, laquelle retenir ?

Dès 1925 le Doyen HAURIUOU dégagait la notion de directive et en soulignait la force. Il considérait que ce terme visait « une intention d'agir, dans un certain esprit, affirmée par un pouvoir discrétionnaire » et en déduisait que la directive est « une règle que le pouvoir s'impose à lui-même » (130). Mais le maître de Toulouse ne pouvait approfondir cette intéressante ébauche, car la notion de directive va disparaître de notre langage et de notre ordonnancement juridique pendant plus de quarante ans.

L'étude a été reprise par les auteurs modernes.

M. le Doyen BOULOUIS a conduit l'analyse avec une grande rigueur pour démontrer qu'une « directive que l'autorité détentrice d'un pouvoir discrétionnaire se fixe à soi-même ne peut être vraiment impérative du seul fait de la marge d'appréciation qu'elle doit se réserver pour ne pas épuiser abstraitement la discrétionnarité, et qui peut toujours conduire à y déroger ». Ainsi, l'auteur admet de façon très nette que la directive n'épuise pas toute marge d'appréciation et conserve donc intacte l'obligation de procéder à l'examen particulier des circonstances. Et il ajoute que le juge s'est efforcé d'assouplir « le principe suivant lequel l'administration ne peut se lier par avance lorsque le pouvoir qui lui est reconnu implique une appréciation des situations individuelles ». C'est donc bien d'un assouplissement et non d'une suppression du principe de l'examen particulier des circonstances qu'il s'agit.

L'idée fondamentale qui se dégage de la jurisprudence du Conseil d'Etat est qu'une autorité administrative peut faire référence à une directive sans commettre une illégalité. La jurisprudence admet-elle pour autant que cette autorité puisse se considérer comme liée par une directive ?

La doctrine dominante répond par la négative à cette question et fonde sa position sur une jurisprudence maintenant bien établie. Mais on discerne dans certaines décisions une évolution qui tiendrait à faire de la directive un acte plus qu'impératif et d'application facultative.

C'est là une thèse plus extrême, qui tend à retirer au principe de l'examen particulier toute portée réelle.

Pour M. DEVOLVÉ la réponse ne fait pas de doute : « les directives sont élaborées pour être appliquées ; elles contiennent des indications dont il convient de s'inspirer ; elles dirigent l'action du destinataire ; elles entendent être suivies » (131). Pour démontrer le bien fondé de sa position, l'auteur cite la jurisprudence « Crédit Foncier de France », qui semble admettre la portée obligatoire de la directive en décidant que les intéressés pouvaient demander une dérogation en invoquant seulement une particularité de leur situation. En d'autres termes on peut interpréter l'arrêt « Crédit Foncier de France » en donnant aux directives une valeur beaucoup plus impérative. Dans ce cas on reconnaît à l'administration la possibilité de déroger à une direc-

tive, non pas lorsqu'elle décide d'y déroger, faisant usage de son pouvoir discrétionnaire, mais lorsqu'elle constate de façon objective que la situation de l'administré implique une décision différente de celle qu'indique la directive. Il faut alors admettre que de discrétionnaire, la compétence de l'administration devient liée. Cette interprétation de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui réduit considérablement la valeur de la règle de l'examen particulier des circonstances, a été adoptée par le Tribunal administratif de Besançon qui, dans un considérant significatif, a décidé que les autorités administratives ne pouvaient déroger à une directive. « à moins de se fonder sur une raison spéciale les obligeant à adopter une solution non conforme à celle qui leur était commandée dans des cas analogues » (132). A la limite on ajoutera que la directive lierait totalement la compétence de son destinataire en fixant « non seulement les objectifs à atteindre, mais les moyens de les réaliser ».

En fait les thèses ne sont pas aussi opposées qu'un examen superficiel pourrait le laisser penser. MM. BOULOUIS et DELVOLVÉ s'accordent pour reconnaître à la directive une valeur pratique : si le Conseil d'Etat en reconnaît la légalité, c'est bien pour permettre à l'administration de recourir à cette procédure. Et si l'autorité qui s'est fixée des directives n'a pas « l'ardente obligation » de les respecter, la procédure n'a aucun intérêt pratique.

Il convient donc, tout en nuancant les positions d'admettre que la notion même de directive est venue assouplir le principe de l'examen particulier des circonstances.

Il semble que ce principe soit cependant encore plus atténué lorsque la directive s'adresse à une autorité hiérarchiquement subordonnée.

Lorsque les directives émanent d'une autorité hiérarchiquement supérieure à celle compétente pour édicter la décision, la liberté de décision de l'autorité subordonnée est encore plus limitée. Lui sera-t-il possible de déroger à la directive, que deviendra son pouvoir d'appréciation ? Des exemples permettent d'apprécier les restrictions qu'ont vout survenir. C'est ainsi que l'article 16 de la loi du 16 avril 1946 dispose que : « tout licenciement d'un délégué du personnel titulaire ou suppléant, envisagé par la direction, devra être obligatoirement soumis à l'assentiment du Comité d'entreprise. En cas de désaccord, le licenciement ne peut intervenir que sur la décision de l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement ». En outre, l'article 4 du décret du 7 janvier 1959 précise que : « le Ministre du travail peut annuler ou réformer la décision de l'inspecteur ». En droit, le pouvoir de l'inspecteur du travail est discrétionnaire pour accorder ou refuser le licenciement des délégués du personnel. Mais ce pouvoir ne peut que devenir lié si le ministre définit dans des directives les fautes susceptibles de justifier un licenciement, car en pratique, la possibilité de recours hiérarchique devant le ministre retire à l'autorité subordonnée tout pouvoir d'appréciation. Il n'est alors plus possible de prétendre, dans ces hypothèses, que la notion de directive est compatible avec le respect du principe de l'examen particulier des circonstances. En effet, l'autorité subordonnée sera tenue d'appliquer automatiquement les dispositions contenues dans la directive qui lui est adressée, malgré la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui précise que les directives contenues dans une note de service ne dispensent pas les autorités compétentes de procéder à un examen particulier de chacune des demandes dont elles sont saisies (133).

Il y a là une violation d'une règle jurisprudentielle qu'il sera difficile au requérant de prouver. Le recours en annu-

(130) Cité par M. J. BOULOUIS, *Mél. Eisenmann*, p. 194, op. cit.

(131) Op. cit., p. 470.

(132) Tribunal administratif de Besançon, 7 février 1973. BALLAUD, *A.J.D.A.* 1973, p. 590, note Ch.-L. Vier.

(133) Conseil d'Etat, 23 juin 1973. Société « Géa », op. cit.

lation contre la décision individuelle devant le juge de l'excès de pouvoir n'aboutira pas, le plus souvent, car l'administration avancera des raisons d'intérêt général pour justifier sa décision. En outre, la règle du secret administratif rendra le rôle du juge particulièrement difficile à assumer et l'instruction de l'affaire n'apportera pas d'éléments décisifs pour la solution du litige en faveur du requérant.

C'est dire qu'avec la reconnaissance par le Conseil d'Etat de la légalité des directives, la valeur de la règle de l'examen particulier des circonstances s'estompe. En effet la Haute Assemblée reconnaît qu'une autorité qui ne dispose pas du pouvoir réglementaire peut élaborer des normes générales qui vont déterminer sa conduite dans l'exercice de la prise de décisions individuelles. Désormais l'administration peut, sous certaines conditions, intercaler entre la loi ou le règlement d'une part et la décision individuelle d'autre part, une mesure générale et impersonnelle.

Doit-on conclure alors que le principe est complètement et définitivement écarté ?

Cette thèse nous paraît excessive, pour plusieurs raisons. En premier lieu, on observera, suivant en cela M. WALINE, que l'existence du principe est justifiée par des considérations qui ne sont pas affectées par le développement de la notion de directive: des orientations fixées par voie de directive ne dispensent pas l'administration de se mettre dans les meilleures conditions possibles avant de prendre une décision.

En second lieu on doit rappeler que le Conseil d'Etat a souligné que l'autorité qui, disposant d'un pouvoir réglementaire procède par voie de directive, n'est pas exonérée de procéder à un examen de chaque affaire. Dans l'arrêt « Société Géa » la Haute Assemblée a affirmé cette obligation. Il s'agissait de délivrer une autorisation spéciale d'importation de produits pétroliers prévue par la loi du 3 mars 1928. Ces autorisations sont délivrées par décret en Conseil des ministres. Le gouvernement avait fondé un refus sur une directive. Le Conseil d'Etat a estimé que des conditions supplémentaires pouvaient être établies sous forme de directive.

Ainsi, le principe de l'examen particulier des circonstances n'est pas supprimé, mais il est tout de même considérablement assoupli par le développement même de la notion de directive. C'est là une limite à la valeur du principe unanimement reconnu par la doctrine contemporaine. Cependant, un examen attentif de la jurisprudence du Conseil d'Etat et des textes législatifs et réglementaires nous permet d'observer qu'en réalité, l'administration se trouve de plus en plus souvent dans des situations où il lui est permis d'édicter les normes sans procéder à l'examen particulier des circonstances.

B. — LA SUPPRESSION DU PRINCIPE : DES CAS PLUS FREQUENTS

La doctrine présente traditionnellement le principe de l'examen particulier des circonstances comme une règle stricte dont les dérogations sont exceptionnelles. Toutefois l'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat permet d'observer que le juge administratif a adopté une position moins rigoureuse et qu'il accepte que le principe soit écarté dans des cas limités et précis, certes, mais qui vont croissant.

En premier lieu le juge reconnaît aux autorités normatives le pouvoir de supprimer le principe. En second lieu le juge admet parfois spontanément que l'auteur d'un acte individuel se réfère à une norme générale pour édicter

cet acte. Enfin, il se développe dans l'administration des pratiques qui méconnaissent l'obligation de la façon la plus formelle, sans que le juge de l'excès de pouvoir n'intervienne pour les sanctionner quand il est saisi.

1° La suppression du principe par les autorités normatives

Il apparaît maintenant admis par le Conseil d'Etat que le législateur et le pouvoir réglementaire peuvent écartier la règle de l'examen particulier des circonstances. Le Parlement et le Gouvernement sont donc directement compétents pour décider dans quel cas il y a lieu de ne pas appliquer cette règle jurisprudentielle. Mais l'atteinte portée au principe par les autorités normatives est aussi indirecte. Elle est la conséquence de l'extension des domaines où il est reconnu un pouvoir réglementaire aux ministres, réduisant ainsi la portée de l'obligation.

a) Les autorités normatives peuvent écartier le principe directement

C'est un principe reconnu qu'une autorité administrative investie par la loi du pouvoir de prendre des décisions individuelles n'est pas compétente pour fixer à l'avance et par voie de dispositions générales et impersonnelles, les conditions dans lesquelles ces décisions seront prises. Il ne lui appartient pas non plus de déterminer préalablement son comportement à l'occasion des affaires qu'elle sera amenée à examiner. Toutefois, le législateur peut accorder cette compétence à l'autorité administrative qu'il habilite à édicter des décisions individuelles. Dans ce cas cette autorité ne sera plus tenue de procéder à l'examen particulier de chaque dossier qui lui est soumis et pourra statuer par voie de disposition générale.

C'est ainsi que l'article 2 de la loi du 22 février 1944 prévoyait que pour l'octroi des autorisations d'exportations ou de réexportations, les ministères concernés pourraient donner des instructions générales au service chargé de délivrer ces autorisations. Un exportateur qui s'était vu refuser une autorisation au motif que le ministre s'était fondé sur des considérations générales, a vu rejeter son recours. Le Conseil d'Etat a en effet décidé que: « ces prescriptions conféraient au gouvernement le pouvoir de décider, sans procéder à un examen individuel de chaque demande présentée, que les licences d'exportation des produits sidérurgiques, ne seraient délivrés aux exportateurs que dans la limite de contingents particuliers fixés par l'administration pour cette catégorie d'exportateurs » (134).

Ainsi, à l'occasion de cette affaire, la Haute Assemblée a réaffirmé que le principe de l'examen particulier des circonstances pouvait être écarté par le législateur. Il n'a donc pas une valeur supralégislative. Et c'est fréquemment que le parlement accorde à l'administration le droit de procéder ainsi. On peut dire plus généralement que chaque fois que l'autorité administrative est autorisée à édicter des critères généraux et à s'y référer, elle peut renoncer à procéder « au coup par coup ».

Bien que la loi d'habilitation puisse viser toutes les autorités administratives ayant pouvoir de décision, ce sont les ministres qui bénéficient le plus souvent de cette compétence pour organiser et planifier leurs activités (135).

(134) Conseil d'Etat, 10 mai 1957, Société « Expansion commerciale et Industrielle Tourisme de France ». R. p. 301.

(135) Il convient toutefois de noter qu'il ne s'agit pas d'un pouvoir réglementaire autonome, accordé à l'autorité ministérielle en l'absence de texte d'habilitation. Ce pouvoir, qui permet d'établir des règles générales en vertu desquelles des décisions individuelles seront prises, peut cependant être étendu par l'interprétation large qu'en donne la jurisprudence. Mais dans cette hypothèse, il appartient au seul juge d'en décider (Conseil d'Etat, 6 mars 1959, Syndicat des grandes pharmacies. R. p. 163).

C'est ainsi que l'ordonnance du 30 juin 1945 donne au ministre de l'Economie et des Finances compétence pour assurer la police des prix. L'autorité administrative peut donc prendre des décisions individuelles autorisant ou interdisant, par exemple, certaines hausses de prix. Mais l'article premier de l'ordonnance lui confie aussi le pouvoir d'« assortir ses décisions de toutes dispositions accessoires destinées à en assurer l'application et à faciliter le contrôle de leur exécution ».

La suppression par le législateur du principe de l'examen particulier des circonstances relève de son pouvoir d'habiliter les autorités administratives à édicter des actes réglementaires. Le juge administratif ne pouvait que s'incliner devant la décision législative. Et il apparaît que la jurisprudence qui reconnaît ce pouvoir au législateur, soit conforme à la règle selon laquelle le Conseil d'Etat ne peut élaborer de règle supérieure ou simplement égale à la loi.

En revanche, le problème apparaît plus délicat lorsque la règle de l'examen particulier des circonstances est écartée par le gouvernement. Dans ce cas le juge administratif a le pouvoir de décider que la norme jurisprudentielle a une valeur supérieure à la norme édictée par voie réglementaire.

La question a été tranchée par la Haute Assemblée. Lorsque la suppression du principe est décidée non plus par voie législative, mais par décret, le Conseil d'Etat a estimé que le décret était légal. Un texte réglementaire peut donc écarter aussi le principe de l'examen particulier des circonstances. C'est ainsi que le décret du 15 juillet 1946 avait donné compétence à l'Office des Changes pour délivrer des autorisations spéciales d'importation et d'exportation de capitaux. Mais à côté des licences spéciales, il pouvait délivrer des autorisations générales et même, à décidé le Conseil d'Etat, il pouvait prendre des mesures réglementaires. M. WALINE n'eut pas de peine à démontrer que « dès l'instant que l'Office des Changes est libre de délivrer des autorisations générales de commerce avec l'étranger, il peut accorder une autorisation sous conditions ; et dans les conditions qu'il met à cette autorisation, il peut insérer une véritable réglementation de l'importation ». En reconnaissant la légalité de ce décret, le Conseil d'Etat a admis ce que le principe de l'examen particulier des circonstances aurait dû normalement empêcher : à savoir qu'une autorité chargée de prendre des décisions en fonction de considérations spécifiques ne s'arroge pas un pouvoir de réglementation (136).

Rien n'interdit plus alors à l'autorité administrative de fixer une doctrine et de s'y référer avant de prendre une décision individuelle.

L'autorité visée peut d'ailleurs ne pas avoir la qualité de ministre. C'est ainsi que la loi du 25 octobre 1956 attribue une compétence générale au Centre National de la Cinématographie. Le Centre pourra se référer à ses propres normes avant de prendre une décision individuelle.

Ces exemples illustrent les multiples hypothèses où le législateur peut décharger l'autorité administrative de procéder à un examen individuel et particulier de chaque affaire qu'il doit traiter.

Mais un autre procédé s'offre aux autorités normatives pour écarter le principe de l'examen particulier des circonstances quand la décision individuelle appartient à un ministre. Il suffit de lui accorder le pouvoir réglementaire dans le domaine où on souhaite supprimer le principe.

b) Les conséquences de l'extension des habilitations législatives en faveur des autorités administratives (137)

Le législateur habilite de plus en plus souvent les autorités administratives, et plus précisément les ministres, à édicter par arrêté, les mesures réglementaires nécessaires à la mise en œuvre des lois et règlements. L'autorité compétente peut alors définir, afin d'organiser et de faciliter la prise des décisions individuelles qu'elle est compétente pour édicter, des principes généraux dont elle fera une application automatique. Certes, cette pratique ne permet par juridiquement de méconnaître le principe de l'examen particulier des circonstances. Avant de prendre la décision individuelle, l'autorité administrative doit prendre en considération la situation de fait. Mais on constate qu'en réalité l'administration se borne à faire application des dispositions générales qu'elle a fixées. Ces habilitations sont inspirées par des considérations d'ordre rationnel. Toutefois leur application tend à devenir automatique à cause même de la volonté de rationaliser l'activité administrative.

Cependant, le Conseil d'Etat a souligné que le principe demeurait valable. Et un exemple récent confirme cette jurisprudence, qui fait obligation à l'autorité investie à la fois d'un pouvoir réglementaire et d'un pouvoir de prendre des décisions individuelles de procéder à l'examen particulier des circonstances.

C'est ainsi que la loi du 30 septembre 1946 charge le Ministre de l'Agriculture de prendre toutes mesures tendant à la sauvegarde et à la reconstitution de la forêt française et subordonne les opérations de déboisement à son autorisation. Il peut donc prendre des mesures générales définissant les conditions dans lesquelles de telles opérations pourront être menées et décidées. Mais ce pouvoir ne lie pas sa compétence pour donner les autorisations individuelles. La Haute Assemblée rappelle en effet que le fait que les situations soient différentes nécessite « un examen particulier de chaque affaire » (138).

Telle est, à l'heure actuelle, la tendance du législateur et la politique du juge administratif. On doit alors se demander si cette extension des habilitations législatives n'a pas des effets indirects sur la portée du principe de l'examen particulier des circonstances.

Il est en effet certain que l'autorité compétente pour prendre par arrêté des mesures individuelles et à laquelle on reconnaît un pouvoir de réglementation, va se servir de ce pouvoir pour organiser les conditions d'édition des actes individuels. L'autorité administrative sera portée, en toute légalité, à exercer son pouvoir réglementaire en interposant, entre l'acte individuel et l'acte d'habilitation une règle générale en vertu de laquelle l'acte individuel sera pris. La conséquence sera que l'autorité administrative investie d'un tel pouvoir réduira sa faculté d'appréciation des situations particulières en prévoyant abstraitement et dans le détail toutes les conditions à l'édition de la mesure individuelle. A la limite, la prédétermination des conditions par l'autorité elle-même chargée d'édicter l'acte, supprime toute application nuancée de son pouvoir discrétionnaire et tout examen individuel du dossier soumis à l'autorité compétente.

Ainsi, l'examen des circonstances sera d'autant plus réduit que le pouvoir réglementaire sera exercé avec précision. Et, à l'heure actuelle, la tendance est à son extension par voie législative et par la jurisprudence.

(137) Voir : C. WIENER, Recherche sur le pouvoir réglementaire des ministres. Thèse Paris, L.G.D.J. 1970.

(138) Conseil d'Etat, 28 janvier 1976. Société Immobilière et forestière « La Putaie ». R.D.P. 1976, p. 1073.

(136) Conseil d'Etat, 12 novembre 1954, Dame Calderon. R. p. 387, R.D.P. 1955, p. 391, note Waline

Le Conseil d'Etat, en effet, n'a pas manifesté de réticence et a reconnu une très grande liberté d'action aux autorités administratives. Or, l'autorité qui réglemente se prive par là de la faculté d'appréciation. En outre, une interprétation extensive des textes d'habilitation est venue offrir aux autorités administratives la possibilité d'« organiser et de prévoir » les modalités d'exercice de leur pouvoir d'appréciation.

C'est ainsi que dans l'arrêt « Société d'Éditions Techniques et Documentaires » (139), le Conseil d'Etat, en permettant au ministre de déterminer par voie de dispositions générales les catégories de personnes auxquelles s'appliquent les taux préférentiels qu'il a le droit d'accorder, l'autorise à prendre des décisions globales.

La multiplication des habilitations législatives a indirectement écarté la règle selon laquelle les ministres n'ont, en principe, aucun pouvoir réglementaire. En outre, lorsqu'un ministre doit prendre de multiples décisions, il n'est pas souhaitable que la règle de l'examen particulier des circonstances soit appliquée avec toute sa rigueur. C'est la raison pour laquelle on devrait lui reconnaître un pouvoir réglementaire autonome de façon implicite. Sans s'engager directement dans cette voie, le juge administratif s'en rapproche, écartant ainsi l'application de la règle de l'examen particulier des circonstances.

2^e L'exclusion de l'application du principe de l'examen particulier des circonstances dans la jurisprudence administrative

Malgré le maintien formel par le juge administratif du principe de l'examen particulier des circonstances, cette règle est expressément écartée par le Conseil d'Etat en dehors de toute intervention législative ou réglementaire, dans des hypothèses dont le nombre tend à s'accroître du fait de la multiplication des interventions de l'administration. Mais la suppression du principe prend deux aspects. Elle peut être le résultat de procédés utilisés par l'administration et dont le juge a reconnu la légalité. On parlera alors de suppression indirecte du principe. Elle peut aussi être directe quand le juge admet explicitement que la règle puisse être méconnue par l'administration.

a) La suppression indirecte du principe

L'accroissement des tâches qui incombent à l'administration a conduit à recourir à des méthodes de travail dont certaines peuvent conduire à abolir définitivement le principe. Ce sont le recours au procédé de l'acte-type et le recours à l'édiction de circulaires quasi-réglementaires.

Le procédé de l'acte-type et le principe de l'examen particulier des circonstances (140)

L'acte-type est défini comme le modèle qu'une autorité administrative est invitée à reproduire pour l'édiction de l'acte qu'elle se propose d'élaborer. Ce procédé, utilisé de plus en plus fréquemment, impose aux autorités publiques la rédaction d'un acte et de son contenu. Parfois même l'acte-type prend la forme d'un acte préimprimé dont il suffit de remplir les blancs en ajoutant le nom du destinataire. Ce procédé, dont la légalité a été reconnue par le juge administratif (141), s'oppose, dans certaines hypothèses, au principe de l'examen particulier des circonstances. En effet, l'autorité habilitée à agir par la voie de l'acte-type, peut ne pas se livrer à un examen effectif du dossier de l'affaire qui lui est soumise. Cette pratique recouvre un automatisme incompatible avec le principe de l'examen des circonstances quand on reconnaît à l'acte-type, le caractère

d'une véritable décision exécutoire et quand l'autorité hiérarchique impose un modèle aux autorités subordonnées. Un raisonnement élémentaire conduit à présumer que l'autorité subordonnée se bornera à exécuter la décision de son supérieur sans considération pour les circonstances particulières. Pourtant, le Conseil d'Etat n'a pas admis cette présomption. Dans un arrêt « Société Nouvelle d'Imprimerie » le problème a été directement posé à la Haute Assemblée (142). Le Ministre de l'intérieur avait adressé à tous les préfets un modèle d'arrêté par lequel il leur ordonnait d'interdire la vente et l'exposition sur la voie publique du journal « Aspect de la France ». Sur recours des éditeurs de l'hebdomadaire royaliste, le Conseil d'Etat annula la décision du ministre au seul motif que les interdictions générales et absolues étaient illégales. Le juge ne mentionna en aucune façon le recours au procédé de l'acte-type qui, pourtant, privait les préfets de département de la faculté de tenir compte des circonstances locales pour édicter l'arrêté d'interdiction. En d'autres termes tout conduit à estimer que si le modèle établi par le Ministre de l'intérieur avait été limité dans le temps et dans l'espace, le Conseil d'Etat ne l'aurait pas annulé, reconnaissant ainsi la supériorité du procédé de l'acte-type sur le principe de l'examen particulier des circonstances. On est alors en droit de se demander ce qui reste du principe, surtout lorsque l'acte est purement et simplement préimprimé. Sans jamais aborder directement le problème, le Conseil d'Etat l'a tout de même sous-entendu dans des espèces touchant à la police administrative.

Le problème se pose de façon grave lorsque la décision administrative porte atteinte aux libertés individuelles des citoyens. Il a été abordé dans l'arrêt Sieur Perregaux (143).

L'arrêté d'expulsion du territoire national du sieur Perregaux mentionnait que sa présence constituait une menace pour l'ordre public. Mais cette mention, reprenant exactement les termes de l'ordonnance du 2 novembre 1945, était préimprimée sur un document-type que l'administration emploie pour établir tous les arrêtés d'expulsion. Les chroniqueurs ont soulevé le problème et émis certains doutes. Certes, ces auteurs ajoutent « qu'il n'est pas concevable que le Conseil d'Etat se soit contenté de cette motivation stéréotypée ». Et ils ajoutent que « ce serait contraire à toute la jurisprudence, qui exige notamment, en matière de police, que les décisions pour lesquelles l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation soient prises après un examen particulier des circonstances de chaque affaire. ». Le Conseil d'Etat doit donc faire abstraction de cette « motivation formelle » et rechercher les raisons véritables qui ont motivé l'expulsion.

Cette thèse est, certes, conforme à une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, illustrée en particulier par l'affaire Barei. Mais dans l'espèce Sieur Perregaux, il semble bien que la Haute Assemblée n'ait pas eu la possibilité de se livrer à cette recherche.

Il résulte en effet des termes mêmes de l'arrêt, qu'en fait, le Conseil d'Etat se contente des mentions préimprimées figurant dans l'arrêté d'expulsion. En effet, la Haute Assemblée se contente d'affirmer que le ministre s'est livré à

(141) Il s'agit des actes-types qui ne sont pas expressément prévus par une loi ou par un règlement. Le Conseil d'Etat a admis que cet acte était légal lorsqu'il est applicable à un particulier « qui exerce sur le domaine public une activité assimilable à un service public » (Conseil d'Etat, 11 février 1959, Compagnie maritime de l'Afrique orientale, R.D.P. 1959, p. 1062). La légalité de ces actes-types a été reconnue dans un arrêt du Conseil d'Etat du 6 juillet 1956, (Fédération des syndicats d'exploitants agricoles de Seine-et-Oise, D. 1958, p. 178, note Quermonne.

(142) Conseil d'Etat, 23 novembre 1951, R.D.P. 1951, Concl. Letourneur, note Waline.

(143) Conseil d'Etat, Assemblée, 13 mai 1977, A.J.D.A., 77, p. 399, Chro. p. 363.

(139) Conseil d'Etat, 7 janvier 1946, R. p. 19.

(140) Voir P. RONGÈRES, Le Procédé de l'acte-type, thèse Paris, 1966.

« une appréciation... des activités et du comportement » ou requérant sans rechercher si la formule employée indistinctement pour toutes les expulsions correspondait effectivement « aux circonstances de l'affaire ». Il nous semble en effet impossible qu'une même formule corresponde à toutes les situations et que l'administration, même lorsqu'elle n'est pas tenue de motiver l'acte qu'elle édicte, puisse s'en contenter.

Un autre exemple de l'incompatibilité de la pratique des actes préimprimés avec le principe, nous est fourni par la délivrance des licences d'officine de pharmacie. L'article L 557 dernier alinéa du Code de la Santé publique autorise les préfets à délivrer des licences, même si le nombre d'habitants requis n'est pas atteint, lorsque les besoins de la population l'exigent. Le législateur a donc voulu que l'autorité administrative examine la situation de chaque commune pour s'assurer que les besoins de la population sont satisfaits. En fait, la licence est délivrée, certes, après une enquête, mais l'arrêté se borne à préciser que les besoins de la population n'étaient pas couverts. L'autorité préfectorale utilise un acte préimprimé reproduisant les termes exacts de la loi (144).

Certes, ces méthodes n'impliquent pas obligatoirement que l'administration n'a pas procédé à l'examen des circonstances. Mais le recours au procédé des actes types rend le contrôle du juge très difficile. En fait, il ne lui sera pas possible de connaître l'appréciation de la situation faite par l'administration, écartant ainsi implicitement le principe de l'examen particulier des circonstances.

L'explication de l'inefficacité du contrôle contentieux tient à la présomption de légalité qui existe au profit de l'acte administratif et qui rend particulièrement malaisé le contrôle par le juge du respect de la règle de l'examen particulier des circonstances. Il est, en effet, particulièrement facile à l'administration de justifier une décision prise discrétionnairement par des considérations tirées de l'intérêt général. En d'autres termes il faut reconnaître que la charge de la preuve qui incombe au requérant est particulièrement lourde dans ce domaine. En fait, l'examen de la jurisprudence nous permet de constater que dans la plupart des cas où le juge a annulé une décision qui méconnaissait le principe de l'examen particulier des circonstances, la preuve de sa méconnaissance lui a été fournie par l'aveu de l'administration elle-même (145). Il n'est guère qu'en matière de délibération où cette preuve peut résulter des documents établis au cours de la procédure.

Il n'est donc pas étonnant que le développement de certaines pratiques administratives puissent méconnaître le respect du principe sans encourir la sanction du juge. On peut cependant imaginer et proposer des moyens, sinon pour mettre un terme, du moins pour limiter, les effets de ces pratiques. Les dangers que présentent les actes-types seraient réduits si, au cours de l'instruction, le juge s'attachait à connaître les motifs qui ont inspiré la décision attaquée, et surtout la procédure qui a été utilisée. En présence d'un acte-type, il faudrait, en fait, renverser la charge de la preuve et imposer à l'administration de démontrer que l'acte qu'elle a édicté ne méconnaît pas le principe. Ce serait le plus sûr moyen de préserver une règle qui assure aux administrés la garantie que leur situation a été prise en considération.

Les mêmes risques se retrouvent avec le développement des circulaires et instructions de service.

Les circulaires et le principe de l'examen particulier des circonstances.

La garantie du maintien du principe de l'examen particulier des circonstances est assuré par le juge qui exerce son contrôle sur les décisions exécutoires. Mais la garantie disparaît lorsqu'il lui est porté atteinte par voie de circulaire ou d'instruction de service. En principe cette atteinte au principe devrait être évitée grâce à la distinction classique entre circulaires interprétatives et circulaires réglementaires (146). Mais il arrive que, sous couvert d'interprétation d'un texte, l'autorité supérieure fixe des règles qui devront impérativement être appliquées. L'application de la jurisprudence « Institution Notre-Dame du Kreisker » devrait conduire le juge à prononcer l'annulation de ces dispositions qui méconnaissent la règle d'examen particulier des circonstances. Pourtant, certaines circulaires qui contiennent plus qu'une simple invitation se voient refuser le caractère réglementaire et sont donc considérées comme insusceptibles d'être portées devant le juge par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Ainsi, en matière de circulaires fiscales, si la distinction classique est apparemment affirmée, le juge estime néanmoins le plus souvent que l'autorité supérieure « s'est bornée à indiquer aux agents placés sous ses ordres l'interprétation à donner » (147). Cette sévérité dans l'application des critères entre circulaires réglementaires et circulaires interprétatives au profit de ces dernières, conduit à écarter le principe de l'examen particulier des circonstances et à reconnaître un véritable pouvoir réglementaire à des autorités qui n'en ont pas été dotées par les textes législatifs ou constitutionnels.

Pourtant le Conseil d'Etat s'est montré autrefois beaucoup plus rigoureux. Bien avant l'établissement de la distinction entre circulaires créant une règle de droit et celles qui interprètent un texte, bien avant que le principe de l'examen particulier des circonstances ait été formulé par la jurisprudence et précisé par la doctrine, la Haute Assemblée avait annulé une instruction qui, sans avoir un caractère réellement réglementaire, aboutissait à priver l'autorité subordonnée de son pouvoir d'appréciation et à l'obliger à opposer des refus systématiques aux demandes qui lui étaient adressées par certaines catégories de citoyens.

Le Ministre de l'Agriculture avait ordonné par lettre au Préfet de la Seine d'appliquer la réglementation soumettant à autorisation préalable, inspection et taxe d'inspection, les fabricants d'eaux gazeuses naturelles, qu'à ceux pratiquant la vente caractérisée du produit en dehors de leur établissement, mais non aux restaurateurs et hôteliers. Déférant aux instructions contenues dans cette lettre, le Préfet de la Seine refusa systématiquement d'appliquer la réglementation en vigueur aux restaurateurs et hôteliers. Sur recours de la Chambre Syndicale des Fabricants d'Eaux Gazeuses de Paris, le Conseil d'Etat annula les dispositions contenues dans la lettre du ministre (148).

Cet arrêt présente un double intérêt. En premier lieu, le Conseil d'Etat admit que les requérants étaient recevables à attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir une lettre-instruction adressée à un subordonné. En second lieu, l'annulation fut motivée par le « refus systématique de l'administration » car le comportement général consistait à renoncer à procéder à l'examen de chaque catégorie de distributeurs d'eaux gazeuses. Ainsi, annonçant la jurisprudence Piron, le Conseil d'Etat annulait l'instruction qui

(144) Conseil d'Etat, 9 mars 1966 *Sieur Meyes*, R. p. 200. Voir cependant en sens contraire, Tribunal administratif de Limoges, 20 décembre 1977, *Union des Sociétés mutualistes de la Haute-Vienne c/ Ministre de la Santé et Conseil central de l'Ordre des pharmaciens*, A.J.D.A. 1978, p. 463, note Y. Gaudemet.

(145) Voir par ex. *Piron*, précité.

(146) Conseil d'Etat, 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, R. p. 64, R.P.D.A. 1954, 50, concl. Tricot, A.J.D.A. 1954, 11 bis, 5, *chro. Gazier et Long*.

(147) Conseil d'Etat, 3 novembre 1961, *Union syndicale des coopératives agricoles d'approvisionnement*, R. p. 1125.

(148) Conseil d'Etat, 24 mars 1922, *Chambre syndicale des fabricants d'eaux gazeuses de Paris*, R.D.P. 1922, 24, concl. Rivet.

réduisait la liberté d'appréciation de l'autorité subordonnée. Mais comme le note M. DELVOLVÉ (149), cet arrêt est resté sans lendemain et le principe de l'examen particulier des circonstances a pu être indirectement supprimé par le recours aux circulaires réglementaires auxquelles le juge ne reconnaissait pas ce caractère.

Mais la suppression du principe résulte aussi d'une jurisprudence qui l'écarte explicitement.

b) La suppression directe du principe

Avec la suppression directe du principe de l'examen des circonstances, on peut se demander si le juge administratif n'est pas acculé à admettre une situation de fait contre laquelle il est impuissant. En effet, des arrêts rendus par les formations les plus élevées du Conseil d'Etat autorisent l'administration à écarter le principe lorsque l'intérêt ou les nécessités du service le justifient. Les garanties accordées aux administrés risquent fort alors d'être restreintes considérablement.

Toutefois, avant de procéder à l'inventaire des mesures qui entraînent la suppression du principe, il convient de noter que celui-ci peut être écarté au profit de l'administré quand son application risquerait d'entraîner la rupture de l'égalité entre les citoyens, établissent par là des discriminations illégales.

La primauté du principe d'égalité sur le principe de l'examen particulier des circonstances.

L'application de la règle de l'examen particulier des circonstances peut déboucher sur une situation illégale en conduisant l'auteur de l'acte à établir des discriminations entre les administrés. En effet, si l'automatisme, en principe condamné par la règle de l'examen particulier des circonstances, interdit de procéder par voie générale, il implique aussi que des administrés soient traités de façon différente. Or, la jurisprudence du Conseil d'Etat sanctionne les discriminations entre administrés placés dans des situations identiques, lorsque ces discriminations ne sont pas justifiées par des considérations tirées de l'intérêt général (150). On constate alors que le principe d'égalité et la règle de l'examen particulier des circonstances peuvent s'opposer : chaque cas doit être individuellement examiné par l'autorité publique, pour permettre à cette dernière de prendre des décisions différentes ; inversement, pour que toutes les situations identiques donnent lieu à une même décision, leur examen doit être effectué selon des critères uniformes que la règle d'examen particulier a précisément pour objet de prohiber. Entre les deux principes, lequel l'emporte sur l'autre, lorsqu'ils viennent à se trouver en opposition ?

Le Conseil d'Etat estime que les deux règles doivent être respectées par l'autorité administrative.

Cette double obligation a été soulignée par la Haute Juridiction avec beaucoup de rigueur. Deux affaires portées devant lui concernaient des faits identiques. Mais dans l'une, les requérants invoquaient comme moyen d'annulation, la violation du principe de l'examen particulier des circonstances. Dans d'autres affaires, ils soulevaient la méconnaissance du principe d'égalité entre les administrés qui résultait d'une appréciation individuelle de chaque situation. Dans les deux cas le Conseil d'Etat annula les décisions qui lui étaient déférées en retenant les moyens présentés par les demandeurs.

La loi du 12 avril 1943 dispose qu'« aux emplacements et lieux où elle n'est pas prohibée par la présente loi, la

publicité par affiche, panneaux-réclames, peintures ou dispositifs quelconques peut être interdite ou réglementée par le préfet sur tout ou partie du territoire de chaque commune ». Ce texte institue donc une police spéciale au profit de l'autorité préfectorale.

Sur son fondement, le préfet de la Corse avait édicté un arrêté interdisant toute publicité sur toute une partie du département. Le Tribunal administratif de Nice, puis le Conseil d'Etat annulèrent cet acte au motif qu'il « n'avait pas fait une appréciation particulière des faits pour chacune des Communes du département » (151).

Sur le fondement du même texte, le préfet de la Seine-Maritime avait établi une liste des emplacements de nature à recevoir des dispositifs publicitaires. Estimant que les discriminations n'étaient pas justifiées par l'intérêt général, le Conseil d'Etat a annulé l'arrêté du préfet (152).

Ces deux espèces illustrent les difficultés pratiques que rencontre l'administration pour respecter les deux principes. Et, en fait, le Conseil d'Etat exige que l'autorité administrative procède à un examen particulier des circonstances propres à chaque affaire pour s'assurer que les administrés sont ou ne sont pas dans une situation identique, ou pour vérifier si l'intérêt général justifie une mesure qui méconnaisse le principe d'égalité (153).

C'est ainsi que dans l'arrêt Secrétaire d'Etat à la Culture contre « Société de Publicité Routière Française », l'arrêté du préfet de la Corse a été jugé illégal parce que cette autorité ne s'était pas assurée que dans toutes les communes où elle avait interdit la publicité, les circonstances étaient identiques.

Ainsi, la règle de l'examen particulier des circonstances ne s'impose à l'administration que pour servir le principe d'égalité entre les citoyens. En d'autres termes, le juge n'admet pas qu'une règle de procédure administrative non contentieuse prime un principe général du droit (154).

Une abondante jurisprudence consacre la primauté du principe de non discrimination et confirme l'obligation pour l'administration d'écarter la règle de l'examen particulier des circonstances quand son application aboutirait à méconnaître le principe d'égalité entre les citoyens (155).

Le Conseil d'Etat a ainsi censuré les décisions administratives qui sont prises après examen de chaque situation, mais qui établissent une discrimination entre administrés. Le juge estime donc que la délibération par laquelle le Conseil municipal examine, cas par cas, la situation de chaque catégorie d'usagers et instaure une redevance frappant exclusivement certaines catégories, doit être annulée au motif qu'elle institue une inégalité de régime (156).

La Haute Assemblée a même imposé le respect du principe d'égalité lorsque le législateur avait expressément prévu l'obligation de procéder à l'examen de chaque affaire. Dans un arrêt Chambre Syndicale des Cinémas de la région parisienne (157), elle a annulé la décision par laquelle le Préfet de la Seine avait approuvé une délibération du Conseil municipal de Paris, qui établissait une distinction entre les différents types de spectacles par le remboursement de l'impôt sur les spectacles. Pourtant la loi qui

(151) Conseil d'Etat, 13 octobre 1976, Secrétaire d'Etat à la Culture c/ Société de publicité routière française, R.D.P. 1977, p. 888.

(152) Conseil d'Etat, 13 octobre 1976, Union des chambres syndicales de l'affichage, R.D.P. 1977, p. 888.

(153) Conseil d'Etat, 19 mars 1969, Legastelois, R. p. 718.

(154) Voir A.-S. MESCHERIAKOFF, La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, A.J.D.A. 1976, p. 596.

(155) Voir P. DEVOLVÉ, Le principe d'égalité, op. cit., p. 55, 10 avril 1930, Sieur Genthon, R. p. 418.

(156) Conseil d'Etat, 18 mai 1928, Laurens, R. p. 645 ;

(157) Conseil d'Etat, Section, 24 novembre 1950, R.R. p. 575.

(149) Cf. P. DELVOLVÉ, Le principe d'égalité devant les charges publiques, L.G.D.J., 1969, p. 57.

(150) Conseil d'Etat, Assemblée, 1^{er} avril 1938, Société « L'Alcool dénaturé de Coubert », R. p. 337 ; Section, 23 mars 1956, Société « Léon Claeys », R. p. 135.

prévoyait ce remboursement disposait expressément, que les Conseils municipaux pouvaient décider une réduction de 25 % du taux d'imposition en faveur des music-halls, spectacles de variétés et spectacles cinématographiques (158). Le législateur avait donc entendu laisser tout pouvoir d'appréciation au Conseil municipal. Mais le juge a estimé que les trois catégories de spectacles devaient être soumises à un régime identique pour l'application de la loi. On constate alors que le principe d'égalité l'emporte dans tous les cas sur le principe d'examen particulier des circonstances.

Cette solution est favorable aux intérêts des administrés. Mais le juge écarte également l'application de la règle dans l'intérêt de l'administration.

La suppression du principe de l'examen particulier des circonstances justifiée par l'intérêt ou les nécessités du service

La règle de l'examen particulier des circonstances est souvent méconnue par les autorités administratives dans le but de faciliter le fonctionnement des services publics. Comme le souligne en effet M. ODENT, c'est une attitude commode pour l'auteur d'un acte investi d'un pouvoir discrétionnaire, de se retrancher derrière une position de principe (159). Si cette attitude est juridiquement incorrecte, il n'en demeure pas moins que le juge admet un certain nombre d'exceptions. La plus difficile à légitimer sur le plan du droit est celle qui consiste à avancer l'argument selon lequel l'intérêt ou les nécessités du service imposent que la règle soit écartée, puisque le juge impose cette règle, dans l'intérêt de l'administré et non dans celui de l'administration (160). Pourtant, dans certaines de ces hypothèses, le Conseil d'Etat a partiellement infirmé la rigueur du principe.

En premier lieu la Haute Assemblée admet qu'une autorité administrative compétente pour dresser une liste après examen individuel de chaque candidature peut déterminer des règles générales et des conditions impersonnelles que chaque postulant devra remplir pour être automatiquement inscrit.

C'est ainsi que le décret du 20 mars 1939 prévoyait qu'un arrêté ministériel arrêterait la liste des établissements, entreprises et exploitations travaillant dans l'intérêt de la défense nationale. L'autorité administrative devait donc procéder à un examen de la situation de chaque entreprise et décider de l'inscrire sur cette liste afin de vérifier si elle travaillait ou non pour la défense nationale. En fait elle ne dressa point de liste, mais édicta un critère de sélection des entreprises. Saisi par l'Union des Syndicats des Ouvriers Métallurgistes, le Conseil d'Etat décida que le texte « ne saurait être interprété comme ayant exigé des ministres compétents, l'établissement dans tous les cas de listes individuelles d'entreprises » (161).

Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt Forestier. Un décret du 17 avril 1943 prévoyait que le ministre de la Santé publique devait établir une liste d'établissements d'hospitalisation soumis à des prescriptions spéciales. Le Conseil d'Etat a jugé correcte l'attitude du ministre qui avait établi « un critérium tiré tant du nombre de lits de chaque établissement que d'autres éléments » (162).

(158) Article 40 de la loi du 15 juin 1949 complétant l'article 474 du Code des contributions indirectes.

(159) Op. cit. p. 1533.

(160) Voir notamment A. MESTRE, note sous Piron, op. cit. et J. MEGRET, op. cit. Ce dernier auteur souligne que le principe a été institué « pour étendre le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, en vue d'augmenter les garanties auxquelles les citoyens peuvent légalement prétendre ».

(161) Conseil d'Etat, Section, 23 mars 1945, Union des syndicats des ouvriers métallurgistes, R. p. 61.

(162) Conseil d'Etat, Section, 25 juin 1948, Forestier, R. p. 288.

On peut se demander pourquoi, dans ces hypothèses, le Conseil d'Etat écarte le principe de l'examen particulier des circonstances. La réponse à cette question nous semble être d'ordre pratique. En laissant l'administration procéder ainsi, la Haute Assemblée s'attaque au résultat. Le fait de ne pas apprécier chaque situation individuelle ne constitue pas dans ce cas une absence de garantie par les administrés. De plus, dans ce type d'activité, l'administration fera un travail plus efficace et plus rapide. Enfin, l'édictation d'un critère général en remplacement d'une liste exhaustive paraît plus conforme aux nécessités actuelles dans la mesure où le grand nombre de personnes visées par les énumérations rendrait la tâche de l'administration parfois impossible et l'exposerait certainement à des oublis.

Aucune raison pratique ne s'oppose donc à ces mécanismes. En outre, sur le plan juridique cette suppression de la règle de l'examen particulier des circonstances n'a aucune conséquence. En revanche, il y a des cas où le Conseil d'Etat a également admis sa suppression qu'il est impossible d'expliquer sans reconnaître un pouvoir réglementaire implicite des ministres.

En second lieu la suppression du principe de l'examen particulier des circonstances découle de la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire implicite des ministres (163). Il y a en effet des arrêts qui paraissent bien admettre qu'une autorité administrative chargée par la loi ou par un texte réglementaire, de prendre des décisions individuelles, est compétente pour fixer à l'avance, par voie de disposition générale et impersonnelle, les conditions dans lesquelles ces décisions individuelles seront prises. Le Conseil d'Etat reconnaît à ces autorités la faculté de faire une application automatique des critères ainsi édictés aux cas particuliers qu'ils auront à traiter. On doit alors admettre que le principe de l'examen particulier des circonstances est purement et simplement supprimé.

Il convient toutefois d'ajouter que les autorités auxquelles un tel pouvoir est reconnu par le juge administratif sont toujours des ministres. Il n'en demeure pas moins que l'autorité ministérielle est bien dégagée du respect de l'obligation, dans certaines espèces, et toujours dans l'intérêt du fonctionnement d'un service public (164).

C'est ainsi que la loi du 15 août 1933 prévoyait que le prix légal des céréales serait fixé dans chaque département par les préfets. Le législateur entendait ainsi laisser à l'appréciation de l'autorité préfectorale le soin de déterminer le cours moyen du blé. Par une circulaire du 4 décembre 1936, le ministre de l'Agriculture prescrivit aux préfets de calculer ce cours d'après les cotisations intervenues entre le 1^{er} et le 28 août 1936 exclusivement. Sur le recours des professionnels de la meunerie, le Conseil d'Etat annula la circulaire, non pas parce qu'elle méconnaissait la règle de l'examen particulier de la situation de chaque département, mais parce que les dates de références rete-

(163) Voir C. WIENER, Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres, op. cit.

(164) Certains auteurs ont vu dans l'arrêt du 6 novembre 1952, Dame Boisson (R. p. 478) la reconnaissance par le Conseil d'Etat d'un pouvoir réglementaire en faveur des ministres. En fait, il semble bien que la Haute Assemblée ait condamné cette théorie. C'est ce qui nous semble ressortir des termes mêmes de l'arrêt. Le ministre du Travail chargé d'attribuer des allocations de chômage complémentaire en avait exclu du bénéfice, « d'une manière absolument générale » certaines catégories d'allocataires. On a pu alors souligner que si l'exclusion n'avait pas été générale et absolue, l'autorité administrative aurait pu ajouter certaines conditions à celles prévues initialement. Pour Monsieur le Président Odent, cette solution implicite a été condamnée par l'arrêt de section du 6 octobre 1961, U.N.A.P.E.L. (R. p. 550). D'ailleurs, dans ces conclusions sur cet arrêt, Monsieur le Commissaire du gouvernement Bernard fait remarquer que l'interprétation de la jurisprudence Dame Boisson n'est en rien évidente.

nues par le ministre excluait les 28, 29 et 30 août (C.E. Section, 6 octobre 1944, *Sieur Topin et Chambre Syndicale de la Meunerie de l'Oise*, R., p. 257).

Le nombre très élevé d'affaires mettant en cause le pouvoir réglementaire des ministres fournit des exemples d'abandon du principe de l'examen particulier des circonstances. Une pression de la pratique administrative tend, en effet, à attribuer aux chefs des administrations centrales, un véritable pouvoir réglementaire, alors qu'ils ne sont compétents que pour édicter les décisions individuelles. Certes, ni la Constitution, ni la jurisprudence ne leur attribuent un tel pouvoir, mais il n'en demeure pas moins que la pratique tend à s'instaurer et le Conseil d'Etat semble progressivement l'admettre. Ainsi, dans l'arrêt « Réunion des assureurs maladie des exploitants agricoles », la Haute-Assemblée a reconnu compétence au ministre de l'Agriculture pour instituer une procédure et une forclusion alors que les textes instituant la compétence du ministre ne visaient que la faculté de consentir des avances nécessaires, c'est-à-dire des décisions individuelles. Les termes utilisés dans les considérants ne sont d'ailleurs pas équivoques : « Le ministre de l'Agriculture peut consentir à la Caisse centrale, avant production des états justificatifs, les avances nécessaires ; ... cette disposition a confié au ministre de l'Agriculture le pouvoir de prendre des mesures de caractère réglementaire propres à assurer la mise en œuvre du régime d'avances institué par les prescriptions législatives et réglementaires susvisées ». En fait, le Conseil d'Etat n'a fait que suivre la voie que lui avait tracée son Commissaire du gouvernement, qui déclarait : « le ministre avait le pouvoir de réglementer les avances que le règlement d'administration publique lui donnait la faculté d'octroyer. Il aurait pu ne pas accorder de tout d'avances, ou les accorder par une série de décisions individuelles ; il pouvait également en subordonner l'octroi au respect des formalités qui lui paraissaient nécessaires dans l'intérêt du service » (165).

Il n'est alors pas possible de prétendre que le ministre s'est borné à organiser une procédure pour assurer l'octroi des subventions. Il peut, en réalité, décider des conditions de cet octroi et rejeter ou accepter toute demande, non pas après examen individuel de chaque dossier, mais par application automatique des dispositions générales et impersonnelles qu'il aura édictées.

En admettant ainsi que les autorités administratives puissent, sous couvert d'organiser une procédure, déterminer les conditions d'octroi d'une subvention ou fixer les principes d'obtention d'une demande, le Conseil d'Etat supprime le principe de l'examen particulier des circonstances. Certes, cette suppression n'est ni générale, ni définitive ; mais venant légaliser une pratique administrative, on peut se demander quelle est la valeur du principe.

En effet, désormais, les autorités administratives ont tendance à utiliser des procédés qui suppriment indirectement le principe. Certes, il convient de ne pas généraliser cette tendance et il faut aussi souligner que l'administration peut, malgré son pouvoir de réglementation, procéder à l'examen individuel de chaque affaire. Toutefois on constate que la pratique administrative évolue dans le sens contraire et que le juge légalise de tels procédés. Le juge a reconnu que le ministre de la Défense nationale pouvait légalement décider par avance, et de façon générale, donc par définition, sans examen de chaque situation, « de plus, accueillir à l'avenir les demandes de récompenses militaires concernant les autres collectivités » (166).

(165) Conseil d'Etat, Section, 6 novembre 1964, *Réunion des assureurs maladie des exploitants agricoles*, R. p. 521, A.J.D.A. p. 719, chro. p. 692.

(166) Conseil d'Etat, 18 février 1959, *Commune de Tourville*, R. p. 123.

Dans une autre espèce, le Conseil d'Etat a implicitement admis que les autorités administratives renoncent à leur pouvoir d'appréciation en adoptant un point de vue systématique. Il suffit, en effet, que les demandes soient examinées individuellement pour que le principe soit respecté. En fait, l'examen particulier des circonstances n'est qu'illusoire dès lors que la Haute Assemblée admet que « l'opposition de principe du représentant du Conseil de l'Ordre des médecins du Gard... n'a pas fait obstacle à ce que la décision... soit prise après examen individuel de chaque demande » (167).

Ces espèces constituent des cas assez exceptionnels dont il est difficile de citer d'autres exemples. Mais elles permettent de constater que le Conseil d'Etat admet que, de façon générale, l'administration puisse écarter l'application de la règle.

**

Bien qu'elle apparaisse tardivement dans la jurisprudence administrative, la règle de l'examen particulier des circonstances, y tient aujourd'hui une place importante. En un peu moins de quarante ans, elle a fait l'objet de décisions nombreuses et significatives qui ont permis d'en préciser le contenu et d'en définir la portée. Le développement de cette jurisprudence a assuré la protection des libertés essentielles et a fait reculer les limites du pouvoir discrétionnaire. En ouvrant de nouvelles possibilités de contrôle sur des actes que le législateur ne soumettait à aucune condition, le juge a rempli la fonction qui lui incombait.

Mais rapidement, la règle s'est trouvée confrontée avec l'apparition d'une nouvelle notion, les directives, et avec une évolution législative et jurisprudentielle qui aboutissait à sa suppression dans des hypothèses que l'on rencontre de plus en plus fréquemment. On en déduira tout naturellement que le principe est menacé de disparition. Toutefois il convient de souligner certains éléments qui plaident en faveur du maintien du principe de l'examen particulier des circonstances.

En premier lieu, la méconnaissance du principe est toujours sanctionnée lorsque le requérant l'invoque à l'appui d'un recours contre une décision qui porte atteinte à une liberté publique. En présence d'un tel risque, le juge réaffirme l'obligation pour l'administration de procéder à une étude individuelle et approfondie de chaque affaire.

En second lieu, on doit noter que la règle est écartée, principalement dans les domaines où les méthodes de travail doivent évoluer et se moderniser rapidement. On peut citer l'exemple des subventions que les collectivités publiques sont amenées à attribuer aux personnes privées. Le grand nombre de décisions qu'elles doivent prendre impose le recours à l'automatisme. En outre, il faut signaler que l'application trop stricte du principe conduirait l'autorité administrative à faire des discriminations que le juge ne pourrait pas toujours sanctionner, tant il est facile pour l'auteur de l'acte de s'abriter derrière l'intérêt général.

Il y a cependant des cas où la suppression de la règle semble injustifiée. C'est alors au juge d'intervenir et de sanctionner les décisions où le principe a été méconnu alors qu'il aurait dû être appliqué. Mais son rôle n'est pas, et il l'a très bien perçu, de défendre une règle devenue parfois inapplicable.

Ces observations conduisent à prévoir que le principe d'examen particulier des circonstances n'est menacé que dans ce qu'il a de trop absolu. En revanche, son assouplissement est la meilleure garantie de son maintien.

Hubert-Claude AMIEL.

(167) Conseil d'Etat, Section, 15 juillet 1964, *Ministre du Travail c/ Sieur Carrière*, R. p. 402.

Bibliographie

I. — THESES

- BLUMANN. — La renonciation en droit administratif français. L.G.D.J., Paris 1974.
- CHAUDET. — Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse. L.G.D.J., Paris 1967.
- DELVOLVÉ. — Le principe d'égalité devant les charges publiques. L.G.D.J., Paris 1970.
- DI QUAL. — La compétence liée. L.G.D.J., Paris 1965.
- GOLDENBERG. — Le Conseil d'Etat juge du fait. Dalloz, Paris 1932.
- ISAAC. — La procédure administrative non contentieuse. L.G.D.J., Paris 1968.
- MESTRE. — Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration. L.G.D.J., Paris 1974.
- RONGERES. — Le procédé de l'acte-type. L.G.D.J., Paris 1968.
- VENEZIA. — Le pouvoir discrétionnaire. L.G.D.J., Paris 1959.
- WIENER. — Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres. L.G.D.J., Paris 1970.

II. — ARTICLES

- BOUFFANDEAU. — Le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la libération du territoire métropolitain. E.D.C.E., 1947, p. 24.
- BOULOUIS. — Sur une catégorie nouvelle d'acte juridique : les directives. Mélanges Eisenmann, p. 191.
- DELMAS-MARSALET. — Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat. E.D.C.E., 1969, p. 133.
- DELVOLVÉ. — La notion de directive. A.J.D.A., p. 459.
- KORNPROBST. — La compétence liée. R.D.P., 1961, p. 935.
- LAUBADERE (de). — Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français. Mélanges Waline, T. II, p. 531.
- MEGRET. — De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision, même discrétionnaire. E.D.C.E., 1953, p. 77.
- SAVY. — Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration. A.J.D.A., 1972, p. 4.
- TIMSIT. — Compétence liée et principe de légalité. D. 1964, chro. p. 217.

III. — CONCLUSIONS DE COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT

- BERTRAND. — Concl. sous Conseil d'Etat, 11 décembre 1970, « Crédit Foncier de France », R. p. 750.
- BRAIBANT. — Concl. sous Conseil d'Etat, 19 juin 1959, Mailloux. A.J.D.A., 1959, p. 262.
- BRAIBANT. — Concl. sous Conseil d'Etat, 13 juillet 1962, Conseil national de l'Ordre des médecins. R.D.P. 1962, p. 769.
- BRAIBANT. — Concl. sous Conseil d'Etat, 4 octobre 1967, Michels. A.J.D.A. 1968, p. 169.
- LETOURNEUR. — Concl., sous Conseil d'Etat. 24 novembre 1951, « Société Nouvelle d'Imprimerie », R.D.P., 1951, p. 1099.
- MAYRAS. — Concl. sous Conseil d'Etat, 7 décembre 1960, Milbergue, R. p. 680.
- QUESTIAUX. — Concl. sous Conseil d'Etat, 23 mai 1969, Société « Distillerie Brabant », R. p. 264, A.J.D.A., 1969, p. 640.
- RIVET. — Concl. sous Conseil d'Etat, 24 mars 1922, Chambre Syndicale des fabricants d'eaux gazeuses de Paris. R.D.P., 1922, p. 247.
- SEGALAT. — Concl. sous Conseil d'Etat, 24 juillet 1942, Piron, Sirey, 1943, III, p. 1.

IV. — NOTES ET CHRONIQUES

- DURUPTY. — Note sous Conseil d'Etat, 23 juin 1973, Société « Géa », D. 1974, p. 141.
- FRANC et BOYON. — Chro. sous Conseil d'Etat, 29 juin 1973, Société « Géa », A.J.D.A. 1973, p. 587.
- FROMONT. — Note sous Conseil d'Etat, 29 mai 1969, Société « Distillerie Brabant », D. 1979, p. 763.
- FROMONT. — Note sous Conseil d'Etat, 20 janvier 1971, « Union départementale des Sociétés mutualistes du Jura ». J.C.P. 1972, II, 17, 232.
- GALABERT et GENTOT. — Chro. sous Conseil d'Etat, 13 juillet 1962, Arnaud, A.J.D.A., 1962, p. 546.
- GALABERT et GENTOT. — Chro. sous Conseil d'Etat, 6 nov. 1964, Réunion des Assureurs maladie des exploitants agricoles. A.J.D.A., 1964, p. 719.
- H.T.C. — Note sous Conseil d'Etat, 11 décembre 1970, « Crédit Foncier de France ». A.J.D.A., 1971, p. 227.

- JULIEN-LAFERRIERE. — Note sous Conseil d'Etat, 21 janvier 1977, Ministre de l'Intérieur contre sieur Dridi. D.S. 1977, p. 527.
- LONG. — Cho. sous Conseil d'Etat, 14 mai 1954, de Pischlof. A.J.D.A., 1954, II bis.
- LOSCHAK. — Note sous Conseil d'Etat, 11 décembre 1970, « Crédit Foncier de France ». D. 1972, p. 672.
- LOSCHAK. — Note sous Conseil d'Etat, 20 janvier 1971, « Union départementale des Sociétés mutualistes du Jura », D. 1971, J, 673.
- MESNARD. — Note sous Conseil d'Etat, 28 janvier 1972, Commune de Marly-le-Roi, sieur Wormser et autres. A.J.D.A. 1972, p. 293.
- MESTRE. — Note sous Conseil d'Etat, 24 juillet 1942, Piron, Sirey 1943, III, p. 1.
- NAUWELAERS et FABIUS. — Chro. sous Conseil d'Etat, 12 février 1976, « Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame à Versailles ». A.J.L.A. 1976, p. 302.
- NAUWELAERS et FABIUS. — Chro. sous Conseil d'Etat, 21 janvier 1977, Ministre de l'Intérieur contre sieur Dridi. A.J.D.A., 1977 ; p. 133.
- PLOUVIN. — Note sous Conseil d'Etat, 11 janvier 1978, Dame veuve Audin. A.J.D.A., 1978, p. 330.
- QUERMONNE. — Note sous Conseil d'Etat, 6 juillet 1956, « Fédération des Syndicats d'exploitants agricoles de Seine-et-Oise ». D. 1958, p. 178.
- VIER. — Note sous Tribunal administratif de Besançon, 7 février 1973, Balland, A.J.D.A., 1973, p. 590.
- VIER. — Note sous Conseil d'Etat, 29 juin 1973, Société « Géa ». A.J.D.A., 1973, p. 589.
- WALINE. — Note sous Conseil d'Etat, 16 novembre 1928, Foucher. D. 1929, III, 33.
- WALINE. — Note sous Conseil d'Etat, 23 novembre 1951, « Société Nouvelle d'Imprimerie ». R.D.P., 1951, p. 1087.
- WALINE. — Note sous Conseil d'Etat, 12 novembre 1954, Dame Calderon. R.D.P. 1955, p. 391.
- WALINE. — Note sous Conseil d'Etat, 11 décembre 1970, « Crédit Foncier de France ». R.D.P. 1972, p. 1224.
- WALINE. — Note sous Conseil d'Etat, 23 juin 1973, Société « Géa », R.D.P. 1974, p. 547.

1974-1978

BILAN D'UNE RÉFORME

A propos de l'élargissement de la saisine
du Conseil Constitutionnel



par THIERRY RENOUX

Diplômé d'Etudes Approfondies de Droit Public

Elaborée voici bientôt quatre ans, la nouvelle saisine du Conseil Constitutionnel par soixante députés ou soixante sénateurs, a pris place dans la vie parlementaire d'une façon aussi discrète qu'efficace.

Bien que sur son berceau les vœux les meilleurs n'aient pas été formulés, pour citer M. RIVERO, on pourrait écrire :

« Ses premiers pas connurent les réticences et les réserves des moins malveillants, les critiques, voire les sarcasmes des autres » (1), « l'enfant » né de la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 (2) a grandi et est devenu vigoureux puisqu'il ne s'est pas déroulé depuis lors une seule session parlementaire sans que son nom ne soit invoqué (3), essentiellement par une opposition qui avait boudé le projet de réforme (4) et dont tout laissait penser qu'elle se refuserait à l'appliquer.

Comment, dès lors, expliquer l'accueil favorable réservé à une telle réforme ?

(1) Jean RIVERO in Préface à l'ouvrage de Claude FRANCK « Les fonctions juridictionnelles du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel ». L.G.D.J. 1974, p. 6.

(2) Loi constitutionnelle n° 74-504 du 29 octobre 1974 (« J.O. » du 30 octobre 1974).

(3) Le Conseil Constitutionnel a en effet été saisi à chaque session en application de la nouvelle procédure.

(4) L'analyse du scrutin est la suivante (Congrès de Versailles) :

— Nombre de votants	764
— Suffrages exprimés	701
— Pour	488
— Contre	273
— Abstentions	3
— Non votants	4

457)
Majorité des 3/5^e

Plusieurs éléments de réponse semblent pouvoir être apportés à cette question.

Tout d'abord, l'*institution* elle-même a évolué : il y a peu de ressemblances entre le Conseil Constitutionnel de 1959 et celui de 1978. Pierre après pierre, il a bâti une jurisprudence et conféré à ses décisions un caractère juridictionnel que la révision de 1974, ainsi que nous le verrons, n'a fait que renforcer. Intervenue avant la décision du 16 juillet 1971, véritable arrêt « Marbury v. Madison » du Conseil (5), l'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel n'aurait peut-être pas connu un tel succès (*Première Partie*).

Députés :

- U.D.R. (174). Pour : 170 (1 abstent., 3 non votants)
- R.I. (65). Pour : 65
- R.C.D.S. (53). Pour : 53
- P.S.R.G. (105). Contre : 105
- Communistes (74). Contre : 74
- Non inscrits (19). Pour : 12. Contre : 5 (1 abstention et 1 non votant)

Sénateurs :

- U.D.R. (30) Pour : 30
- R.I. (57). Pour : 57
- R.I.A.S. (15). Pour : 15
- U.C.D.P. (54). Pour : 52 (1 excusé, 1 empêché)
- Non inscrits (19). Pour : 16. Contre : 3
- G.D. (35). Pour : 18. Contre : 16 (1 abstention)
- Communistes (20). Contre : 20
- Socialistes (50). Contre : 50

(5) Cour Suprême américaine, 1803, I. Cranch, p. 137 (Arrêt par lequel la Cour Suprême s'est reconnue une mission de contrôle de constitutionnalité). Cf. J. RIVERO, A.J.D.A., 1971, II, p. 537.

Ensuite, l'attitude des parlementaires a changé : même les plus farouches partisans du parlementarisme se sont accoutumés à l'idée d'un juge constitutionnel, dont ils ne contestent plus ni la légitimité ni la suprématie. Le Conseil Constitutionnel d'aujourd'hui est devenu un pouvoir public comme un autre, et qu'une loi, expression de la souveraineté populaire, puisse être soumise à son veto n'étonne plus personne : « Dans un pays habitué aux conflits, la machine a fonctionné dans l'huile » (6).

Cette confiance, le Conseil Constitutionnel l'a, certes, gagnée par son indépendance, mais le triomphe de la réforme de 1974 doit également, pour une grande part, être attribué à la fois à une modification de l'environnement politique et à la procédure de saisine choisie.

Ce que l'on a dénommé « décrispation » des relations entre la majorité et l'opposition a rendu possible une entreprise peu concevable quelques années plus tôt, à un moment où l'opposition refusait tout dialogue (7).

A une époque où leaders politiques et syndicaux sont reçus par le Président de la République, l'article 61, alinéa 2, de la Constitution apparaît comme le véritable symbole d'une normalisation des rapports majorité-opposition (Deuxième Partie).

I. — L'OUVERTURE DU DROIT DE SAISINE A EXERCE UNE INFLUENCE SUR L'INSTITUTION ELLE-MEME

Bien avant que les spécialistes de la place Vendôme ne se soient penchés sur le projet de réforme de l'article 61 de la Constitution, l'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel avait fait l'objet d'une réflexion approfondie (8).

Ce n'est trahir aucun secret que de soutenir que celle-ci fut prolongée et accentuée par le Gouvernement qui, en collaboration avec un Conseil Constitutionnel désormais placé sous l'égide d'un nouveau Président, entreprit diverses études concernant notamment les limites à assigner à l'aménagement de la saisine et ses répercussions probables sur l'institution.

Pourtant, bien que le texte qui a été déposé sur le bureau de l'Assemblée Nationale le 27 septembre 1974 ait été longuement mûri, il n'est pas interdit de penser que si les conséquences envisagées étaient nombreuses, toutes celles qui se sont produites n'étaient peut-être pas attendues.

(6) Allocution du Président de la République, Valéry GISCARD D'ESTAING, devant le Conseil Constitutionnel, le 8 novembre 1977.

(7) « Ainsi votre décision serait non seulement conforme à la lettre de la Constitution, mais également à l'esprit qui a présidé à l'élaboration et au vote de la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974, qui avait notamment pour objet d'offrir aux membres du Parlement, qu'ils appartiennent à la majorité ou à l'opposition, la possibilité de défendre ses droits auprès du Conseil Constitutionnel ». (Saisine du groupe socialiste de l'Assemblée Nationale à propos de la loi instituant la taxe professionnelle. Décision n° 75-57 DC. du 23 juillet 1975. Rec. p. 24)

(8) L'idée d'un aménagement de la saisine du Conseil Constitutionnel dans le sens de son élargissement ne date pas de 1974. Dès 1958, on avait pensé accorder le droit de saisine à une minorité (un tiers de l'une ou l'autre assemblée). Tel était le sens des amendements de MM. TRIBOULET et VALENTIN devant le Comité Consultatif constitutionnel (Débats du C.C.C., p. 217) et des propositions de lois qui furent déposées par la suite par plusieurs parlementaires : propositions MARCILHACY (1^{er} juin 1966. Doc. Sénat n° 158) ; ICART d'ORNANO (20 juin 1973. Doc. A.N. n° 503) ; ICART (12 juin 1972. Doc. A.N. n° 2415) ; PAQUET-ICART (4 octobre 1972. Doc. A.N. n° 2557) et DEFFERRE-BALLANGER-FABRE (20 décembre 1972. Doc. A.N. n° 2836).

A. — Conséquences prévisibles

La révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 ne s'est pas bornée à ajouter formellement aux quatre autorités habilitées à saisir le Conseil Constitutionnel par l'article 61 de la Constitution, une cinquième constituée par soixante députés ou soixante sénateurs. Elle a provoqué, corrélativement, une dynamique, aussi bien interne qu'externe, de l'institution.

a) Une dynamique interne :

La conséquence la plus immédiate et la plus tangible de la novation de 1974 a été, en tout premier lieu, un accroissement considérable de la masse de travail soumise au Conseil : du 23 avril 1959, date de sa première audience, au 29 octobre 1974, le Conseil n'a été saisi que neuf fois de l'examen de la conformité à la Constitution d'un texte en application de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution. En revanche, dans la seule période comprise entre cette dernière date et le 31 juillet 1978, trente recours, résultant de l'application du même article (9), ont été enregistrés au secrétariat général du Conseil Constitutionnel.

Certes, statistiquement, le contentieux électoral constitue encore aujourd'hui la plus grande part de l'activité du Conseil Constitutionnel (10), mais le contrôle de constitutionnalité est de plus en plus fréquemment inscrit à son ordre du jour : la vérification de la conformité des lois ordinaires à la Constitution occupe déjà le troisième rang du nombre des décisions (11) qu'elle partage avec le contrôle des lois organiques (12). Cette progression particulièrement rapide trouve, semble-t-il, son origine dans l'ouverture du droit de saisine aux groupes parlementaires puisque ceux-ci ont recours à la nouvelle procédure dans vingt-quatre hypothèses. Cet état de fait a naturellement entraîné une croissance vertigineuse de la jurisprudence du Conseil dont le nombre des décisions rendues s'est accru avec la même célérité : si, dans un souci de clarté, on dresse notre constat à la date du 30 octobre 1977 (13), on s'aperçoit que sur les vingt-cinq décisions rendues par la Haute Instance à cette époque, neuf l'ont été au cours d'une période s'étendant d'avril 1959 à octobre 1974 et seize, dont quinze sur saisine de parlementaires, sur une période incluse entre octobre 1974 et octobre 1977. En d'autres termes, un tiers des décisions relatives au contrôle de conformité à la Constitution des lois ordinaires s'échelonne sur quinze ans, les deux autres tiers se concentrent sur trois ans.

On soulignera donc l'incidence très marquée de l'attribution du droit de saisine à une minorité de parlementaires sur le rythme de travail du Conseil Constitutionnel puisque celui-ci est passé d'une moyenne inférieure à deux décisions tous les trois ans à une moyenne supérieure à cinq

(9) Plusieurs recours, émanant chacun de soixante députés ou soixante sénateurs, peuvent être déposés à l'encontre d'un même texte de loi. Il en va de même pour la saisine des quatre autorités traditionnelles.

(10) Articles 58, 59 et 60 de la Constitution, 535 décisions rendues au 31 décembre 1977 (593 au 31 juillet 1978).

(11) Article 61, alinéa 2 de la Constitution, 28 décisions rendues au 31 décembre 1977 (34 au 31 juillet 1978).

(12) Article 61, alinéa 1 de la Constitution, 34 décisions rendues au 31 décembre 1977 (chiffre inchangé au 31 juillet 1978).

(13) Donc trois années après la réforme. Etablie au 30 octobre de chaque année, la comptabilisation du nombre des décisions rendues nous paraît en effet plus significative, puisque l'on considère généralement que l'élargissement du droit de saisine est devenu effectif le 30 octobre 1974, date de promulgation de la loi de révision (loi constitutionnelle n° 74-904, « J.O. » du 30 octobre 1974, p. 11035). Au cours de la période 30 octobre 1974-31 juillet 1978, soit huit sessions, 25 décisions ont été rendues, dont 24 sur saisine parlementaire.

décisions par an⁽¹⁴⁾. Rien n'indique d'ailleurs que cette cadence ne va pas s'accroître au fil des ans, si l'on en croit le bilan de l'année 1977⁽¹⁵⁾.

Cette évolution, relativement brusque, du rôle pris par le Conseil Constitutionnel dans l'activité normative des pouvoirs publics, change profondément la physionomie de l'institution. Celle-ci est désormais consacrée et admise comme un organe vérificateur de la constitutionnalité des lois, à part entière, alors qu'avant l'automne 1974 cette mission n'était en définitive que très secondaire. Dès lors, on peut affirmer sans pour autant travestir la réalité, que l'Assemblée de la rue Montpensier n'a rien à envier à ses homologues étrangères : à notre connaissance, la Cour Suprême allemande, à laquelle on a souvent comparé notre Conseil, n'a pas atteint le cap des dix recours parlementaires, la majorité des requêtes étant déclarées irrecevables. Bien plus que l'immobilisme, c'est donc l'encombrement, par un flux immodéré de saisines diligentes selon la nouvelle procédure, qui guette le Conseil Constitutionnel. Pour éviter cet écueil et donner à l'institution les moyens de répondre à sa nouvelle mission, diverses mesures d'ordre matériel ont été prises par l'actuel Président du Conseil Constitutionnel, M. Roger FREY : amélioration des conditions de travail, aménagement de nouveaux locaux, recrutement de personnel, accroissement de la documentation juridique mise à la disposition du Conseil, constitution d'un fichier jurisprudentiel informatisé.

Avec l'augmentation du nombre des affaires, la moyenne du délai mis à statuer tend également à diminuer. Bien que la Haute Juridiction emploie encore le plus fréquemment la quasi-totalité du délai (un mois) qui lui est imposé par la Constitution, les décisions rendues dans les huit jours⁽¹⁶⁾, parfois même moins, ne sont plus exceptionnelles. C'est en particulier le cas des lois de finances initiales qui, depuis l'ouverture du droit de recours, sont systématiquement déferées à la censure du Conseil et pour lesquelles une procédure spéciale pourrait être la bienvenue. Mais le Conseil Constitutionnel a démontré qu'il pourrait statuer plus rapidement encore : un récent recours du groupe communiste de l'Assemblée Nationale, relatif à l'augmentation de la quote-part de la France au Fonds monétaire international, a confirmé que cette juridiction pourrait répondre à une question qui lui était posée aussi rapidement que sa voisine du Palais Royal⁽¹⁷⁾.

(14) On peut se référer, à titre de comparaison, à la procédure de répartition des compétences, prévue par l'article 37, alinéa 2 de la Constitution, qui a fourni au Conseil Constitutionnel l'occasion d'une activité aussi abondante que constante, le nombre élevé de décisions (103) s'expliquant pour partie par les codifications en cours. Depuis 1974, dans l'exercice de cette compétence, le Conseil a, semble-t-il, légèrement accéléré son allure de croisière en passant d'une moyenne de cinq décisions par an, à une moyenne de six décisions par an.

(15) Rythme de travail (article 61, alinéa 2 de la Constitution) :

- 1974 (à partir du 30 octobre) : 1 décision
- 1975 : 5 décisions
- 1978 (premier semestre) : 6 décisions
- 1976 : 5 décisions
- 1977 : 8 décisions

(16) L'urgence, contraignant le Conseil à statuer dans un délai de huit jours, peut être demandée par le Gouvernement en application de l'alinéa 3 de l'article 61 (article 19 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 sur le Conseil).

(17) Le Conseil Constitutionnel, saisi le 27 avril 1978 à 10 heures, rendait sa décision le 29 avril à 13 heures ; la publication au « J.O. » intervint le 30 avril (décision n° 78-93 D.C.).

Le Conseil d'Etat, dans une affaire « BROCAS » a statué dans les dix jours de la saisine (C.E. 19 octobre 1962, R.D.P. 1962, p. 1186, Concl. Bernard). On notera qu'une décision du Conseil Constitutionnel a pu, dans d'autres domaines, intervenir tout aussi rapidement : deux jours ont ainsi suffi pour examiner une fin de non-recevoir opposée en vertu de l'article 41 (décision n° 61-2 FNR du 30 juin 1961, Rec. p. 47).

Démontrer que sagesse et discrétion n'excluaient pas efficacité et rapidité d'intervention a ainsi très probablement contribué à améliorer, sur le plan externe, l'image de l'institution.

b) Une dynamique externe :

Un des objectifs, peut-être inavoué, de la réforme de 1974 était d'éclairer le public sur la raison d'être d'une institution qui, bien que participant presque quotidiennement à la défense des libertés, est demeurée longtemps méconnue de l'ensemble de la population. On ne peut que constater qu'en ce domaine également la révision constitutionnelle a atteint son but.

En effet, en plaçant ainsi que nous l'évoquons précédemment, au premier plan des attributions du Conseil, son rôle de vérification de la constitutionnalité des lois, la réforme de 1974 a fondamentalement modifié « l'image de marque » de la Haute Juridiction. Le Président de la République, dans une allocution prononcée devant le Conseil Constitutionnel le 8 novembre 1977 rappelait en ce sens que la novation introduite en 1958 avec la création du Conseil avait d'abord été dissimulée « par la nature plus technique que politique des affaires qui vous ont été soumises et par la limitation aux quatre plus hautes autorités de l'Etat de la possibilité de vous saisir ».

Il est vrai que cette institution, encore adolescente, est désormais mieux connue du grand public ; elle s'est débarrassée du handicap qui la pénalisait face aux juridictions suprêmes des deux ordres, couronnées par l'âge et la renommée.

L'innovation d'octobre 1974, parallèlement à la meilleure information du rôle du juge constitutionnel qu'elle a assurée, a dévoilé au grand jour l'indépendance des neuf conseillers à l'égard de leurs autorités de nomination. L'idée d'un Conseil Constitutionnel siégeant au Palais-Bourbon, dont il ne serait qu'un démembré, est de moins en moins accréditée aux yeux du public, si l'on en croit le courrier qui lui est adressé.

Enfin, l'aménagement du droit de saisine, par la « politisation » du contentieux qu'il suppose, a balayé les dernières hésitations de la presse, écrite ou parlée, à consacrer de longs développements aux décisions de la Haute Instance. Il est à cet égard significatif qu'un service de presse, dont on commence à ressentir aujourd'hui les bienfaits, a dû lui être adjoint. En outre, si le grand public, par l'intermédiaire des *mass-média*, découvre maintenant le Conseil Constitutionnel c'est parce que la saisine parlementaire tend de plus en plus à le faire apparaître comme un organe nouveau ayant pour mission la protection des libertés publiques. La pratique parlementaire semble ainsi répondre aux souhaits du législateur de 1974 dont un des soucis était non seulement de permettre la remise en cause du vote majoritaire, mais encore de faire admettre, jusque sur les bancs de l'opposition, l'indépendance, l'impartialité du Conseil Constitutionnel, ce qui était déjà, dans une certaine mesure, affirmer son caractère juridictionnel.

B. — Des conséquences peut-être inattendues

Une des conséquences peut-être les moins prévisibles et les moins recherchées de l'élargissement du droit de saisine est l'accentuation du caractère juridictionnel de l'institution.

Alors même que le projet de réforme semblait, au contraire, tenter d'estomper ce caractère en prévoyant

notamment la faculté d'« autosaisine » (18), c'est à un renforcement de la juridictionnalisation aussi bien que de la procédure que des décisions elles-mêmes que l'on assiste en droit positif.

a) *Le renforcement du caractère juridictionnel de la procédure :*

La procédure actuelle, que l'on peut qualifier d'« informatrice », le Conseil recevant à titre d'information tout élément tendant à établir la non-conformité d'une loi à la Constitution, permet d'exposer d'une façon plus complète le problème de la constitutionnalité de la loi. Les moyens, notamment, ne sont plus uniquement disséminés au gré des débats parlementaires, comme c'était le cas avant la réforme de 1974 (19), mais clairement articulés dans la lettre de saisine.

En outre, par la plus fréquente répétition des saisines, la nécessité d'authentifier leurs auteurs et de préciser les moyens d'inconstitutionnalité, l'attribution du droit de saisine à un groupe de parlementaires a engendré un *formalisme des requêtes*, rédigées selon le mode de présentation communément admis devant les juridictions. La motivation des lettres de saisine s'est elle-même répercutée sur la *forme des décisions* rendues par le Conseil Constitutionnel. En effet, les parlementaires, contrairement à la pratique suivie par les quatre plus hautes autorités de l'État, assurant le plus souvent une large diffusion des arguments développés dans leur lettre de saisine, l'impact politique a grandi. Au surplus, du fait même de son origine parlementaire, la saisine du Conseil Constitutionnel engage un débat qui dépasse amplement le cadre de la simple procédure législative et peut trouver dans la décision de la Haute Juridiction une « caisse de résonance ». Comment, dans ces conditions, le Conseil ne serait-il pas conduit à répondre par une décision claire à la question qui lui est posée ? Du fait de son nouveau mode de saisine, il semble que la Haute Instance apporte aujourd'hui un soin plus attentif à la *motivation* de ses décisions, tant quantitativement que qualitativement. Il suffit pour s'en convaincre de comparer les décisions rendues en 1968 et 1970 avec celles de 1977. Pourtant, dans tous ces cas, on retrouve des décisions d'invalidation.

Il est vrai qu'à la différence des décisions rendues en matière de répartition des compétences (article 37, alinéa 2 de la Constitution), ces décisions ne s'adressent pas à un public, surtout depuis la révision de 1974, essentiellement composé de juristes.

Enfin, l'examen de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel révèle que, s'il se fait un devoir de répondre à tous les *moyens* d'annulation figurant dans une requête, le juge constitutionnel n'est pas limité par ceux-ci. Il peut aussi bien fonder sa décision sur d'autres moyens qu'il soulève d'office. Il est à souligner à ce sujet une évolution dans la pratique suivie depuis 1974. Dans les premières décisions statuant sur des recours effectués selon le nouveau mode de saisine, le Conseil paraît ne répondre qu'aux seuls moyens

opérants ou juridiquement fondés (20). Or, dans la quasi-totalité des décisions rendues en 1977, la Haute Instance répond à tous les arguments invoqués par les requérants, même, semble-t-il, les moins justifiés. On remarquera cependant que cette règle n'est appliquée qu'aux seuls moyens invoqués dans la lettre de saisine (21) et qu'elle ne constitue, ainsi que nous le verrons (22), que le pendant de l'obligation générale de motivation des requêtes imposée aux autorités de saisine.

Elle contribue pourtant à accentuer le caractère juridictionnel des décisions prononcées par le Conseil Constitutionnel.

b) *L'accentuation du caractère juridictionnel des décisions :*

La perspective d'un aménagement de la saisine du Conseil Constitutionnel avait ranimé au sein du Parlement une querelle que l'on croyait éteinte depuis 1962 — celle de l'indépendance de la Haute Instance (23) — mais à la suite de près de quatre années d'application de la réforme constitutionnelle tout paraît indiquer qu'il s'agit-là d'un véritable « chant du cygne ».

Certes, de là à dire que les couloirs du Palais Bourbon ne résonnent plus des critiques des députés déboutés dans leurs recours et taxant de « décision politique » la sentence rendue par la Haute Juridiction, il y a peut-être un trop grand pas que nous ne saurions franchir. Pourtant, ce qui est nouveau et que l'on doit remarquer, c'est qu'avec l'élargissement du droit de saisine un consensus s'est créé, tant dans les rangs de la majorité que dans ceux de l'opposition, pour admettre l'existence d'une juridiction constitutionnelle fondant en droit ses décisions.

L'ouverture du droit de saisine a tout d'abord exercé une influence sur le *contenu des décisions* du Conseil. La notion de « bloc de constitutionnalité » a été renforcée et étoffée. La référence aux Préambules et principes fondamentaux, originale avant 1974, est devenue aujourd'hui pratique courante. Parallèlement à l'augmentation du nombre des saisines, s'est réalisé un essor considérable des renvois à la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et au Préambule de 1946 : avant la réforme, deux décisions

(20) Ainsi, dans sa décision du 30 décembre 1975 (décision n° 75-60 DC Rec. p. 28) le Conseil ne fait-il aucune allusion, dans la motivation, à l'article 53 de la Constitution, alors que ce texte était expressément visé dans l'exposé des motifs de la requête.

(21) Décision n° 77-89 DC du 30 décembre 1977. (Rec. p. 46) déclarant irrecevables les lettres de MM. Arsène BOULAY, Pierre BAS, Jean COLIN et Pierre CECCALDI-PAVARD. Le Conseil peut, en revanche, mettre en œuvre son pouvoir d'invocation d'office : « Considérant qu'en l'espèce, il n'y a lieu pour le Conseil Constitutionnel de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen ».

Cette motivation, apparue avec la décision « emploi des jeunes » (décision n° 77-79 DC du 5 juillet 1977, Rec. p. 35) met fin aux controverses dont était l'objet la formule précédente, employée dans la première décision rendue en application de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution (décision n° 60-8 DC du 11 août 1960, Rec. p. 25) et dans laquelle M. WALINE avait cru distinguer les stigmates de la juridiction, le Conseil indiquant par ces mots qu'il ne pouvait statuer « ultra petita » (M. WALINE, R.D.P. 1960, notes de jurisprudence, p. 1029).

(22) Cf. infra p. 34.

(23) Cf. Interventions à l'Assemblée Nationale de MM. KRIEG (« J.O. » débats A.N. du 8 octobre 1974, p. 4859) et LUCLOS (« J.O. » débats S. du 16 octobre 1974, p. 1320) et TAILHADES (« J.O. » débats S. du 16 octobre 1974, p. 1322) au Sénat.

(18) Une juridiction ne peut se saisir automatiquement, même en cas de compétence liée ». Cf. Vizios « Principes de procédure », pp. 53 et suivantes. Bordeaux, 1956. Durant les débats de révision, le Garde des Sceaux, favorable à l'« autosaisine », admit lui-même qu'une telle faculté impliquait un caractère non-juridictionnel (« J.O. » Débats A.N. Séance du 10 octobre 1974, p. 4955).

(19) Ce n'est que rarement que les autorités de saisine traditionnelles joignent un mémoire à l'appui de leur requête. On notera que la première saisine effectuée par le Président de l'Assemblée Nationale comportait des observations annexées (Saisine du 20 décembre 1976. Loi de finances rectificative pour 1976. Décision n° 76-74 DC du 28 décembre 1976. Rec. p. 45).

seulement font référence à ces normes constitutionnelles⁽²⁴⁾, ce chiffre est à multiplier par six depuis cette date⁽²⁵⁾.

On notera à ce sujet qu'il s'agit dans tous les cas de saisines effectuées selon la nouvelle procédure. Ceci n'a rien d'étonnant dans la mesure où le juge constitutionnel décide de répondre à tous les arguments invoqués par les requérants. Or, les députés et les sénateurs, acteurs directs du jeu politique, inclinent par nature à invoquer ces textes fondamentaux, cela d'autant plus que dans la majorité des hypothèses, les affaires ainsi soumises à la Haute Juridiction présentent à juger des questions d'éthique de société. Or, observe toutefois que le contenu très général, propice à l'interprétation de ces chartes fondamentales, se retourne parfois contre ceux qui l'invoquent : sur les douze saisines où ces textes sont cités en référence⁽²⁶⁾ seulement deux ont conduit sur cette base à l'annulation⁽²⁷⁾ alors que dans le même temps cinq lois étaient censurées pour des motifs de procédure, c'est-à-dire pour violation des règles techniques de forme ou de compétence⁽²⁸⁾.

C'est, en second lieu, le sens général des décisions qui s'est trouvé affecté par l'élargissement du droit de saisine puisqu'on enregistre à la fois les premières décisions d'irrecevabilité et une chute apparente du nombre d'invalidations.

• Apparition des premières décisions d'irrecevabilité

Il est significatif de remarquer que depuis la réforme de 1974, c'est avec une sévérité croissante que le juge constitutionnel veille au respect des règles de la procédure de saisine. Il n'hésite pas, aujourd'hui, à déclarer irrecevable un recours uniquement entaché de vice de forme, en dépit du caractère objectif du contentieux et de la gravité des intérêts en cause. On sait que depuis le 23 avril 1959, date de la première séance du Conseil Constitutionnel, celui-ci a eu à trois reprises l'occasion de rejeter, sans les examiner au fond, les chefs de la demande qui lui étaient présentés. Cependant, dans deux hypothèses, il s'agissait de décisions d'incompétence⁽²⁹⁾, et dans la troisième d'un non-lieu à statuer⁽³⁰⁾.

(24) Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec. p. 29 ; décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, Rec. p. 25.

(25) Décisions n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Rec. p. 19 ; n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, Rec. p. 22 ; 75-59 DC du 30 décembre 1975, Rec. p. 26 ; 76-67 DC du 15 juillet 1976, Rec. p. 35 ; 76-70 DC du 2 décembre 1976, Rec. p. 39 ; 76-75 DC du 12 janvier 1977, Rec. p. 33 ; 77-79 DC du 5 juillet 1977, Rec. p. 35 ; 77-83 DC du 20 juillet 1977, Rec. p. 39 ; 77-87 DC du 23 novembre 1977, Rec. p. 42 ; 77-92 DC du 18 janvier 1978, « J.O. » du 19 janvier 1978, p. 422 ; n° 78-96 DC et 78-97 DC du 27 juillet 1978, p. 2948.

(26) A l'exclusion des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

(27) Décision du 23 juillet 1975 (« juge unique »), Rec. p. 22. Décision du 12 janvier 1977 (« visite des véhicules »), Rec. p. 33.

(28) Loi de finances pour 1977 (Décision n° 76-73 DC du 28 décembre 1976, Rec. p. 41) ; loi de finances rectificative pour 1976 (décision n° 76-74 DC du 28 décembre 1976, Rec. p. 45) ; lois relatives à l'enseignement et à la formation professionnelle agricoles (décision n° 77-91 DC du 18 janvier 1978, « J.O. » p. 422. Non respect de la procédure de l'article 40 ; décision n° 78-95 DC du 27 juillet 1978, « J.O. » p. 2948. Démembrement du pouvoir réglementaire de l'article 21).

(29) Décision du 14 septembre 1961, Rec. p. 55 « Demande d'avis ». Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Rec. p. 27 « Loi référendaire du 6 novembre 1962 ».

(30) Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, Rec. p. 31. Il s'agissait de l'autorité de chose jugée d'une décision du 8 septembre 1961 (rec. p. 48) sur une demande de déclassement présentée en application de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution, par le Premier Ministre.

(31) Décision n° 76-69 DC, Rec. p. 37.

(32) Décision n° 77-89 DC du 30 décembre 1977, Rec. p. 46.

C'est pour un motif différent, puisque tiré d'un vice de forme, qu'une décision de 8 novembre 1976⁽³¹⁾ déclare irrecevable une lettre de saisine portant mention d'une date qui, précédant la liste des signatures, était antérieure à celle de l'adoption de la loi contestée par le Parlement. Or, cette lettre de saisine indiquait à deux autres endroits, notamment dans son en-tête, une date postérieure à celle de l'adoption de la loi par les Chambres et avait été adressée en temps opportun au secrétariat général du Conseil Constitutionnel. On doit donc en déduire que la collecte des signatures ne peut être valablement effectuée qu'après l'adoption de la loi, ce qui revient à apporter une difficulté supplémentaire à l'exercice du droit de saisine et à apprécier la régularité formelle du recours, non seulement au moment de son dépôt, mais encore à celui de son élaboration. Cette interprétation originale de la loi organique fixant la procédure à suivre en ce domaine résulte, semble-t-il, moins de l'idée de rejeter le recours, puisque les Hauts Conseillers devaient bien se douter qu'ils allaient être à nouveau saisis de l'affaire, que de celle d'imposer une certaine discipline dans l'exercice du droit de recours nouvellement attribué aux parlementaires par l'article 61 de la Constitution.

Cette attitude, qui présente le grand avantage de démontrer que le juge constitutionnel français, sans « chambre des Requêtes », dispose des moyens de freiner le trop grand empressement des parlementaires à le saisir, a été poursuivie, avec une rigueur constante, en d'autres occasions.

Ainsi, à propos de la loi de finance pour 1978, où dans un « considérant » de principe le Conseil Constitutionnel rejette les « lettres de saisine » de quatre parlementaires dont un cosignataire d'un recours présenté à l'encontre de cette même loi par soixante de ses collègues⁽³²⁾. Enfin, s'agissant de l'irrecevabilité financière posée par l'article 40 de la Constitution, le Conseil a indiqué que la procédure de l'article 61 ne pourrait jouer en « appel » des décisions rendues par les instances parlementaires compétentes⁽³³⁾ et débouté les requérants de leur demande sans examiner l'affaire au fond.

• Une diminution du nombre des déclarations de non conformité ?

Une simple constatation justifie la question : bien que le Conseil Constitutionnel, saisi en application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, ait rendu au cours des trois années qui viennent de s'écouler⁽³⁴⁾ deux fois plus de décisions qu'il n'avait eu la possibilité de le faire durant les quinze années précédentes, on ne relève que cinq décisions de non-conformité. On en dénombreait sept dans la période antérieure. En d'autres termes, la proportion est renversée : avant octobre 1974, environ un quart des requêtes se soldaient par un échec, depuis 1974 un quart des requêtes rencontrent le succès.

(33) Décision n° 77-82 DC du 20 juillet 1977, Rec. p. 37

(34) 30 octobre 1974. 30 octobre 1977.

(35) D'avril 1959 à octobre 1974, le Conseil Constitutionnel a été saisi neuf fois en application de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution.

(36) Décisions n° 74-53 DC du 30 décembre 1974, Rec. p. 23 ; n° 74-56 DC du 23 juillet 1975, Rec. p. 22 ; 76-73 DC du 28 décembre 1976, Rec. p. 41.

(37) Saisine par le Président du Sénat de la loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct (décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Rec. p. 27. Incompétence du Conseil), saisine par le Premier Ministre de la loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux (décision n° 68-35 DC du 30 janvier 1968, Rec. p. 19. Conformité sous réserve).

Pourtant, si l'on prend en considération les dix premières saisines (35) mettant en œuvre la procédure nouvelle, on s'aperçoit que dans trois cas elles ont abouti à une déclaration de non-conformité (36).

Des effets aussi prompts auront vaincu les dernières réticences des parlementaires, attestant par là même de l'efficacité de la réforme. La nouvelle procédure de saisine n'a pas, toutefois, produit les conséquences que certains présageaient. Avant la révision de 1974, le Conseil Constitutionnel avait été saisi à six reprises par le Premier ministre et trois fois par le Président du Sénat. Chacun d'eux n'avait échoué qu'une fois (37) et la saisine du Président du Sénat était manifestement irrecevable. Forts de leur nouveau droit, les parlementaires ont soumis à ce jour vingt-trois textes à l'examen du Conseil en vue d'une déclaration de non-conformité à la Constitution (38) et ont, pour leur part, été déboutés de leur demande dans dix-sept cas. Si l'on affine l'analyse, on constate que trois textes de la loi ont été déclarés « non contraires à la Constitution », ce qui marque un ecertaine réticence de la part du juge, trois « conformes sous réserve », un « non contraire sous réserve ». Enfin, un texte n'a pas été examiné au fond (39). On ne peut donc pas affirmer que cette réforme, qui a été tant critiquée au premier chef par les juristes, ait libéré le flot d'invalidation auquel, en toute logique, on pouvait s'attendre et que le Professeur LOIC PHILIP avait fort justement dénoncé :

« Il est significatif... que chaque fois qu'il a été saisi, à une seule exception près, le Conseil Constitutionnel a été amené à constater que la loi n'était pas conforme à la Constitution. Il en résulte que si la saisine se développe on peut prévoir que la plupart des lois ressortiront amputées de leur passage devant le Conseil Constitutionnel » (40).

Face à cette situation, on peut légitimement se demander si l'extension du droit de saisine n'a pas entraîné corrélativement un assouplissement du rapport de conformité à la Constitution. Les décisions rendues à la suite de l'examen des lois de finances révèlent un certain libéralisme dans le respect par le Parlement des règles de la procédure budgétaire (41). Il est vrai que le juge constitutionnel ne souhaite probablement pas, par une jurisprudence trop répressive, aboutir à un grippage de l'activité législative. On remarquera que, lorsque les « Procureurs de la Constitution » étaient seuls habilités à user du droit de saisine, ils ne l'exerçaient qu'avec parcimonie. Si le succès qu'ils remportaient dans leurs entreprises demeure de nos jours sans égal, c'est pour une part, qu'ils ne déféraient une loi au Conseil Constitutionnel que dans l'hypothèse où une issue favorable leur paraissait quasi-certaine. En outre, pour le Conseil Constitutionnel d'aujourd'hui, l'examen de la constitutionnalité d'une loi a perdu ce caractère exceptionnel et empreint de solennité qui justifiait une extrême sévérité.

L'aménagement du droit de saisine n'aurait-il donc pas déjoué cette « conspiration du silence » que — si tant est qu'elle ait existé — le Président Vincent AURIOL critiquait dans sa lettre de démission (42) ?

(38) La loi relative au développement et à la prévention des accidents du travail ayant fait l'objet de deux saisines.

(39) Décision n° 77-82 DC du 20 juillet 1977, p. 37.

(40) L. PHILIP : « L'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel ». A.J.D.A., janvier 1975, p. 15.

(41) Décision n° 76-73 DC du 28 décembre 1976. Rec. p. 41 (à propos du F.A.C. et du F.D.E.S.)

(42) « Le Monde », 3-4 juillet 1960.

(43) Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977. Rec. p. 33.

(44) Décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977. Rec. 39.

Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977. Rec. 42.

Décision n° 77-92 DC du 18 janvier 1978. (« J.O. » du 19 janvier 1978, p. 422).

(45) Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971. Rec. p. 29
Décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973. Rec. p. 25

En fait, le nombre apparemment peu élevé de déclarations de non-conformité, par rapport au nombre total de décisions, ne doit pas faire illusion.

En effet, avant la révision constitutionnelle d'octobre 1974, en moyenne, le Conseil Constitutionnel, saisi en application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, ne statuait que deux fois tous les trois ans. En d'autres termes, la fréquence d'invalidation n'était même pas d'une par an. Or, si l'on dresse le bilan de la nouvelle procédure, sur les cinq décisions rendues environ chaque année, deux comportent une déclaration de non-conformité, soit de certaines des dispositions contestées de la loi, soit de l'intégralité du texte. C'est beaucoup si l'on sait qu'à la suite de l'ouverture du droit de saisine, les décisions de « conformité sous réserve » sont plus fréquentes. Cette technique, par laquelle le juge constitutionnel, en lui donnant une interprétation incontestable, « gomme » les incidences inconstitutionnelles de la loi, présente le très net avantage d'éviter de frapper d'ostracisme l'intégralité d'une loi dont seule la validité d'un article, non détachable, serait discutée. Il est à constater à ce propos que l'appréciation de la conformité à la Constitution porte non seulement sur le fond du texte mais encore sur la marge d'interprétation qu'il laisse à l'autorité chargée de l'appliquer. Sont ainsi bannies les dispositions qui, par leur généralité peuvent favoriser de graves atteintes aux libertés. Sans encourir l'invalidation (43), elles peuvent être « verrouillées » grâce à la méthode des « déclarations de conformité sous réserve » (44). Cette technique qui réveille chez certains observateurs la hantise du « gouvernement des juges », est, à notre sens, promise à un bel avenir. Elle s'inscrit, selon nous, directement dans le rôle du Conseil Constitutionnel, qui est d'assurer un équilibre entre contrôle de constitutionnalité et déroulement nécessaire du processus normatif d'édiction des lois. En outre, elle semble mieux admise par les parlementaires qui ne la ressentent pas comme une brusque atteinte à leur légitimité.

C'est d'ailleurs, autant sur le nombre des invalidations que sur leur objet, que l'ouverture de droit de saisine a entraîné des conséquences. On sait que, traditionnellement, les quatre plus hautes autorités de l'Etat s'avéraient, dans l'exercice de leur droit de saisine, très soucieuses du respect des règles de compétence et de forme. Sur ce point, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel n'a pas été modifiée par la réforme de 1974 et bien que ce soit maintenant le plus souvent à l'initiative de parlementaires, demeure la traditionnelle cohorte des saisines relatives aux lois de finances. Si la majorité des décisions continue à sanctionner une inconstitutionnalité de forme, la grande innovation de la révision 1974 est d'avoir engendré un accroissement des décisions censurant une inconstitutionnalité de fond. C'est le cas, en particulier — alors même qu'a été abandonnée l'idée d'une auto-saisine —, en matière de libertés publiques : le Conseil Constitutionnel a statué six fois en ce domaine (deux déclarations de non-conformité et une de conformité sous réserve), alors qu'il n'avait eu l'occasion de le faire qu'à deux reprises avant la réforme de 1974 (45).

Les nouveaux titulaires du droit de saisine s'accordent donc à reconnaître dans le Conseil Constitutionnel le protecteur suprême des libertés publiques, et cela quel que soit leur horizon politique, signe d'une modification profonde de leur attitude par rapport aux débats de révision d'automne 1974.

(46) Cf. J. ROBERT : « La procédure, la compétence et le fond », Le Monde, 22-23 décembre 1974.

L. PHILIP : « Le Conseil est-il compétent ? » Le Monde, 15 janvier 1975.

(47) Articles L.O. 274 et L.O. 119 du Code Electoral.

(48) On enregistre d'ailleurs depuis les premières saisines « partisans » (tout au moins de coalition politique).

II. — L'OUVERTURE DU DROIT DE SAISINE A EXERCICE UNE INFLUENCE SUR L'ATTITUDE DES PARLEMENTAIRES

A L'EGARD DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

On se souvient que, lors des débats de révision d'automne 1974, les parlementaires de l'opposition n'avaient pas dissimulé leur hostilité à un projet de réforme — destiné selon eux à masquer les « vrais » problèmes — qu'ils estimaient singulièrement bridé et dont la portée leur apparaissait très théorique, s'agissant d'une institution dont ils n'avaient en bloc les vertus. Or, un simple relevé statistique montre que sur la totalité des affaires soumises au Conseil Constitutionnel selon la nouvelle formule, plus de quatre-vingt-dix pour cent l'ont été sur l'initiative de groupes de l'opposition.

A ce paradoxe on peut apporter une tentative d'explication procédant d'une modification du climat politique et d'un changement du paysage juridique.

A. — Modification du cadre politique de la saisine

Le droit positif démontre que la mise en œuvre du pouvoir de saisine n'a pas été l'apanage d'un certain groupe de parlementaires. Bien au contraire, ce qui frappe l'observateur c'est la diversité des lettres de saisine, tant par leur origine politique, majorité et opposition ayant recours à l'article 61, que par leur objet puisqu'elles concernent les domaines les plus variés. Il semble donc que l'application qui a été faite de la nouvelle procédure depuis bientôt quatre ans corresponde dans ses grandes lignes aux vœux des rédacteurs du projet de loi constitutionnelle, dans le sens d'une « suppression du caractère exceptionnel du contrôle de constitutionnalité » et d'un « accroissement des droits de l'opposition », bien que les motivations qui président à la mise en œuvre du droit de saisine ne soient pas toujours celles qui avaient été escomptées.

a) Un statut de l'opposition?

On peut se demander si, dans son objectif de loin le plus ambitieux, créer une « amorce de statut de l'opposition », la réforme du droit de saisine a pleinement réussi. En effet, si le résultat de la « greffe » entreprise en 1974 a été dans l'ensemble positif, puisque les parlementaires ont déjà deux fois plus saisi le Conseil Constitutionnel que ne l'ont jamais effectué les quatre plus hautes autorités de l'Etat, l'idée d'une extension du droit de saisine semble avant tout avoir œuvré au bénéfice des seuls députés de l'opposition.

Ce sont ainsi les députés qui ont été les plus prompts à utiliser la nouvelle procédure : moins de deux mois après la révision constitutionnelle, ils déféraient au Conseil la loi de finances pour 1975, puis la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse⁽⁴⁹⁾. Cet enthousiasme ne devait pas être sans lendemain puisque les députés ont, par la suite, saisi la Haute Juridiction à dix-neuf reprises, presque toujours en fin de session parlementaire (voir tableau ci-dessous).

Les sénateurs, en revanche, témoignent d'un attrait plus mesuré à l'égard de leur nouveau droit. Ce n'est que le 30 juin 1975 qu'ils saisissent pour la première fois le Conseil, à propos d'une loi instituant un juge unique en matière pénale. Depuis lors, ils n'ont recouru à l'article 61 de la Constitution qu'à quatre occasions.

S'il fallait retenir une image de l'attitude des parlementaires à l'égard de la nouvelle procédure, on pourrait observer que, lorsque les sénateurs soumettent une loi à l'examen du Conseil, les députés dans le même temps en « attaquent » environ cinq. Plusieurs raisons peuvent expliquer un tel écart.

Répartition des saisines émanant des députés

	1 ^{re} session	2 ^e session
1974-1975	2	1
1975-1976	2	1
1976-1977	5	3
1977-1978	4	3

En premier lieu, du fait du caractère indirect de son recrutement, l'Assemblée du Luxembourg est traditionnellement moins frondeuse, moins sujette aux mouvements d'humeur de la classe politique que son homologue de la rue de l'Université. En outre, les sénateurs, que l'on a souvent qualifiés de « représentants des communes », moins disciplinés et plus individualistes que leurs collègues députés, ne disposent pas, contrairement à ces derniers, de secrétariats politiques spécialisés dans la rédaction de l'organisation des recours. Mais c'est surtout dans la procédure elle-même que l'on doit rechercher le principal facteur de déséquilibre.

Rappelons que le Sénat actuel comprend 305 membres. Le nombre de parlementaires requis pour exercer le droit de saisine correspond donc à un cinquième des sénateurs alors qu'il n'est que de un huitième pour les députés, l'Assemblée Nationale comportant 490 membres⁽⁴⁷⁾. Le système retenu est, par conséquent, loin d'être aussi favorable au Sénat que ne l'était le projet gouvernemental prévoyant de confier la saisine à « un cinquième des membres composant l'une ou l'autre Assemblée » et qui aboutissait à exiger un nombre de signatures plus important pour les députés que pour les sénateurs. Il est, par ailleurs, intéressant de constater que pendant près de trois ans les sénateurs ont été gravement handicapés par la procédure adoptée, dans l'usage de leur nouveau droit. En effet, et ceci justifie en partie le faible nombre des recours sénatoriaux durant ce laps de temps, il n'y avait pas au Palais du Luxembourg, jusqu'aux dernières sénatoriales, de groupes parlementaires comprenant soixante élus. C'était donc nominale que la collecte des signatures devait s'effectuer et toute initiative se heurtait rapidement aux frontières des groupes politiques. Cet inconvénient tend aujourd'hui à s'estomper puisque depuis le dernier renouvellement triennal, la Haute Assemblée compte deux groupes comprenant au moins soixante élus : celui du parti socialiste et celui de l'Union centriste⁽⁴⁸⁾.

Si dans un second temps, on se situe sur le plan politique, on s'aperçoit que se sont les députés également, tout au moins ceux de l'opposition, qui ont été les bénéficiaires de l'extension du droit de saisine. Les parlementaires de la majorité, qui se sentent peu concernés par cette réforme, n'ont déferé que deux textes à la censure

(50) Au 31 juillet 1978.

(51) On enregistre que deux cas, et ce depuis le renouvellement de septembre 1977 : 65 sénateurs des groupes Gauche Démocratique et Socialistes ont signé à l'appui de la saisine relative à la liberté de l'enseignement, 63 sénateurs C.S., G.D., P.C. et communistes ont déferé au Conseil Constitutionnel la loi sur la formation professionnelle agricole.

(49) Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse (décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975. Rec. p. 19) et loi relative au développement de la prévention des accidents du travail (décisions n° 76-69 DC et 76-70 DC des 8 novembre et 2 décembre 1976. Rec. pp. 37 et 39).

du Conseil Constitutionnel (49). En revanche, les parlementaires de l'opposition ont mis en œuvre vingt et une fois leur nouveau droit, mais il s'agit des seuls députés de l'opposition (P.S., R.G. et P.C.) dans seize cas (50), les sénateurs de l'opposition (S.O.C., G.D., Com. et non inscrits) ayant saisi seuls dans trois cas (50) ou enfin de façon conjointe (saisine émanant tant des députés que des sénateurs) dans deux hypothèses (50).

Pour la raison dont nous avons fait état précédemment, on remarquera qu'au Sénat les saisines ne sont qu'assez rarement le fruit de la seule opposition (51) et figurent parmi les signataires des sénateurs non inscrits, voire des membres de la majorité.

A l'Assemblée Nationale, au contraire, le droit de saisine apparaît bien comme un des attributs de l'opposition. La collecte des signatures s'effectue dans le cadre des groupes parlementaires (par exemple P.S.R.G. regroupant le parti socialiste et les radicaux de gauche) ou entre groupes appartenant à une même coalition politique (ainsi P.S.R.G. + P.C.) (52), mais jamais entre membres de familles politiques différentes : ainsi, les centristes et les radicaux valaisiens n'ont-ils jamais, à notre connaissance, participé à une saisine du Conseil Constitutionnel lancée par l'opposition.

Le pluralisme politique qui, au moins jusqu'en septembre 1977, caractérisait nécessairement la pratique du droit de saisine au Sénat a retenti sur l'objet même des recours sénatoriaux.

En effet, au Palais du Luxembourg, pour qu'une lettre puisse atteindre le cap des soixante signatures, elle doit dépasser les limites d'un groupe parlementaire, elle doit par nature faire l'objet d'un large consensus : c'est ainsi que les recours effectués par les sénateurs ont souvent pour objet la protection des libertés publiques, ce qui est par ailleurs conforme à la volonté des membres de la Haute Assemblée d'apparaître traditionnellement comme les plus sûrs garants de nos libertés. Nul doute cependant que depuis les élections de septembre 1977 et le gouvernement des effectifs des groupes de l'opposition qui en a résulté, la saisine à caractère politique a fait son entrée à l'Assemblée du Luxembourg : dès le 27 octobre 1977, les sénateurs de l'opposition saisissent le Conseil Constitutionnel de la loi relative à l'enseignement et à la formation professionnelle agricoles, motif pris de la violation de la compétence réglementaire qu'elle réaliserait.

(52) Les députés communistes, qui n'avaient pas signé la première requête déposée par les députés de l'opposition, en application de leur nouveau droit, saisissent pour la première fois le Conseil Constitutionnel, avec d'autres groupes, le 30 juin 1975. Le même jour, les sénateurs communistes défèrent à la Haute Instance, avec d'autres sénateurs de l'opposition, la loi instituant un juge unique en matière pénale. Après s'être borné, pendant plus d'un an, à signer certains des recours diligentés par le P.S.R.G., le groupe communiste de l'Assemblée Nationale saisit lui-même la Haute Juridiction à l'occasion de la loi relative à la visite des véhicules. On remarquera que depuis l'éclatement de l'union de la gauche, les députés communistes pratiquent une saisine de parti.

(53) On remarquera que vingt-quatre députés de la majorité se sont toutefois joints, par lettre collective, à la saisine effectuée par soixante-sept députés du groupe P.S.R.G. à propos de la loi de finances pour 1977. Il s'agissait de députés R.P.R. et N.I.

(54) Avec l'élargissement du droit de saisine, les parlementaires redécouvrent, semble-t-il, les vertus de l'autorisation budgétaire. Depuis 1973, toutes les lois de finances initiales ont été soumises au Conseil Constitutionnel. On mesure l'intérêt qu'il peut y avoir à faire censurer un texte qui conditionne indirectement toute l'activité législative.

(55) Saisines des 17 et 22 décembre 1977 à propos de la loi de finances pour 1978 et de la dernière loi de finances rectificative pour 1977.

A l'Assemblée Nationale, où les députés peuvent facilement pratiquer la saisine dans le cadre de leur groupe parlementaire (53), les sujets abordés sont plus diversifiés. Les recours n'ont pas principalement pour objet, comme au Sénat, d'assurer le respect d'une liberté ou d'un droit fondamental (six affaires), mais tendent également à faire censurer la violation d'une règle de procédure ou de compétence (quinze affaires) (54). Le contentieux soumis au Conseil Constitutionnel répond donc peu à peu à la distinction classique, devant les Cours Suprêmes, entre inconstitutionnalité de fond et inconstitutionnalité de forme.

D'une façon paradoxale, devant le Conseil Constitutionnel, les partis politiques ne contestent pas les lois ou ne développent pas les arguments auxquels on serait en droit de s'attendre eu égard à leurs prises de position publiques. Ainsi, ce sont les députés du P.S.R.G. et non ceux de la majorité qui se font les champions de la souveraineté nationale pour contester devant le juge constitutionnel l'incidence en droit interne d'un règlement communautaire (55) (s'inspirant de l'argumentation qui avait été soutenue par M. FOYER sept ans plus tôt), puis les défenseurs des « radios libres » contre le monopole de l'Etat sur la radio-diffusion (56). De même, ce sont des partis généralement considérés comme les moins internationalistes qui invoquent à l'appui de leurs recours les dispositions des conventions internationales (57).

Il ne s'agit pourtant pas là d'un hiatus. Les parlementaires ont tout intérêt pour faire triompher leur thèse à invoquer dans leur « lettre introductive d'instance » le maximum d'arguments juridiques. Ils y sont d'autant plus incités que le contenu des lettres de saisine, qui ne fait pas l'objet d'une publication systématique, demeure inconnu du grand public. En outre, et cela a été le cas pour les saisines socialistes citées en exemple, il s'agit parfois de recours effectués à l'instigation de groupes de pression et dont le but inavoué est la satisfaction ou la conquête d'une certaine frange de l'électorat.

Enfin, on remarquera que le droit de saisine n'offre pas à la minorité parlementaire la seule faculté de faire priver d'effet un texte de loi sur lequel elle est en désaccord. Par la biais des « déclarations de conformité sous réserve » prononcées par le Conseil Constitutionnel, elle peut aboutir, en attirant l'attention du juge et à défaut d'invalidation, à modifier l'incidence d'une loi qui était pourtant adoptée. Bien plus, si l'on en juge par la pléthore de principes fondamentaux que l'opposition essaie d'introduire dans la jurisprudence du Conseil, la minorité peut jouer indirectement un rôle de constituant secondaire du fait de la force attachée aux décisions du Conseil Consti-

(56) Saisine du 7 juillet 1978 à propos de la loi complétant la loi du 7 août 1974 sur la radio et la télévision.

(57) Saisine du 20 décembre 1974 à propos de l'interruption volontaire de grossesse (groupe U.D.R.) et saisine du 8 juillet 1977 relative à la loi sur le « service fait » des fonctionnaires. (Groupe communiste).

(58) Cf. tableau ci-contre (in-fine).

(59) « L'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel ». A.J.D.A., 1975, p. 15.

Dès les premiers mois d'application de la réforme du droit de saisine, cet auteur a mis en garde contre le risque, toujours actuel, d'une saisine systématique destinée à « dérouter » le juge constitutionnel : « En cas de saisine systématique, il lui sera impossible de trouver des solutions satisfaisantes à la fois sur le plan juridique et politique » (article cité p. 18).

(60) Ainsi, dans l'affaire « Monopole de la Radio et de la Télévision » (décision n° 78-96 DC du 28 juillet 1978, « J.O. » du 29 juillet, p. 2949), les lettres de saisine sont parvenues du 5 au 11 juillet, le cap des 60 signatures étant atteint le 7 juillet. De même, dans l'affaire « réforme de la procédure pénale » (décision n° 78-97 DC du 28 juillet 1978, « J.O. » du 29 juillet, p. 2949) les lettres de saisine se sont échelonnées du 1^{er} au 19 juillet. Le cas était différent dans l'affaire « Visite des véhicules » (décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, Rec. p. 33), puisque la promulgation était déjà « bloquée » par une saisine collective des députés.

tutionnel par l'article 62 de la Constitution (58). Mais n'est-ce pas là aborder déjà l'étude de la motivation des requérants ?

b) Les motivations :

Sans prétendre dresser ici une typologie exhaustive des intentions poursuivies par les parlementaires dans l'exercice de leur droit de saisine, on indiquera que deux motifs principaux peuvent être détachés.

1. La protection des droits et libertés fondamentaux

Bien que ce rôle de protecteur suprême des libertés publiques ait été longtemps refusé au Conseil Constitutionnel, considéré comme un simple répartiteur des compétences, le mouvement amorcé avec la décision « liberté d'association » s'est amplifié et les décisions relatives aux libertés et droits fondamentaux ne cessent aujourd'hui de se multiplier. Il semble dès lors acquis que la mise sur pied d'un pouvoir d'auto-saisine du Conseil en matière de libertés publiques aurait fait, dans une large mesure, double emploi avec la procédure actuelle. La meilleure raison que l'on avait fait valoir contre son adoption se trouve également vérifiée : dans tous les cas où une liberté apparaissait remise en cause, une large fraction de parlementaires s'est aussitôt dégagée pour déférer au Conseil Constitutionnel la loi présumée liberticide. La principale caractéristique de la saisine en ce domaine est ainsi qu'elle regroupe les sénateurs ou les députés d'un large éventail politique. De ce fait, et les requérants ne l'ignorent pas, l'impact d'une saisine sur le juge constitutionnel peut être tout à fait différent : l'initiative d'un seul groupe peut apparaître comme une simple opération politique, mais contresignée par des parlementaires d'horizons politiques différents elle peut refléter une sorte de majorité d'idées.

2. La « saisine politique »

Le droit de saisine n'est pas un pouvoir désincarné. Élément du « statut de l'opposition », il doit participer, par définition, à la vie politique, ce qui n'est pas sans danger. Le risque d'une « politisation » du contentieux avait été envisagé dès 1975 par le Professeur Loïc PHILIP (59). Ce phénomène peut être progressif et un fait significatif à cet égard est la longue désaffection des leaders des principaux partis politiques envers la nouvelle procédure de saisine. Or, ce n'est que fin 1977, début 1978, alors même qu'apparaissent les recours formés sur l'initiative de groupes de pression, que l'on relève les premières signatures des ténors de l'opposition.

Certains recours revêtent un caractère politique assez marqué. La saisine du Conseil Constitutionnel peut ainsi correspondre à l'idée d'attirer l'attention de l'opinion publique sur un problème particulier, ou encore de dévoiler au grand jour le désaccord d'un parti à propos d'un texte de loi : une décision du Conseil assure une meilleure publicité à une prise de position politique qu'un simple scrutin public à l'Assemblée Nationale. On se souvient qu'il a été répliqué à l'opposition, qui se plaignait des effets de la loi facilitant le vote des Français hors de France, qu'elle avait été en mesure, en temps opportun, de mettre en œuvre le droit de contestation qu'elle tient de la modification de la procédure de saisine.

(61) Saisines des 23 décembre 1976 (« Visite des véhicules ») 27 octobre 1977 (« Liberté de l'enseignement ») et 12 juillet 1978 (« Réforme de la procédure pénale »).

(62) La première saisine utilisant cette procédure, s'agissant des députés, est, à notre connaissance, celle du 7 juillet 1978 à propos de la loi relative au monopole de la Radio et de la Télévision.

B. — La modification du cadre juridique

Toute la difficulté de la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 résidait dans la mise sur pied d'une procédure suffisamment ouverte pour ne pas être dédaignée des membres du Parlement mais également assez rigide pour éviter tout blocage du processus législatif.

La procédure choisie s'est révélée en définitive assez bien adaptée, ainsi qu'en atteste l'abondance des recours d'origine parlementaire, mais l'expérience a montré que subsistent encore certaines lacunes.

a) Une procédure efficace :

Le droit de saisine reconnu aux groupes de soixante députés ou de soixante sénateurs, voici bientôt quatre ans, est en effet loin d'être resté lettre morte. Vingt-cinq saisines en huit sessions, cela tend à prouver à la fois que la procédure est adéquate et que le besoin était réel. Si une telle fréquence se maintient, et tout laisse à penser qu'elle ira en s'accroissant, au bout de quinze années après la réforme, soit en 1989, le Conseil aura été saisi près de cent fois. Rappelons qu'au cours des quinze années qui ont précédé la révision, le Conseil n'avait été saisi que neuf fois ! Le droit de saisine a donc très vite acquis droit de cité dans l'arsenal parlementaire, à la suite des exceptions d'irrecevabilités et des questions préjudiciaires. La multiplication des recours, qui n'ont laissé de côté pratiquement aucune des lois pour lesquelles une forte opposition s'est manifestée, a permis d'écarter certaines questions posées lors de l'entrée en vigueur de la réforme et de préciser plusieurs points de procédure.

1. Des problèmes ont été écartés

La pratique à laquelle la nouvelle procédure a donné lieu, depuis bientôt quatre ans, a tout d'abord démontré qu'en réservant le droit de saisine à soixante députés ou soixante sénateurs, l'article 61, alinéa 2 nouveau, n'avait pas institué un seuil infranchissable. L'expérience a cependant révélé que si la proportion retenue peut être atteinte dans de brefs délais, elle favorise cependant les grands partis de l'Assemblée Nationale et impose les coalitions au Sénat.

En second lieu, l'absence de délai minimum pour exercer le droit de saisine n'a pas constitué un obstacle à son exercice. On sait que la loi organique du 26 décembre 1974 se borne à insérer le droit de saisine dans le délai de promulgation des lois, qui est de quinze jours à compter de leur adoption, mais n'interdit pas une promulgation intertempore qui aurait pour effet d'empêcher toute saisine du Conseil. En réalité, comme cela l'a fort justement été souligné par la doctrine, outre le temps nécessaire à la confection du « vâlin » destiné au Président de la République, il s'agirait d'un manquement aux usages de la vie politique difficilement concevable. La pratique suivie depuis 1974 démontre d'ailleurs que dans la majorité des cas la lettre de saisine est préparée à l'avance et que la promulgation des lois est « bloquée », tout au moins officieusement, par un coup de téléphone au secrétariat général du Gouvernement, ou bien au secrétariat du Conseil Constitutionnel. Ceci est particulièrement nécessaire dans le cas de saisine par lettre individuelle, car la loi organique n'a, semble-t-il, pas prévu que ces lettres, acheminées par la poste, pouvaient parvenir au Conseil Constitutionnel à des dates très différentes. Dans cette hypothèse, le Président de la République serait en droit de promulguer la loi litigieuse, mais jusqu'à présent il a toujours attendu l'expiration du délai de quinzaine, toutes les saisines ayant été

menées à leur terme avant cette date. On remarquera d'ailleurs à ce sujet que le Conseil Constitutionnel s'estime saisi à compter du jour où il reçoit la lettre comportant la *soixantième signature régulière* (60).

L'idée d'une saisine par lettres individuelles vient du Sénat et a très certainement été motivée, ainsi que nous l'avons souligné, par le fait que l'Assemblée du Luxembourg ne comprenait pas à l'époque de la révision de groupe parlementaire composé de soixante élus. Cette véritable « pêche » aux signatures a très probablement constitué une gêne pour les sénateurs et explique pour partie le faible nombre des recours sénatoriaux.

On relèvera à cet égard que sur les quatre saisines qui ont été effectuées selon la procédure des lettres individuelles, voulue et soutenue par le Sénat, trois ont pour origine l'Assemblée du Luxembourg (61) et une seule émane de l'Assemblée Nationale (62).

Enfin, ainsi que l'avaient pressenti MM. FAVOREU et PHILIP, la question de la *détermination de l'objet de la saisine* semble définitivement résolue, tant par la jurisprudence que par la pratique parlementaire. Tout d'abord, l'ensemble des décisions rendue depuis 1974 démontre, aujourd'hui sans équivoque, que la Haute Juridiction s'estime saisie de l'ensemble du texte de loi (63). En second lieu, dans la pratique, le secrétariat du groupe qui prend l'initiative de la saisine adresse à chaque requérant un exemplaire de lettre « ronéotypée » que celui-ci renvoie dûment signé. Dans le même temps est adressé au Conseil un mémoire ampliatif.

2. Certains points ont été précisés

La jurisprudence du Conseil Constitutionnel commence à compléter les différentes phases d'une procédure que la loi organique a brossé à grands traits.

C'est ainsi que, formellement, les lettres de saisine se composent d'une *liste de signatures* et d'un *exposé de griefs invoqués*.

La collecte des signatures, sans laquelle le texte de loi ne peut être soumis à l'examen du juge constitutionnel, peut apparaître comme une formalité quelque peu fastidieuse. En réalité, elle n'est pas dépourvue d'intérêt et assure l'authenticité de la requête. Les parlementaires se sont soumis de bonne grâce à cette obligation puisque dans tous les cas le nombre de signatures requis a été largement dépassé (64), au cas où certaines d'entre elles seraient considérées comme irrégulières ce qui, semble-t-il,

(63) Seul point d'interrogation à notre avis : la décision n° 77-89 DC du 30 décembre 1977 (Rec. p. 46), qui considère comme une « saisine non recevable » la lettre de M. Arsène BOULAY, alors qu'il s'agissait plutôt, si l'on estime que le Conseil est saisi de l'ensemble de la loi, d'un nouveau moyen d'annulation présenté, en outre, par un des soixante signataires. En janvier 1977, le député Gaston DEFFERRE avait adressé au Conseil Constitutionnel, une lettre dans laquelle il développait de nouveaux moyens de fond à l'appui de la thèse de l'invalidation de la loi sur la visite des véhicules.

(64) Au minimum : 61 députés (ainsi : décision n° 75-39 DC du 30 décembre 1975, Rec. p. 26). Au maximum : 130 députés et sénateurs (décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, Rec. p. 33).

(65) « Lorsqu'une loi est déferée à l'initiative de parlementaires, le Conseil est saisi par une ou plusieurs lettres comportant au total les signatures d'au moins soixante députés ou soixante sénateurs ».

(66) Décision n° 76-67 DC du 15 juillet 1976, Rec. p. 25.

(67) Dans une décision du 20 juillet 1977 (n° 77-82 DC, Rec. p. 37), la Haute Instance déclare « irrecevable » une demande comportant un moyen unique lui-même jugé irrecevable. Il semble dès lors que la recevabilité d'une requête soit liée à la recevabilité des moyens par lesquels elle se trouve fondée, et donc qu'elle doit être motivée. Cette jurisprudence est traditionnelle au Conseil d'Etat.

ne s'est jamais produit. On remarquera que, bien qu'il avise les autres autorités de saisine au moment de la réception de la soixantième lettre revêtue d'une signature régulière et recevable, le Conseil Constitutionnel s'estime saisi par tous les députés ou sénateurs signataires. Ceci est conforme au libellé de la loi organique du 26 décembre 1974, qui est sensiblement différent de celui de l'article 61 de la Constitution (65).

Enfin, la Haute Juridiction, en appréciant la recevabilité formelle de la lettre de saisine, non seulement en ce qui concerne la date de son dépôt, mais encore le moment de l'apposition des signatures, a précisé une condition de forme supplémentaire, non prévue par la loi organique. Le recueil des signatures ne peut être antérieur à la date d'adoption de la loi, car le consentement des parlementaires à saisir le Conseil n'est pas valable auparavant.

La pratique de la nouvelle procédure a apporté également des éclaircissements quant au contenu des lettres de saisine.

Celles-ci sont aujourd'hui mieux argumentées et mieux présentées que ne l'auraient laissé supposer les premières lettres et s'apparentent à de « véritables lettres introductives d'instance », comme l'avait pressenti le sénateur et avocat Pierre MARCILHACY lors des débats de révision. Les parlementaires requérants ont par ailleurs cherché à s'assurer du concours d'un avocat « pour les représenter dans la suite de la procédure », mais à cette demande il n'a pas été répondu par le Conseil Constitutionnel (66). Il est vrai que le droit de requête n'est pas personnel, mais fonctionnel et que seule l'assistance et non la représentation aurait pu être concevable. L'argumentation beaucoup plus riche des saisines actuelles, qui succède aux vagues énonciations des premiers recours, tend toutefois à accréditer l'idée selon laquelle se forment peu à peu des « spécialistes » de la rédaction de recours. On rappellera que la Haute Juridiction impose indirectement une *motivation des requêtes* qui lui sont soumises, confirmant par là son caractère juridictionnel (67).

b) Une procédure incomplète ?

La simple lecture de la loi organique du 26 décembre 1974 montre qu'aucune définition d'ensemble de la nouvelle procédure de saisine n'est issue des débats législatifs. Les parlementaires ont marqué peu ou prou d'intérêt pour une réforme qui a laissé pourtant subsister des zones d'ombre, autant d'écueils qui ne manqueront pas de surgir un jour.

— Il en va ainsi du silence du texte en ce qui concerne les *délais de saisine*. En égard à la rédaction de la loi organique du 26 décembre 1974 (68), devenue l'article 18 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 sur le Conseil Constitutionnel, rien n'interdit à des députés ou à des sénateurs de se joindre à la saisine de soixante de leurs collègues de la même Assemblée, mais cela jusqu'au jour même de la décision (69) ! Le bon déroulement de la procédure gagnerait donc probablement à ce qu'un délai soit prévu à ce propos, courant à compter du jour de la saisine du Conseil par soixante signataires.

(68) « J.O. » du 27 décembre 1974.

(69) Ainsi, dans l'affaire « Visite des véhicules », des lettres individuelles parvenues la veille de la décision ont été déclarées, implicitement, recevables.

(70) Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Rec. p. 19.

(71) Décision n° 77-89 DC, Rec. p. 46.

(72) Rectificatif à la saisine du 16 décembre 1976 relative à la loi de finances pour 1977.

— De la même façon, se pose la question de l'opportunité d'un délai maximum, s'agissant de la *production de mémoires annexés* aux lettres de saisine proprement dites. En effet, bien que la loi organique soit également muette sur ce point, le Conseil admet la production d'observations à l'appui de la lettre de saisine (70).

Si l'incertitude demeure encore sur le nombre de « mémoires ampliatifs » qui peuvent ainsi être adressés au Conseil Constitutionnel, une décision du 30 décembre 1977 (71) paraît indiquer que les observations tendant à soulever un moyen nouveau ne sont pas recevables si elles ne sont pas revêtues d'au moins soixante signatures. Cette formalité semble devoir être entendue d'une façon très stricte par la Haute Juridiction puisqu'elle s'applique même aux rectifications d'erreur matérielle (72).

Dans la mesure où l'on souhaiterait fixer clairement les règles de la procédure de saisine du Conseil — et à notre sens l'ouverture du droit de saisine devrait y conduire —, il conviendrait donc de prévoir également un délai maximum de production.

On peut s'interroger, à ce sujet, sur l'opportunité d'une extension de la *règle du contradictoire* au contrôle de constitutionnalité des lois.

A l'occasion de l'ouverture du droit de saisine en automne 1974, plusieurs formules de procédure étant mises à l'étude, on pensa conférer un caractère contradictoire au « procès constitutionnel » et l'idée d'un échange d'observations entre le Gouvernement et le Parlement vit le jour (73). En fait, nombreux sont les parlementaires qui voyaient dans ces dispositions, outre l'avantage de l'institution d'un débat contradictoire, le moyen de mettre fin à une pratique officieuse selon laquelle le secrétariat général du Gouvernement adresserait au Conseil Constitutionnel des observations sur les affaires qui lui sont soumises (74). En réalité, instaurer la contradiction devant le juge constitutionnel suppose résolue une série de questions.

1. La procédure contradictoire alourdit et ralentit le cours du contentieux

Avant d'introduire la contradiction dans une procédure, il est nécessaire de s'assurer que la nature et la finalité du contentieux l'implique.

En effet, pour fonctionner efficacement, toute procédure contradictoire suppose que les parties puissent disposer d'un minimum de temps pour consulter les pièces qu'elles se sont communiquées. Le juge doit lui-même consacrer une partie de son activité à veiller à ce que les échanges de documents soient effectués. Ceci explique que la règle du contradictoire s'applique plus généralement dans le cadre d'une procédure accusatoire, dans laquelle les parties dirigent le procès, et d'où la recherche d'une transaction n'est pas entièrement exclue, les parties faisant valoir un intérêt personnel et direct.

(73) André PASSERON : « Les réformes de la Constitution », *Le Monde*, 10 juillet 1974.

(74) Cf. l'intervention de M. FOYER lors du colloque « Le domaine de la loi et du règlement », organisé sous la direction du Doyen Louis FAVOREU par la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence (Compte rendu intégral p. 169. Presses Universitaires d'Aix-Marseille).

(75) Art. 39 de l'ordonnance n° 58-1087 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel.

(76) En effet, bien que le litige porte exclusivement sur la régularité objective de l'élection, le député dont l'élection est contestée peut se faire représenter par la personne de son choix et produire des « observations en défense ». (Articles 3 et 9 du règlement applicable à la procédure suivie pour le contentieux électoral. « J.O. » du 31 mai 1959).

(77) Art. 61, alinéa 3 de la Constitution.

On ne saurait donc s'inspirer de ce schéma traditionnel à propos de la procédure suivie devant le Conseil Constitutionnel.

Il en va différemment si le litige à juger soulève des questions de fait, pour lesquelles les parties peuvent être en mesure d'éclairer le juge. C'est ainsi que la règle du contradictoire s'applique lorsque la Haute Juridiction statue en matière électorale (75). Il ne s'agit-là, en réalité, que d'une des conséquences du particularisme de ce contentieux qui, malgré son caractère objectif, laisse intervenir un certain degré d'intérêt personnel de la part du demandeur et du défendeur (76). Dès lors, un strict respect du débat contradictoire s'impose : bien que la clôture de l'instruction soit laissée à la libre appréciation des sections du Conseil Constitutionnel, les « tripliques » ne sont pas rares, parfois même on enregistre jusqu'à dix mémoires !

S'agissant de l'examen de la *conformité des lois à la Constitution*, donner une telle ampleur au débat contradictoire apparaît difficilement concevable puisque, à la différence de l'examen du contentieux électoral, un délai maximum est imparti au Conseil pour statuer.

Certes, on peut observer que la production, sanctionnée par un délai très court, d'un seul mémoire en réplique de la part des requérants, suffirait à introduire la contradiction dans la procédure actuelle. Il convient néanmoins de rappeler que le Conseil Constitutionnel ne dispose pas toujours du délai d'un mois pour se prononcer. C'est notamment le cas lors de l'examen des lois de finances initiales, dont le Conseil semble désormais devoir être systématiquement saisi et à propos desquelles il ne dispose que d'un laps de temps extrêmement bref, de l'ordre d'une semaine. De même, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, le Conseil doit rendre sa décision dans un délai de huit jours (77).

2. Quels seraient les acteurs de ce débat contradictoire ?

Traditionnellement, le débat contradictoire s'institue entre demandeur et défendeur. Si la détermination du demandeur ne pose pas, a priori, de difficulté, qui, en revanche, considérer comme le défendeur ? S'agit-il de la majorité parlementaire qui a voté la loi ? Ou bien du Gouvernement qui pourtant peut très bien ne pas avoir été favorable à son adoption ? L'alternative n'est pas dénuée d'intérêt puisque l'article 61 de la Constitution dispose que soixante députés ou soixante sénateurs peuvent déférer des lois au Conseil Constitutionnel « pour qu'il se prononce sur leur conformité à la Constitution ». Si l'on s'en tient au texte, la saisine du Conseil n'est donc pas réservée aux seules demandes d'invalidation, et à partir du moment où l'on institue une procédure contradictoire pourquoi ne pas imaginer que la majorité parlementaire qui a voté le texte contesté ne puisse, par une sorte de demande reconventionnelle, accéder au prétoire ?

Enfin, on doit garder présent à l'esprit que toutes les lois soumises au contrôle du Conseil Constitutionnel ont été l'objet de *discussions approfondies devant les assemblées parlementaires*. Le plus souvent le point de droit à trancher a été évoqué lors de la procédure législative devant l'Assemblée Nationale et devant le Sénat. Le Conseil Constitutionnel est donc à même de connaître les arguments de tous les intervenants dont les propos, fidèlement consignés dans le compte rendu sténographique des débats, sont publiés par les services du « Journal Officiel » (78).

(78) Voir en ce sens : décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec. p. 29 ; Décision n° 77-82 DC du 20 juillet 1977, Rec. p. 37.

(79) « Les grandes décisions du Conseil constitutionnel », Sirey, 1975, p. 364.

En outre, pour les affaires présentant à juger des questions d'éthique de société, le débat dépasse largement l'enceinte du Parlement et les différentes thèses en présence sont exposées et commentées par l'ensemble des *mass-media* : presse, radiodiffusion... Comme le relèvent MM. FAVOREU et PHILIP : « de plus en plus, l'exposé contradictoire qui précède habituellement une décision importante du Conseil Constitutionnel se tient dans les grands quotidiens » (79). Pourrait-on trouver un exemple plus significatif de l'intérêt croissant porté par le public à l'activité du Conseil Constitutionnel ?

Si l'on dresse le bilan de la nouvelle procédure de saisine du Conseil Constitutionnel, on s'aperçoit, après plus de trois années d'application, que lorsque la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974 a été votée on a réagi comme si elle s'était bornée à élargir le cercle des autorités de saisine.

En fait, la réforme de l'automne 1974 ne s'est pas contentée d'introduire dans notre droit positif une modification de pure forme mais a profondément retenti sur l'institution elle-même, dont, peu à peu, elle change la physionomie.

Le Conseil Constitutionnel, comme nous souhaitons l'avoir souligné dans ces lignes, est depuis quelques années l'objet d'une nette évolution, qui transparaît déjà au travers de sa jurisprudence.

Il est difficile de dire jusqu'où ira cette évolution, mais si elle doit conduire un jour à la saisine par un simple justiciable, le Conseil devra se montrer de plus en plus vigilant car la voie, séduisante pour l'esprit, qui mène à l'exception d'inconstitutionnalité est jalonnée d'écueils qu'il devra soigneusement éviter, même s'il apparaît, en ouvrant plus largement son prétoire, comme le protecteur incontesté de la liberté de l'individu.

Thierry RENOUX
(Juillet 1978)

RÉFLEXIONS SUR LA POLITIQUE D'ÉQUILIBRE BUDGÉTAIRE

BILAN et PERSPECTIVES



par GILBERT ORSONI

INTRODUCTION

L'importance du problème de l'équilibre budgétaire, la connaissance que tout un chacun semble (ou croit) avoir du phénomène, l'impression du « déjà vu » ou « déjà entendu » pour tout ce qui le concerne n'ont en réalité d'équivalentes que la rareté, sinon l'absence d'études synthétiques destinées à l'envisager dans sa globalité. Et, cependant, règle d'or pour les financiers du libéralisme classique, conception dépassée à partir de la crise des années 30 et de l'interventionnisme étatique, de nouveau, point de référence, dans notre pays depuis 1965, en dépit d'atteintes récentes, que n'a-t-il été dit ou écrit à son sujet ?

Sans doute, après plus de dix années de mise en œuvre du retour à l'équilibre (ou à une certaine conception de l'équilibre) et au moment où une parenthèse semble mise au principe, apparaît-il nécessaire de faire le point, de situer au juste les conceptions et la pratique récente de l'équilibre dans le cadre d'une vision plus globale du phénomène de l'équilibre budgétaire afin de rechercher et d'appréhender la signification réelle d'une politique si déterminante pour le présent et l'avenir d'une société, quelle qu'elle soit.

C'est pourquoi il ne sera pas possible d'aborder le phénomène de l'équilibre budgétaire en France depuis 1965 sans un rappel préalable de l'évolution des idées relatives à l'équilibre (de la doctrine libérale classique à la révolution keynésienne et à ses conséquences) et sans un historique, fut-il succinct, de l'équilibre dans la pratique budgétaire française. L'étude du retour à l'équilibre en 1965 et de la politique suivie depuis lors pourra ainsi revêtir sa pleine signification.

§ 1. - L'ÉVOLUTION DES IDÉES RELATIVES À L'ÉQUILIBRE BUDGÉTAIRE

1^o La doctrine libérale de l'équilibre

Aucune étude sérieuse de Finances Publiques ne peut négliger l'apport des finances classiques au droit budgétaire (et fiscal), même si c'est pour en prendre le plus souvent le contre-pied dans le cadre des sociétés contemporaines.

Et ce sont les finances classiques qui ont posé le principe de l'équilibre budgétaire. Ce principe paraissait même tellement aller de soi que généralement les grands auteurs de la période libérale⁽¹⁾ se contentaient de l'affirmer alors qu'ils consacraient de plus amples démonstrations à d'autres principes (qui eux étaient devenus des règles juridiques, tandis que le principe de l'équilibre n'a connu de consécration que coutumière) : unité, universalité, annuité et spécialité budgétaire.

On peut s'interroger, dans ces conditions, sur les raisons qui pouvaient faire que ce principe paraissait tant « aller de soi ». Elles tiennent essentiellement :

- A l'attitude libérale vis-à-vis de l'Etat,
- A l'assimilation, commune chez les financiers classiques entre finances publiques et finances privées,
- Aux analyses économiques qui faisaient rejeter le déficit, mais aussi l'excédent.

(1) STOURM, Cours de Finances, Le Budget, 4^e édition, P. LEROY-BEAULIEU, Traité de la Science des finances, Tome II, Le Budget et le Crédit Public, 6^e édition, Paris, Guillaumin, 1900.

• L'ATTITUDE LIBERALE VIS-A-VIS DE L'ETAT

Il s'agit là d'un des aspects les plus connus des doctrines libérales.

Les libéraux voulaient, dans la mesure du possible, tenir l'Etat éloigné de l'activité économique, laissée pour l'essentiel entre les mains de l'initiative privée. L'Etat ne doit être alors que l'Etat-gendarme, chargé uniquement de la sécurité ou de la tranquillité du citoyen, ainsi que des affaires internationales, bref de tout ce qu'il est impossible de laisser sous le contrôle ou la responsabilité du secteur privé. L'Etat, dans le domaine économique, doit être neutre et, veillant à la sécurité des affaires, doit éviter que la libre concurrence ne se trouve perturbée.

Les fameuses maximes d'Adam SMITH, en matière fiscale, et notamment la quatrième, illustrent ce phénomène : toute contribution doit être établie en sorte de retirer aussi peu que possible des poches du contribuable, au-delà de ce qu'elle fait entrer dans les caisses de l'Etat. C'est la règle d'économie (2).

Or, le principe de l'équilibre budgétaire s'inscrit naturellement dans le cadre d'une telle volonté limitatrice du rôle de l'Etat et peut apparaître comme un moyen de cette limitation. Un budget équilibré signifiait que, alors que conformément aux théories d'Adam SMITH, l'Etat prélevait le moins possible d'impôts sur les contribuables (et, en France, la période classique a correspondu à la période postérieure à l'Ancien Régime, c'est-à-dire la période pendant laquelle on a vigoureusement réagi aux abus de celui-ci dans le domaine fiscal) l'Etat, dans le même temps, dépensait le moins possible, c'est-à-dire n'intervenait pas dans la vie économique et sociale.

L'équilibre, et l'évolution ultérieure l'a prouvé, s'identifiait à une politique dans laquelle l'Etat, occupé à peu d'activités, n'avait besoin que de peu de moyens. L'équilibre permettait cette politique — et le déficit budgétaire, compte tenu de la situation prévalant au XIX^e siècle, n'aurait pu résulter que de la volonté, alors peu imaginable de la part d'un gouvernement, d'intervenir dans la vie économique et sociale du pays.

De plus, il ne faut pas perdre de vue les raisons proprement politiques et institutionnelles du phénomène. Dans le domaine politique, en effet, le libéralisme tend à s'exprimer par le régime parlementaire (ou l'approche de celui-ci) et donc par le contrôle exercé par la chambre sur l'activité financière du pouvoir exécutif. Or, comme le souligne justement M. CATHELINEAU (3) :

« Le signe auquel se reconnaît, pour les chambres conservatrices du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, la bonne santé financière de l'Etat est précisément l'équilibre d'un budget qui ne retrace que des dépenses administratives ayant une périodicité annuelle. »

Ceci n'est en fait qu'une confirmation de ce que pensent les gouvernements, mais ne pouvait de toute manière que les inciter à persévérer dans la voie de l'équilibre budgétaire.

• L'ASSIMILATION FINANCES PUBLIQUES - FINANCES PRIVEES

C'est une constante de la doctrine libérale en matière financière. Le bon ministre des finances est celui qui est

capable de gérer le budget de l'Etat comme le bon père de famille gère le budget d'un ménage.

Or, il est bien connu qu'un particulier ne peut sans risques dépenser davantage qu'il ne gagne, donc déséquilibrer son budget. Comme le particulier qui agirait ainsi, l'Etat qui se permettrait de dépenser au-delà de ses rentrées fiscales courrait sans rémission à la banqueroute. Ce qui, bien sûr, n'est pas tolérable, d'autant que le recours à l'emprunt, générateur d'inflation, apparaît alors comme un mal redoutable. Les analyses économiques du libéralisme rejettent tout déséquilibre.

• LES ANALYSES ECONOMIQUES DU LIBERALISME LE REJET DE TOUT DESEQUILIBRE

Etablir un budget en déficit était, dans l'optique des finances classiques, considéré telle une solution de facilité, pleine de dangers. Que faire dans de telles conditions ? Recourir à l'emprunt, créer de la monnaie... Deux solutions redoutables à terme.

L'emprunt y est considéré comme un impôt différé et qui sera supporté par les générations futures (car il va bien falloir rembourser, avec les intérêts, l'argent emprunté). On pouvait alors supposer que pour faire face à ces nouvelles charges, l'Etat devait encore emprunter ce qui, bien sûr, ne résoud pas le problème. En outre, tout emprunt est conduit à perturber (4) les mécanismes économiques. Ce qui n'est pas compatible avec les exigences du libéralisme.

La mise en circulation de nouveaux billets recelait d'autres dangers, et principalement l'inflation (due à l'accroissement des moyens de paiement sans accroissement parallèle de la masse de biens à consommer). La diminution de pouvoir d'achat pour les titulaires de revenus fixes — alors très considérés — ne pouvait être interprété que comme un impôt déguisé. Une telle solution est donc tout aussi inacceptable que la précédente.

L'excédent n'est cependant guère plus prisé que le déficit. Sans doute l'opinion publique lui est-elle beaucoup plus favorable qu'au déficit, mais point les financiers classiques.

En effet, l'excédent peut signifier que l'Etat possède plus d'argent qu'il ne lui est nécessaire. Ce qui conduit dès lors à deux réflexions :

- d'une part, si l'on a trop prélevé d'argent, c'est que les impôts ont été plus lourds qu'ils n'auraient dû être (phénomène contraire à l'éthique libérale) et donc que l'on a stérilisé de l'argent qui aurait été plus utile dans le circuit économique ;
- d'autre part, le gouvernement disposant de trop d'argent sera naturellement conduit à vouloir le dépenser, et donc à créer des charges pour l'avenir, ainsi qu'à intervenir dans la vie économique ou sociale.

Tels sont donc les conditions et l'environnement doctrinal de l'équilibre budgétaire qui doivent nous conduire à penser qu'un certain type d'équilibre, celui qui consiste, selon la formule consacrée par les financiers classiques à « côtoyer le déficit sans y tomber », doit être assimilé à une situation économique et politique donnée, celle des sociétés libérales du XIX^e siècle.

2° La révolution keynésienne

La remise en cause de la notion classique d'équilibre budgétaire à partir des années « 30 » et notamment des doctrines keynésiennes a pu, bien sûr, se fonder sur une

(2) Adam SMITH, Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, Livre V, Chapitre 2.

(3) Finances Publiques, L.G.D.J., 1975, p. 84.

(4) Cf. P. AMSELEK, Le budget de l'Etat sous la Ve République, L.G.D.J., 1967, p. 119.

critique théorique de cet équilibre⁽⁵⁾. Mais une telle critique visant à démontrer l'exagération des dangers du déficit (l'emprunt investi dans la production, par le « multiplicateur d'investissement » n'entraîne pas obligatoirement une charge insupportable; la création de la monnaie n'entraîne pas non plus forcément l'inflation) de même que l'exagération des avantages de l'équilibre, du fait notamment du lien mal perçu par les financiers classiques entre le budget et la vie économique et sociale, une telle critique a été opérée le plus souvent a posteriori et avec de toutes façons la prise en considération d'une société différente des sociétés libérales du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle.

L'élément déterminant qu'a constitué la rupture keynésienne a bien été provoqué par les événements économiques et la transformation de certaines structures qui ont conduit économistes et financiers à modifier les conceptions traditionnelles en la matière. On doit noter principalement le rôle joué par la première guerre mondiale, qui avait entraîné un accroissement considérable des dépenses publiques, donc un recours à l'emprunt et qui avait obligé l'Etat à intervenir, d'autant que la guerre finie, les nécessités de la reconstruction ont poussé dans le même sens. Mais on ne doit pas négliger non plus, au plan politique, d'une part les progrès des idées socialistes ou, du moins, interventionnistes et, d'autre part, la tendance, naturelle à beaucoup de parlementaires, à l'accroissement des dépenses publiques. A quoi s'est ajoutée la grande dépression économique des années « 30 », qui a conduit les gouvernements à accepter une plus grande intervention, au risque de négliger les règles budgétaires habituelles, et notamment celles de l'équilibre. Ce qui confirme bien à quel point les constructions doctrinales sont nées des exigences de la situation économique.

L'élaboration du budget sera donc liée étroitement à la situation économique et le déficit, comme d'ailleurs l'excédent, pourront avoir une signification bien déterminée.

Le déficit budgétaire pourra être utilisé pour relancer une économie en dépression par un gonflement systématique des dépenses (politique de grands travaux) sans que, parallèlement, la pression fiscale se trouve augmentée (le recours à l'emprunt permettra la mise en œuvre d'une telle politique).

En sens inverse, l'excédent budgétaire interviendra dans une phase d'expansion économique. Epongeant les liquidités surabondantes il permettra de juguler les tendances inflationnistes. Ce schéma qui pourra s'exprimer, nous le verrons, dans des théories plus élaborées, est bien une rupture par rapport à la conception classique de l'équilibre; il n'est pas une rupture par rapport à la notion même d'équilibre, à l'équilibre « en soi ». Le point de référence n'est plus l'équilibre du budget, considéré comme trop restrictif, mais l'équilibre économique en général. On est passé d'une notion purement comptable, arithmétique de l'équilibre, à une vision bien plus globale, à un ordre économique satisfaisant.

Le budget ne doit plus être considéré comme une « fin en soi », mais comme un moyen permettant précisément d'équilibrer l'économie.

Les deux notions qui illustrent le mieux la priorité donnée à la recherche d'un équilibre économique sont la théorie keynésienne du « déficit systématique » et la théorie du budget cyclique.

• LA THEORIE DU DEFICIT SYSTEMATIQUE

KEYNES est à l'origine des théories du déficit systématique qui ont été, pour l'essentiel, développées par Sir William BEVERIDGE⁽⁶⁾. Les préoccupations de KEYNES,

comme celles de BEVERIDGE sont dominées par le spectre du chômage, qui sévissait dans des conditions dramatiques⁽⁷⁾. Il conviendra, pour revenir au plein emploi et mettre un terme à la stagnation de l'économie, d'accroître les possibilités d'achat des particuliers (par des réductions d'impôts appropriées notamment), de relancer les investissements et donc la production, ce qui ne sera possible que du fait d'un accroissement sensible des dépenses publiques. De semblables mesures conduisent au déficit budgétaire. Un déficit alors non seulement accepté, mais recherché par les pouvoirs publics.

Il ne faut cependant pas perdre de vue (comme on a peut-être eu tendance à la faire à une certaine période) que les théories du déficit systématique ne prônent pas en réalité le déficit pour le déficit. Il ne doit y avoir déficit budgétaire que dans l'optique de la recherche du plein emploi, du rétablissement d'une situation économique compromise. Ce rétablissement effectué, plus rien ne justifie la continuation du recours au déficit, et l'on peut alors revenir à l'équilibre budgétaire. Telle est en fait la véritable signification de la théorie du déficit systématique.

• LA THEORIE DU BUDGET CYCLIQUE

Les économistes admettent généralement que l'évolution économique soit caractérisée par une succession de cycles, les phases de dépression alternant avec les phases d'expansion (c'est la théorie classique des crises de surproduction). La théorie du budget cyclique s'analyse comme une transcription de ces phénomènes au domaine budgétaire. On considère dans ces conditions que la recherche de l'équilibre ne doit plus s'effectuer dans le cadre étroit de l'année, mais (et à plus forte raison, dans des économies qui, ne serait-ce que par la planification, prennent davantage en considération le moyen et le long terme) dans le cadre d'un cycle économique.

On garde donc le budget annuel, mais l'équilibre sera quant à lui envisagé sur une plus longue période. On pense ainsi pouvoir régulariser les cycles économiques. Cette théorie séduisante n'a en fait guère connu d'application, puisque le seul exemple durable que l'on en donne généralement est celui de la Suède (à partir de 1929 de manière empirique et de 1937 de manière systématique).

D'autres théories (méthode de l'amortissement alternatif par exemple) ont également pu voir le jour. Et, dans l'histoire de l'équilibre en droit budgétaire français, nous aurons l'occasion de revenir sur une théorie largement utilisée sous la IV^e République: la théorie de l'impasse.

Car ce nécessaire rappel des idées relatives à l'équilibre budgétaire ne saurait à lui seul constituer une approche de la pratique budgétaire des douze dernières années. Encore faut-il avoir à l'esprit une vision, fut-elle sommaire, de l'historique de l'équilibre du budget, en France.

§ 2. — HISTORIQUE DE L'EQUILIBRE EN DROIT BUDGETAIRE FRANÇAIS

Un historique ne se résume pas à des définitions, mais il peut s'illustrer assez largement par leur intermédiaire. Ce qui doit nous conduire à préciser les notions de déficit, d'impasse, de découvert (entre autres) en les intégrant à l'histoire budgétaire qui a conduit, en 1965, à la volonté affirmée par les gouvernants de revenir à l'équilibre.

On sait à quel point la première guerre mondiale a pu influer sur les finances publiques par l'intervention croissante de l'Etat et par l'accroissement des dépenses publi-

(5) Cf. M. DUVERGER, *Finances Publiques*, P.U.F., 7^e édition, 1971, p. 231.

(7) Le nombre de chômeurs, avant guerre, en Grande-Bretagne, se montait à plus de 1.200.000.

(6) Sir William BEVERIDGE, *Full Employment in a free Society* (Londres 1944).

ques qui en est résulté. La seconde guerre mondiale devait, pour des raisons identiques, jouer un rôle considérable. Les finances publiques, à la libération, durent prendre en compte des dépenses de reconstruction, de réparation des dommages de guerre, d'aides à l'investissement

On a essayé de donner une traduction budgétaire à cette situation par la création de budgets extraordinaires prenant en considération ce type de dépenses d'investissement à caractère exceptionnel. Cette tentative (de 1945 à 1948) fut vite abandonnée, l'épargne hésitant à s'engager dans des emprunts à long terme. Or, le déficit, qui était déjà apparu dans l'entre-deux-guerres, atteignait des proportions inquiétantes. Alors qu'il était, en 1944, de 317 milliards de francs (anciens) et que l'on espérait pouvoir le contenir dans cette limite de 300 milliards, il devait continuer à s'accroître pour atteindre 650 milliards en 1952. D'où la politique de « débudgétisation des investissements publics » engagée par René MAYER et Edgar FAURE, et qui consistait à ne conserver que les investissements réalisés à fonds perdus. Les autres (qui ne correspondaient qu'à des dépenses temporaires, l'Etat jouant un rôle de banquier) étant mis à la charge du Trésor Public. Ce fut cette politique de débudgétisation qui mit en lumière la distinction qu'il convenait alors de réaliser entre déficit et impasse.

Le déficit devait alors se définir comme :

« l'excédent de l'ensemble des dépenses du budget général sur l'ensemble des recettes budgétaires (c'est-à-dire des recettes fiscales, des recettes domaniales, des produits divers) ; le déficit budgétaire étant pris en charge par le Trésor Public » (8).

Sa définition pose en fait peu de problèmes. La notion d'impasse, en revanche, est plus complexe, et de multiples définitions ont pu en être données. Le terme même d'impasse a été utilisé pour la première fois en 1949 par M. PETSCHÉ, alors ministre des finances, tandis que son existence transparaissait déjà dans le budget de 1948 avec les « comptes de prêts sur ressources d'emprunts ». Le terme, tiré du vocabulaire du bridge, on l'a souvent souligné, évoque un pari, le pari que constitue un budget en déséquilibre devant permettre ultérieurement un redémarrage de la situation économique. Mais que recouvrait la notion d'impasse (9). Elle était l'excédent des charges provenant non seulement des opérations du budget général, mais également des charges de trésorerie entraînées par la gestion des comptes spéciaux du trésor. Ainsi, selon la lumineuse formule du président Edgar FAURE (10) :

« L'impasse, au sens propre du mot, n'est pas seulement comme on le croit souvent, une forme de déficit, c'est aussi une hypothèse de recettes. »

Par opposition à l'impasse relative aux lois de finances initiales (l'idée de pari ne peut valoir que pour l'avenir), on utilisera le terme de découvert pour désigner la même forme de déséquilibre budgétaire, mais appliquée à la loi de finances une fois exécutée, lors de la sanction que constitue la loi de règlement (11).

(8) LALUMIERE, Finances Publiques. A. Colin, 1971, p. 159.

(9) Pour J.-M. JEANNENEY, Le Monde, 21 novembre 1957 : « L'impasse est la différence entre les rentrées d'impôt et autres ressources assimilées (c'est-à-dire pratiquement tous les revenus autres que l'emprunt) et tous les paiements de l'Etat qui donnent naissance à des revenus (c'est-à-dire tous les paiements à l'exception de ceux faits à titre de remboursement des dettes publiques). »

(10) E. FAURE, « Le problème de l'impasse : les chiffres mystiques ». Le Monde, 3 janvier 1958.

(11) On a parfois pris l'habitude aujourd'hui de qualifier de « découvert » la prévision de déséquilibre de la loi de finances initiales. Mais à l'exemple de P.-M. GAUDEMET (Finances publiques, Tome I, p. 269), nous préférons conserver le terme d'impasse pour la loi de finances initiale et de découvert pour la loi de règlement.

L'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances parut accorder une réalité plus grande à cette notion d'impasse par la structure nouvelle donnée à la loi de finances, tandis que celle-ci consacrait, par ailleurs, une conception de l'équilibre très éloignée du strict équilibre budgétaire des finances classiques en se référant à la notion d'équilibre économique :

« Les lois de finances déterminent la nature, le montant et l'affectation des ressources et des charges de l'Etat, compte tenu d'un équilibre économique et financier qu'elles définissent » (12).

La structure de la loi de finances distingue les opérations à caractère définitif (budget général, budgets annexes, comptes d'affectation spéciale) des opérations à caractère temporaire (comptes spéciaux du trésor correspondant notamment à des avances et des prêts).

Une telle structure budgétaire reprend sous une forme à peine différente la distinction opérée par les finances publiques britanniques entre dépenses « au-dessus de la ligne » et dépenses « au-dessous de la ligne », les premières, en principe, financées par l'impôt (dépenses administratives, militaires ou sociales), les secondes financées par l'emprunt et les divers procédés de trésorerie (dépenses en capital). On n'hésite d'ailleurs plus, parfois, en France, à parler de dessus de la ligne ou de dessous de la ligne afin de distinguer des opérations définitives ou temporaires. Cette distinction a une conséquence relativement au déficit ou à l'impasse. Les Anglais ont en effet cherché dans la perspective de la lutte contre l'inflation et pour redresser la situation économique, à dégager un excédent dans le budget situé au-dessus de la ligne, excédent destiné à combler, ne fut-ce que partiellement, le déficit résultant des dépenses situées au-dessous de la ligne. De même, la politique française tendait à équilibrer, ou même sur-équilibrer les opérations à caractère définitif afin de financer en partie le déséquilibre des opérations temporaires afin de limiter l'impasse.

Néanmoins, que l'on prenne en considération le petit équilibre ou le grand équilibre (et seul le second est véritablement significatif) on est conduit à constater que le déséquilibre budgétaire, généralisé à partir de la première guerre mondiale, s'est poursuivi et même parfois accentué après la seconde. Nous avons déjà eu l'occasion de citer quelques chiffres (1944, 1952). La liaison étroite entre la conjoncture économique et la loi de finances peut l'expliquer et justifie également qu'entre 1945 et 1965 on ait pu relever quatre cycles budgétaires d'environ cinq ans, tous caractérisés par une phase de détérioration du solde général suivie d'une phase de redressement ne permettant pas toutefois de parvenir à l'équilibre global de la loi de finances (13).

Cependant, malgré les phases de rémission qui conduisaient à une nette diminution du déséquilibre, sans toutefois le supprimer, la France paraissait, malgré la défaveur d'un tel phénomène auprès de l'opinion publique, s'être installée dans un déséquilibre permanent. On a même pu calculer en 1965 qu'en une période de quinze ans, de 1948 à 1963, l'addition de l'ensemble des impasses budgétaires se montait à un total de 135 milliards de francs actuels (c'est-à-dire environ l'équivalent de la loi de finances pour 1966). C'est cet accommodement avec le déséquilibre qui a connu un coup d'arrêt brutal en 1965.

(12) Ordonnance du 2 janvier 1959, Tome I, art. 1.

(13) Cf. De la GENIERE, Le Budget, Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1976, pp. 172-173.

Les déclarations de M. Valéry GISCARD d'ESTAING, ministre de l'économie et des finances, présentant le budget pour 1965 à l'Assemblée Nationale sont très nettes à cet égard. Le retour à l'équilibre n'y est pas présenté comme un effet du hasard ou même de la conjoncture, mais bien comme un choix de politique économique et financière :

« L'histoire financière, en réalité l'histoire tout court, enseigne qu'il n'y a jamais de stabilité durable en dehors d'un équilibre solide des finances publiques. On peut avoir une préférence doctrinale différente, mais en fait l'équilibre des finances publiques coïncide toujours, dans notre pays, avec l'équilibre général de la monnaie et des prix. C'est d'ailleurs cette considération qui explique que le Président de la République lui-même soit intervenu très instamment dans le sens du retour à l'équilibre du budget en 1965. »

« En réalité, l'équilibre du budget de 1965 est double : il y a un équilibre de masses et un équilibre de soldes » (14).

On est donc fondé à se demander si 1965 marque bien le début d'une « ère nouvelle » en matière budgétaire. Après l'équilibre des finances classiques et les longues périodes de déséquilibre qu'a connu le xx^e siècle, un nouvel équilibre apparaît. Mais quel équilibre ?

* *

Il paraît donc nécessaire d'envisager globalement ce principe de retour à l'équilibre, c'est-à-dire les raisons qui ont pu justifier la rupture budgétaire marquée par la loi de finances de 1965, mais aussi les modalités essentielles d'un tel équilibre. Il conviendra également de nous interroger sur les limites qui apparaissent déjà à la lecture des documents budgétaires, mais qui sont évidentes également au travers de la politique dite de débudgétisation.

I. — LE PRINCIPE DU RETOUR A L'EQUILIBRE

§ 1. — LES RAISONS DU RETOUR A L'EQUILIBRE

Nous avons eu l'occasion de vérifier que le retour au principe de l'équilibre budgétaire s'inscrit dans la logique d'une politique économique et financière bien déterminée. Un certain nombre d'éléments se sont cependant révélés décisifs quant au choix opéré en 1965 et, d'abord, la constatation, peu discutable, des dangers de la politique du déficit systématique et de la théorie de l'impasse alors en vigueur.

Mais, l'appréciation de ces dangers et des arguments utilisés pour les souligner conduit à approfondir les options économiques et financières des principaux tenants de ce retour à l'équilibre (au premier rang desquels il faut placer le ministre de l'économie et des finances de l'époque, M. Valéry GISCARD d'ESTAING) et à s'interroger sur la nature du débat entre néo-keynésianisme et néo-libéralisme. L'analyse des raisons qui ont conduit au choix d'une telle politique économique et financière ne serait toutefois pas complète si elle n'englobait pas l'aspect psychologique du phénomène, c'est-à-dire le rôle joué par l'opinion publique, traditionnellement favorable à l'équilibre et les motivations d'ordre politique liées à un tel choix.

1° Les dangers du déficit systématique et de l'impasse

Il y a plusieurs manières d'aborder le problème de l'équilibre budgétaire et, encore aujourd'hui, un certain nombre

d'esprits peu informés ou de personnes versant dans une facile démagogie peuvent ressusciter les vieux arguments de la période libérale qui, malgré la profonde transformation de la situation économique et sociale et le fait que les phénomènes économiques apparaissent sous des formes extrêmement différentes, peuvent encore avoir une certaine portée.

Nous connaissons les arguments du libéralisme classique et l'on a pu retrouver récemment l'argument que tout déficit budgétaire porte en lui l'inflation et, parallèlement, la ruine de la monnaie. Le déséquilibre du budget serait, à terme, la ruine de l'Etat.

Sans doute de telles idées, sous leur expression sommaire tout au moins, ont été réfutées par les théories keynésiennes ; elles ont néanmoins survécu dans nombre de mentalités, et il ne faut point s'étonner de les voir ressurgir ou de constater que d'aucuns n'hésitent pas à s'appuyer sur elles.

Il existe cependant des raisons plus sérieuses qui ont pu conduire à relever les inconvénients d'une application trop mécanique de la notion keynésienne de déficit systématique — et en fait sans doute de la mauvaise compréhension de cette notion. Il apparaît bien, en réalité, que le déficit, fut-il systématique, doit connaître deux formes de limitation, sous peine de faire ressurgir de graves dangers : une limitation dans le temps (la non-permanence du déficit) et une limitation quantitative (le déficit ne doit pas dépasser un certain seuil).

• LA LIMITATION TEMPORELLE DU DEFICIT

Pour KEYNES lui-même, le déficit systématique n'a jamais signifié le déficit à tout prix. La politique dite de déficit systématique a toujours été considérée comme un moyen destiné à remédier à une situation économique de crise, et notamment à rétablir le plein emploi. Ainsi, dans une situation économique marquée par un chômage important, si le déficit budgétaire entraîne l'inflation, cela n'est pas grave, puisque la demande globale sera accrue par l'augmentation de la masse monétaire et que les facteurs de production atteints par la crise pourront fonctionner de nouveau. La politique de déficit systématique ne doit pas continuer au-delà de ce rétablissement de la situation économique. Arguments confirmés par BEVERIDGE pour qui le souci du déficit ne doit commencer que dès lors que le plein emploi productif est réalisé (où ne demeure plus que la réserve incompressible de 3 % de chômeurs). Le déficit sera donc fonction essentiellement de la situation de crise économique, et notamment du chômage existant. On est donc bien loin d'une doctrine exigeant de façon automatique un déséquilibre du budget.

• LA LIMITATION QUANTITATIVE DU DEFICIT

Une critique peut, là encore, être largement émise. La nécessité d'un déséquilibre donne-t-elle droit à n'importe quelle forme de déficit ? Celui-ci ne doit-il pas être tenu dans des normes raisonnables ? La réponse à de telles questions ne semble pas devoir faire de doutes. Le plus difficile étant certainement de fixer un seuil de déséquilibre à ne pas franchir... L'accroissement des dépenses publiques, la création de monnaie, ne doivent pas intervenir hors de proportion des moyens de production inutilisés (capitaux, ouvriers, machines), que l'on désire précisément réintégrer dans le circuit économique. Sans quoi risquerait de ressurgir une inflation qu'il ne serait plus possible de contrôler.

Cet ensemble de considérations justifie la nécessité du refus de s'installer dans un déséquilibre permanent et explique les prises de position hostiles à un tel déséquilibre et à l'impasse budgétaire que la France a connu sans interruption pendant une trentaine d'années. Sans oublier, bien

(14) Valéry Giscard d'ESTAING, Discours de présentation à l'Assemblée Nationale du projet de loi des finances pour 1965 (« J.O. » Assemblée Nationale, Débats, 14 octobre 1964, p. 3190).

entendu, des critiques à caractère plus technique, consistant à regretter que le Trésor se trouve placé en demandeur sur le marché du fait du mécanisme de financement des prêts du Trésor par des ressources monétaires, ou encore consistant à déplorer la nature des prêts financés par l'impasse (de moins en moins d'investissements productifs).

On ne peut, dans ces conditions, que constater le bien fondé de certaines critiques jugeant l'impasse « théorie pernicieuse » (15), encore que M. Edgar FAURE paraît parfois la juger surtout regrettable en raison de ses implications psychologiques tendant à faire de l'impasse « un synonyme frauduleux du déficit » (15) conduisant le public à en déduire « d'abord qu'on le trompe, ensuite que la situation est désespérée » et de citer à l'appui de sa thèse le slogan utilisé pendant la campagne électorale pour les élections législatives du 2 janvier 1956, des mille milliards de déficit (chiffre au demeurant inexact).

Ainsi, la critique de M. Valéry GISCARD d'ESTAING qualifiant de « voie sans issue » le « déséquilibre systématique à moyen terme » (16), et critiquant par là-même certains partisans de KEYNES qui auraient cru trouver chez le grand maître

« un habillage dogmatique pour leur penchant secret au déficit budgétaire » (16).

Or, cette réflexion de l'ancien ministre de l'économie et des finances pose en réalité le problème de la difficulté de cerner ce qui appartient à une critique objective des dangers réels du déficit systématique, de l'impasse à tout prix, et une attitude néo-libérale, utilisant de tels dangers afin de promouvoir une politique économique et financière en réalité très différente des conceptions keynésiennes.

2° M. GISCARD d'ESTAING et la doctrine de l'équilibre budgétaire

Dans beaucoup de jugements relatifs aux théories (ou à la pratique) de M. Valéry GISCARD d'ESTAING revient régulièrement la constatation ou l'accusation de néo-libéralisme. Or, avant de savoir si l'on peut effectivement ranger parmi les néo-libéraux l'actuel Président de la République, il faut bien remarquer que si néo-libéralisme il y a, celui-ci n'est pas, de toute façon, un apport exclusif de M. GISCARD d'ESTAING.

Il y a eu, en vérité, affirmation progressive et continue d'une politique néo-libérale sous la IV^e République, et l'on ne saurait passer sous silence l'influence des idées de M. Jacques RUEFF, surtout pour les premières années du régime né en 1958. C'est en effet un comité présidé par M. RUEFF qui, en 1958, a publié un « rapport sur la situation financière présenté à M. le Ministre des Finances et des Affaires Economiques » (17), qui a dégagé un certain nombre d'idées-force en partie prises en compte par les gouvernants.

On a beaucoup glosé sur les idées développées par le Comité RUEFF (18), mais il apparaît de façon irréfutable que celui-ci a cherché avant tout, dans l'affirmation d'une optique néo-libérale, à éviter ou à rejeter tout concept d'origine keynésienne, ainsi qu'à accorder une grande im-

portance au budget, tout en effectuant des propositions concrètes visant à améliorer la situation financière d'alors (19). L'équilibre budgétaire ainsi obtenu serait l'élément déterminant dans la réalisation d'une politique d'assainissement monétaire conduisant à réussir sur des bases solides l'expansion de l'économie.

S'il existe une cohérence dans la politique menée depuis 1958 et dans les idées-force à la base d'une telle politique, et si M. Valéry GISCARD d'ESTAING rattache son action à ce qu'il est convenu d'appeler le néo-libéralisme, acceptant une intervention de l'Etat là où elle s'avère nécessaire, mais dans la perspective du maintien des principaux équilibres économiques en vue de poursuivre l'expansion, l'ancien ministre des finances ne rejette cependant pas systématiquement, loin s'en faut, l'apport keynésien.

Il s'est longuement expliqué de ses options économiques et plus précisément de ses rapports avec la doctrine keynésienne dans une interview accordée en octobre 1971, un peu plus de deux ans après être revenu au ministère de l'économie et des finances, au journal « L'Expansion ».

Les déclarations du Ministre de l'Economie et des Finances d'alors peuvent paraître tout à fait surprenantes dans la mesure où il semble donner des leçons de keynésianisme à ceux qui ont coutume de se réclamer de KEYNES. Il y affirme que l'équilibre budgétaire qu'il a réussi à promouvoir depuis 1965 n'a rien à voir avec celui des finances classiques et qu'il est par ailleurs depuis longtemps familiarisé avec les doctrines keynésiennes. Selon lui, en réalité, le retour à l'équilibre s'explique parfaitement dans l'optique keynésienne. D'abord

« l'environnement général du problème économique dans les années 1970 est fondamentalement différent de celui des années précédant la seconde guerre mondiale »,

or, celui des années Trente se caractérisait par un sous-emploi accompagné d'une diminution de l'équipement et d'un excès d'épargne.

Au moment où s'exprime M. GISCARD d'ESTAING, la situation est, bien sûr, fondamentalement différente, et nécessite donc des réponses elles aussi différentes. Il n'est pas possible notamment, dans de telles conditions, de continuer dans la voie du déséquilibre systématique — ce que KEYNES n'a, il est vrai, jamais réclamé à n'importe quel prix.

« L'action des finances publiques sur l'économie s'effectue en premier par les différences des soldes budgétaires d'une année sur l'autre. Vouloir soutenir l'expansion constamment par le déficit budgétaire, ce n'est donc pas maintenir un déficit constant, c'est se condamner à un déficit croissant » (20).

Or, l'économie souffrait beaucoup, à cette époque, de l'insuffisance de l'épargne, ce qui conduit à ce que l'Etat lui-même soit facteur d'épargne, d'où le recours à l'équilibre budgétaire.

(15) Edgar FAURE, Le Monde, 3 janvier 1958. « Le problème de l'impasse : les chiffres mystiques ».

(16) Valéry Giscard d'ESTAING, L'Expansion, octobre 1971.

(17) Imprimerie Nationale, Paris 1958.

(18) F. WALTER, « Discussion de la doctrine du Comité RUEFF », Cahiers de l'I.S.E.A., n° 89, juillet 1959.

D. CHABANOL, « Quelques réflexions sur le déficit budgétaire », Problèmes économiques, 6 novembre 1959.

(19) ● Ramener dans l'impasse les dépenses du Titre VIII (opérations de prêts), les prêts à la construction et aux entreprises nationalisées.

● Y ramener de même les recettes affectées à la Caisse Autonome d'Amortissement et les investissements des P.T.T. financés par l'emprunt.

● Distinguer un budget de dépenses et recettes publiques nécessairement équilibré et un budget de prêts rentables, financés par appel à l'épargne. Le volume de ce budget étant fonction de la « situation du marché ».

Les deux premières propositions ont été retenues.

(20) Valéry Giscard d'ESTAING, L'Expansion, octobre 1971.

Un tel équilibre doit s'accompagner d'une vision claire de la politique monétaire à mener, d'autant que les moyens de conduire une politique monétaire se sont considérablement accrus ces dernières années. Il doit aussi et surtout être lié à la politique conjoncturelle car — et ceci paraît s'intégrer parfaitement dans la logique keynésienne — c'est finalement en fonction de la situation de la conjoncture que seront prises les décisions relatives à l'établissement de la structure générale du budget et de ses soldes. Ainsi, selon M. GISCARD d'ESTAING, l'équilibre ne doit pas être un équilibre pour l'équilibre, mais l'affirmation d'une

« rigueur constante dans la gestion des finances de l'Etat, en rejetant délibérément la facilité qui se traduit par des dépenses sans commune mesure avec les ressources de l'Etat et l'alimentation continue de l'inflation par la création monétaire » (21).

Cette profession de foi néo-keynésienne est évidemment du plus haut intérêt sur le plan de la connaissance théorique des idées financières du principal responsable de l'économie française des dix dernières années. Encore faut-il vérifier si, au-delà des déclarations, la politique menée est davantage néo-keynésienne ou néo-libérale et surtout si l'application des idées keynésienne aurait véritablement conduit à la politique menée depuis 1965 (22).

3° Néo-libéralisme ou néo-keynésianisme

Si donc, au terme de certaines de ses déclarations, M. Valéry GISCARD D'ESTAING pourrait apparaître comme relativement fidèle à la pensée de KEYNES, bien d'autres aspects de sa pensée et de son action inscrivent sa politique dans un cadre néo-libéral. Il n'y aurait, pour s'en convaincre, qu'à considérer ses conceptions fondamentales en matière fiscale (23). Mais la matière budgétaire nous fournit elle aussi des indications concluantes. Même si l'on estime que, en 1965, le retour à l'équilibre s'expliquait essentiellement pour des raisons conjoncturelles et ne remettait pas en cause l'héritage keynésien, la signification que l'on a voulu conférer à ce retour à l'équilibre et surtout l'attachement que l'on a paru alors lui manifester, comme s'il n'y avait pas d'autre politique budgétaire possible dans la voie de l'équilibre, peuvent se rattacher à une forme de néo-libéralisme.

On a pu croire à une volonté de retour à la classique orthodoxie financière, d'autant que plusieurs déclarations de M. Valéry GISCARD d'ESTAING (24) allaient dans le sens du dépôt d'un projet de loi organique permettant l'institutionnalisation de l'équilibre budgétaire (ce qui aurait en fait introduit la notion d'équilibre budgétaire dans le bloc de constitutionnalité (24) encore que seul le

« principe de la couverture intégrale des dépenses définitives par des recettes définitives » (25).

c'est-à-dire les opérations au-dessus de la ligne), y aurait été consacré.

Même si ce projet n'a jamais vu le jour et s'il ne prenait en compte que les opérations définitives, et donc réservait la possibilité du recours à l'impasse, le fait même qu'il ait été évoqué montre bien en vérité jusqu'à quel point l'équilibre par principe était recherché, ce qui limite quelque peu la portée des professions de foi néo-keynésiennes de l'ancien ministre de l'Economie et des Finances.

Il conviendrait également de noter dans le même sens — et même si ces remarques connaissent une atténuation préalable évidente du fait de l'importance déterminante des phénomènes conjoncturels — que, au regard tout au moins des lois de finances initiales, c'est bien lorsque M. GISCARD d'ESTAING avait, en tant que ministre de l'Economie et des Finances, la responsabilité de la préparation du budget, que celui-ci s'est trouvé en équilibre, alors que, pour les lois de finances de 1968 et 1969, MM. DEBRE et ORTOLI ont présenté le document budgétaire en déséquilibre (déséquilibre, il est vrai, tout à fait logique, compte tenu de la situation économique). Mais lorsque de nouveau, M. Valéry GISCARD d'ESTAING a eu la responsabilité de la préparation du budget, l'équilibre fut rétabli dans la présentation budgétaire. Et, depuis, quelle que soit la situation économique et financière, la volonté de présenter un budget en équilibre a toujours été affirmée, ce qui, même rectification faite des nécessités de la conjoncture, paraît indiquer un a priori de recherche de l'équilibre que l'on doit plus naturellement ranger dans une optique néo-libérale que néo-keynésienne (26-27).

Nous aurons l'occasion d'examiner ultérieurement les aménagements internes d'un tel équilibre et les implications de la politique de débudgétisation. Mais, on peut d'ores et déjà souligner le caractère néo-libéral d'une semblable politique qui, ayant déjà commencée d'être pratiquée dans les années Cinquante a été recommandée dans le rapport RUEFF (28) (d'inspiration néo-libérale), puis pratiquée de plus en plus largement sous la V^e République.

En effet,

« la débudgétisation correspond bien à une telle démarche (néo-libérale) puisqu'elle repose sur la volonté de désengager l'Etat de l'activité économique afin de permettre un développement de l'initiative privée » (29).

Car même si, en fait, l'initiative privée n'est pas seule bénéficiaire de cette politique de débudgétisation (d'autres organismes ou collectivités publiques prendront la place de l'Etat détaillant), le principe même de la débudgétisation : enlever à l'Etat la responsabilité d'un certain nombre d'investissements, est orienté dans une direction néo-libérale.

(26) Encore que beaucoup d'économistes qui ne peuvent être considérés comme néo-libéraux (J. ATTALI) considèrent qu'une politique keynésienne serait aujourd'hui insuffisante pour faire face à une situation de crise de type nouveau (Stagnation).

(27) Il est à noter que la renonciation, peut-être provisoire, à la présentation équilibrée de la loi de finances initiale correspond à l'arrivée au poste de Premier ministre et comme responsable essentiel de la politique économique et financière de la France, de M. Raymond Barre *. Sans doute, l'actuel Président de la République est-il en accord fondamental avec la politique menée par le Chef du gouvernement ; il n'en demeure pas moins que cette acceptation du déséquilibre porte la marque du Premier ministre et de sa volonté d'établir une plus grande vérité, non seulement dans le domaine des prix et des tarifs publics, mais aussi et peut-être même d'abord, dans le domaine budgétaire.

(*) La première loi de finances initiale présentée en déséquilibre depuis 1969, celle de 1978 a été préparée tout entière sous la responsabilité de M. Barre, ce qui n'était pas le cas de la précédente).

(28) Cf. supra.

(29) J.-P. DUPRAT, La débudgétisation, R.S.F., 1972, p. 123.

(21) Valéry Giscard d'ESTAING, L'Expansion, octobre 1971.

(22) Mise à part l'interruption de trois années (1966-1969) pendant lesquelles M. Giscard d'ESTAING n'a pas eu la responsabilité du ministère de l'économie et des finances.

(23) Cf. notre thèse, « L'évolution de la notion d'impôt », Aix-en-Provence, 1975, pp. 242 et suivantes.

La réforme récente des « plus-values » est trop parcellaire et d'un trop faible rendement pour pouvoir ranger l'actuel Président de la République, sans réticences, parmi les partisans du « réformisme fiscal ».

(24) Valéry Giscard d'ESTAING, séances des 14 octobre et 25 novembre 1964 (« J.O. », Assemblée Nationale, 1964, pp. 3194 et 5636).

Valéry Giscard d'ESTAING, séance du 7 octobre 1965 (« J.O. », Assemblée Nationale 1965, p. 8359).

Cf. Le Monde, 10 mars 1966.

(25) Cf. Cons. Const., 11 août 1960, Taxe radiophonique.

Il n'est pas jusqu'à la nature de certaines réactions ou attitudes vis-à-vis de l'inflation (et des remèdes budgétaires appropriés) qui ne penchent elles aussi vers le néo-libéralisme. On retrouve en effet, bien souvent⁽³⁰⁾ le

« préjugé qui associe systématiquement déficit budgétaire et création de monnaie, celle-ci risquant de compromettre la politique monétaire qui doit être entreprise pour accompagner la croissance » (31),

encore qu'un tel néo-libéralisme ne rejoigne nullement les excès de M. Milton FRIEDMAN (32).

Le caractère en fait néo-libéral des conceptions de M. GISCARD d'ESTAING apparaît plus nettement sitôt que l'on considère les opinions et la pratique de responsables économiques plus authentiquement keynésiens. Telle fut d'ailleurs la signification de l'opposition, à la fin des années soixante, entre MM. GISCARD d'ESTAING et DEBRE. Ce dernier n'hésitant pas à choisir des attitudes keynésiennes dépourvues d'ambiguïtés, notamment lors de la discussion de la loi de finances pour 1968 (33).

Il est vrai que dans toutes ces prises de position de responsables politiques, il aura largement fallu tenir compte de l'opinion publique. C'est tout l'aspect psychologique du phénomène de l'équilibre budgétaire.

4° Equilibre budgétaire et opinion publique

Affirmer les liens existant entre finances publiques et opinion publique peut paraître une évidence dénuée d'intérêt. Il est bien connu en effet que toute politique économique et financière qui ne reposerait pas sur des conceptions bien connues et acceptées par l'opinion publique (ou qui n'arriverait pas à persuader l'opinion qu'elle a intérêt à une telle politique) serait vouée à l'échec, indépendamment de la valeur technique des mesures prises. Ainsi, comme le remarque M. LALUMIERE (34) :

« Sociologiquement, on constate que, dans une société donnée, il existe des croyances financières dont les autorités politiques doivent tenir le plus grand compte. »

Or, il apparaît que les théories keynésiennes, malgré leur relative ancienneté, n'ont pas franchi le cercle étroit des spécialistes et ne sont pas admises, en tant que « croyance collective », par l'opinion publique. C'est pourquoi, tout gouvernement qui, comme le gouvernement français pour la loi de finances de 1965, veut revenir à une politique d'équilibre budgétaire est assuré, dans son action, de la sympathie ou, pour le moins, de la neutralité bienveillante de l'opinion. On peut donc bien parler, concernant l'équilibre budgétaire, et comme le fait M. AMSELEK (35), de

« vertu mystique », voire de « valeur symbolique » pour le grand public. Tandis que de très forts préjugés demeurent ancrés contre le déséquilibre budgétaire.

Les raisons de cette « croyance collective », confirmée par de nombreux sondages effectués dans les années soixante, peuvent se trouver dans la simplicité du thème de l'équilibre, mais aussi dans l'assimilation que l'opinion fait encore entre finances publiques et finances privées. De ce point de vue, les idées dégagées par les financiers classiques ont largement survécu, peut-être parce qu'elles se voulaient l'expression d'une certaine forme de raison et de bon sens.

Ces considérations (l'attachement de l'opinion à l'équilibre budgétaire, mais aussi l'importance de se concilier cette opinion pour mener à bien une politique) expliquent l'attitude du gouvernement français lorsqu'il a décidé de revenir à une politique d'équilibre. L'opinion publique, que l'on pouvait cependant supposer a priori favorable à une telle expérience, a été en quelque sorte « mise en condition » (peut-être craignait-on des critiques visant à faire croire que cette politique d'équilibre aurait conduit à ruiner un autre mythe, celui de l'expansion⁽³⁶⁾ — et n'oublions pas que 1965 était une année de consultation électorale importante (élections présidentielles).

Outre les nombreuses explications des responsables gouvernementaux, et notamment du principal intéressé, le ministre des finances, des moyens d'information (ou de persuasion) inhabituels furent utilisés. Ce fut ainsi⁽³⁷⁾ que plusieurs quotidiens furent amenés à publier un placard publicitaire faisant figurer une pièce de monnaie (avec la Semeuse), accompagnée de la légende suivante :

*« 1965 :
Budget en équilibre.
Ministère des finances et des affaires économiques ».*

Comme a pu le souligner M. AMSELEK, c'était

« la première fois qu'un ministre des finances faisait ainsi de la publicité pour un budget » (38) (39).

Un autre exemple que des responsables politiques peuvent avoir de l'attachement de l'opinion à la règle de l'équilibre, ressort de l'étude approfondie des thèmes de la campagne électorale pour les élections présidentielles de 1974⁽⁴⁰⁾. Ainsi, un des arguments essentiels, en matière économique, de M. GISCARD d'ESTAING, est que le programme du candidat de la gauche doit conduire à la désorganisation de l'économie du fait des nationalisations et du déficit budgétaire. Le terme de déficit budgétaire, lié au programme de leader socialiste, est cité dix fois par M. GISCARD d'ESTAING dans le débat télévisé qui l'opposa, entre les deux tours de scrutin, à M. MITTERAND (41).

(30) Valéry Giscard d'ESTAING :

- Exposé devant la Commission des Comptes et du Budget économique de la nation, 4 juin 1971. Notes bleues. 6-7-4 ter.
- Interview, L'Expansion, octobre 1971.

(31) J.-P. DUPRAT, La débudgétisation, art. cité, p. 120.

(32) M. FRIEDMAN, Capitalisme et Liberté, R. Laffont, 1971.

(33) « Mais il y a d'autres périodes où, au contraire, la vie économique ralentit... et où il importe d'établir simplement un équilibre de budget ordinaire en faisant « au-dessous de la ligne » — non pas de façon irraisonnée, mais dans des conditions qu'il faut toujours dominer en ce qui concerne la stabilité de la monnaie ou l'équilibre de la balance des paiements — une part à des ressources de trésorerie à long ou à moyen terme, pour soutenir ou pour relancer l'expansion, le cas échéant, comme cela s'est produit en France en d'autres temps et comme d'autres pays le font en ce moment ».

M. DEBRE (« J.O. » Assemblée Nationale, 29 juin 1967, p. 2.380).

(34) P. LALUMIERE, La croyance en l'orthodoxie financière a des racines profondes, Le Monde, 24-25 octobre 1965.

(35) AMSELEK, Le budget de l'Etat sous la V^e République op. cit., p. 136.

(36) Cf. la critique de MM. ABELIN (« J.O. » Assemblée Nationale, p. 3229) et PELLENC (« J.O. » Sénat 1964, p. 1403).

(37) Cf. Le Monde, 13 janvier 1965.

(38) AMSELEK, op. cit., p. 136 (note 164).

(39) Cf. COTTERET, EMERI, GERSTLE, MOREAU - Giscard d'ESTAING-MITTERAND : 54774 mots pour convaincre, P.U.F., 1976.

(40) L'attention portée à l'opinion publique se retrouve dans le discours de présentation de la loi de finances pour 1965 à l'Assemblée Nationale, par M. Giscard d'ESTAING.

« 1965 : Budget en équilibre. C'est, je pense, l'essentiel de ce que l'opinion publique retiendra de nos « débats ». Séance du 14 octobre 1964 (« J.O. », Assemblée Nationale 1964, p. 3185).

(41) Ce qui signifie qu'au cours de ce débat, en matière économique et financière, le terme de déficit budgétaire fut le plus utilisé (10 fois), contre :

- Dépenses 5 fois
- Blocage des prix 4 fois
- Contrôle des charges 2 fois
- Perte des recettes fiscales .. 2 fois, etc...

La connaissance de l'opinion publique en matière budgétaire et le rôle qu'on cherchera à lui faire jouer nous conduisent donc à pleinement apprécier l'incidence politique du lien équilibre budgétaire ↔ opinion publique (42). Soit que l'aspect politique se cantonne à l'action purement politicienne (arguments de campagne électorale), soit qu'il s'agisse de la politique au sens plus noble du terme (43), une politique d'équilibre budgétaire pouvant notamment donner un bon exemple de rigueur financière.

« En avançant les notions d'ordre et de solidité dans la gestion financière, il y a peut-être une chance d'amener à la modération — indirectement, c'est-à-dire par la pression de l'opinion publique — les groupes d'intérêts qui plaident souvent pour une politique financière expansionniste et pour un relâchement de la discipline budgétaire » (44).

Des raisons tenant à la prise en compte de l'opinion publique et, par extension, des raisons d'ordre politique, peuvent donc, elles aussi, contribuer au retour à une politique d'équilibre budgétaire.

* *

Les raisons qui expliquent le choix d'une politique d'équilibre budgétaire sont donc multiples et variées : analyse des dangers du déficit, conceptions financières de Valéry GISCARD d'ESTAING, néo-libéralisme (ou néo keynésianisme), état de l'opinion publique. Or, si de telles raisons ont pu jouer un rôle déterminant, il faut peut-être éviter de céder à la tentation de tout vouloir ranger dans des catégories théoriques trop rigides. Sans doute, l'actuel Président de la République, malgré ce que l'on a pu croire (ou feint de croire) trop longtemps, est guidé en matière économique et financière par un certain nombre d'idées-force (45). Il nous faut cependant souligner le caractère éminemment pragmatique de sa politique (comme de celle de la plupart des financiers) et bien garder à l'esprit que les données de la conjoncture, la situation économique et sociale peuvent, elles aussi, jouer un rôle important, sinon déterminant, dans le choix d'une politique budgétaire. Il y avait indiscutablement, en 1965, volonté de revenir à l'équilibre budgétaire, et on en a pris les moyens. Toutefois, il a été possible de le réaliser, pour une large part, parce que la situation économique le permettait (on a même dit : l'exigeait). Le possible, surtout pour un ministre des finances, étant le plus souvent prioritaire par rapport au souhaitable. La permanence d'un tel pragmatisme en matière de choix budgétaire ne doit en fait jamais être perdue de vue.

§ 2. — LES MODALITÉS DE L'ÉQUILIBRE

Les raisons qui ont conduit au retour à l'équilibre examinées, il convient de vérifier dans quelle mesure cet équilibre s'est trouvé effectivement consacré, au moins au

niveau des lois de finances initiales (ce sont elles qui comptent au regard de l'opinion publique). Mais il nous paraît nécessaire, auparavant, d'insister sur le fait que la volonté de revenir à l'équilibre a pu bénéficier de dispositions constitutionnelles ou organiques.

1° Les moyens constitutionnels ou organiques de l'équilibre

Il s'agit là d'un point trop souvent négligé par la doctrine, alors que son importance, sans être déterminante, est réelle. Sans doute ce manque de curiosité provient-il de ce qu'il ne s'agit pas là d'une raison expliquant le recours à l'équilibre budgétaire, mais d'un moyen de parvenir plus aisément à un tel équilibre.

On se contente en général de citer certains exemples étrangers (Allemagne fédérale, Italie) qui paraissent intéressants — pour limiter aussitôt la portée de l'exemple donné — et l'on omet de souligner dans quelle mesure l'équilibre budgétaire obtenu en France depuis 1965 a pu bénéficier de certaines dispositions de la Constitution de 1958 ou de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959.

— L'exemple allemand est, il est vrai, fortement intéressant. C'est la loi fondamentale du 23 mai 1949 de la République Fédérale Allemande qui prévoit et impose, dans son article 110, alinéa 1, la règle de l'équilibre budgétaire :

« Toutes les recettes et dépenses de la Fédération doivent être inscrites dans le Budget... Les recettes et les dépenses du Budget doivent s'équilibrer. »

Or, une telle disposition est sans doute trop rigide pour être totalement efficace. La Constitution est vague et ne définit pas ce que l'on peut entendre par recettes et dépenses. On doit donc plutôt l'interpréter comme une recommandation de pratiquer une gestion comptable raisonnable,

« insérée dans la Constitution principalement pour obliger le gouvernement à fournir des renseignements complets sur ses intentions concernant les méthodes de financement » (46) (47).

En outre, la Constitution elle-même prévoit la possibilité d'une exception à ce principe dans son article 114, alinéa 1 :

« Le montant des emprunts ne doit pas dépasser le montant des crédits d'investissements prévus au budget ; des exceptions à cette règle ne sont permises que pour rétablir l'équilibre économique général. »

Ce qui semble indiquer que, toutes les fois que le rétablissement de la situation économique l'exigera, on pourra recourir au déficit budgétaire et, de fait, le budget de la République Fédérale d'Allemagne a souvent été établi en déficit.

— Dans le même sens, certaines dispositions de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 ont pu être interprétées (48) comme favorisant une politique d'équilibre budgétaire, son article 81, alinéas 3 et 4 disposant :

(42) Des déclarations comme celle de M. PAPON, rapporteur général du Budget à l'Assemblée Nationale, le montrent. « L'addition est très lourde pour les budgets de nos principaux partenaires. Le déficit pourrait atteindre, en 1975, quelque 223 milliards de francs pour les U.S.A., 140 milliards de francs pour l'Allemagne Fédérale, 65 milliards de francs pour la Grande-Bretagne, 74 milliards de francs pour l'Italie. Seule, la France, enviée par ses voisins, présente un budget en équilibre... Il s'agit d'une satisfaction qui flatte notre amour-propre ». Assemblée Nationale, 21 octobre 1975, « J.O. », Assemblée Nationale, 1975, p. 7136.

(43) « L'équilibre des charges et des ressources budgétaires doit être non seulement une règle de bonne gestion administrative, mais constituée un impératif politique. Cet équilibre favorise en effet la croissance d'une économie dynamique ». R. BOUJIN, Secrétaire d'Etat du budget, Le Monde, 18 janvier 1957.

(44) G. SCHMOLDERS, Psychologie des finances et de l'impôt, Coll. Sup. P.U.F., 1973, p. 269.

(45) Cf. notamment ses déclarations à L'Express, 9-15 décembre 1968, et à L'Expansion, octobre 1976.

(46) Bent HANSEN, La politique budgétaire dans sept pays (1955-1965), O.C.D.E. 1967, p. 251.

(47) Ces règles s'appliquent au « Budget ordinaire » et au « Budget extraordinaire ». « Il semble donc qu'en demandant un budget équilibré, la Constitution exige simplement l'égalité des dépenses totales et des recettes courantes plus l'emprunt. Par ailleurs, le montant de l'emprunt ne doit pas dépasser les dépenses à des fins productives ». Bent HANSEN, op. cit., p. 252.

(48) Cf. Bent HANSEN, op. cit., p. 324.

« Par la loi d'approbation du budget, il ne peut être décidé de nouveaux impôts et de nouvelles dépenses.

« Toute autre loi comportant des dépenses nouvelles ou accrues doit indiquer les moyens d'y faire face. »

En réalité, la Constitution italienne est beaucoup plus imprécise que la Constitution allemande et ne parle pas expressément d'équilibre. Ces dispositions ont pour objet de freiner les propositions de dépenses aventureuses ou peu réfléchies que, d'ailleurs, elles n'ont pu empêcher, loin s'en faut.

— Sur le plan des textes (constitutionnels ou organiques) la France se rapproche davantage de l'Italie que de l'Allemagne Fédérale, puisque ces textes ne prévoient pas d'équilibre, mais disposent d'un certain nombre de règles susceptibles de rendre cet équilibre plus facile à atteindre.

La Constitution de 1958, en effet, ne fait nulle référence à l'équilibre budgétaire et l'ordonnance du 2 janvier 1959 n'évoque, nous l'avons vu, que l'équilibre plus large de l'économie. Et nous savons que les projets visant à inscrire l'exigence de l'équilibre dans une loi organique ont été abandonnés après avoir donné l'impression de devoir être adoptés⁽⁴⁹⁾. Il faut néanmoins relever l'importance de certaines dispositions constitutionnelles ou organiques destinées à limiter les prérogatives des parlementaires et qui sont en fait d'un précieux secours pour tout gouvernement désireux de faire voter la loi de finances en équilibre. Ainsi, un budget préparé en équilibre pourra être maintenu tel par le jeu de l'article 40 de la constitution et de l'article 42 de l'ordonnance organique de 1959. Ces articles sont trop connus pour qu'il soit nécessaire d'y insister. Il suffisait simplement de remarquer de quelle aide précieuse ils pouvaient être pour éviter que certaines dépenses supplémentaires ou certaines diminutions de recettes ne conduisent à déséquilibrer le budget. Les autres éléments de la discussion budgétaire peuvent, eux aussi, dans une certaine mesure, favoriser l'équilibre en diminuant la marge d'action des parlementaires : le vote de la loi de finances par grandes unités (et notamment l'existence d'un vote unique pour les services votés, ainsi que l'abandon du vote chapitre par chapitre), voire même le délai limite de soixante-dix jours⁽⁵¹⁾ qui conduit lui aussi à aliéner la marge de manœuvre du Parlement. L'équilibre est également très largement facilité par la diminution considérable des pouvoirs de la commission des finances de l'Assemblée Nationale. Sous la IV^e République, en effet, le projet de loi de finances qui venait en discussion était en réalité le contre-projet de la commission des finances, alors que c'est bien maintenant sur le projet gouvernemental que le Parlement est amené à délibérer. Un ministre de l'économie et des finances qui est parvenu à établir et présenter un budget en équilibre aura donc au moins l'assurance que les parlementaires vont discuter ce projet, ce qui est déjà une garantie importante lorsque l'on a pour objectif l'équilibre budgétaire.

(49) Cf. supra.

(50) Constitution de 1958, article 40. « Les propositions et amendements formulés par les membres du parlement ne sont pas recevables alors que leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ». Ordonnance du 2 janvier 1959, article 42.

« Aucun article additionnel, aucun amendement à un projet de loi de finances ne peut être présenté, sauf s'il tend à supprimer ou à réduire effectivement une dépense, à créer ou à accroître une recette, ou à assurer le contrôle des dépenses publiques ».

(51) Constitution de 1958, art. 47.

2^e L'équilibre au niveau des lois de finances initiales

« 1965 : budget en équilibre... Ce sera, je crois, la place que l'année 1965 occupera dans l'histoire financière de notre pays » (52).

Cette phrase, prononcée par le ministre des finances de l'époque, M. GISCARD d'ESTAING, ne pouvait que se vouloir, par sa solennité, le début d'une « ère nouvelle » dans l'histoire budgétaire française. Et si l'on regarde les lois de finances initiales votées par le Parlement depuis 1964⁽⁵³⁾, on ne peut que constater que, sauf exception, le principe de l'équilibre (matérialisé en réalité par de légers excédents) y a été scrupuleusement respecté.

Le tableau des soldes prévisionnels des lois de finances initiales le montre bien — nous avons fait débiter ce tableau à la loi de finances initiale de 1957 de manière à avoir une vision plus large de l'évolution de l'impasse vers l'équilibre, partant des derniers budgets de la IV^e République pour en arriver à la loi de finances pour 1978.

Tableau des soldes prévisionnels des lois de finances initiales de 1957 à 1978 (en millions de francs) (54)

Années	Soldes prévisionnels	
	Impasses	Excédents
1957	10.488	—
1958	5.995	—
1959	5.870	—
1960	6.233	—
1961	6.857	—
1962	7.060	—
1963	6.968	—
1964	4.734	—
1965	—	12
1966	—	6
1967	—	3
1968	1.941	—
1969	6.354	—
1970	—	5
1971	—	2
1972	—	1
1973	—	3
1974	—	846
1975	—	320
1976	—	7
1977	—	5
1978	8.914	—

On s'aperçoit, à la lecture de ce tableau, que l'impasse, après avoir été diminuée de près de moitié de 1957 à 1958 (de 10.488 à 5.995 millions de francs) s'est maintenue jusqu'en 1964 entre un maximum de 7.060 millions de francs pour 1962 et un minimum de 4.734 millions de francs pour 1964. Ces variations de chiffres correspondent aux changements de la situation économique, le plan de stabilisation de 1963 imposant notamment un effort de rigueur budgétaire pour 1964.

Cependant l'impasse était encore forte, d'où le caractère brutal de la rupture de 1965 et la valeur que l'on peut accorder aux 12 millions de francs d'excédents. Il faut également noter que, de 1965 à 1967, puis de 1970 à 1973,

(52) V. Giscard d'ESTAING (« J.O. » Ass. Nat., 1964, p. 3186).

(53) Pour 1965.

(54) Sources : « J.O. », Service de l'information du ministre de l'économie et des finances.

ainsi qu'en 1976 et 1977, c'est-à-dire pour six lois de finances initiales, l'excédent a été si faible (de 1 à 12 millions de francs) que le terme d'équilibre revêt alors sa signification. Le caractère plus marqué des excédents de 1974 à 1975 s'expliquant notamment par la situation économique (volonté de freiner l'inflation et recettes fiscales accrues en raison de cette même inflation).

Demeure l'exception des années 1968-1969. Ici encore, une explication à caractère économique peut être avancée (et fut alors développée, notamment par M. Michel DEBRE, ministre des finances). Elle consistait dans la volonté de « soutenir » ou de « relancer » l'expansion, en injectant dans le circuit économique, par un déséquilibre budgétaire approprié, les moyens d'une telle relance, à la différence de la situation qui prévalait dans les années 1964-1965, où il était nécessaire de remédier à la surchauffe de l'économie et à l'inflation qui menaçait.

La situation économique n'explique pourtant pas tout, et l'on doit relever que, depuis 1965 et jusqu'à l'arrivée de M. Raymond BARRE au affaires gouvernementales, les seuls ministres des finances autres que M. GISCARD d'ESTAING à avoir eu la responsabilité de présenter un projet de loi de finances (MM. DEBRE et ORTOLI) l'ont établi en déséquilibre⁽⁵⁵⁾. Depuis son élection à la présidence de la République, en mai 1974, M. GISCARD d'ESTAING a bien été remplacé aux finances par M. Jean-Pierre FOURCADE, mais ce dernier n'a jamais développé, en matière financière, des idées différentes de celles de son prédécesseur.

On mesure donc bien à quel point, outre la situation économique, les conceptions budgétaires de M. GISCARD d'ESTAING⁽⁵⁶⁾ ont pu avoir une influence déterminante sur le retour et la permanence de l'équilibre.

**

La vision de ce que représente l'équilibre budgétaire ne saurait cependant être que très partielle si l'on se contentait de connaître les idées financières dominantes et si l'on se contentait de lire les lois de finances initiales. Pour être complète, une étude de l'équilibre budgétaire doit également prendre en compte les autres lois de finances (rectificatives et surtout, lois de règlement, mais aussi vérifier si des artifices de présentation n'ont pas permis d'éliminer du document budgétaire des charges qui auraient conduit à déséquilibrer le budget (procédé de la débudgétisation). C'est tout le problème des limites du retour à l'équilibre amorcé en 1965.

II. — LES LIMITES DU RETOUR A L'EQUILIBRE

Il existe en effet deux méthodes permettant de cerner le problème de l'équilibre et les limites du retour à l'équilibre :

- apprécier dans quelle mesure cet équilibre est, ou n'est pas, réalisé dans le cadre des lois de finances (en y envisageant les trois formes de lois de finances) ;
- aller au-delà des documents budgétaires pour y prendre également en considération ce qui n'y figure pas (et qui pourrait y figurer). Donc analyser jusqu'à quel point le phénomène de la débudgétisation apporte une limite au retour à l'équilibre.

Il n'est pas possible de traiter convenablement de l'équilibre sans vérifier la complémentarité de ces deux méthodes et seul leur examen successif permettra de dégager la

réalité des limites fixées à l'équilibre. Le retour à l'équilibre et les limites de ce retour ne se séparant pas de la politique économique et financière vue sous un angle plus global, il conviendra donc, en fin de compte, d'évoquer à la fois le caractère artificiel et les dangers que peut représenter l'équilibre revendiqué depuis 1965, expliquant très largement le retour de l'impasse avec la loi de finances pour 1978.

§ 1. — LES LIMITES APPARUES DANS LES DOCUMENTS BUDGETAIRES

L'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances prévoit trois sortes de lois de finances : lois de finances initiales, lois de finances rectificatives et lois de règlement⁽⁵⁷⁾. Le règle de l'équilibre a-t-elle été respectée pour chacune de ces lois de finances ?

1° L'équilibre dans les lois de finances initiales

Nous savons que dans les lois de finances initiales, de 1965 à 1977, l'équilibre a toujours été respecté, à deux exceptions près, celles des lois de finances de 1968 et 1969, avec un solde négatif se chiffrant respectivement à 1.941 et 6.354 millions de francs. Et encore l'impasse prévue était relativement modérée pour 1968 (comparativement aux chiffres antérieurs à 1965) et elle n'atteignait les normes habituelles d'avant le retour à l'équilibre que pour le budget de 1969. Mais nous savons qu'il s'agissait là d'une année tout à fait exceptionnelle dans le domaine économique et financier (et que de plus, le ministre des finances du moment n'avait pas, quant à lui, le culte de l'équilibre). On doit donc en conclure au caractère très relatif des limites au retour à l'équilibre budgétaire dans le cadre restreint des lois de finances initiales. C'est donc ailleurs, et dans les autres types de lois de finances qu'il faut rechercher un caractère plus effectif à de telles limites.

2° L'équilibre dans les lois de finances rectificatives et les lois de règlement

On a pu lire que :

« La notion d'équilibre budgétaire suppose que l'exécution ex-post est en tout point conforme aux prévisions ex-ante, pendant toute une année et en tout temps, indépendamment de l'état de la conjoncture » (58).

Or, le budget considéré ex-post est rarement identique au budget considéré ex-ante. Il ne s'agit pas là, en réalité d'un problème nouveau, même si les causes du phénomène sont diversifiées. Si l'on part en effet d'un budget voté en équilibre et si un découvert est enregistré en fin d'exercice, deux raisons essentielles peuvent être invoquées :

- Une raison d'ordre conjoncturel. Le revenu national a tendu à diminuer au cours de l'exercice : les dépenses demeurent identiques, mais il n'est pas possible de maintenir la pression fiscale au niveau initialement prévu. D'où un déséquilibre, lié à des phases imprévisibles (ou mal prévues) de récession économique.
- Une raison d'ordre structurel. On peut se trouver dans une situation durable de déséquilibre, les recettes ne pouvant parvenir au niveau des dépenses. Et, malgré cela, les responsables économiques et financiers peuvent s'acharner à vouloir présenter un budget en équilibre tout en sachant pertinemment que son exécution laissera apparaître un découvert (une telle « préméditation » peut déjà se rencontrer dans la première

(55) M. Maurice COUVE de MURVILLE n'a été ministre des finances que pendant quelques semaines, en 1968, et n'a pas eu à défendre un projet de loi de finances devant le Parlement.

(56) Cf. supra.

(57) Ordonnance du 2 janvier 1959, article 2.

(58) MAKALOU O., L'équilibre budgétaire dans les pays en voie de développement, F. Maspéro, 1970, p. 52.

hypothèse, mais elle est tout de même beaucoup plus excusable, étant donné la part d'incertitude inhérente à tous les phénomènes conjoncturels).

Mais, quoi qu'il en soit, pour reprendre les analyses du doyen BARRERE⁽⁵⁹⁾, alors que, s'il y a déficit ex-ante, celui-ci est « accepté », le déficit ex-post est, quant à lui, « subi », pour une cause conjoncturelle ou structurelle. L'examen des budgets ex-post, par rapport aux prévisions initiales, laisse apparaître que le plus souvent un équilibre prévisionnel se soldait au bout du compte par un découvert. Et ce, même pendant la période des finances classiques où l'équilibre était considéré comme une exigence sacro-sainte. On a ainsi pu citer⁽⁶⁰⁾, mais l'exemple n'est pas unique, loin s'en faut, le cas de l'exercice de 1841 (année dépourvue de crise) où un découvert de l'ordre de 19 millions de francs fit son apparition en cours d'exercice. Un tel phénomène faisait écrire à Paul LEROY-BEAULIEU que « presque tous les budgets se soldent en déficit »⁽⁶¹⁾. Le phénomène fut particulièrement sensible de 1890 à 1914 où, alors que tous les budgets avaient été présentés et votés en équilibre, presque tous ont été exécutés avec un découvert. Le phénomène constaté en France se retrouvant à peu près dans des conditions identiques dans les principaux pays industrialisés de cette période (Grande-Bretagne, Etats-Unis d'Amérique, Allemagne).

Ces constatations préalables sur les difficultés de parvenir à confirmer par l'exécution du budget l'équilibre initialement prévu, peuvent expliquer, sinon justifier, le fait que depuis 1965, un phénomène identique a souvent pu être constaté.

En effet, si, dépassant l'examen des lois de finances initiales, on s'intéresse aux résultats d'exécution des différentes lois de finances, consignés dans les lois de règlement, on est conduit à constater que les manquements à l'équilibre perdent leur caractère exceptionnel.

Alors que, de 1965 à 1977, deux lois de finances seulement ont été votées avec une impasse (1968 et 1969), les lois de règlement laissent apparaître huit découverts (et encore la loi de finances pour 1977, votée en équilibre et exécutée avec un important découvert de l'ordre de 16 milliards de francs, n'y figure pas, puisque la dernière loi de règlement adoptée jusqu'à ce jour est celle de l'exercice 1976)⁽⁶²⁾.

De la même manière que pour les lois de finances initiales, nous faisons figurer dans le tableau qui suit les lois de règlement envisagées à partir de l'année 1957 de façon à pouvoir considérer découverts et excédents des résultats d'exécution pour une période suffisamment significative.

(59) A. BARRERE, *Economie financière*, 2^e édition, Dalloz 1971, p. 368.

(60) P.-M. GAUDEMET, *Finances publiques, Politique financière, Budget et Trésor*, Ed. Montchrestion, 1974, p. 266.

(61) P. LEROY-BEAULIEU, *Traité de la Science des Finances*, Tome II, op. cit., p. 105.

(62) Il est à noter — et ce phénomène ne sera pas sans incidences sur la loi de finances pour 1978 — que de nombreuses rectifications ont rendu difficile le fait de suivre l'évolution de ce budget 1977. Parti d'un excédent symbolique de 5 millions de francs en décembre 1976, il ne reflétait plus la réalité, selon M. Barre, dès avril 1977, d'où une première loi de finances rectificative prévoyant 19,5 milliards de francs de charges nouvelles et 9,25 milliards de francs de ressources nouvelles, soit un déficit prévisionnel de 10 milliards. Puis, les incidences de ce que l'on a appelé le « Plan Barre bis » (3,3 milliards de francs de dépenses nouvelles, incomplètement couvertes) devait conduire à un nouveau déficit prévisionnel de 12,85 milliards de francs, ce qui finit par amener, en fin d'exercice, par un dernier collectif budgétaire, à un déséquilibre de 16 milliards de francs (15,8).

Tableau des résultats d'exécution des lois de règlement de 1957 à 1976 (en millions de francs)⁽⁶³⁾ ⁽⁶⁴⁾

Année	Résultats d'exécution
1957	— 11.680
1958	— 5.070
1959	— 6.550
1960	— 4.679
1961	— 4.842
1962	— 7.191
1963	— 6.640
1964	— 870
1965	— 253
1966	— 4.180
1967	— 6.535
1968	— 11.525
1969	— 1.480
1970	+ 460
1971	— 1.867
1972	+ 1.767
1973	+ 4.840
1974	+ 5.780
1975	— 37.780
1976	— 17.170

La lecture et l'analyse de ce tableau laissent apparaître (en comparaison avec le tableau retraçant les soldes prévisionnels des lois de finances initiales) que rares sont les exemples de coïncidences, même relatives, entre lois de finances initiales et lois de règlement. En conséquence, bien souvent, présenter un budget en équilibre ne préjuge nullement la manière dont ce budget sera exécuté, et l'on peut même considérer, devant la multiplication des exemples, que des budgets sont artificiellement présentés en équilibre alors que les responsables de la préparation de ces budgets savaient pertinemment qu'ils ne pourraient être exécutés ainsi. L'influence de la conjoncture qui ressort également de la lecture du tableau et de la connaissance des phénomènes économiques, financiers et politiques de la période étudiée, n'atténue que partiellement l'impression d'artifice que laissent les budgets votés en équilibre pour se voir exécuter avec un découvert parfois important.

Cette influence de la conjoncture est évidente : le découvert record de l'année 1957 s'explique par exemple par la gravité de la guerre d'Algérie et la crise de la balance des paiements, ou celui très important de 1962 s'explique notamment par le retour massif des rapatriés d'Algérie et des tendances inflationnistes qui en avaient découlé. Mais, a contrario, les effets du plan de stabilisation justifiaient la diminution considérable du découvert (moins de un milliard de francs). Si le découvert est encore important pour les années 1966 et 1967, bien que les lois de finances initiales aient été adoptées en équilibre, les raisons de conjoncture ont pu en être trouvées :

« La dégradation du solde budgétaire se trouve justifiée par une très grande mollesse de la conjoncture économique en raison d'une récession mondiale »⁽⁶⁵⁾.

(63) Sources : « J. O. », Service de l'information du ministère de l'économie et des finances.

(64) Il est à noter, avant confirmation par une loi de règlement, que le découvert envisagé pour 1977 se solda à 19.437 millions de francs et que celui prévu pour 1978 se monterait à environ 27.000 millions de francs. Cf. *Le Monde*, 8 septembre 1978.

(65) R. de LA GENIERE, *Le Budget*, Fondation Nationale de Sciences Politiques, 1976, p. 173.

On pouvait néanmoins se demander, à propos de ces deux années, si les raisons de l'équilibre initial n'étaient pas plus politiques qu'économiques ou financières et n'avaient pas surtout un objectif d'ordre psychologique, compte tenu du fait que l'on pouvait bien prévoir que la situation économique conduirait inévitablement au découvert après exécution de la loi de finances.

Par la suite sans doute, le découvert de l'année 1968 peut s'expliquer très largement par les événements du mois de mai et par la politique économique et financière qui en est résultée (et que bien sûr on ne pouvait prévoir lors de la préparation du budget, d'ailleurs déjà voté en déséquilibre). Et c'est le redressement de la situation qui explique à son tour l'excédent de 1970. De même que le découvert de 1971 a été justifié par le redémarrage de l'activité économique (66) après le redressement un peu trop rude des deux années précédentes. Mais comme une telle relance pouvait être prévisible — et était d'ailleurs prévue — on est également fondé à s'interroger sur la signification de l'équilibre initial (on peut faire, à plus forte raison, une semblable remarque pour l'année 1975).

Les années 1972 à 1974 marquent la réapparition de l'excédent que l'inflation plus forte que prévue (mais celle-ci n'a-t-elle pas été consciemment sous-estimée ?) a nettement favorisé, car elle entraînait un supplément de rentrées fiscales, grâce notamment à un impôt aussi sensible à la conjoncture que la T.V.A.

La conjoncture modifie donc, c'est l'évidence, les prévisions initiales. On peut toutefois se poser la question de savoir pourquoi, alors que des années 1957 à 1964, l'impasse étant la règle, les prévisions étaient généralement proches du résultat d'exécution (les exceptions les plus notables étant celles des années 1960, 1961 et surtout 1964) à partir de 1965 où il y a eu un effort pour présenter la loi de finances initiale en équilibre, ce sont les prévisions correctes qui ont été l'exception. L'évolution de la conjoncture ne semble donc pas devoir tout expliquer et cette constatation contribue à souligner le caractère quelque peu artificiel de l'équilibre initialement obtenu — le fait même que cet équilibre ait été établi d'extrême justesse (de 1965 à 1967, de 1970 à 1973 et en 1976) va dans le sens d'un effort, voire d'un artifice de présentation. Cet artifice ressort bien de la pratique qui consiste à faire intervenir après le vote de la loi de finances initiale certaines opérations de comptes spéciaux du trésor, tel en 1965 le décret d'avance ratifié par une loi de finances rectificative et qui a ouvert un crédit supplémentaire d'un milliard de francs au F.D.E.S. en contrepartie de l'emprunt émis en octobre de la même année (la même pratique étant intervenue en 1966 pour un emprunt de 1,5 milliard de francs). Ce qui faisait dire à M. Louis VALLON, rapporteur général du budget :

« Une pratique semble donc s'instaurer, inscrire au F.D.E.S. sans autorisation parlementaire préalable et en dehors de l'équilibre budgétaire de la loi de finances, des dotations financées par l'emprunt ; elle rappelle la procédure du budget extraordinaire d'avant 1935. L'équilibre prévisionnel du budget perd dans ces conditions une part de sa signification » (67).

Ces conclusions ne peuvent qu'être confirmées par les lois de finances pour 1975 (et même si la loi de règlement de cette année-là ne sera vraisemblablement votée qu'au printemps 1977). En effet, si la loi de finances initiale pour

1975 a été votée avec un léger excédent (320 millions de francs), les événements économiques, et principalement le plan de relance de l'automne 1975, ont conduit à l'adoption de loi de finances rectificative instituant un découvert considérable, de l'ordre de 40 milliards de francs, se montant à environ 3 % de la production intérieure brute.

Or, dans le même temps où le ministre de l'économie et des finances, M. Jean-Pierre FOURCADE, constatait la nécessité d'un tel découvert (et prévoyait son mode de financement par l'émission de bons du trésor), il affirmait que les mesures prévues au plan de relance, de par leur nature, ne compromettraient pas la présentation de la loi de finances pour 1976 en équilibre, quitte à demander un « léger effort fiscal » pour parvenir à un tel équilibre (68).

* *

Ainsi l'équilibre si souvent proclamé et effectivement obtenu dans les lois de finances initiales montre-t-il d'importantes limites lors de l'examen de l'ensemble des documents budgétaires. Ce phénomène jette bien un jour nouveau sur la signification du retour à l'équilibre en limitant la portée d'un tel retour. D'autant que les limitations dues à la débudgétisation s'ajoutent à celles ressortant de l'étude des documents budgétaires.

§ 2. — LA DEBUDGETISATION

Le procédé que l'on qualifie de débudgétisation a été fréquemment évoqué, le plus souvent dans un sens critique, ces dernières années (69). Mais l'évocation des principales activités « débudgétisées » doit s'accompagner de l'évocation de la budgétisation des comptes spéciaux du trésor, susceptible d'atténuer quelque peu l'impression laissée par le premier phénomène.

1. La débudgétisation

La débudgétisation peut se définir comme le procédé consistant à mettre à la charge d'autres organismes ou d'autres collectivités, des dépenses qui auraient dû figurer dans la loi de finances de l'Etat (et qui avaient pu y figurer à certaines périodes de l'histoire budgétaire).

On saisit tout de suite l'intérêt qu'elle peut revêtir à la fois dans une optique d'équilibre budgétaire (facilité par la suppression, ou plutôt par le transfert d'un certain nombre de dépenses) et dans une optique néo-libérale d'un désengagement des activités étatiques au profit d'autres activités (y compris d'ordre privé).

C'est d'ailleurs vers le début des années cinquante avec la venue au pouvoir de gouvernements de centre-droit (A. PINAY, E. FAURE) qu'est née la politique dite de débud-

(68) « Le programme de développement correspond à une situation précise et temporaire. Il ne doit pas affecter les budgets des exercices suivants :

- Il ne contient pas de mesures répétitives. Les investissements correspondent à des programmes précis, et les versements au titre d'aide à la consommation ont un caractère exceptionnel.

- Les opérations retenues ont été choisies parce qu'elles pouvaient être engagées rapidement et leur montant a été provisionné, non seulement en autorisations de programme, mais également en crédits de paiement.

Ces opérations ont été dotées en totalité et le montant qui est indiqué au Parlement correspond au coût réel de ces projets et non à un simple engagement. En effet, il ne s'agit pas d'inscrire des obligations que l'on honorera dans les budgets suivants, mais d'engager un effort massif de commandes et de travaux.

Ainsi le budget de 1976 pourra être présenté en équilibre ». J.-P. FOURCADE, Assemblée Nationale, séance du 9 septembre 1975, « J. O. » Assemblée Nationale 1975, pp. 6071-6072.

(69) Cf. L. TRON, Artifice et réalité de l'impasse, Le Monde, 26 novembre 1966.

J.-P. DUPRAT, La débudgétisation, R. S. F., 1972. P. MENDES-FRANCE, Choisir, Stock, 1974.

(66) Idem.

(67) Louis VALLON, Assemblée Nationale, 2^e législature, Doc. n° 2.050, pp. 19 et suivantes.

gétisation. Les arguments qui ont été utilisés pour justifier un tel recours étaient bien dépourvus d'ambiguïté. M. Edgar FAURE lui-même en a parfaitement exposé le mécanisme. Il s'agissait en quelque sorte de réparer une erreur, puisque, à tort selon lui,

« on considère comme un élément de déficit budgétaire des dépenses qui n'ont même pas du tout le caractère budgétaire » (70).

c'est-à-dire que toute

« la difficulté des problèmes financiers provient de la prise en charge dans les comptes publics des dépenses qui n'ont :

- *ni le caractère de dépenses de fonctionnement, civiles ou militaires ;*
- *ni le caractère de dépenses d'équipement, civiles ou militaires ;*

mais qui se traduisent par des investissements économiques productifs, soit à la charge définitive de l'Etat (dommages de guerre), soit sous forme d'avances remboursables (entreprises nationales, H.L.M., etc...) ».

C'est pourquoi, estimait M. Edgar FAURE, il valait mieux substituer à la méthode « pernicieuse » de l'impasse une « débudgétisation des investissements », ce qu'il a, au demeurant, commencé de réaliser lors de son passage aux affaires dans les années 1954-1955 (71).

Cette politique ne fut pas vraiment couronnée de succès, peut-être parce qu'elle conservait dans son inspiration comme surtout dans son exécution, de flagrants aspects d'inachèvement. Cette débudgétisation devait s'opérer en plusieurs phases qui conduisaient en fin de compte à faire supporter les financements débudgétés par le Trésor, ces financements étant couverts par l'emprunt et non plus par la fiscalité. Le débudgétisation avait également un caractère insuffisant révélé par le maintien de l'impasse — et d'une impasse encore forte — ce qui en limitait l'impact psychologique. Cette insuffisance s'expliquant par le fait que (en se plaçant du point de vue de ses partisans) trop d'investissements y échappaient. Elle n'était donc qu'une prémice de la débudgétisation que l'on devait connaître à partir des débuts de la V^e République et qui devait revêtir sa pleine signification dans la volonté de retour à l'équilibre budgétaire pour 1965. Cette nouvelle débudgétisation étant à la fois plus élaborée dans sa conception et plus systématique dans son application.

De trop nombreuses et fort complètes études ont été consacrées au phénomène de débudgétisation pour qu'il soit nécessaire d'en exposer trop longuement les modalités. Nous nous contenterons donc d'évoquer ses domaines d'action essentiels afin de mesurer l'importance qu'elle a été amenée à prendre pour pouvoir en retirer toute sa signification relativement au problème de l'équilibre budgétaire et, plus généralement, de la politique financière poursuivie ces dernières années.

- Le premier exemple généralement cité en matière de débudgétisation concerne la Sécurité Sociale. Hors du régime général de la Sécurité Sociale, des régimes

(70) E. FAURE, Le problème de l'impasse, art. cité, Le Monde, 3 janvier 1958.

(71) L'explication de cette politique se trouve bien précisée dans l'exposé des motifs de la loi de finances pour 1954 :

« La présence de certaines dépenses d'investissement dans le budget a le double inconvénient de fausser la notion d'équilibre budgétaire et de constituer un obstacle au crédit de l'Etat dans la mesure où, précisément, ces dépenses sont d'une toute autre nature que les dépenses proprement budgétaires ».

Statistiques et Etudes financières, n° 66, juin 1954, p. 502.

spéciaux ont été prévus (régime agricole, entreprises minières, etc...) qui, pour la plupart, représentent une charge au budget de l'Etat, qui devait assumer le financement complémentaire nécessaire à l'équilibre, ces régimes. Or, ces régimes subissant une évolution généralement défavorable, l'Etat a constamment cherché à s'en dégager. Ont ainsi été débudgétisées, en 1959, les allocations supplémentaires du Fonds National de Solidarité intégrées au régime général. De même, en 1963, le régime général a dû subventionner le régime des salariés agricoles et, en 1964, du secteur minier. Ces transferts de charges sur le régime général (qui augmentaient d'autant les difficultés de celui-ci) sont bien des débudgétisations.

- Le secteur de la construction a également été « privilégié » par la politique de débudgétisation, à partir notamment de 1964, où l'on a commencé à faire intervenir la Caisse des Dépôts et Consignations, voire même le marché financier. C'est en 1966 que l'on a largement débudgétisé le financement des H.L.M. Mais l'effort demandé à la Caisse des Dépôts et Consignations a été tel que celle-ci s'est vue adjoindre, en 1971, la Caisse Nationale de Crédit Agricole — ce qui a entraîné une

« diminution vertigineuse des prêts de compte spécial du trésor correspondant, qui ne reçoit pratiquement plus de crédits nouveaux » (72).

Si bien que le financement du logement a suppléé, pour la Caisse de Dépôts et Consignations, l'aide aux collectivités locales, en tant qu'activité principale.

- Le cas des investissements concernant le téléphone et les autoroutes a également pu être évoqué avec l'appel croissant au secteur privé pour que celui-ci puisse financer un certain nombre de programmes d'investissements (et surtout en matière d'autoroutes à la suite du décret du 12 mai 1970, qui a permis aux sociétés privées de construire et d'exploiter les autoroutes, d'entretenir le réseau concédé, après s'être elles-mêmes livrées aux études préalables).
- L'exemple le plus important demeure sans doute celui de la débudgétisation relative aux collectivités locales. Il s'agit là, en effet, d'un phénomène extrêmement large (encore que difficile à chiffrer de façon précise dans la mesure où l'on pourrait discuter à l'infini sur le caractère local ou national par nature de telle ou telle dépense d'investissement). La débudgétisation consiste ici à conduire départements et communes à accroître constamment leur participation dans le financement des équipements collectifs, d'où naturellement les difficultés financières accrues des dites collectivités. Un chiffre l'illustre parfaitement. En 1975, on évaluait à 57 % du total, les dépenses d'équipement assurées par les collectivités locales qui ont donc une part déterminante par rapport à l'Etat.

La débudgétisation des investissements peut être insuffisante à une période, est maintenant devenue une évidence.

Ce bref rappel des modalités essentielles de la politique de débudgétisation menée ces dernières années en France permet néanmoins de se faire une idée suffisamment précise de la signification d'une telle débudgétisation.

La débudgétisation est une politique délibérée permettant d'autant plus facilement de proclamer l'existence d'un équilibre budgétaire qu'un nombre important de dépenses (plusieurs milliards, sinon plusieurs dizaines de milliards de francs) qui se trouvaient dans la loi de finances ou

(72) J.-P. DUPRAT, La débudgétisation, art. cité p. 99.

qui auraient pu s'y trouver ne s'y trouvent plus. Concernant le transfert des charges aux collectivités locales, l'artifice est évident et a été dénoncé par M. Edgar FAURE lui-même :

« Il n'y a plus de déficit dans le budget de l'Etat parce qu'il est reporté sur la Caisse des Dépôts et Consignations, il n'y a plus de déficit à l'échelon parisien parce qu'il est décentralisé. C'est la décentralisation de l'impasse, la provincialisation du déficit » (73).

La débudgétisation en matière de Sécurité Sociale, voire de construction, a sensiblement le même objet (dans le même sens, on pourrait citer une foule d'autres exemples, comme l'octroi aux rapatriés de prêts de crédit hôtelier et non du budget de l'Etat). Les débudgétisations relatives à des équipements collectifs (téléphone, autoroutes) ont-elles aussi cette signification qu'elles partagent toutefois avec celle d'affirmer une politique néo-libérale de désengagement de l'Etat au profit du secteur privé (ce qui montre bien qu'elle telle politique peut rejoindre, par certains aspects, celle qui conduit à l'équilibre budgétaire).

Quoi qu'il en soit, la politique de débudgétisation laisse apparaître la vanité de certains termes (équilibre) dans la mesure où elle montre combien de dépenses sont négligées dans la présentation budgétaire. Si bien que l'on pourrait dire, avec M. BROCHIER :

« L'équilibre n'a donc pas de sens économique très précis si l'on peut à volonté faire sortir du budget telle ou telle charge qui, jusque-là, incombait aux finances publiques » (74).

Les phénomènes inverses de débudgétisation, pour intéressants qu'ils soient, peuvent-ils en supprimer, ou du moins en atténuer les effets ?

2° Le correctif des comptes spéciaux du trésor

A l'origine (cette origine remonte au xix^e siècle), il n'apparaissait pas nécessaire de faire figurer les comptes spéciaux du trésor dans les documents budgétaires. Ils retraçaient en effet des opérations de caisse, provisoires, qui devaient se compenser entre elles. Ces opérations ne correspondaient en fait ni à de véritables dépenses, ni à de véritables recettes (exemple : mouvements de fonds afférents aux dépôts et retraits de cautionnement effectués par les comptables publics ou par les fournisseurs de l'Etat).

Cependant, si cette pratique a connu assez peu d'applications les premiers temps, c'est avec la première guerre mondiale qu'elle a connu une extension qui devait finir par poser de nombreux problèmes. Un nombre de plus en plus grand de comptes spéciaux du trésor firent alors leur apparition. Ils se différenciaient nettement de ce qu'ils représentaient à l'origine et enregistraient des opérations de nature budgétaire qui auraient normalement eu leur place dans le budget de l'Etat.

Il ne s'agissait plus, comme à l'origine, de simples opérations de trésorerie, mais d'opérations que l'on assimilait artificiellement à celles-ci dans la mesure où elles pouvaient s'analyser comme des avances remboursables, des dépenses récupérables (ce qui était souvent fort douteux, les perspectives de remboursement pouvant être fort peu évidentes).

On voit donc que ce sont des raisons assez contestables sur le plan des principes qui expliquaient le recours de plus en plus fréquent aux comptes spéciaux du trésor. Ce qui pouvait faire dire à M. Pierre Vogué que

« le compte spécial a été longtemps le refuge de toutes les turpitudes de tous les essais imaginés pour tourner les règles de l'orthodoxie budgétaire » (75).

Un inventaire SCHUMAN avait comptabilisé plus de trois cents comptes spéciaux du trésor, au 31 décembre 1946, dont le montant était égal à la moitié du budget civil de l'Etat. L'année suivante, ils étaient de plus quatre cents.

Cette situation intolérable trouva un premier remède avec la loi de finances du 6 janvier 1948, puis avec la loi du 8 mars 1949. On y supprima environ trois cents comptes spéciaux du trésor.

Puis, le décret du 19 juin 1956 et surtout l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 ont fixé les règles des comptes spéciaux du trésor tout en les « budgétisant ». Et, s'ils peuvent se définir comme des

« comptes ouverts dans les écritures du Trésor afin de retracer des dépenses et des recettes effectuées hors du budget général par des services d'Etat ne jouissant ni de la personnalité juridique ni de l'autonomie financière » (76).

et si donc ils figurent hors du budget général, ils sont inclus dans la loi de finances.

Ainsi ils s'insèrent véritablement dans le droit commun budgétaire, alors que la situation antérieure leur laissait une place à la fois mystérieuse et dérogoire du droit commun. Ils sont maintenant prévus, autorisés, exécutés dans des conditions comparables à celles du budget général et des budgets annexes.

La budgétisation des comptes spéciaux du trésor a donc permis de supprimer une pratique qui tendait à se développer de plus en plus et qui visait à faire échapper aux lois de finances un certain nombre de dépenses que l'on préférerait, pour toutes sortes de raisons, garder obscures. Une telle budgétisation ne pouvait que contribuer à donner plus de véracité au document budgétaire.

Le montant de cette budgétisation est difficile à chiffrer et ne saurait se confondre avec le montant actuel des comptes spéciaux du trésor. Il était cependant nécessaire de l'évoquer, car il n'excuse pas toutes les autres formes de débudgétisation que nous avons pu envisager, il permet de montrer que l'intégration de certaines dépenses à la loi de finances a pu servir de correctif (relatif) au mouvement inverse, si développé ces dernières années.

**

Ces nécessaires remarques ne doivent cependant pas atténuer la portée de notre conclusion sur ce point. Trop de dépenses qui devraient figurer dans la loi de finances n'y figurent pas, et cette simple constatation suffit à jeter une légitime suspicion sur les affirmations relatives au retour à l'équilibre budgétaire. Que peut, dans ces conditions, signifier l'équilibre budgétaire (dont on sait déjà qu'il est, à la simple lecture du document budgétaire, fort contestable dans son existence même) lorsque beaucoup de dépenses qui le transformeraient en impasse ou même en déficit, sont supportées par d'autres organismes ou d'autres collectivités ?

Un équilibre qui, au demeurant, bien que n'étant pas véritablement atteint, recèle par lui-même plusieurs inconvénients justifiant que d'autres limitations lui soient apportées et expliquant qu'il n'ait pas été respecté par les lois de finances pour 1978 et 1979.

(73) E. FAURE (« J. O. », 17 novembre 1965, Sénat, p. 1875).

(74) M. BROCHIER, *Finances publiques*, Cujas, 1970, p. 178.

(75) P. de VOGUE *Finances publiques*, Les cours de droit, 1969-1970, p. 69.

(76) *Idem.*, p. 67.

§ 3. — LES INCONVENIENTS DE L'EQUILIBRE ET SON ABANDON (PROVISOIRE ?) DEPUIS 1978

1^o Les inconvénients de l'équilibre

Nul n'a jamais prétendu, pas même ses plus chauds partisans, que l'équilibre budgétaire constituait une panacée permettant de résoudre comme par enchantement l'ensemble des problèmes économiques et financiers. On a cependant davantage coutume d'évoquer les dangers du déficit ou les avantages de l'équilibre, que les inconvénients de ce dernier. Or, de tels inconvénients devraient limiter, pour des responsables politiques, la volonté de rechercher trop systématiquement l'équilibre de la loi de finances.

— Le premier de ces inconvénients concerne l'inflation. Cela peut surprendre, car nous savons que le thème de l'inflation est un des arguments essentiels de la recherche de l'équilibre budgétaire. La pratique du déficit conduisant quant à elle à l'inflation par l'injection dans l'économie de plus de masse monétaire que l'Etat n'en prélève, la dépense totale dans l'économie (particuliers, entreprises et Etat) étant supérieure aux offres de biens et de services.

La réalité est beaucoup plus nuancée. S'il est vrai qu'une politique trop laxiste en matière budgétaire, un recours trop habituel au déséquilibre nourrit les tendances inflationnistes d'une économie, l'équilibre n'en supprime pas obligatoirement l'inflation, surtout il est vrai, quand il s'agit d'un équilibre artificiel, comme l'équilibre des lois de finances françaises des dix dernières années. D'autres facteurs doivent entrer en ligne de compte. La meilleure preuve en est qu'en République Fédérale Allemande, par exemple, les prix augmentent beaucoup moins vite qu'en France, alors que le déséquilibre budgétaire y est très nettement supérieur (77).

Mais il y a plus grave que cela. Un gouvernement qui a pris pour habitude de se glorifier de l'équilibre budgétaire obtenu, sera conduit, par la force des choses, à rechercher un tel équilibre, quel qu'en soit le prix, quitte pour parvenir à de telles fins, à jouer le jeu de l'inflation, non pas tant d'ailleurs pour la loi de finances initiale, mais pour l'exécution du budget au niveau des lois de finances rectificatives et des lois de règlement.

La nature de la fiscalité française, sa structure, accordent à un impôt comme la T.V.A., 45 % environ de l'ensemble des recettes fiscales. Or, la T.V.A. est extrêmement sensible à la conjoncture, et toute hausse des prix supérieure à la hausse initialement prévue entraîne de très importantes rentrées fiscales supplémentaires. L'expérience de ces dernières années a prouvé que ces rentrées fiscales étaient largement supérieures aux dépenses occasionnées par la hausse des prix (accroissement des traitements des fonctionnaires, coût croissant du matériel, etc...). C'est l'explication des budgets en excédent des années 1972-1974. Cette pratique rejoint d'ailleurs les recommandations du Comité RUEFF (78), mais alors que celles-ci ne représentaient guère de dangers lorsque la hausse des prix n'excédait pas 4 % à 5 % par an, elles peuvent avoir des conséquences très sérieuses pour l'économie lorsque l'inflation se monte à plus de 10 % par an. Une certaine forme d'équilibre budgétaire n'est donc pas un remède définitif contre l'inflation.

— Un autre grave inconvénient (qui peut, il est vrai, trouver un début de justification dans le cadre d'une philosophie néo-libérale) est ce que M. LASSUDRIE-DUCHENE appelle la « limitation du rôle de transformation du Trésor » (79). La recherche à tout prix d'une certaine forme d'équilibre budgétaire peut avoir à terme des conséquences dommageables pour l'économie d'une Nation. La plupart des dépenses publiques sont incompressibles : fonctionnement des services, achats par l'administration de biens de consommation, entretien du matériel (environ la moitié des dépenses) ; dépenses de transferts envers les plus défavorisés (environ 25 %) ; dépenses d'équipement résultant d'engagements antérieurs (environ 10 % à 15 %). Seuls les 10 % à 15 % restant peuvent faire l'objet d'économies budgétaires. L'inconvénient est qu'il s'agit là de dépenses d'équipements collectifs, d'investissements conditionnant la vitalité de l'économie pour les années à venir. Ainsi, l'autorité budgétaire qui veut conduire pour 1977 à la présentation d'un loi de finances en équilibre conduit à affecter le secteur « bâtiment et travaux publics » et surtout à toucher les programmes d'actions prioritaires (P.A.P.) prévus par le VII^e Plan (et qui constituent précisément le noyau dur de ce plan) : 200 milliards de francs d'intervention et d'équipement consacrés essentiellement à l'amélioration de la qualité de la vie, à la réduction des inégalités, le développement des régions périphériques, la progression de l'agriculture, les P.T.T., sur une période de cinq ans.

Or, la tranche de 1977, du fait des économies budgétaires prévues pour permettre l'équilibre de la loi de finances initiale de cette année-là, n'a pas même été réalisée à moitié.

De tels inconvénients devraient conduire à une autre vision de la notion d'équilibre budgétaire (s'ils ne doivent pas pour autant amener à une politique budgétaire laxiste). Se joignant au caractère souvent artificiel de l'équilibre atteint depuis 1965, ils expliquent largement la rupture à laquelle la loi de finances pour 1978 a pu donner lieu.

2^o L'abandon de l'équilibre en 1978

Depuis les débuts de la crise économique mondiale des années 1970 et notamment depuis 1975, il apparaît (la France n'étant nullement une exception) que la plupart des grands pays industrialisés occidentaux ont de plus en plus de difficultés à maîtriser leurs budgets. De façon générale, en effet, le ralentissement de la croissance économique entraîne une augmentation moins rapide des rentrées fiscales, tandis que la croissance des dépenses publiques ne saurait se ralentir en raison des efforts nécessaires en matière sociale pour atténuer les conséquences de la crise et, en premier lieu, le chômage.

Dans de telles conditions, le maintien de l'équilibre, fut-il artificiel, conduirait à une exigence d'austérité telle que les contribuables seraient peu disposés à l'accepter — et que les conséquences politiques risqueraient d'en être catastrophiques.

A cette situation économique exceptionnelle et au caractère de plus en plus illusoire de l'équilibre budgétaire initial, s'est ajoutée la volonté affirmée par le Premier ministre, M. BARRE, d'une plus grande rigueur, et donc d'un plus grand respect de la vérité des prix et des chiffres. En conséquence, le rétablissement des équilibres économiques ne pouvait se réaliser à partir d'artifices masquant la réalité budgétaire. Les rectifications qui en résultaient, jointes à la mauvaise image de marque que pouvaient donner les modifications fréquentes de la loi de finances initiale

	(77) Découvert de la loi des finances		Hausse des prix	
	France (milliards de francs)	Allemagne (milliards de marks)	France	Allem.
1972 ...	—	4,3	5,6	5,5
1973 ...	—	5,8	7	6,9
1974 ...	—	20,2	14	6,4
1975 ...	40	54,3	10	5,9
1976 ... (Prévis.)	15,20	35,40	10-11	6

(78) Cf. supra.

(79) LASSUDRIE-DUCHENE, Un équilibre sans mérite, art. cité.

(comme en 1977) devaient conduire à l'abandon de l'équilibre initial des lois de finances pour 1978 comme pour 1979.

Une telle volonté semble partagée par de nombreuses autorités financières. Ainsi, dans le débat relatif au projet de loi portant règlement définitif du budget 1976, le rapporteur général de la Commission des finances à l'Assemblée Nationale, M. Fernand ICART⁽⁸¹⁾, émit, au nom de sa Commission, un certain nombre de critiques dont les principales portaient sur :

- le souci formel de l'équilibre budgétaire conduisant à la multiplication des collectifs, ce qui altère le sens de la loi de finances initiale ;
- la sous-estimation de certaines dépenses, plus systématiques qu'accidentelles, semblant destinée à concourir artificiellement à l'équilibre du budget.

Cette attitude nouvelle des pouvoirs publics paraît avoir pour elle le mérite d'une plus grande logique, et surtout de se révéler en meilleure conformité avec la situation réelle de l'économie française. Il est cependant encore trop tôt pour pouvoir se prononcer sur le caractère plus ou moins provisoire d'une telle politique. S'agit-il d'un renoncement à cet équilibre des comptes de l'Etat, si cher à M. GISCARD d'ESTAING depuis 1965, ou bien n'est-ce qu'une pause, justifiée exclusivement par la nature de la situation économique et qui n'aurait, en fin de compte, guère plus d'importance que celle des années 1968 et 1969 ?

On ne saurait répondre à l'heure actuelle, de façon sérieuse, à pareilles questions. Il n'en demeure pas moins qu'une telle renonciation à l'équilibre, fut-elle expliquée très largement par des considérations de conjoncture économique, semble porter une sérieuse atteinte au crédit d'une politique d'équilibre dont, précisément, le caractère artificiel avait pu se voir dénoncé.

*
**

Il apparaissait donc nettement que l'équilibre budgétaire auquel on était revenu depuis 1965 possédait un caractère à la fois relatif et artificiel. Relatif à la lecture des documents budgétaires, artificiel par le nombre et l'importance des dépenses débudgétisées. De plus, la recherche à tout prix (ou presque) de ce faux-semblant d'équilibre présentait des inconvénients suffisamment grands pour devoir y rechercher d'autres limitations et, en 1978, accepter une renonciation, fut-elle provisoire, à ce qui était en train de redevenir un dogme.

CONCLUSION

La conclusion de notre article doit inciter à une certaine modestie. Modestie dans l'appréciation de ce que représentait réellement l'équilibre du budget obtenu dans notre pays de la loi de finances de 1965 jusqu'à celle de 1977. Modestie dans le jugement sur la portée que pourrait avoir la réalisation d'un équilibre plus authentique.

La signification de l'appréciation quant à la nature réelle de l'équilibre budgétaire des dernières années est claire. L'absence d'effectivité d'un tel équilibre a été suffisamment démontrée. Ce qui ne laisse pas sans devoir poser quelques questions.

Si la rigueur budgétaire doit être un impératif pour tout gouvernement responsable, fallait-il pour autant poursuivre avec acharnement la recherche d'un équilibre dont l'intérêt essentiel pouvait finalement apparaître davantage comme d'ordre psychologique (c'est-à-dire politique) qu'économique (les comparaisons avec la République Fédérale Allemande montrant que certains déséquilibres peuvent être économiquement plus « rentables » que certains équilibres). Ou, peut-être, ne vaut-il pas mieux, comme on semble le penser depuis la loi de finances pour 1978, un déséquilibre qui corresponde aux chiffres effectifs de ce que devraient être les dépenses de l'Etat, qu'un équilibre qui n'est en fait qu'un déséquilibre camouflé et qui n'existerait certainement pas sans la pratique de la débudgétisation.

L'équilibre budgétaire ainsi envisagé peut même apparaître comme un faux problème (d'autant que tellement soumis aux aléas de la conjoncture économique!).

L'équilibre économique général du pays paraît en réalité bien plus important qu'un équilibre comptable bien artificiel.

Ce que constatait au demeurant M. Pierre MENDES-FRANCE :

« Le budget de l'Etat... n'est qu'un facteur de l'équilibre économique parmi d'autres : les diverses institutions publiques, les communes, les agglomérations, demain les régions, et puis le secteur nationalisé, les investissements privés, la consommation des ménages, les exportations et les importations. Ce qui compte, c'est la balance de l'Etat dont la définition et la portée sont cachées, variables et partielles » (82).

On rejoint donc, outre l'exigence de vérité des chiffres, l'exigence de modestie sur la portée que pourrait avoir n'importe quel équilibre budgétaire. Ne rechercher dans les lois de finances que ce qu'elles sont. Les situer à leur place véritable, essentielle mais point unique. Situer, à son échelle, le phénomène de l'équilibre budgétaire dans son véritable domaine, celui des moyens (d'un des moyens) et non des fins d'une politique financière.

Albert ORSONI.
(Septembre 1978)

(80) Cf. supra, p. 44.

(81) Cf. *Le Monde*, 1^{er} juin 1978.

(82) P. MENDES-FRANCE, *Choisir*, Stock, 1974, pp. 361-362.

LA THÉORIE ÉCONOMIQUE ET LA LOI : Des relations diverses et ambiguës



par BERNARD NOTIN*

*« Si vous dites loi et si vous êtes tant soit peu au courant,
la loi vous renvoie au code, qui, lui, vous renvoie au juge
dont la parole émane de la loi.*

« Et vous voilà bien avancé.

*« Si vous dites loi et si vous avez une vue primaire des
contingences de ce bas monde, la loi vous renvoie au
gendarme, qui, lui, vous renvoie au juge dont la parole
émane de la loi.*

« C'était bien la peine. »

Louis SALA-MOLINS

« La loi, de quel droit ? »
Flammarion, Sciences humaines,
1977, p. 9

Le domaine couvert par la conjonction de la loi et de la théorie économique n'est encore qu'imparfaitement exploré. Pourtant son analyse résulte d'études déjà nombreuses que nous ne prétendons pas ici présenter de manière exhaustive. Notre ambition, plus modestement, sera de préciser quelques-unes des relations qui unissent la théorie économique et la loi.

Auparavant il convient de définir rapidement le domaine de chaque discipline.

J. LESOURNE (1) définit la science économique comme l'étude de « la manière dont les sociétés mettent en œuvre ou doivent mettre en œuvre les ressources rares à usages alternatifs ». L'Économie est ainsi la science des choix dans un monde de ressources rares par rapport aux désirs humains.

(1) J. LESOURNE : Cours d'économie et statistique industrielles. C.N.A.M. Ronéoté, 1975-1976, p. 2.

(*) Chargé de cours complémentaires d'économie politique. Faculté de Droit d'Aix-en-Provence.

Elle explore et teste les conséquences du paradigme de l'agent « intentionnel » (2) doté d'une rationalité limitée pour reprendre une expression de HAYEK (3).

Il va sans dire que les intentions de l'agent social peuvent, dans certains cas, être incompréhensibles si on ignore son passé. Il est évident que ces intentions sont généralement incompréhensibles si on ne tient pas compte des contraintes dérivant de sa situation économique et de sa position

(2) D'après R. BOUDON : « Effets pervers et ordre social », P.U.F., 1977.

(3) L'agent est vu comme :
— Acteur intentionnel doté d'un ensemble de préférences (intentions conscientes).
— Cherchant des moyens acceptables de réaliser ses objectifs.
— Plus ou moins conscient du degré de contrôle dont il dispose sur les éléments de la situation dans laquelle il se trouve
— Agissant en fonction d'une information limitée et dans une situation d'incertitude.

sociale. Aussi, l'hypothèse fondamentale la plus féconde amène à supposer que le comportement de l'agent est intelligible, non déterminé. Ceci entraîne des conséquences considérables du point de vue du fond et de la méthode.

Avec A. WEILL⁽⁴⁾ nous abordons la problématique juridique de la façon suivante: « L'homme est obligé de vivre en société (...). Par définition, l'homme, en tant que membre de la société, est impliqué dans des rapports sociaux. Ces rapports ne peuvent être livrés à l'arbitraire (...), ainsi la vie des individus suppose nécessairement l'existence de règles de conduite auxquelles ils se soumettent (...). La règle de droit se présente comme une règle de conduite humaine que la société fera observer, au besoin par la contrainte sociale. »

Ces deux approches expliquent que nos réflexions nous conduiront tout d'abord à préciser la nature des contributions que la théorie économique peut prétendre apporter au droit; pour tenter d'aborder ensuite les questions que peut soulever la formulation des lois lorsqu'on tient compte des préoccupations de la théorie économique. Pour cela, nous articulons notre présentation autour de deux thèmes principaux:

- I. — La dualité de l'approche économique du Droit.
- II. — La méthodologie économique et ses implications pour le droit.

I. — LA DUALITE DE L'APPROCHE ECONOMIQUE DU DROIT

Pour saisir le monde qui nous entoure, mais aussi pour permettre l'existence d'une communication sociale, l'homme de loi et l'économiste produisent des « discours »; corps cohérent de propositions abstraites impliquant une logique, un ordre et une dynamique propre. Notre tentative d'analyse économique du discours juridique comportera deux étapes⁽⁵⁾ au sein desquelles des « morceaux choisis » illustreront les contributions.

La première se veut une approche « positive », c'est-à-dire une étude de la loi telle qu'elle existe, afin de faire apparaître le rôle complémentaire que peut éventuellement remplir la théorie économique. Nous l'illustrerons par l'analyse du domaine des faits juridiques. La seconde étape sera celle d'une approche normative qui tentera de tester les objectifs du législateur au regard d'un critère économique: celui d'efficacité.

A. — APPROCHE POSITIVE : Analyse du domaine des faits juridiques

Le juriste distingue les actes et faits juridiques selon la présence ou l'absence de volonté humaine. Alors que l'acte juridique est réputé être la manifestation d'une volonté tendant à produire des effets de droit, un fait juridique est « un événement qui modifie une situation juridique, mais sans que ce résultat ait été voulu »⁽⁶⁾.

Cet événement peut aussi bien être un fait de l'homme, tel un accident de voiture, qu'un fait naturel, par exemple, la chute d'une cheminée par grand vent, qui blesse un passant.

1. Le fait naturel :

L'aspect juridique de l'accident est lié à la notion de responsabilité.

Le Code civil (art. 1384) précise que l'on est responsable de tout ce dont on a la garde. Il faudra donc dédommager le passant du préjudice subi, car la responsabilité implique qu'il y ait réparation.

A ce niveau, l'analyse économique peut intervenir. En considérant que les agents concernés cherchent à maximiser un objectif (satisfaction, profit) sous contraintes (de temps, de revenu), l'analyse économique pourra expliquer comment ils entrent en relation sur des marchés et comment les échanges qui s'y opèrent déterminent des prix. De cette manière, elle aidera à fixer le montant des réparations, ainsi que le manque à gagner pour l'individu obligé d'interrompre ses activités.

On peut mettre en évidence des aspects plus essentiels, ce que nous essaierons de montrer à partir d'un fait juridique qui, cette fois, sera le fait de l'homme: la rupture d'un contrat.

2. Le fait de l'homme :

Il existe divers moyens d'organisation et d'action collectives. Nos sociétés privilégient les droits de propriété au niveau de l'organisation et le contrat comme forme d'action. Avec de telles procédures, il n'est pas envisageable d'obliger les parties liées à les respecter dans les cas où des événements imprévus en rendent impossible l'exécution pour l'un au moins des contractants. S'il est « juste » ou « moral » que l'agent défaillant verse une compensation, l'économiste apportera sa contribution en cherchant surtout à déterminer avec précision la valeur des dommages, car il est préférable de ne pas arriver à rendre avantageuse la violation d'un contrat et de prévenir des accidents futurs.

Les contributions de cet ordre, très fréquentes, n'ont toutefois rien de fondamental. La fonction d'**analyse des objectifs** fixés par le législateur est bien plus importante.

B. — APPROCHE NORMATIVE : Analyse des objectifs du législateur

L'économiste n'est pas l'arbitre suprême des choix sociaux. Il n'indique pas à la société ce qu'elle doit faire, ni ne décide du contenu de ses objectifs. Notre ambition n'est donc pas de proposer de nouveaux, voire de « meilleurs » objectifs pour le juriste. Nous tenterons seulement de critiquer certains de ceux poursuivis par le législateur, et cela au regard du critère d'efficacité au sens économique du terme⁽⁷⁾. En effet, rien ne garantit a priori qu'une finalité jugée souhaitable soit atteinte de la meilleure façon possible par les lois ou décrets censés y conduire.

La question peut être posée dans des domaines aussi variés que ceux relatifs aux lois réglementant: les ententes et positions dominantes, les conditions du service public, l'exercice du travail, etc... Sans nous référer à chacun de ces cas, nous appuierons notre réflexion sur le problème particulier de la relation supposée entre le service public et la satisfaction de l'intérêt général.

(4) A. WEILL: Droit civil, Dalloz, Paris, 1973, pp. 4-5.

(5) Notre démarche doit beaucoup à la lecture de l'article d'Alvin-K. KLEVORICK: « Law and economic theory: An Economist's view. American Economic Review, vol. 65, n° 2, mai 1975, pp. 237-243.

(6) H.-L. et J. MAZEAUD: Leçons de Droit civil, T. I, Montchrestien, Paris, 1972, pp. 295, 311 et suiv.

(7) C'est le concept d'optimalité qui sert, en analyse économique, à désigner l'efficacité selon l'idée suivante. Compte tenu des ressources disponibles, serait-il possible de donner plus à un individu maintenant, sans donner moins à un autre individu, simultanément ou ultérieurement.

1. Le service public et la notion « d'intérêt général »

Depuis longtemps l'analyse économique a remporté un succès notable en démontrant que la concurrence pure et parfaite assure le plus grand bien-être possible. En effet, la satisfaction de l'intérêt général est assurée par la réalisation simultanée des objectifs particuliers. Pourtant, il est des cas où la concurrence pure et parfaite ne permet pas d'atteindre le maximum de bien-être, essentiellement en présence d'externalités ou d'un monopole naturel.

A propos des externalités (i.e. : « Les coûts et bénéfices monétaires ou non monétaires qui résultent des phénomènes d'interdépendance sociale ») (8), on peut citer l'exemple bien connu de la pollution. Toute prise en compte de la pollution par les entreprises se traduit par une augmentation de leurs coûts de production. Dans le cadre du modèle de concurrence pure et parfaite, elles ne sont pas incitées à alourdir leurs charges. Aussi le marché offrira trop de biens à forte pollution du point de vue de la société.

Il appartient au gouvernement d'améliorer le résultat du marché en modifiant la structure d'incitation (par la fiscalité sur l'émission de pollution) ou par l'interdiction de certains types de comportement (la réglementation).

Le second cas où l'intervention légale est justifiée se rencontre lorsque les conditions d'efficacité ne sont remplies qu'avec un seul producteur : ce que l'on qualifie alors de monopole naturel. La fourniture de services téléphoniques au sein d'une localité en est un bon exemple.

Or, nous savons qu'un monopole produit moins et à prix plus élevé que des entreprises en concurrence. L'action publique servirait alors à imposer des prix plus bas et à limiter l'entrée dans l'industrie.

Ces situations justifient dans la théorie de « l'intérêt général » ou du « bien-être » une réglementation. Autrement dit, la loi n'est ici qu'une décision curative dont l'objectif est de réduire les coûts associés aux dysfonctionnements du marché. La théorie semble donc simple et sa validité devrait se tester facilement. Nous devrions observer l'existence de réglementations à la fois pour les industries où les ressources sont concentrées autour de quelques entreprises, et pour celles qui génèrent de fortes externalités. Or, l'observation actuelle montre que des secteurs ne se trouvant pas dans ces situations sont soumis à une réglementation conséquente. En particulier, les transports routiers et maritimes, les services de taxis, les activités commerciales, etc.

A cette extension de la réglementation à de nombreux secteurs d'activité, il faut ajouter une modification de la nature de cette réglementation. En effet, à la lutte contre les dysfonctionnements que se bornaient à corriger certaines politiques de prix et certaines conditions de marché, s'ajoute une réglementation « tous azimuts » portant à la fois sur les conditions de production des biens et services, leurs caractéristiques physiques, la protection de l'environnement, celle du consommateur, etc. (9).

La réglementation ne se justifiait qu'au regard de la sauvegarde de l'intérêt général. Il est permis de se demander si son développement actuel est effectivement le résultat de la recherche de l'efficacité.

(8) Cf. Y. SIMON : « La croissance du secteur public et le problème des externalités. Une contribution de la théorie des droits de propriété ». *Vie et Sciences économiques*. Revue de l'A.N.D.E.S.E., avril 1978, pp. 54-63.

(9) Pour la France voir le numéro spécial de la revue « *Vie et Sciences économiques* », n° 80, janvier 1979.

Tel est le sentiment d'H. DEMSETZ, à qui l'on doit le terme significatif « d'économie du Nirvana » (10). Dans son sillage, de nombreux économistes tentent d'analyser ce qu'il est maintenant convenu d'appeler le marché de la réglementation.

2. Le marché de la réglementation

On doit à G. STIGLER et S. PELTZMAN (11) l'analyse de la réglementation en termes économiques.

Un marché qui fonctionne mal crée une demande d'intervention légale qui, dans l'approche précédente, est offerte à coût nul par les instances politiques, ce qui revient à dire que la loi est un bien libre (12). Or, il ne peut en être ainsi. Chaque règlement élaboré implique l'utilisation de ressources (travail, équipement, énergie). La loi n'est donc pas un service gratuit. On peut dès lors appliquer la méthodologie chère aux économistes : l'analyse par l'offre et par la demande.

• Présentation générale du marché

Ce marché peut être défini de la façon la plus générale comme le lieu fictif où l'offre et la demande d'une réglementation se rencontrent. Les offreurs et les demandeurs sont des groupes constitués autour d'un intérêt commun, ce qui n'exclue nullement pour chacun des membres la possibilité de poursuivre certains buts spécifiques. L'objet de l'échange : la loi, peut être saisi par le biais de l'une de ses implications sur les participants au marché. La réglementation envisagée est assimilée à une amputation de sa richesse par le groupe non concerné. Amputation voulue par les bénéficiaires de la loi. Il s'agit donc de l'échange d'un droit d'imposition de la richesse du groupe non réglementé. Cet impôt n'est pas un transfert financier effectif, mais un bénéfice indirect (prix administré ou barrières à l'entrée d'une activité).

• L'offre et la demande

La demande de lois est celle de groupes désireux d'augmenter leur richesse. L'offre, qui émane de ceux qui possèdent le pouvoir de fixer les règles du jeu est, selon STIGLER et PELTZMAN, directement corrélée avec leur demande de suffrages électifs, exprimée sur le marché politique. Quelques remarques finales termineront cette présentation sommaire du marché.

(10) Harold DEMSETZ : « Information and efficiency : another view point », *Journal of law and economic*. Avril 1969. « En principe, ceux qui adoptent le point de vue du NIRVANA cherchent les écarts entre l'idéal et le réel, et si ces écarts existent, en déduisent l'inefficacité du réel. » (p. 1).

L'économie du NIRVANA couvre trois erreurs logiques : — Ailleurs l'herbe est toujours plus verte : critique de ceux qui comparent un marché ne fonctionnant pas parfaitement, avec la solution théorique que produirait un gouvernement idéal. « La solution étatique substituée à la libre entreprise doit être analysée et ses conséquences comparées à la solution du marché ».

— Il existe des repas gratuits : erreur qui apparaît lorsqu'on conclut au mauvais fonctionnement du marché sans avoir tenu compte des coûts de fonctionnement et d'organisation de cette institution.

— Les hommes pourraient être différents : erreur sur les fonctions d'utilité des agents économiques. Par exemple, si on analyse le résultat d'une politique sous l'hypothèse de neutralité des agents vis-à-vis du risque, alors qu'en fait ils ont une aversion, et que l'on traite ce résultat comme une preuve de mauvais fonctionnement.

Cf. aussi : Charles-K. ROWLEY, Allan-T. PEACOCK : « Welfare economics : A liberal restatement ». *York studies in economics*. Martin Robertson, Londres, 1975, chap. 5.

(11) G. STIGLER : « Theory of economic regulation ». *The bell journal of economics*, 2, 1, 1971 pp. 3-21.

S. PELTZMAN : « Toward a more general theory of regulation ». *Journal of law and economics*, 19, 42, 1976, pp. 211-240.

(12) Un bien libre est un bien que l'on peut obtenir à volonté.

En ce qui concerne la demande :

Seuls les petits groupes ont une chance d'obtenir l'usage, à leur avantage, des pouvoirs coercitifs de l'Etat, ceci pour deux raisons :

— Les coûts d'organisation d'un groupe de pression s'accroissent parallèlement à l'extension numérique de ce dernier ;

— Le « passager clandestin » : il est difficile, si le groupe est numériquement important, d'exclure des bénéficiaires potentiels qui n'accepteraient pas de contribuer aux coûts attachés à l'obtention de la réglementation souhaitée (13).

Enfin, il faut remarquer qu'à partir d'une certaine dimension du groupe, les coalitions d'opposition peuvent se manifester plus facilement.

À propos de l'offre : les offreurs ultimes sont les hommes politiques à divers niveaux de responsabilité, et cela même lorsqu'ils délèguent à divers corps et commissions, l'élaboration des modalités d'application de leurs décisions.

La combinaison de ce comportement des hommes politiques et de l'efficacité apparemment plus grande des petits groupes pour obtenir des lois en leur faveur, conduit à conclure que les producteurs seront, le plus souvent, les bénéficiaires de la réglementation.

• Les enseignements de l'analyse

Le calcul économique utilise souvent le raisonnement à la marge, méthode d'analyse qui peut être appliquée à la loi.

La règle de fonctionnement du marché, comme nous l'avons suggéré précédemment, est simple. Le groupe qui demande le vote d'une loi à son profit pourra être satisfait si l'offreur peut espérer de sa décision un avantage net (i. e. : quand la différence entre les nouveaux suffrages issus du groupe des bénéficiaires et la perte des voix réalisées dans le groupe pénalisé est positive).

Ainsi, « les législateurs établissent des réglementations qui tiennent compte des pouvoirs électoraux des différents groupes en présence (consommateurs et producteurs) de manière à maximiser l'espérance de votes favorables lors de prochaines élections » (14).

La théorie économique de la réglementation présente ainsi un nombre relativement important de propositions sur les périodes et les activités où une réglementation est susceptible d'intervenir, et sur les catégories de personnes pouvant y gagner ou y perdre.

Nous en donnerons ici quelques exemples :

— Des lois tendent à apparaître surtout dans des industries en situation de monopole ou de concurrence, et très peu à propos des marchés oligopolistiques. Dans le cas du monopole, l'intervention se traduit toujours par une baisse du prix, alors qu'elle tend à le relever quand elle réglemente une situation de concurrence. Dans les deux cas l'issue de la loi est favorable, puisqu'elle ne peut que se traduire par un avantage électoral.

— Autre implication de la théorie économique : les prévisions sur les conséquences d'un accroissement de la demande ou d'une amélioration de la productivité au sein d'une industrie. La probabilité d'apparition d'une réglementation y devient plus importante. En effet, tout facteur qui peut accroître les bénéfices potentiels d'une branche incitera à accroître l'offre de réglementation, l'homme politique utilisant son pouvoir pour créer les conditions de « surprofits ».

— Enfin, des modifications de coût et de demande ne sont pas neutres dans ce cadre d'analyse. L'accroissement des coûts des entreprises dont l'activité est réglementée sera répercuté au niveau des prix de leurs produits avec une intensité plus forte qu'elle ne l'aurait été dans le cas des entreprises dont l'activité n'est pas réglementée. S'il faut éviter de perdre l'appui politique des secteurs enregistrant une hausse des coûts, le législateur devra mettre à contribution les consommateurs de produits, les forçant alors à supporter une partie de la charge par des prix plus élevés.

Il semble ainsi que « l'approche économique représente un moyen efficace d'effectuer des prévisions sur les phénomènes de réglementation. L'exactitude des hypothèses reste une question ouverte » (15).

Au sein de l'ordre juridique, d'acteur complémentaire, l'économiste se déplace volontiers vers le rôle de concurrent dans l'explication du monde. La pensée accompagne l'histoire dont elle s'efforce de lire les mouvements. Il arrive que l'élucidation précède l'événement. Il arrive qu'elle consacre en raison ce qui s'est imposé dans les faits. Si chaque citoyen est un homme historiquement daté, la sécurité juridique apportée par le domaine de la législation n'est pas suffisante, car elle ne recouvre pas l'ensemble des conditions d'existence de chaque homme parmi ses semblables. Dans sa construction d'une zone autonome de pensée et d'action, l'économiste va aborder des domaines juridiques en posant des questions, utilisant son langage et proposant non seulement d'autres structures analytiques pour les problèmes juridiques traditionnels, mais aussi de nouvelles législations. Mais cette voie ne peut-elle se révéler celle qui ne conduit jamais au-devant du juriste ?...

II. — LA METHODOLOGIE ECONOMIQUE ET SES IMPLICATIONS POUR LE DROIT

Dans la partie qui précède, nous avons établi que lorsque l'économiste se place dans le rôle de technicien vis-à-vis du juriste, il propose une expertise, que le problème posé soit économique par nature (obtenir l'efficacité par la réglementation) ou par ses répercussions (estimation des dommages).

Depuis peu l'économiste s'intéresse à des questions appartenant à la sphère juridique, mais en y menant son propre jeu.

Ce rôle d'analyste est certainement plus intéressant par son côté créatif et inconfortable. Deux questions fondamentales émergeront :

- celle des instruments de l'analyse économique, qui sont une contrainte amenant de nouveaux problèmes juridiques.
- celle de la formulation juridique des domaines d'étude, avec les risques d'incompréhension entre spécialistes.

(13) Ces coûts regroupent surtout :

— Aides financières aux hommes ou partis politiques.
— Temps passé à « militer » pour les personnes favorablement disposées

(14) F. AFTALION : « Réglementation et croissance de l'Etat ». Vie et Sciences économiques, avril 1978, pp. 64-74.

(15) Donald J. MULLINEAUX : « Regulation : Whence it came and Wheter it's here to stay ». Federal reserve bank of Philadelphia, business review, septembre-octobre 1978, pp. 3-11.

A. — LE PROBLEME DES INSTRUMENTS

Supposons que l'on étudie un ensemble de pénalités liées à la législation sur les accidents. La complexité de la réalité nécessite l'élaboration de modèles qui simplifient la diversité du phénomène étudié. La démarche suivie est habituellement la suivante : on construit le modèle le plus simple possible possédant les éléments structurels essentiels, puis on l'analyse attentivement.

Cette première étape franchie, on réduit le nombre d'hypothèses afin d'enrichir le domaine. Ainsi, sur la question des dommages, on posera comme hypothèse de départ que l'ensemble des coûts des accidents est connu de tous les agents concernés et qu'ils peuvent décider du degré optimal de précautions à prendre.

Au second niveau d'analyse on reconnaîtra que l'information n'est pas parfaite pour tous, et que les coûts des accidents, du point de vue des individus, sont en fait des distributions de probabilités subjectives sur les dommages qu'ils subiront. Mais la complexité croissante du modèle modifie parallèlement l'ensemble des pénalités qui assurent la minimisation du coût social. Autrement dit, la suppression d'hypothèses simples réduit l'ensemble des pénalités assurant l'optimum. A la limite, cet ensemble peut devenir vide. Il devient alors fondamental de savoir comment agir. Il ne suffit pas, en effet, de proposer les politiques qui seraient optimales dans le modèle précédent (celui où l'ensemble devient vide), car la façon dont les hypothèses sont peu à peu relaxées ne suit pas un cheminement normatif.

D'un autre côté, les difficultés de l'analyse ne sont pas une condition suffisante pour refuser les modèles ou ignorer les résultats.

Aussi le modèle théorique sera testé empiriquement sous diverses hypothèses.

Deux applications nous aideront à apprécier la portée d'une telle démarche : la non-assistance à personne en danger, l'économie du crime.

1. Etude de cas :

La non assistance à personne en danger

La presse relate souvent à la rubrique des faits divers des cas de non assistance à personne en danger, ou, au contraire, des actes de sauvetage cités en exemple de civisme.

De tels comportements ne peuvent pas être étudiés d'un point de vue économique sans examiner le cadre juridique organisant ces relations sociales. En effet, la loi est la façon habituelle de résoudre les situations caractérisées par :

- des bénéfices externes élevés (ici : sauver la vie de quelqu'un) ;
- l'impossibilité d'une négociation entre les parties intéressées, les coûts de transaction étant trop élevés (qu'il s'agisse du manque de temps lorsque quelqu'un se noie, ou du nombre trop important d'individus susceptibles de concéder le bénéfice externe, ce qui ne permet pas de les identifier).

Pour l'économiste, l'objectif de la collectivité sera formulé comme un problème de minimisation des coûts sociaux des accidents, sachant que de telles dépenses recouvrent :

- le coût direct des accidents et leurs probabilités d'arriver ;
- la relation entre ces accidents (leurs probabilités, leurs coûts) et les actions des individus pour les éviter ;

- le coût des ressources affectées à la prévention de ces accidents ;
- les charges relatives à la structure administrative chargée de prendre les décisions sur le niveau optimal des coûts et leur répartition entre les membres de la collectivité.

En cas d'accident, l'intervention légale peut prévoir soit de payer le sauveteur, soit de punir la non assistance. La seconde possibilité est la moins coûteuse, dans la mesure où il suffit de calculer le montant des dommages dans les seuls cas où la non assistance est établie⁽¹⁶⁾. Cette mesure se traduit pour l'intéressé par une amputation de sa richesse et, par là-même, doit le conduire à tenter le sauvetage.

La conséquence immédiate d'un tel impôt est d'inciter les sauveteurs potentiels à prendre des précautions de sécurité très importantes, leur évitant de se trouver dans une situation de non assistance possible.

La loi doit donc éviter l'apparition de ces conséquences négatives tout en permettant l'internalisation des bénéfices externes⁽¹⁷⁾.

L'analyse économique, en découvrant les effets indirects d'une loi, pose ainsi de nouvelles questions au juriste. Il semble donc que l'intervention de l'économiste soit tout à fait nécessaire pour aider à tracer les limites d'un problème qu'un texte juridique analyse. Cette remarque trouve aussi sa justification à propos de « l'économie du crime ».

2. La lutte contre la criminalité

Parmi les développements récents de l'analyse économique, une voie concerne le comportement criminel. Les observations statistiques sur ce phénomène sont globales. L'économiste suppose que la criminalité est le résultat d'actions individuelles résultant d'un processus de décision fondé sur la recherche du maximum de satisfaction⁽¹⁸⁾. Cette hypothèse peut suspendre, le crime n'étant pas a priori toujours lié à une évaluation explicite des coûts et des avantages ; pourtant il existe des circonstances du crime, et il semble que le fait, pour un criminel, de s'être trouvé dans ces circonstances, n'est pas sans lien avec l'ensemble des pénalités existantes (qui peuvent être analysées ici comme un encouragement ou un découragement à se trouver dans des conditions favorables au crime).

Le cadre économique établit que, contrairement à l'hypothèse psycho-sociologique très répandue faisant du criminel un « fou », les agents réagissent à la structure des incitations et des pénalités de l'ensemble du système judiciaire criminel. Le contenu précis de la loi est donc fondamental pour l'économie du crime, car pour cette théorie, la frontière est nette : toute infraction à la loi constitue ce que nous appelons « un crime » et l'incitation à l'illégalité dépend de l'augmentation de la probabilité d'arrestation, de la

(16) La première solution nécessitant la connaissance de la valeur du temps du sauveteur et l'estimation du risque pris.

(17) Il existe un substitut à la loi dans ce contexte : L'altruisme. Selon LANDES et POSNER (« Altruism in law and economics » : American economic review, mai 1978, pp. 417-421) il n'existait pas de loi avant 1867, car dans des sociétés pré-urbaines, l'altruisme constituait un bon substitut. Ces auteurs font aussi remarquer que les premiers régimes à avoir adopté une législation pour non assistance sont à caractère totalitaire : Communisme et fascisme, pour lesquels ces législations eurent une signification de conscription à des fins de service social, le temps des citoyens étant plutôt propriété publique que privée.

(18) Cf. notamment I. EHRlich : « The deterrent effect of capital punishment : A question of life and death ». American economic review, juin 1975, 65, pp. 397-417.

possibilité d'une condamnation à la peine maximum, ou encore du relèvement du niveau absolu des sanctions. Aussi, l'efficacité des interventions légales peut être hiérarchisée en fonction du but recherché : la réduction du nombre de crimes.

Mais la méthode n'est pas sans poser de nombreux problèmes.

— Entre le modèle de comportement individuel et l'offre globale de crimes apparaissent des facteurs d'environnement favorisant ou non l'activité illégale : l'inégalité des revenus, le pourcentage d'inactifs, le niveau moyen de scolarité (19).

— L'étude d'un crime particulier (par exemple d'un meurtre) peut faire apparaître la pertinence du modèle économique par rapport aux explications sociologiques. Mais à partir de ce raisonnement, on ne peut pas en déduire automatiquement que la peine capitale est ici une peine plus dissuasive que d'autres actuellement encourues. Accepter une théorie générale de la dissuasion n'implique pas l'acceptation d'un impact dissuasif supérieur pour certaines sanctions. Des études empiriques spécifiques pour chaque pays sont nécessaires (20).

Ainsi, dans ces domaines, la théorie économique contribue de deux façons non négligeables à l'analyse institutionnelle par l'originalité de sa démarche. Elle apporte (du moins faut-il l'espérer), une clarification et même des développements nouveaux à certains thèmes. Elle précise sur quels points il faut concentrer les vérifications empiriques pour transformer l'analyse théorique en modalités techniques applicables là où intervient le juriste.

Ces apports pourraient nous faire espérer une complémentarité fructueuse entre deux voies d'analyse du social. Une difficulté apparaît pourtant, une possible incompréhension des termes du problème.

B. — « UNE QUESTION DE LANGAGE »

De nombreuses questions sont abordées par le juriste dans une optique « fonctionnelle », puisqu'il se demande par rapport à qui et comment une décision est prise (par exemple, lorsqu'en France il s'agit de définir le contentieux constitutionnel). Pour la théorie économique, au contraire, il faut se situer dans la perspective des « résultats » en cherchant ce que sera la décision.

Cette approche juridique ne s'intègre pas facilement dans un cadre économique, car il n'existe pas de norme précise d'optimum social à laquelle se référer. Plus précisément la différence provient de ce que la préoccupation du juriste n'est pas la recherche d'un moyen efficace d'arriver à une décision ou de dégager une structure réglementaire, mais plutôt d'étudier la façon appropriée d'obtenir une décision. Sa préoccupation sera de choisir l'institution compétente pour décider de la question débattue. D'où l'appel à l'histoire du Droit ou aux théoriques politiques de la démocratie, voire à la sociologie des rôles des membres de la société.

Bien que ces deux approches ne présentent aucune communauté d'analyse, elles peuvent néanmoins contribuer à nous éclairer sur l'évolution à long terme des normes qui guident les choix du juriste.

(19) F. JENNY : « La théorie économique du crime : Une revue de la littérature » In *L'économie retrouvée*. J.-J. Rosa, F. Aftalion eds. Economica, 1977, pp. 296-324.

(20) Dans le cas de la peine de mort, cf. KENNETH I. WOLPIN : « Capital punishment and homicide in England : A summary of results ». *American Economic Review*, mai 1978, pp. 422-427.

1. Une dichotomie irréductible :

La formulation des problèmes

Il existe le risque non négligeable de ne pas trouver auprès du juriste une oreille attentive au vocabulaire et à la structure analytique des économistes. Deux exemples illustreront cette difficulté.

• La liberté de parole :

Supposons que les membres normalement élus d'une législature pensent que les porte-parole d'une philosophie politique particulière font courir un danger imminent à la collectivité. Il est tout à fait possible de transformer cette pensée en une réglementation faisant de toute évocation ou défense d'une telle philosophie un acte criminel.

Si un procès est intenté, mettant en cause la loi, quel sera le respect par la cour de justice du jugement des législateurs ? L'analyse économique ou l'histoire du droit ne seront pas, dans ce cas, très utiles. Pourtant, en ne raisonnant pas en terme d'institution appropriée, l'analyse économique pourrait étudier le « marché des idées », son fonctionnement, les sources de son inefficacité, les mesures pouvant l'améliorer.

Par là il serait possible, à un moment donné, dans une situation particulière, de fournir des indications en termes d'efficacité sur les arguments justifiant ou combattant les restrictions à la liberté de parole.

• Les jurys :

La représentativité des jurys d'assises est parfois soumise à critique. Dans ce domaine aussi l'analyse économique peut apporter une contribution si on postule que la fonction du jury est de déterminer si l'accusé est coupable des faits qui lui sont reprochés. Ayant un objectif : la meilleure performance possible dans cette fonction, il faut déterminer comment la représentativité est liée à cette performance. La question, ici, ressemble beaucoup à un problème familier de l'économiste, celui de la sélection d'un portefeuille d'actifs par un investisseur. Une telle analogie rend possible l'établissement d'une typologie des circonstances où la représentativité rendrait le jury inefficace pour la résolution du problème posé. Mais si, comme dans l'exemple précédent, il ne s'agit pas de traiter de la représentativité du jury comme moyen d'atteindre un objectif, mais de s'interroger sur le jury en tant qu'institution appropriée à décider de la culpabilité d'une personne, alors notre contribution ne servira à rien.

Il semblerait que l'on se heurte à la même difficulté pour l'étude de la façon dont les normes juridiques sont produites. Mais dans ce cas, l'analyse économique introduit une dynamique susceptible d'être plus facilement comprise.

2. L'évolution à long terme des normes :

Un essai d'explication

Toutes les écoles juridiques, à l'exception peut-être du juridisme marxiste, intègrent à leur grammaire la notion de contrat. « Il n'y a pas d'exercice pratique de la loi s'il n'y a pas d'acception théorique de la liberté individuelle, (l'inquisition ne vous punissait pas, pas elle-même, si vous profériez vos hérésies en rêve ou avant l'âge de 14 ans) » (21). On tombe sous le coup de la loi lorsqu'on

peut avoir consciemment décidé de transgresser le Code. Les doctrines du contrat social, malgré leur diversité, se proposent toutes de trouver dans la liberté individuelle

(21) L. SALA-MOLINS : « La loi, de quel droit ? ». Flammarion, 1977, p. 23.

le fondement de la société, de l'état, ou simplement de l'autorité politique. Mais ce constat est insuffisant. La philosophie du contrat gomme la singularité historique. L'analyse économique la réintroduit.

Un système économique fonctionne par trois institutions fondamentales : le marché, les organisations volontaires, le gouvernement. La théorie néo-classique a souvent insisté sur le marché et surtout le marché idéal de concurrence parfaite, et elle tend maintenant à s'ouvrir en tenant compte de coûts de transaction non nuls (22).

Par ce biais, elle apporte sa contribution à l'étude des transformations à long terme des sociétés « en élaborant des analyses qui incorporent les transformations institutionnelles et expliquent pourquoi les institutions ont une certaine forme et pourquoi elles apparaissent à un moment donné de l'histoire » (23).

La définition et le respect des droits de propriété ont un coût qu'il faut prendre en considération. D'après DAVIS et NORTH (24), la principale caractéristique du développement en longue période est le changement subi par les institutions économiques et les droits de propriété.

De telles modifications interviennent parce que les individus ou les groupes en attendent des bénéfices nets supérieurs aux coûts d'obtention (par exemple en espérant capter pour leur propre compte des gains inaccessibles dans le cadre des institutions anciennes).

Des changements exogènes dans la technique, la taille du marché, les règles du jeu (25) politique et économique offrent des opportunités à certains d'accroître leurs revenus.

Toutefois, les institutions existantes ne permettent pas de s'approprier ces « profits externes » liés aux économies d'échelle, à la diminution des risques, à la réduction des imperfections des marchés, etc... Il existe donc une forte incitation pour ces agents à s'organiser et à innover en matière d'institution. Mais il existe une logique de la participation. Dans « les limites de l'action collective », M. OLSON (26) cherche à démontrer qu'un groupe inorganisé de personnes ayant un intérêt commun, conscientes de cet intérêt et ayant les moyens de le réaliser ne fera, sous des conditions générales, rien pour le promouvoir. Si tel est le cas, le besoin collectif créé pourra tenter un entrepreneur au sens schumpétérien (27) du terme. A ce dernier,

qu'il s'agisse d'un individu, d'une organisation ou d'un Etat, la théorie de l'investissement (actualisation des revenus nets futurs prévus par rapport au coût initial) peut fournir un modèle rationnel de comportement. Il pourra mettre sur pied une organisation destinée à exploiter et à satisfaire ce besoin collectif. Elle attirera son public potentiel par la fourniture de biens individuels parallèles, ou par la coercition (l'interdit).

Bien sûr, les raisons ne sont pas assez solides pour réduire à « l'économisme » le changement social. L'économie religieuse, par exemple, ne connaît aucune utilisation appréciable (28). Mais il demeure que les coûts de transaction et d'organisation participent à l'explication des transformations des normes.

Par son approche de l'humain, la science économique, qui devient, selon VON MISES, la branche la plus avancée de la praxéologie, se trouve en mesure d'apporter des contributions positives au développement de la loi.

Ainsi, la collaboration entre économistes et juristes peut être très fructueuse, si deux écueils non négligeables sont évités :

— Le refus possible de l'apport de l'analyse économique, compte tenu de la non concordance des problématiques.

— Une tentative d'éviction des juristes par les économistes utilisant le développement de leurs analyses appliquées aux problèmes juridiques.

Dire que la procédure civile doit chercher à minimiser la somme de ses coûts directs et indirects (ex. : erreurs de procédure) n'implique pas le rejet de toute autre préoccupation. La procédure civile doit aussi rechercher tout ce qui peut garantir le respect de l'équité.

Affirmer la nécessité de minimiser les coûts sociaux des accidents dans l'établissement de la législation sur les dommages n'exclut pas l'idée de causalité et de réciprocité.

Aussi, sauf effet pervers provenant d'un réductionnisme intellectuel tendant à croire que la seule analyse « convenable » est celle de l'économiste, la coexistence de plusieurs points de vue ne peut qu'enrichir la réflexion sur les problèmes qui se posent au sein de la société et qui sont par nature interdisciplinaires.

Bernard NOTIN.

(22) Les coûts de transaction concernent la conservation et l'échange des droits de possession privée sur l'usage des ressources.

(23) D.-C. NORTH : « Beyond the new economic history », *Journal of economy history*, XXXIV, n° 1, mars 1974, pp. 1-7.

(24) Lance E. DAVIS et D.C. NORTH : « Institutional change and american economic Growth », Cambridge university press, Cambridge, 1971. Cité dans « La nouvelle histoire économique », présentation R. ANDREANO, J. Heffer, Bibliothèque des histoires, Gallimard, 1977.

(25) Comment ne pas songer à KELSEN qui, avec une sérénité outrancière, constate que le seul acte juridique à ne pas être créateur de norme est l'accomplissement de la peine ?

(26) M. OLSON : « Les limites de l'action collective », P.U.F., coll. sociologies, 1978.

(27) Pour J. SCHUMPETER, l'entrepreneur est un homme d'affaires actif, efficace, qui innove et perçoit pour cela un profit. L'innovation peut être de nature scientifique ou technique, économique (nouvelle source d'approvisionnement), commerciale (ouverture d'un débouché nouveau), voire « organisationnelle ».

(28) On sait que pour R. GIRARD (des choses cachées depuis la fondation du monde, Grasset, 1978), il faut plutôt chercher du côté du mimétisme et de la victime émissaire.

BIBLIOGRAPHIE

- AFTALION F. — « Réglementation et croissance de l'Etat ». Vie et sciences économiques, avril 1978.
- ANDREANO R., HEFFER J. — « La nouvelle histoire économique ». Bibliothèque des histoires. Gallimard, 1977.
- DEMSETZ Harold. — « Information and Efficiency: Another view point ». Journal of law and economics, avril 1969.
- EHRlich I. — « The deterrent effect of capital punishment: A question of life and death ». American economic review, juin 1975.
- GIRARD R. — « Des choses cachées depuis la fondation du monde ». Grasset, 1978.
- GREIMAS A.-J. — « Analyse sémiotique d'un discours juridique ». In Sémiotique et sciences sociales. Editions du Seuil, 1976.
- JENNY F. — « La théorie économique du crime. Une revue de la littérature ». In L'Economique retrouvée. J.-J. Rosa, F. Aftalion, eds. Economica, 1977.
- KLEVORICK Alvin K: « Law and economic theory: An Economist's view » American economic review, vol. 65, n° 2, mai 1975.
- LANDES-POSNER. — « Altruism in law and economics ». American economic review, mai 1978.
- LEPAGE H. — « Demain le capitalisme ». Le livre de poche. Coll. Pluriel, 1978.
- LESOURNE J. — Cours d'économie et statistique industrielles. C.N.A.M., ronéoté, 1975-1976.
- H.-L. et J. MAZEAUD. — Leçons de droit civil. T. 1, Montchrestien, Paris, 1972.
- MULLINEAUX Donald J. — « Regulation: whence it came and whether it's here to stay ». Federal reserve bank of Philadelphia. Business review, septembre-octobre 1978.
- NORTH D.-C. — « Beyond the new economic history ». Journal of economic history, XXXIV, n° 1, mars 1974.
- PELTZMAN S. — Toward a more general theory of regulation ». Journal of law and economics, 19, 2, 1976.
- POSNER Richard. — « The economic analysis of law ». Little, Brown and C°, New York, 1973.
- OLSON M. — « Les limites de l'action collective ». P.U.F., coll. Sociologies, 1978.
- ROWLEY Charles-K, PEACOCK Allan-T. — « Welfare economics: A liberal restatement ». York studies in economics. Martin Robertson, Londres, 1975.
- SALA-MOLINS Louis: « La loi, de quel droit ? ». Flammarion, sciences humaines, 1977.
- SIMON Yves. — « La croissance du secteur public et le problème des externalités. Une contribution de la théorie des droits de propriété ». Vie et sciences économiques, avril 1978.
- STIGLER Georges. — « Theory of economic regulation ». The bell journal of economics, 2, 1, 1971.
- WEILL A. — « Droit civil ». Dalloz, Paris, 1973.
- WOLPIN Kenneth-I. — « Capital punishment and homicide in England: A summary of results ». American economic review, mai 1978.

L'AVENIR DE LA POLITIQUE ÉTRANGÈRE DU LUXEMBOURG DANS UN MONDE EN MUTATION



NICOLAS SCHMIT

Comment définir une politique extérieure quand, d'une part, les concepts sont souvent flous et quand, d'autre part, l'interaction entre les phénomènes transnationaux et les réalités nationales est difficilement saisissable ? Retenons en dépit de ces difficultés que toute véritable politique étrangère (ce terme lui-même devrait être soumis à une réflexion critique) se construit à partir des données objectives que caractérisent l'Etat et le système international, ainsi qu'autour d'un certain nombre d'aspirations qui, tout en relevant des impératifs matériels, résultent de choix politiques. Il se forme ainsi une volonté internationale de l'Etat orientée par sa puissance matérielle et ses intérêts sur la scène internationale et déterminée, dans une certaine mesure, par les contraintes qui limitent les possibilités d'une action internationale.

L'histoire du Luxembourg nous fournit l'exemple du poids des données objectives qu'un petit pays subit plus que tout autre, en fonction de son impuissance relative, d'exercer une influence considérable sur la structure des relations internationales. La situation géo-politique du Grand Duché, coincé entre la France et l'Allemagne, ne lui permettait pas d'échapper aux tensions et aux guerres qui ont caractérisé les relations entre ces deux puissances européennes dominantes

Longtemps limitée à ces relations européennes quand, par ailleurs, l'Europe dominait encore les relations internationales, la diplomatie luxembourgeoise, consciente de ses limites réelles, a toujours su encourager toutes les tentatives de réconciliation entre ces deux puissants voisins.

A la S.D.N. elle soutenait le projet Briand d'Union européenne, qui échoua devant l'opposition de toutes les grandes puissances. Quand, enfin, la réconciliation franco-allemande devait se traduire dans les faits grâce au plan Schumann, le Luxembourg en devenait un fervent défenseur, obtenu par ailleurs le siège de la première véritable organisation européenne supranationale, la C.E.C.A. N'était-ce pas

l'industriel luxembourgeois Emile MAYRISCH, organisateur de rencontres entre intellectuels français et allemands, qui en 1926 avait déjà tenté de donner au rapprochement franco-allemand une forme concrète par la création de : « Entente internationale de l'Acier ».

La connaissance même des limites matérielles a toujours ouvert à la politique étrangère luxembourgeoise une marge d'initiative qui permettait aux dirigeants nationaux d'orienter le pays dans un sens déterminé sur la scène internationale. Certes, la transformation du système international qui se caractérisait d'abord par une redistribution des pôles dominants dans un monde essentiellement bipolaire et ensuite, après la décolonisation, par l'apparition de nouveaux acteurs, a posé de nouvelles difficultés à la diplomatie luxembourgeoise.

Ces transformations n'ont pas seulement largement modifié la place de l'Europe sur la scène internationale face aux autres acteurs, elles ont également affecté la nature même des relations internationales. Si, d'une part, la souveraineté de l'Etat est restée le fondement principal des relations interétatiques, la nécessité de la coopération entre Etats, quel que soit leur système socio-économique ou quel que soit le fossé entre leur niveau de développement est devenue manifeste.

Mais la nécessité de la coopération qui est proclamée dans grand nombre de déclarations contraste avec une réalité tout autre qui reflète beaucoup plus la vision de RAYMOND dans « **Paix et guerre entre les nations** », celle de l'« état de nature », d'une compétition toujours accrue entre les Etats et cela sur tous les plans. La construction juridique classique d'un ordre international basé sur l'égalité souveraine des Etats n'a pas résisté aux réartés de domination et d'exploitation

Il est certain que cette montée de la violence, sous tous les aspects, aussi bien politique que militaire — les conflits locaux et la poursuite de la course aux armements — et

surtout économique dans les rapports internationaux, accentue l'impuissance des petites nations et renforce encore les limites matérielles qui s'imposent à leur politique. C'est pourquoi les petits Etats, et parmi eux le Luxembourg, ont très vite découvert que pour assurer leur indépendance, leur sécurité et leur prospérité, qui constituent les aspirations essentielles de toute politique extérieure, il faut accepter la logique de la coopération, voire de l'intégration. Sur ce plan, le Luxembourg a une longue expérience par son appartenance au Zollverein, à l'U.E.B.L. (Union Economique Belgo-Luxembourgeoise) et au BENELUX.

La perspective d'une union européenne fixée par le traité de Rome lui a donné une grande possibilité d'affirmer sa volonté d'intégration face aux grands, souvent trop jaloux d'une indépendance qui est parfois moins réelle qu'idéologique.

La logique de la coopération et de l'intégration résulte des limites matérielles; elle donne son sens à la politique extérieure d'une petite nation, car elle ressort de « l'articulation dialectique entre la situation politique et économique interne et les possibilités d'action externe. »

Si les contraintes matérielles posent des limites à l'efficacité immédiate d'une telle politique extérieure, parce que les moyens de pression sont faibles, elles peuvent paradoxalement aussi faire sa force.

Nous essaierons de montrer d'abord comment la politique étrangère du Luxembourg s'oriente à partir de ses propres limites et, dans une seconde phase, comment elle peut arriver dans un certain contexte à transformer ces propres limites en atouts et à affirmer l'existence et la présence d'un petit Etat sur la scène internationale.

**

Il n'est pas trop difficile de mesurer la position du Luxembourg par rapport aux réalités complexes et mouvantes de la vie internationale. Sur le plan de sa sécurité il dépend d'un équilibre difficile entre les deux grands pactes militaires qui se trouvent tous les deux sous l'égide d'une des deux superpuissances. Membre de l'O.T.A.N. dès sa création, son poids militaire ne peut être pris en considération, et ce n'est qu'au niveau politique qu'il a une existence.

C'est sur le plan économique que se révèlent le plus clairement et le plus dangereusement les limites et les points faibles, et cela particulièrement depuis que de grands bouleversements ont ébranlé l'économie mondiale.

A l'exiguïté du territoire et de la population s'ajoute l'absence de toutes ressources naturelles, bien que ce pays fût dénommé « un don du fer » grâce à ces quelques mines de fer qui ont permis, dès la fin du siècle dernier, le développement d'une puissante industrie sidérurgique qui a assuré la survie économique du pays et lui a permis d'occuper sa place sur la scène européenne.

Mais l'économie luxembourgeoise est aussi certainement la plus extravertie du monde développé. Faute d'un marché national suffisant, le Luxembourg est contraint d'exporter autour de 90 % de sa production industrielle. Il se trouve donc, sur le plan économique, dans un état de dépendance absolue par ses exportations; en cela son économie subit quasi-totalement l'évolution de la conjoncture mondiale, plus particulièrement celle de la C.E.E. (90 % des exportations du Luxembourg sont concentrées sur la C.E.E.)

Cette forme de dépendance fait ressortir combien le facteur international détermine la politique nationale. Ceci parce que la politique économique, qui n'a qu'un faible pouvoir régulateur, notamment en temps de récession, doit constamment viser à opérer essentiellement une adaptation aux changements extérieurs.

La constatation selon laquelle politique économique et politique étrangère sont étroitement liées est plus que confirmée par le cas du Luxembourg. Son économie dépend doublement de l'étranger par les débouchés, mais également par les facteurs de production. Car s'il faut vendre à l'étranger pour y acheter une grande partie des biens de consommation et des matières premières, il faut également y trouver des investisseurs prêts à participer à la restructuration de l'appareil de production. La diversification industrielle nécessaire pour sortir l'économie luxembourgeoise de son « monolithisme de l'acier » a dû faire appel aux investissements étrangers dès les années cinquante.

L'évolution récente de la division internationale du travail a fait apparaître de nouvelles insuffisances.

L'impératif industriel imposant un redéploiement industriel selon de nouveaux critères de rentabilité a fait de celui-ci l'objectif prioritaire de la politique économique comme de la politique étrangère. Depuis les récents bouleversements des relations économiques internationales qui, aux dires de certains, les ont transformés en « guerre économique mondiale », l'« aspect marchand » a également fortement marqué la diplomatie luxembourgeoise. Au même moment les autres Etats développés se sont empressés de diminuer les déficits de leurs balances commerciales par une « diplomatie des affaires ».

Dans ce contexte international les limites matérielles qui caractérisent le potentiel économique d'une petite nation s'aggravent dangereusement. Le Luxembourg a tenté de s'adapter le plus vite possible aux nouvelles données grâce à une politique économique basée sur la concertation entre groupes sociaux, mais également en tirant profit du développement d'activités nouvelles qu'il a su attirer.

L'internationalisation des mouvements de capitaux a permis au Luxembourg, grâce à une législation souple et libérale, de développer une place financière qui occupe un rôle croissant dans la vie économique du pays. La plupart des grandes banques s'y sont installées, parmi lesquelles une banque soviétique et, depuis peu une banque chinoise, pour participer, à partir du Luxembourg, aux marchés financiers internationaux.

C'est plus la position favorable du Grand Duché, situé au centre de l'Europe, ainsi qu'une législation peu contraignante, que l'aspect fiscal tant évoqué, qui ont permis de développer très rapidement les activités bancaires, puisque si, en 1970, il n'y avait que 37 sociétés bancaires agréées, en 1979, il y en a une centaine. Ce sont surtout les banques allemandes qui ont profité de la proximité géographique et des conditions favorables pour développer à partir du Luxembourg leurs activités internationales. Cette délocalisation d'une partie de leurs affaires, et non les moindres, leur a permis d'échapper au contrôle des autorités fédérales qui, à plusieurs reprises, ont exercé des pressions sur le Luxembourg pour obtenir l'autorisation de surveiller les filiales luxembourgeoises des banques allemandes.

L'objectif de la politique étrangère est de préserver la souveraineté face aux emprises des grandes puissances, et cela plus particulièrement dans le cadre de la C.E.E. C'est dans la même optique que le ministre des affaires étrangères, qui dirige également l'actuel gouvernement, ne cesse de critiquer les tentatives d'un « directoire des grands », prenant toutes les décisions communes et excluant ainsi les petits Etats de la Communauté de l'élaboration de la politique communautaire.

Mais raisonnablement attachée à l'indépendance nationale, la politique extérieure est également confrontée au problème de la nécessaire adaptation aux réalités mondiales avec le but de garantir les acquis menacés par les turbulences économiques et monétaires qui échappent totalement à l'influence d'une politique nationale.

C'est face à ces limites que la politique étrangère du Luxembourg prend son sens, c'est-à-dire sa signification ainsi que son orientation.

* *

Le concept d'indépendance nationale ne se conçoit pas sans un certain relativisme, puisque les relations internationales se caractérisent par une interdépendance croissante entre les nations. Ceci est d'autant plus vrai que les Etats sont petits, donc impuissants à exercer une influence immédiate sur l'environnement international.

Consciente de ses propres limites, la politique extérieure a reconnu très tôt que la logique de l'intégration et la nécessité de la coopération s'imposaient à elle.

Etant pleinement intégrée dans le Pacte Atlantique, seule garantie pour sa sécurité extérieure, la diplomatie luxembourgeoise a pris conscience de la situation de l'Europe « prise entre les Etats-Unis et l'Union Soviétique ». D'une part, profondément attachée à de bonnes relations entre les Etats-Unis et l'Europe, elle participe également à la politique de coopération avec les pays de l'Est. Le gouvernement luxembourgeois a ainsi soutenu des efforts pour la détente qui aboutit à la Conférence d'Helsinki, et dont les acquis, aussi fragiles qu'ils soient, restent éminemment importants pour la paix mondiale.

Mais la détente n'a pourtant pas diminué l'impact des superpuissances sur les deux blocs, et l'Europe des Neuf se trouve particulièrement vulnérable faute d'une politique de défense commune, faute d'une véritable politique étrangère communautaire dont l'absence s'est surtout faite ressentir pendant les bouleversements de 1973-74. Le Président du Gouvernement l'a fort bien expliqué :

« Nous ne ferons pas l'Europe politique si nous n'arrivons pas à résoudre le problème de la défense de l'Europe. Notons d'ailleurs qu'il peut s'agir ou bien d'une défense européenne, ou bien d'une défense conçue en commun avec l'Amérique, mais qui doit alors comporter la conviction de tous les pays intéressés et donc, être librement consentie. »

L'engagement de la diplomatie luxembourgeoise pour l'Europe s'explique par le fait que la politique extérieure du Grand Duché est restée pendant longtemps et reste encore « essentiellement une politique européenne », puisque ses intérêts immédiats se trouvent principalement en Europe. Guidée par la logique de l'intégration, elle est d'abord axée sur l'intégration européenne, sachant plus que toute autre que ce n'est que dans un cadre plus large que le pays arrivera à affirmer sa présence et à trouver les solutions adéquates à ses préoccupations.

L'intégration politique qui donnerait à l'intégration économique, toujours menacée en ces temps de crise par des tentations nationalistes, des fondements solides, est la principale finalité pour laquelle œuvre la diplomatie luxembourgeoise.

L'élection au suffrage universel d'un Parlement européen auquel aucun vrai démocrate ne peut interdire l'élargissement de ses compétences, lui paraît ainsi être une étape, et non une fin en soi.

Mais c'est plus particulièrement sur le plan économique que le sens européen de la politique extérieure luxembourgeoise apparaît. Dépendant très largement de la demande internationale de produits sidérurgiques, le Luxembourg peut difficilement, à lui tout seul, affronter la crise qui frappe depuis quelques années l'acier. C'est à ce niveau que s'illustre la nécessité de l'intégration. Les avantages que lui apportent une politique communautaire, telle que mise en œuvre par le « Plan Davignon », n'auraient pas

été accessibles dans un cadre purement national. Hélas, le drame qui frappe les voisins lorrains montre les conséquences désastreuses qu'entraîne l'absence de véritables politiques communautaires.

Les solutions économiques aux problèmes tels que le chômage et le redéploiement industriel ne peuvent plus être purement nationales, d'où la nécessité d'une politique régionale communautaire dont pourrait bénéficier la Lorraine et le Luxembourg, d'une politique sociale réalisant dans les neuf pays membres une diminution du temps de travail, ainsi que d'une politique industrielle européenne cohérente qui fait douloureusement défaut.

Ne profitant guère du désordre monétaire international résultant essentiellement de la position de faveur du dollar américain dans un système monétaire international qui ne mérite guère ce nom, le Luxembourg a soutenu depuis des années les efforts pour une union monétaire européenne dans laquelle il ne subirait plus simplement les effets monétaires, mais où il participerait au sein des organes créés à la prise de décision. Voilà le sens de son soutien au système monétaire européen qui, malheureusement, n'est toujours pas mis en place.

Si l'intégration européenne reste l'objectif primordial de la politique extérieure luxembourgeoise, la mondialisation des problèmes a nécessairement élargi son champ d'activité. La diplomatie luxembourgeoise, en dépit de ses effectifs et de ses moyens limités, a dû s'ouvrir au monde entier.

Les chiffres sur l'aide au développement, en dépit des insuffisances considérables, font malgré tout apparaître une ouverture à l'égard des jeunes nations en développement. En 1974 l'A.P.D. n'atteignait que 0,07 % du P.N.B. contre un peu plus de 0,2 % en 1979. C'est avec les pays en développement que s'ouvrent des perspectives de coopération économique particulièrement bénéfique pour les deux côtés. Les efforts récents pour accroître l'aide au développement, ainsi que le soutien absolu à l'Accord de Lomé, traduisent l'importance que notre diplomatie accorde désormais au défi principal de notre temps, la lutte contre le sous-développement, qui nécessite l'établissement d'un nouvel ordre économique international.

La politique étrangère luxembourgeoise devient ainsi également un support important de l'industrie exportatrice et, sans oublier ses limites matérielles, elle peut offrir, à l'instar de quelques autres petits pays européens, cette aptitude au dialogue et cette volonté à développer de nouveaux modèles de coopération entre nations inégalement développées.

C'est cette volonté de dialogue qui peut transformer ses propres limites en atouts non négligeables.

* *

Œuvrer à l'échelle communautaire comme à l'échelle mondiale pour une politique de coopération et de dialogue suppose évidemment une présence active dans toutes les institutions communautaires et internationales. Les limites matérielles imposent à ceux qui élaborent et exécutent la politique étrangère, un engagement permanent et dévoué de leur part, comme le rappelait le ministre des affaires étrangères dans son dernier discours budgétaire.

Grâce à une présence active sur la scène internationale, ainsi qu'au crédit personnel dont bénéficient les représentants du Luxembourg, une politique étrangère « tous azimuts » peut compenser les faiblesses dues aux données objectives et devenir un facteur dynamique dans les relations internationales.

Ce facteur dynamique que peut représenter dans l'intégration européenne la politique du Luxembourg, s'explique d'abord par son manque de puissance. La lutte contre la discrimination que les grandes puissances sont tentées de pratiquer à l'égard des petites va de pair avec le rôle d'avant-garde et de « conscience communautaire » que le Luxembourg peut jouer dans la réalisation des finalités politiques de la construction européenne. La politique étrangère ne doit pas renoncer à être cette source de propositions, mais aussi de critiques qui, pour citer M. THORN, « aideront l'Europe à trouver le second souffle dont elle a tant besoin. »

S'il s'agit d'affirmer sa personnalité à l'égard des « grands », sans pouvoir être soupçonné de poursuivre des intérêts de domination, un petit Etat peut, au sein des Communautés, jouer le rôle de la « conscience communautaire », voire de l'« honnête courtier ». Il peut ainsi permettre aux nations puissantes, trop souvent enfermées dans leurs intérêts immédiats et peu enclin à faire des concessions aux autres « grands », de trouver des compromis acceptables. C'est pour cette raison que le Luxembourg s'élève tant contre l'installation progressive d'un directoire européen, dont l'échec est préfiguré par les éternelles négociations franco-allemandes sur les montants compensatoires bloquant la mise en place du système monétaire européen, pourtant décidée par ces mêmes puissances.

Cette dynamique du dialogue et du compromis peut également se transposer à un niveau international, et notamment aux relations Nord-Sud, qui préoccupent désormais toutes les institutions internationales.

Il faut regretter que, dans le passé, la diplomatie luxembourgeoise a trop souvent rejoint le camp des puissances rigides en matière de nouvel ordre économique international. L'interdépendance croissante entre nations inégalement développées dicte à la politique extérieure luxembourgeoise de s'allier avec d'autres petites nations telles que les pays scandinaves et les Pays-Bas, dont les propositions en faveur des pays en développement se distinguent très souvent des conceptions orthodoxes.

Une vue synthétique des possibilités de la politique étrangère du Luxembourg montre d'abord que les petits Etats peuvent trouver leur place sur une scène internationale dont la bipolarité ne semble plus être une fatalité. Certes, le rôle que la diplomatie luxembourgeoise peut jouer restera modeste, mais il ne sera pas nécessairement proportionnel aux limites matérielles.

Une politique étrangère qui s'inspire de ces limites tout en les transcendant, profite ainsi de tous les atouts que possède un petit Etat sur la scène internationale. Ayant une conception moins figée de la souveraineté nationale que les « grands », la politique extérieure luxembourgeoise peut, d'une part, assurer la prospérité économique, sociale et culturelle de la communauté nationale et, d'autre part, contribuer à développer la compréhension, la coopération et la solidarité entre les peuples.

Ces aspirations, qui orientent la politique étrangère du Grand Duché ne correspondent pas seulement avec les intérêts de la communauté internationale, elles conditionnent d'abord la survie d'une petite nation qui, souvent opprimée, a su retrouver les conditions d'une indépendance renouvelée.

Nicolas SCHMIT.

Publications de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

ANNALES

La Voie d'appel (I.E.J., 1964.

Etudes de droit pénal douanier (I.S.P.E.C.), 1968.

Etudes de droit privé français et mauricien (C.E.R.S.O.I.), 1969.

Etudes diverses, dont : Le pouvoir napoléonien et ses légitimités, par Charles DURAND, 1972.

TRAVAUX ET MEMOIRES

- N° 1 PARODI : Salaire, inflation et politique des revenus, 1964.
- N° 2 GARRON : L'autorité de la chose jugée au tribunal maritime commercial, 1964.
- N° 4 PIVASSET : L'univers politique de Kafka, 1965.
- N° 7 GARELLO : Le contenu de la courbe keynesienne d'offre globale, 1966.
- N° 8 MACLEOD : La pensée politique de Pierre Drieu de La Rochelle, 1966.
- N° 9 GARRON : Le particularisme de la législation maritime relative à la prévention et à la répression de la fraude douanière, 1966.
- N° 10 CATY : La coopération scientifique entre la France et le Tiers-Monde, 1967.
- N° 11 LANZA : Les projets de réforme administrative en France (C.R.A.), 1968.
- N° 12 NEGRIN : Le Conseil d'Etat et la vie publique en France depuis 1958, 1968.
- N° 13 LAURENT : L'armée au Cambodge et dans les pays en voie de développement du Sud-Est asiatique, 1968.
- N° 14 LAMARQUE : La fonction publique fédérale aux Etats-Unis (C.R.A.), 1971.
- N° 15 PINI, IMPERIALI et ESCARRAS : Courrier parlementaire et fonction parlementaire (C.R.A.), 1971.
- N° 16 BLUM, FRAISSINET et GUIN : Administration et justice administrative face aux administrés, 1972.
- N° 17 GUYON, COQUEREAU et BONASSIES : Les Groupements d'intérêt Economique, 1972.
- N° 18 BONNOT et DROUOT : Deux entreprises publiques devant leur avenir : Air France et S.N.C.F., 1973.
- N° 19 LOUIT et RICCI : Sciences sociales, analyse de contenus. Spectacle du Monde. Les mercredis de Paul VI, 1974.
- N° 20 REYDELLET : Les Groupes d'action municipale. L'exemple de Meylan, 1975.
- N° 21 COLOMBEAU, DAVIN, GUEYDAN et RUCZ : Etudes de doctrine et de droit international du développement, 1975.
- N° 22 LE BERRE : Les idées du printemps de Prague, 1975.
- N° 23 DI MARINO : L'activité délictuelle légale dans la circonscription judiciaire d'Aix-en-Provence, 1975.
- N° 24 FLOBERT : Les Comores. Evolution juridique et socio-politique, 1976.
- N° 25 NEGRIN : Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction, 1976.
- N° 26 DURAND et LANZA : Etudes sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIX^e siècle.
- N° 27 RICCI : Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale.
- N° 28 MARON : L'Hebdomadaire Lumière de Madagascar.
- N° 29 BOUGUERA : Le commerce technologique entre pays d'inégal développement.
- N° 30 POINCELET : L'assurance responsabilité civile produits livrés.
- N° 31 BOYER : L'obligation de renseignement dans la formation du contrat.

Les numéros manquants sont épuisés.

ETUDES

Le Recueil d'études à la mémoire de Jean LEBRET : L'évolution du droit criminel contemporain, 1967.

Etudes offertes à André AUDINET, 1968.

La responsabilité civile du fabricant dans les Etats-membres du Marché Commun. Travaux Colloque Aix-en-Provence, 18 et 19 mai 1973.

BUY : Le travail temporaire et l'intégration des salariés dans l'entreprise, 1974.

Etudes offertes à Alfred JAUFFRET, 1974.

La décentralisation. Pour la rénovation de l'Etat. Colloque sous la direction de Charles DEBBASCH, Aix-en-Provence, 1976.

CENTRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES (C.R.A.)

LANZA : Les projets de réforme administrative en France, 1968.

NEGRIN : Le Conseil d'Etat et la vie publique en France depuis 1958, 1968.

Martine LAMARQUE : La fonction publique fédérale aux Etats-Unis, 1971.

PINI, IMPERIALI et ESCARRAS : Courrier parlementaire et fonction parlementaire, 1971.

BLUM, FRAISSINET et GUIN : Administration et justice administrative face aux administrés, 1972.

BONNAUD et DROUOT : Deux entreprises publiques devant leur avenir : Air France et S.N.C.F., 1973.

REYDELLET : Les Groupes d'Action municipale. L'exemple de Meylan, 1975.

INSTITUT DE SCIENCES PENALES ET DE CRIMINOLOGIE (I.S.P.E.C.)

Etudes de droit pénal douanier (Annales), 1968.

DI MARINO : L'activité délictuelle légale dans la circonscription judiciaire d'Aix-en-Provence, 1975.

CENTRE D'ETUDES NOTARIALES (C.E.N.)

GUYON, COQUEREAU et BONASSIES : Les Groupements d'Intérêt Economique, 1972.

CENTRE D'ETUDES ET DE RECHERCHES INTERNATIONALES ET COMMUNAUTAIRES (C.E.R.I.C.)

COLOMBEAU, DAVIN, GUEYDAN et RUCZ : Etudes de doctrine et de droit international du développement, 1975.

CENTRE D'ETUDES ET DE RECHERCHES DES SOCIETES DE L'OCEAN INDIEN (C.E.R.S.O.I.)

Etudes de droit privé français et mauricien (Annales), 1969.

FLOBERT : Les Comores. Evolution juridique et socio-politique, 1976.

ANNUAIRE des Pays de l'Océan Indien, année 1964, N° 1.

INSTITUT D'ETUDES JUDICIAIRES (I.E.J.)

La Voie d'appel (Annales), 1963.

Bulletin des arrêts de la Cour d'Appel, 1975 (1976).

Sous presse

Etudes offertes au Professeur Pierre KAYSER.

PONTIER : L'Etat et les collectivités locales. La répartition des compétences.

DEBEAURAIN : Les droits de passage sur les fonds privés.

Les commandes doivent être adressées directement au Service des Publications de la Faculté de Droit et de Science Politique, 3, avenue Robert-Schuman, 13621 Aix-en-Provence.

Ne pas joindre le paiement. Le règlement se fera sur présentation de la facture.

Demi-tarif aux étudiants.

Si vous n'êtes pas abonné... abonnez-vous !

Si vous l'êtes, faites connaître la

Revue de **DROIT PROSPECTIF**

éditée par l'Association des Étudiants en Doctorat de l'Université d'Aix-Marseille III

3, Avenue Robert-Schuman - 13621 Aix-en-Provence

« La seule découverte digne de notre effort
est de construire l'Avenir ».
(Pierre TEILHARD de CHARDIN)

L'Association des étudiants en doctorat de l'Université d'Aix-Marseille III édite, depuis 1976, la « REVUE DE DROIT PROSPECTIF ». Ce titre indique clairement les préoccupations qui ont été les nôtres lorsque nous avons envisagé cette publication.

Il ne s'agissait pas, en effet, de faire double emploi avec les revues existantes, dont la qualité, fruit d'une longue expérience, n'est plus à démontrer. Nous avons voulu proposer une nouvelle approche de la recherche juridique, une « approche prospective » qui permette de saisir l'évolution du Droit, voire de la devancer, en essayant d'envisager les tendances possibles ou souhaitables de l'avenir du Droit. Aussi, cette revue ignore la frontière traditionnelle entre le Droit public et le Droit privé. Elle contiendra des articles relevant des deux matières ; la frontière qui sépare le « Droit Prospectif » du Droit positif n'est pas matérielle, mais temporelle.

Le Droit prospectif, c'est la recherche « prévisionnelle » ou « projectuelle » des tendances possibles ou souhaitables de l'avenir du Droit, l'anticipation construite par la pensée de ce que pourrait être ou devrait être le Droit dans l'avenir.

La diffusion de la revue est assurée par nos soins et par l'intermédiaire d'un certain nombre de librairies à Paris, Marseille, Nice, Toulon et Aix-en-Provence. Le prix de vente au numéro est de 25 F ; l'abonnement annuel pour 1979 (4 numéros) de 95 F pour la France et de 125 F pour l'Étranger. Vous pouvez vous abonner en retournant le coupon ci-joint, accompagné du règlement, à l'Association des Étudiants en Doctorat de l'Université d'Aix-Marseille III, 3, avenue Robert-Schuman, 13621 Aix-en-Provence.

La parution de la revue était semestrielle jusqu'en 1978. Elle devient trimestrielle à partir de 1979. Elle a proposé des études et des articles de Jean-Marie AUBY, Maurice AYDALOT, Henri BRUGMANS, Jimmy CARTER, Louis CARTOU, René DAVID, Charles DEBBASCH, Michel DEBRE, René DECOTTIGNIES, André de LAUBADERE, Louis FAVOREU, Guy HERAUD, Michel JOBERT, Marceau LONG, Emile POLLAK, Gaston THORN, Léo TINDEMANS, Marcel WALINE, etc.

BULLETIN D'ABONNEMENT

(à retourner à la « REVUE DE DROIT PROSPECTIF », 3, avenue Robert-Schuman, 13621 AIX-EN-PROVENCE)

Je, soussigné (M., M^{me}, M^{lle})⁽¹⁾ - NOM : _____ Prénom : _____

Adresse : _____

Établissement : _____

Code Postal : _____ Ville : _____

Vous prie d'enregistrer un abonnement à la « REVUE DE DROIT PROSPECTIF » pour les années :

- | | | | | | | |
|--------------------------|--|----------|-------|---|------------|--------|
| <input type="checkbox"/> | N ^{os} 1 et 2 (1976), au prix de | France : | 45 F | - | Étranger : | 65 FF |
| <input type="checkbox"/> | N ^{os} 3-4 (numéro double), (1977), au prix de | » | 45 F | » | » | 65 FF |
| <input type="checkbox"/> | N ^{os} 5 et 6 (1978), au prix de | » | 45 F | » | » | 65 FF |
| <input type="checkbox"/> | N ^{os} 1 à 6 (1976, 1977 et 1978), au prix global de | » | 120 F | » | » | 180 FF |
| <input type="checkbox"/> | N ^{os} 7, 8 et 9-10 (1979), au prix de | » | 95 F | » | » | 125 FF |
| <input type="checkbox"/> | N ^{os} 1 à 10 (1976, 1977, 1978, 1979) au prix global de .. | » | 215 F | » | » | 305 FF |

Date et signature.

- vous adresse la somme de _____ F par chèque bancaire⁽¹⁾ ou chèque postal⁽¹⁾
- règlera sur envoi d'une facture en _____ exemplaire(s)
- souhaite un abonnement permanent (renouvellement automatique et règlement chaque année sur envoi d'une facture) : OUI - NON

(1) Rayer les mentions inutiles.

Même si vous n'êtes pas étudiant, vous pouvez adhérer
à

L'ASSOCIATION DES ÉTUDIANTS EN DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE III

Notre Association a été créée au mois de décembre 1974 dans le but de regrouper au sein d'une structure d'accueil, les étudiants en doctorat de l'Université d'Aix-Marseille III, afin de rompre l'isolement traditionnel de l'étudiant au cours de ses études.

Carrefour d'échanges et d'idées, notre Association organise dans le courant de l'année universitaire, à Aix-en-Provence, un certain nombre d'activités, tant sur le plan culturel (conférences, dîners-débat), que des loisirs (soirées dansantes, week-ends de détente, voyages).

Même si vous n'êtes pas étudiant, vous pouvez adhérer à notre Association en qualité de membre sympathisant, vous serez informé de l'ensemble de nos activités et bénéficierez des réductions accordées à tous les adhérents de l'Association.

Retournez le bulletin ci-dessous à l'Association des Etudiants en doctorat de l'Université d'Aix-Marseille III, 3, avenue Robert-Schuman, 13621 Aix-en-Provence, accompagné du règlement de la cotisation (pour 1979-80 : 35 F ; cotisation de soutien, à partir de 100 F).

BULLETIN D'ADHESION

Je, soussigné,

NOM : _____ Prénom : _____

Nom de jeune fille (1) : _____

Né (e) le _____ à _____ Age : _____

Adresse personnelle : _____

Code Postal : _____ Ville : _____

N° de téléphone : _____ Profession : _____

Niveau d'études (2) : _____

désire adhérer en qualité de membre actif - sympathisant (3) à l'ASSOCIATION DES ETUDIANTS EN DOCTORAT DE L'UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE III.

Fait à _____, le _____

Signature :

(1) Pour les femmes mariées.

(2) Si vous êtes étudiant en doctorat en 4^e année de licence et que vous adhérez en qualité de membre actif.

(3) Rayer la mention inutile.



