iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW

N.2 2013

ISSN 2039-2540

Issue n. 2 - 2013-ISSN 2039 2540

Index

Articles

1. Tomás Ramón Fernández - Sobre los límites constitucionales del poder discrecional
2. Fabio Merusi - Integration between EU Law and National Administrative Legitimacy
3. Pierre Bon - Où en est la responsabilité de plein droit de la administration du fait des personnes placées sous sa garde?
4. Pierre Delvolvé - Voie de fait: limitation et fondements

Reports

5. Public Ownership - Public Finance
    a. ESP: Francisco López Menudo, Bienes y obras públicas
    b. DEU: Marc Desens, Henning Tappe, Fiscal and Tax Law
    c. DEU: Marc Desens, Henning Tappe, Finanzwirtschaft und Steuerrecht
6. European Law, Comparative Law, Constitutional Law and International Law - Human Rights
    a. ITA: Barbara Gagliardi, Olimpiadi e grandi eventi nel diritto amministrativo europeo - Torino, 19 settembre 2013
    b. ITA: Barbara Gagliardi, Jeux Olympiques et Grands Événements dans le Droit Administratif Européen - Turin, le 19 septembre 2013

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

SOBRE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL PODER DISCRECIONAL[1]

Tomás Ramón FERNÁNDEZ[2]

INDEX

I. PRELIMINARES

1. ***Acabar donde empecé***
2. ***El porqué de la elección***

II. EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL PODER DISCRECIONAL. BREVE RECORDATORIO DE UNA HISTORIA INCOMPLETA

1. ***De la exención a la excepción***
2. ***La necesidad de una teoría***
3. ***El final de la historia?***

III. LAS PREGUNTAS PENDIENTES: CUÁNDO, CÓMO Y CUÁNTO PODER DISCRECIONAL PUEDE OTORGAR EL LEGISLADOR A LA ADMINISTRACIÓN

IV. EL PODER DISCRECIONAL COMO PODER DELEGADO

V. DISCRECIONALIDAD Y RESERVA DE LEY

[1] Reproducción del'artículo publicado en la Revista de Administración Pública, núm. 187, Madrid, enero – abril (2012), págs. 141-170. Texto de la lección jubilar pronunciada en la Facultad de Derecho de San Sebastián el 12 de mayo de 2010.

[2] Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid.

Copyleft – Ius Publicum

1. *El sentido general de la reserva*
2. *Poder discrecional y derechos fundamentales*
3. *Libertad de empresa y poder discrecional*

VI. *QUID* EN EL CASO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

VII. LA PERSPECTIVA ADICIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

VIII. UNA REFLEXIÓN FINAL

RESUMEN

La historia del poder discrecional está incompleta. Podemos pensar, quizá, que conocemos su final, porque el control jurisdiccional de su ejercicio está ya plenamente consolidado. Nos faltan, sin embargo, los capítulos iniciales, la respuesta a las primeras preguntas: ¿cuándo y por qué puede la ley otorgar poderes discrecionales a las autoridades administrativas? ¿En qué condiciones puede hacerlo? ¿Con qué límites? A estas preguntas pretende darse aquí una primera respuesta.

Palabras clave: poder discrecional; control jurisdiccional; límites constitucionales.

ABSTRACT

The history of the discretionary power is not complete. We have not the answer to the first and fundamentals questions: when and why can the law concede discretionary powers to the administrative authorities? What conditions? What limits? One tries to give here an answer to these problems.

Key words: discretionary power; judicial review; constitutional limits.

Copyleft – Ius Publicum

I. PRELIMINARES

1. Acabar donde empecé

Un día de enero de 1973, hace ya treinta y ocho años por lo tanto, inicié aquí, en esta Facultad, que daba entonces también sus primeros pasos, mi carrera académica como catedrático de Derecho administrativo. La vida, que obliga muchas veces a tomar decisiones difíciles, me llevó pronto por otros derroteros, pero no pudo romper los lazos afectivos que me unían a esta Facultad, que, por el contrario, se fueron reforzando con el paso del tiempo, gracias a los compañeros y amigos que aquí encontré y a los muchos que se han ido sumando a ellos a lo largo de estos años, que me han brindado múltiples ocasiones de participar de un modo u otro en la vida académica y de seguir sintiéndome parte de ella.

Por eso, justamente, es por lo que quise que fuera aquí donde explicara mi última lección como catedrático en activo. Doy las gracias muy sinceramente a mis compañeros y, por supuesto, a las autoridades académicas por haber hecho realidad mi deseo de acabar donde empecé.

2. El porqué de la elección

Elegir el tema de esta última lección me ha planteado alguna duda. En un primer momento me pareció obligado dedicarla a exponer una reflexión general sobre lo que era el Derecho administrativo cuando llegué aquí y lo que ha ido cambiando a lo largo de este periodo en el que se han producido acontecimientos de tanta trascendencia como el tránsito de una larga dictadura a una democracia constitucional y el ingreso en la Comunidad Europea, pero terminé desechando esta idea porque acentuaba demasiado la calificación como última de esta lección, que lo es, ciertamente, pero solo en mi condición de membro activo de una Universidad

Copyleft – Ius Publicum

pública, no como jurista, que espero seguir siéndolo y ejerciendo como tal mientras tenga fuerzas para ello.

Opté entonces por elegir un tema que supusiera una prolongación de lo que desde hace más de veinte años constituye el objeto preferente de mi trabajo: el poder discrecional. Como Jacques MONOD, Premio Nobel de Medicina de 1965, dijo de sí mismo en la presentación de la edición española de su magnífico ensayo *El azar y la necesidad*, que se sigue reeditando todavía[3], yo también he sido un poco Don Juan durante buena parte de mi carrera académica porque he ido pasando de un tema a otro, de los vicios de orden público al medio ambiente y las vecindades industriales, del urbanismo (al que dediqué, por cierto, la lección inaugural del curso 1974-75 en esta Facultad) a los derechos históricos de los territorios forales e, incluso, a la reglamentación de las corridas de toros, asunto este emblemático como pocos que ningún jurista español se había atrevido a tratar hasta entonces por considerarlo, quizá, poco académico. Mi guía fue siempre la curiosidad y el deseo de aprender cosas nuevas, de explicarme a mí mismo y explicar a los demás lo que hasta entonces no había sido explicado o no lo había sido, en mi opinión, satisfactoriamente.

Esa trayectoria cambió un día cuando tuve que escoger un tema para el libro homenaje a mi maestro, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA. Me gusta en estas ocasiones elegir algo que tenga especial significación en la vida y en la obra del homenajeado y, en este caso, a mi juicio al menos, nada como *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, la célebre conferencia de Barcelona que en 1962 comprometió definitivamente a nuestra disciplina en la

[3] La última edición es la 7.ª, Tusquets Editores, junio 2007.

Copyleft – Ius Publicum

lucha por la libertad[4]. Tomé, pues, como referencia el tratamiento que allí se hacía del control jurisdiccional del poder discrecional de la Administración con el modesto propósito inicial de revisarlo para situarlo en el marco de la Constitución, y en concreto del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que el artículo 9.3 de esta había consagrado. Mi trabajo, que titulé *Arbitrariedad y discrecionalidad* para subrayar así desde el principio la trascendencia que en el plano teórico y en la práctica cotidiana tiene una distinción en la que la jurisprudencia de las Salas 2.ª y 3.ª del Tribunal Supremo había comenzado ya a insistir[5], desató inopinadamente una viva polémica que rebasó los límites del Derecho administrativo y trascendió al campo de la Teoría del Derecho, como prueban especialmente los trabajos de Juan IGARTUA y Manuel ATIENZA[6].

En esas circunstancias yo no podía abandonar el tema, como había hecho hasta ese momento con otros muchos. Me quedé con él y en él sigo desde entonces,

[4] Publicada inicialmente en el núm. 38 de esta REVISTA y posteriormente, de forma independiente, en la colección de Cuadernos Civitas, Madrid, 1974.

[5] Fueron, en efecto, estas dos Salas las únicas que se hicieron eco de inmediato de la prohibición constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos. Sobre la jurisprudencia de la Sala 2.ª, vid. las referencias precisas en el que fue mi discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, publicado por Iustel, Madrid, 2004. Los escritos míos implicados en la polémica a la que se alude en el texto están recogidos en mi libro *De la arbitrariedad de la Administración*, 5.ª ed., Thomson-Civitas, 2008. En la pág. 217, en nota, recojo los libros más notables publicados entre nosotros sobre este mismo asunto a raíz de la polémica en cuestión.

[6] Vid M. ATIENZA, «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», en el núm. 85 de la *Revista Española de Derecho Administrativo*. De J. IGARTUA, vid. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, y —antes— «Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa », en el núm. 92 de la *Revista Española de Derecho Administrativo*. IGARTUA ha seguido insistiendo con ejemplar perseverancia en este tema desde la perspectiva crucial de la motivación. Vid. *La motivación de las Sentencias, imperativo constitucional*, CEPC, Madrid, 2003.

Copyleft – Ius Publicum

firmemente convencido como estoy de que este es el gran tema del Derecho público en general y del Derecho administrativo en particular, porque es aquí, indiscutiblemente, donde se juega día a día esa batalla eterna entre el Poder y la Libertad. Marcel WALINE así lo advirtió ya hace más de medio siglo, aunque, sorprendentemente, sus palabras no alcanzaran nunca el primer plano que, sin duda, merecían: «Si fuese necesario dar en algunas palabras una definición del Derecho Administrativo, yo diría, dejando de lado la parte puramente descriptiva de las instituciones… que es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación en vista de la salvaguarda de los derechos de los terceros»[7]. Esa misma percepción late al otro lado del Atlántico, a pesar de nuestras diferentes experiencias y tradiciones, como pone de relieve la expresiva frase de Bernard SCHWARTZ: ¿de qué trata si no es de esto el Derecho administrativo?[8].

[7] Citado por J. MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif*, 7.ª ed., Montchrestien, 2001.

[8] Vid. *Administrative Law*, Boston, 1991, pág. 650.

Copyleft – Ius Publicum

II. EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL PODER DISCRECIONAL. BREVE RECORDATORIO DE UNA HISTORIA INCOMPLETA

1. De la exención a la excepción

La exactitud de esta apreciación cuenta con la abrumadora e incontestable prueba de la Historia, de dos siglos de Historia concretamente si nos referimos, como procede, al Derecho administrativo francés, que es el patrón sobre el que empezó a construirse el nuestro.

Esa historia se ha labrado, como es bien conocido, con la ayuda de un instrumento radicalmente heterodoxo, el recurso por *excés de pouvoir*. No es momento de reproducir aquí esa historia, naturalmente[9], pero no es inútil recordar una vez más que comienza con una exención, la que resulta de la categórica prohibición que la Ley de 16-24 de agosto de 1790 dirigió a los jueces y tribunales de interferir de cualquier modo que fuese la acción de los agentes de la Administración. La prohibición, en lo que al poder discrecional concierne, caía sobre terreno bien abonado por los siglos, ya que el poder discrecional, como opuesto a la *puissance reglée en justice*, era el heredero de la *potestas extraordinaria* o *ab (lege) soluta* que teorizó BALDO, la expresión de la esencia misma del *gubernaculum* de BRACTON, de lo que no puede ser objeto de la iurisdictio porque pertenece a la prerrogativa regia, que no es apta para la lengua de ningún abogado, como advirtió en tono amenazador el primero de los Estuardo.

A esa negación inicial, a ese ámbito exento de todo control por los tribunales, le fue restando espacio progresivamente el *Conseil d'État*, aprovechando su condición de

[9] Me remito a los trabajos recogidos en el libro, ya citado, *De la arbitrariedad de la Administración.*

Copyleft – Ius Publicum

órgano consultivo del jefe del Poder Ejecutivo. La denominación de *ouvertures* dada a la incompetencia primero, al vicio de procedimiento después, a la desviación de poder más tarde y, finalmente, a la violación de ley y de derechos adquiridos expresa de forma muy gráfica el origen y el sentido de la evolución del recurso por exceso de poder, que abre, ciertamente, cuatro vías, muy concretas las primeras y más amplia la última, de penetración en el espacio prohibido del poder discrecional, que —nótese bien— en el terreno de los principios sigue siendo un espacio exento, libre de todo control, más allá de estas cuatro excepciones.

El progreso ulterior del control jurisdiccional confirma explícitamente esta idea. El *arrêt Gomel*, de 1914, permitió por vez primera el control de la calificación jurídica de los hechos; el *arrêt Camino*, de 1916, aceptó controlar la propia existencia de los hechos; el *arrêt Barel*, de 1954, dio un paso más al contrastar la decisión discrecional con los principios generales del Derecho, y en concreto con el principio de igualdad, y el arrêt *Ville Nouvelle Est*, de 1971, sometió a escrutinio las ventajas y los inconvenientes de esa decisión, el célebre y polémico *bilan couts-avantages*, una variante atrevida del test de proporcionalidad.

El avance ha sido, pues, espectacular, pero es forzoso reconocer que el control del poder discrecional sigue marcado por una certa nota de excepcionalidad en la medida en que queda a expensas en último término de lo que la doctrina francesa denomina la política jurisprudencial del *Conseil d'État*, que sigue siendo quien marca la línea divisoria entre la legalidad y la oportunidad, entre lo que es susceptible de juicio y lo que debe ser respetado en todo caso, una línea que no permanece fija porque el juez administrativo se reserva la facultad de moverla para ajustarla a las circunstancias[10].

[10] La expresión «política jurisprudencial» la tomo de M. FROMONT, «Le pouvoir discrétionaire et le juge administratif français», en *Festschrif für Hermann Jahrreis*, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1974, págs. 67 y ss. Sobre la movilidad de la línea divisoria de legalidad y oportunidad, vid. J. F. LACHAUME, *Les grands decisions de la jurisprudence. Droit Administratif*, 3.ª ed., PUF, Themis, 1985.

Copyleft – Ius Publicum

2. La necesidad de una teoría

Este desenlace, que la doctrina francesa acepta sin reparo por la inmensa *auctoritas* que el *Conseil d'État* ha ganado con su brillante historia, no puede ser aceptado por nosotros, que no contamos con una justicia administrativa que goce de idéntico respaldo. Nosotros necesitábamos (y seguimos necesitando inexcusablemente) construir una teoría del control del poder discrecional capaz de sentar las bases, conceptuales y, por supuesto, constitucionales, de ese control y de normalizar este, es decir, de ponerlo a cubierto del decisionismo de los jueces, que es en lo que pararía esa política jurisprudencial a la que los autores franceses se refieren al carecer del aval de dos siglos de historia.

Esto es, exactamente, lo que yo vengo intentando hacer desde aquel primer trabajo de hace veinte años sobre la discrecionalidad legítima y la arbitrariedad constitucionalmente prohibida. No voy a repetir aquí, como es lógico, lo que ya tengo dicho y repetido al respecto. Me limitaré a recordar que el eje de esa teoría no puede ser otro que el de la motivación de las decisiones discrecionales, una motivación que hay que entender como justificación de esas decisiones, como demostración de que no son el simple fruto de la mera voluntad o el simple capricho de quien las adopta aprovechando el espacio, mayor o menor, que la ley le deja libre, sino el resultado consciente de una elección racional, de una voluntad sostenida por razones objetivas, consistentes con la realidad y, por lo tanto, externamente verificables.

En esta línea está ya firmemente instalada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como lo prueban las sentencias dictadas estos últimos años en el delicado asunto de los nombramientos de magistrados del Alto Tribunal y de cargos de gobierno de la judicatura. La Sentencia de 18 de mayo de 2010 recuerda, muy oportunamente, las decisiones primeras de 3 de febrero de 1997 y 30 de noviembre de 1999 que consideraron innecesaria e inexigible la motivación de estos nombramientos supuesta la potestad de libre designación de los cargos judiciales reconocida por la ley al Consejo General del Poder Judicial. A partir de ahí, «la jurisprudencia se h alla en tránsito», como expresivamente advirtió la Sentencia del Pleno de la Sala 3.ª de 3 de marzo de 2005, un tránsito que parece haber llegado felizmente a su término con la ejemplar Sentencia de 27 de noviembre de 2007,

Copyleft – Ius Publicum

que, apoyándose en otra anterior de 29 de mayo de 2006 y afirmando como esta la libertad de la que el Consejo goza, como órgano de gobierno que es del Poder Judicial, para decidir la clase de méritos que deberán ser ponderados en cada momento y, por supuesto, el margen de apreciación que igualmente le corresponde para la selección y estimación de las circunstancias individuales que concurran en cada candidato, no duda en rechazar la motivación de la resolución objeto del recurso porque lo que contiene «es, de una parte, la simple enumeración de unos datos que son sustancialmente comunes a todos los aspirantes por encarnar los jalones normales de cualquier trayectoria jurisdiccional o los requisitos que resultaban imprescindibles para el acceso a la carrera judicial» y «de otra parte, lo que se incluye son unos juicios de valor, exteriorizados a través de expresiones como las de "elevado carácter técnico de las resoluciones", "amplia cultura jurídica", "acreditada trayectoria", "dilatada trayectoria profesional" o "calidad científica", a las que no puede atribuirse relevancia por haber sido realizada su formulación sin una referencia a un preciso soporte objetivo y en términos puramente genéricos».

Para no incurrir en el mismo vicio que denuncia, la Sentencia añade que «lo primero es de apreciar porque no se describe la concreta muestra de actividad jurisdiccional, académica o científica que específicamente es tomada en cuenta para, mediante su contraste con experiencias de parecida índole de los otros candidatos, atribuir una preferencia a los nombrados; y lo segundo resulta porque, en relación a la muestra que pudiera haber sido ponderada, tampoco se precisa el singular rasgo o característica que se toma en consideración para hacerla acreedora de esa superior estimación cualitativa que le es otorgada».

Por lo demás, la Sentencia destaca que las trayectorias profesionales, publicaciones, actividades docentes o actuaciones formativas de todos los participantes en la convocatoria litigiosa son muy similares, «por lo que no acaba de averiguarse cuál es la razón que lleva, primero a la Comisión de Calificación y después al Pleno del Consejo, a atribuir esos positivos juicios de valor solamente a las dos personas que resultaron elegidas o, en todo caso, a hacerlo en un grado superior».

Copyleft – Ius Publicum

De todo lo cual concluye que «esa pretendida explicación de los aquí discutidos nombramientos, realizada en los términos que acaban de señalarse, no merece la consideración de verdadera motivación y no la merece por muy flexible que se sea en cuanto a la configuración que pueda presentar este requisito y por muy amplia que sea la potestad que legalmente tiene reconocida el Consejo para realizar esos nombramientos (que efectivamente lo es)».

Después de tanta polémica hemos llegado, pues, con esta impecable Sentencia al punto exacto que el artículo 9.3 de la Constitución marcaba y marca al prohibir, como lo hace, el comportamiento arbitrario de las autoridades públicas, el ejercicio abusivo del poder discrecional que las leyes les otorgan.

3. El final de la historia?

¿Es este entonces el final de la historia? Sería una indisculpable ingenuidad afirmar tal cosa. El control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional seguirá siendo una cuestión polémica y seguirá generando vivos debates en el escenario académico y también en el político, como los ha generado en el pasado. Periodos oscuros sucederán, sin duda, a otros más brillantes, porque esta es una historia que ni tiene ni puede tener punto final, siendo como es la historia de una tensión permanente, inevitable e irreductible, la que une y separa al propio tiempo a gobernantes y gobernados. Lo que sí podemos decir es que el problema lo tenemos «encajado», que ese control ya no es algo excepcional; que, por el contrario, está plenamente normalizado y que no es graduable a voluntad, según la mayor o menor sensibilidad de los asuntos sobre los que el poder discrecional recae, porque en todos ellos sin excepción, incluso en los más delicados, las decisiones de las autoridades administrativas deben contar con una justificación suficiente, con «un preciso soporte objetivo», con razones contrastables y contrastadas para no incurrir en la arbitrariedad que la Constitución prohíbe y que los tribunales vienen obligados a corregir.

Copyleft – Ius Publicum

III. LAS PREGUNTAS PENDIENTES: CUÁNDO, CÓMO Y CUÁNTO PODER DISCRECIONAL PUEDE OTORGAR EL LEGISLADOR A LA ADMINISTRACIÓN

La historia del poder discrecional está, por lo demás, incompleta, porque aunque diéramos por resuelto el final de la misma nos seguiría faltando el principio, sus capítulos iniciales de los que nunca nos hemos ocupado. ¿Cuándo y por qué puede la ley otorgar poderes discrecionales a las autoridades administrativas? ¿Siempre que lo considere necesario o conveniente? ¿Solo en los casos en que ella misma no pueda anticipar todas las respuestas que las circunstancias reclamen? Y, si esto fuere así, ¿en qué condiciones podría —o debería— hacerlo? ¿Con qué límites, si es que hay alguno?

Estas y otras preguntas semejantes no se han planteado nunca frontalmente entre nosotros[11]. Lo ha impedido *a radice* el dogma abusivo de la soberanía del legislador que ha dominado el panorama constitucional europeo hasta que, hace apenas medio siglo, a la salida de la última gran guerra, se fue abriendo paso la justicia constitucional. La inerzia de la Historia es tan grande, sin embargo, que todavía hoy, cuando ha quedado claro ya que el legislador es un poder constituido y, como tal, obligado a respetar la voluntad del poder constituyente que la Constitución expresa, se sigue afirmando que el legislador es sustancialmente libre, que su relación con la Constitución es muy distinta de la que el Gobierno y la Administración tienen con la ley y que, por lo tanto, no pueden aplicarse a sus productos los mismos esquemas conceptuales que se emplean para controlar al poder discrecional del que gozan las autoridades administrativas, porque la libertad de la que el legislador disfruta es no solo mayor, sino de otra calidad distinta y superior a la mera discrecionalidad administrativa; es una *Gestaltungsfreiheit*, una libertad de configuración

[11] Con la excepción de M. BACIGALUPO SAGESSE, en *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, al que me referiré más adelante.

Copyleft – Ius Publicum

irrestrictra[12].

Estas afirmaciones son solamente verdades a medias y, como tales, profundamente equívocas. Se utilizan habitualmente como parapeto, como freno, como excusa para evitar el compromiso que supone confrontar la ley con la Constitución, a sabiendas de que son fruto de una generalización inadmisible, porque en todo texto constitucional hay una gran variedad de normas, de estructura y densidad de regulación muy diferentes. Hay reglas, de acción y de fin; hay principios y hay directrices[13]. No es posible, por lo tanto, hablar de la posición del legislador ante la Constitución como si solo hubiese una, cuando es obvio que esa posición varía según el tipo de norma constitucional de que se trate.

Es, pues, forzoso distinguir si se quiere progresar en esta dirección, si se quiere realmente buscar respuestas razonables a esas preguntas. Es imprescindible hacerlo, en mi opinión, aunque solo sea para aliviar la excesiva presión que los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa se ven obligados a soportar al recaer exclusivamente sobre ellos la carga de controlar todo el poder discrecional, un poder que en muchos casos no tenía por qué haber sido concedido por el legislador, o debería haberlo sido en menor medida y sujeto a criterios capaces de pautar adecuadamente su ejercicio.

El juez administrativo no puede llegar, como es natural, donde el Derecho no llega. Y allí donde puede llegar la extensión e intensidad de su control depende esencialmente de la ley, de los términos en que esta apodera a la Administración para actuar. Si estos son muy amplios o muy vagos, será muy poco o nada lo que el juez pueda hacer cuando se le sometan las decisiones que la Administración así apoderada haya podido adoptar.

[12] Sobre este asunto me remito a mi libro *De la arbitrariedad del Legislador*, Civitas, Madrid, 1998.

[13] Vid., por todos, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

Copyleft – Ius Publicum

La lucha contra la arbitrariedad de los gobernantes hay que empezar a plantearla, por lo tanto, en una fase anterior, en el estadio de la ley. No pudieron hacerlo en su momento los administrativistas clásicos a los que se debe la Edad de Oro del Derecho administrativo[14], porque en su época no existía el control de inconstitucionalidad de las leyes, pero ahora nosotros sí podemos —y debemos— intentarlo.

IV. EL PODER DISCRECIONAL COMO PODER DELEGADO

Para ello lo mejor es empezar por el principio, esto es, precisando en qué consiste el poder discrecional y a qué se debe. La cita de KELSEN es en este punto obligada. Fue él quien subrayó por vez primera que el Derecho está siempre indeterminado en una u otra medida, indeterminación de la que resulta una discrecionalidad, mayor o menor, de las autoridades, administrativas o judiciales, llamadas a aplicar las normas. La indeterminación y, por lo tanto, el margen de libre apreciación al que da lugar pueden deberse pura y simplemente a las imperfecciones del sistema jurídico, esto es, a la ambigüedad o vaguedad del lenguaje, a las lagunas que a veces dejan las normas o a las contradicciones o discordancias que puedan existir entre estas[15].

Hay, sin embargo, una indeterminación deliberada, consciente, intencional, buscada de propósito por el autor de la norma superior, que como «no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada... deja un margen más o menos amplio de libre apreciación y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que

[14] Vid. J. CHEVALLIER, «Le Droit Administratif entre Science administrative et Droit Constitutionnel », en el volumen colectivo *Le Droit Administratif en mutation*, PUF, París, 1993. Pueden verse también los trabajos de Y. POIRMEUR, D. ROUSSEAO y el propio CHEVALLIER incluidos en el volumen *Droit et Politique*, PUF, París, 1993.

[15] Vid. su *Teoría pura del Derecho*, traducción de M. NILVE de la edición francesa de 1953, que recoge las correcciones introducidas por el propio KELSEN en la edición alemana de 1934, Buenos Aires, 1960, págs. 164 y ss.

Copyleft – Ius Publicum

es necesario llenar». Esta es la discrecionalidad en sentido propio con la que los administrativistas estamos acostumbrados a tratar. El ejemplo que KELSEN pone para ilustrar su explicación no puede ser más expresivo: «un Parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces —dice— en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas a tomar».

De ese mismo modo explica HART esa indeterminación que él llama «más radical» por referencia a la puramente semántica que deriva de la textura abierta del lenguaje. Para producirla la ley se sirve de dos técnicas: en unos casos —dice— apela a «estándares variables», lo que, en su opinión, resulta apropiado cuando el ámbito a regular es tan amplio que resulta imposible identificar a priori una clase de acciones o conductas específicas que deban ser uniformemente realizadas u omitidas; en otros utiliza «guías muy generales» que dejan abiertas posibilidades de elección a los órganos inferiores, porque sabe desde el principio que los casos individuales que se plantean lo serán en circunstancias muy variadas que son imprevisibles a priori. En este segundo supuesto, que es el típico de la discrecionalidad administrativa, se produce el efecto, dice HART, de una técnica de delegación[16].

El poder discrecional es, pues, el resultado de un fenómeno de delegación, que se impone por la propia fuerza de las cosas en todos aquellos casos en los que el autor de la norma delegante no puede prever *ab initio* las variadísimas circunstancias de todo tipo en que esta tendrá que ser aplicada y, en consecuencia, no tiene más remedio que facultar a las autoridades inferiores para que, a la vista de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, elijan la solución que estimen más adecuada.

[16] Vid. *El concepto de Derecho*, traducción de G. CARRIO, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, págs. 155 y ss. Sobre las tesis de HART, vid. I. LIFANTE VIDAL, *La interpretación jurídica en la Teoría del Derecho contemporáneo*, CEPC, Madrid, 1999, págs. 191 y ss.

Copyleft – Ius Publicum

Esa elección no es, sin embargo, enteramente libre. No lo es, aunque pudiera parecerlo, en KELSEN, para el que la norma superior opera como un marco que determina, aunque solo sea parcialmente, el acto jurídico de aplicación, y lo es todavía menos para HART, que acierta a subrayar que la norma superior debe contener, al menos, unas «guías muy generales». La referencia a estas «guías» es especialmente valiosa en el terreno conceptual porque contribuye de forma decisiva a reconstruir el fenómeno en el que la delegación y, por lo tanto, la discrecionalidad que de ella resulta consisten, como el resultado de un proceso de concreción del Derecho, en dos fases o momentos sucesivos y, yo diría, estrechamente solidarios, en tanto vinculados entre sí por esas «guías» que el autor de la norma superior tiene que incluir en esta para que la delegación no se convierta en una renuncia pura y simple.

V. DISCRECIONALIDAD Y RESERVA DE LEY

1. El sentido general de la reserva

Aclarado el marco teórico en el que se inscribe nuestro tema, la cuestión a plantear es cuándo puede considerarse constitucionalmente lícita la delegación del legislador en la Administración.

La respuesta no parece, inicialmente al menos, muy difícil. La delegación será posible siempre que la Constitución no establezca que la decisión en el asunto concreto deba tomarla el propio legislador. Esto nos remite al tema clásico de las materias reservadas a la ley, porque el significado primario de esa reserva es, precisamente, el que hemos avanzado. Cuando la Constitución reserva una materia a la ley, lo que quiere es que sea el legislador y solo él quien tome las decisiones correspondientes. *Solo por ley*, dice el artículo 53.1 de nuestra Constitución, podrá regularse el ejercicio de las libertades públicas y de los derechos fundamentales.

Copyleft – Ius Publicum

En principio, pues, la delegación en favor de la Administración no sería constitucionalmente posible en este ámbito material. ¿En ningún caso? Afirmar tal cosa con carácter general y sin matices de ningún tipo carecería de todo sentido, como es evidente. El legislador, operando como lo hace desde una perspectiva general, no puede resolver de un solo golpe todos los conflictos imaginables porque no puede prever las concretas —y cambiantes— circunstancias en que tales conflictos podrán producirse. No tiene más remedio, por lo tanto, en muchas ocasiones, lo quiera o no, que remitirse al juez o a la Administración para que sean ellos los que, a la vista de las circunstancias concurrentes, adopten la solución más adecuada en cada caso.

¿En qué quedamos entonces? ¿Debe ser el legislador quien decida o puede delegar en la autoridad, administrativa o judicial, el poder de decidir en cada caso concreto? Las dos cosas son ciertas y perfectamente compatibles, además.

La propia Constitución marca claramente la pauta en este sentido al regular en el artículo 82 el supuesto de delegación y, por lo tanto, de apoderamiento del Gobierno, más delicado y más extremo, el de la delegación legislativa. El apartado 1 del precepto citado delimita el campo propio de esta figura, excluyendo expresamente del mismo el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y las demás materias para las que el artículo 81 reclama una ley orgánica y permitiendo, en cambio, su despliegue en el resto del amplísimo espacio reservado a la ley ordinaria, aunque sometiéndolo a unas condiciones muy estrictas, que se preocupa de precisar con extremado cuidado a fin de asegurar que sea el Parlamento quien realmente tome las decisiones esenciales en la materia a la que la delegación se refiera[17].

[17] El artículo 82 de la Constitución es un resumen muy preciso del ya clásico discurso académico de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada y control judicial*, luego recogido en su libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*, 1.ª ed., Ed. Tecnos, 1970. Una versión actualizada del problema de la delegación legislativa, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 15.ª ed., 2011, cap. IV del vol. I.

Copyleft – Ius Publicum

El apartado 4 del artículo 82 es, en efecto, definitivamente expresivo al respecto, al precisar en relación a este tipo de delegación legislativa, esto es, a la que se traduce en la producción de normas que, aun siendo de elaboración gubernativa, tienen el valor y la fuerza de obligar propia de las leyes, que el Parlamento habrá de aprobar unas «leyes de bases» que «delimitarán *con precisión* el objeto y el alcance de la delegación legislativa y los *principios* y *criterios* que han de seguirse en su ejercicio». Las decisiones básicas ha de tomarlas, pues, el propio Parlamento, al que se le permite solo delegar en el Gobierno el desarrollo y la instrumentación técnica de esas decisiones.

Más claro es, si cabe, el caso de la remisión normativa, porque aquí la norma remitente es una ley directamente aplicable que reclama solo de la Administración la elaboración de un reglamento que desarrolle en paralelo la regulación que la propia ley contiene o que añada, de otro modo, el complemento indispensable que esta necesita para desplegar toda su potencial eficacia. Como dice muy bien la Sentencia constitucional de 24 de julio de 1984, el principio de reserva de ley, que «es la esencia misma del sistema democrático... no excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley».

En el terreno de los principios y por lo que respecta a las distintas formas de delegación legislativa, la cuestión es muy clara, por lo tanto. La reserva constitucional de una materia a la ley no impide la delegación en favor de la Administración de una parte de la regulación de la misma, siempre que quede claro que el legislador retiene la *maîtrise* de esa regulación. Lo que no le es posible al legislador, como dice expresivamente la Sentencia de 2 de noviembre de 1989, es «disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva».

Si esto es así para las delegaciones cuyo objeto es la elaboración de normas jurídicas de carácter general, con mayor motivo habrá de serlo, como es natural, en el caso de los apoderamientos directos, esto es, cuando el objeto de la delegación sea no la

Copyleft – Ius Publicum

elaboración de normas reglamentarias, sino la resolución de casos singulares, ya que aquí el riesgo de arbitrariedad es notoriamente mayor.

La reserva de una materia a la ley exige siempre inexcusablemente que sea la propia ley la que tome las decisiones básicas, esto es, la que establezca con la debida precisión los límites del poder que se delega en las autoridades administrativas y los criterios a los que habrán de atenerse estas en su ejercicio.

Corrigiendo a HART, habría que decir, por lo tanto, que en el ámbito de las materias reservadas a la ley en general el legislador debe establecer algo más que unas «guías muy generales», ya que no le es dado disponer de la reserva ni abdicar de la responsabilidad que la Constitución le ha confiado al establecer esta. Si la delegación y la consiguiente atribución a la Administración de un poder discrecional se hiciesen prescindiendo de establecer principios y criterios de actuación suficientemente precisos, los asuntos cuya regulación reservó la Constitución a la ley quedarían a expensas de las decisiones de las autoridades gubernativas y de los funcionarios, que el juez no podría controlar al faltar aquellas referencias.

Lo que acabo de decir cuenta, como no podía ser menos, con el respaldo de la jurisprudencia constitucional y la contencioso-administrativa, que tienen bien establecido, como es notorio, que incluso en los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por ley no es imposible una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre que estas remisiones restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad reglamentaria a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley, de tal modo que esa remisión no se traduzca en una renuncia del legislador a su deber de decidir y en una transferencia del poder de hacerlo al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar siquiera cuáles son los objetivos que la reglamentación ha de perseguir y los criterios a los que ha de ajustarse la actividad que haya de desarrollarse para su consecución, pues en tal caso el legislador no haría sino «deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado» (Sentenzia constitucional 227/1993, de 9 de julio).

Copyleft – Ius Publicum

La reserva de ley no supone, por lo tanto, una exclusión radical de todo apoderamiento en favor de las normas reglamentarias, pero, como dice la Sentencia constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, implica unas ciertas exigencias respecto al contenido de la ley. Estas exigencias pueden ser, dentro de la línea expuesta, mayores o menores, según la naturaleza y la densidad normativa del precepto constitucional que establezca la reserva, y alcanzan, como es lógico, su máxima intensidad en el caso de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

2. Poder discrecional y derechos fundamentales

Lo que acabo de decir, con ser elemental, no ha quedado bien establecido en la cultura jurídica dominante y, por supuesto, en la jurisprudencia hasta fechas recientes. En el núcleo originario de la reserva de ley, esto es, en el ámbito tributario y en el penal y sancionador en general, los pronunciamientos jurisprudenciales han sido siempre muy enérgicos[18], pero a medida que nos alejábamos de ese núcleo inicial el rigor disminuía y terminaba incluso por desaparecer del todo cuando lo que estaba en juego eran las libertades económicas.

Incluso en el ámbito de las libertades-autonomía ha sido preciso el impulso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que haya arraigado la convicción de que las leyes han de ser claras, precisas y detalladas siempre que contemplen

[18] El Tribunal Constitucional dejó muy claro ya en sus primeras sentencias que debe ser el Parlamento el que determine los elementos esenciales del tributo, «siquiera sea con la flexibilidad que una tasa de este género requiere» (Sentencia de 16 de noviembre de 1981). En materia de sanciones administrativas tardó más en tomar una posición clara, condicionado sin duda por la normativa preconstitucional, que era muy arriesgado descalificar de un golpe y con la que los propios constituyentes contemporizaron a última hora al sustituir la Comisión Mixta Congreso-Senado la palabra «Ley» que figuraba en el texto del artículo 25 de la Constitución aprobado por ambas Cámaras por la más ambigua de «legislación». La Sentencia de 7 de abril de 1987 es la que pone fin a ese periodo inicial de ambigüedad.

Copyleft – Ius Publicum

una limitación o una injerencia en la libertad[19]. En materia de comunicaciones tele fónicas, por ejemplo, han sido necesarias dos sentencias sucesivas del Tribunal Europeo, la Sentencia Valenzuela, de 30 de julio de 1998, y la Sentencia Prado Bugallo, de 18 de febrero de 2003, para ajustar a las exigencias del Convenio —que no son distintas ni mayores que las que nuestra propia Constitución impone— el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo texto, pese a haber sido reformado, ha vuelto a ser objeto de reproche por la Sentencia constitucional 148/2003, de 23 de octubre.

El círculo inicial se ha ido ensanchando por esta vía para incluir progresivamente el derecho a la intimidad[20], el derecho a la integridad física[21], la libertad de expresión[22], la

[19] La jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional es, en efecto, vacilante. Hay pronunciamientos concluyentes, como la Sentencia de 25 de junio de 1986, relativa a la inscripción en el Registro del Partido Comunista de Aragón, que rotundamente declara que «al afirmarse que el derecho de asociación se reconoce y no se concede se cierra el paso a la discrecionalidad administrativa», por lo que considera que la inscripción registral de un nuevo partido es solamente una verificación reglada, ya que «no sería compatible con la Constitución un tipo de verificación que dejara un amplio margen de decisión a la Administración». Sin embargo, la Sentencia de 27 de octubre de 1987 sobre la Ley reguladora de la objeción de conciencia aceptó sin dificultad que esta se limitara a fijar un mínimo de dieciocho meses y un máximo de veinticuatro para la prestación sustitutoria, porque «se trata de una potestad organizatoria que exige una discrecionalidad en atención a los medios y necesidades contingentes que puedan surgir según las circunstancias». Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en particular, sobre la exigencia de claridad y precisión de las leyes limitativas de la libertad, vid. el trabajo del expresidente de nuestro Tribunal Constitucional, «Control de la calidad de la Ley y calidad del control de la Ley», en A. MENENDEZ y A. PAU (Dirs.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Colegio Libre de Eméritos, Thomson-Civitas, 2004, págs. 113 y ss., y L. MARTIN-RETORTILLO, «La calidad de la Ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia (Especial referencia a los casos "Valenzuela Contreras y Prado Bugallo", ambos contra España)», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003.

[20] Vid. Sentencias constitucionales 37/1989, de 15 de febrero; 207/1996, de 16 de febrero, y 70/2002, de 3 de abril.

[21] Vid. Sentencias constitucionales 120/1990, de 27 de junio; 7/1994, de 17 de enero, y 35/1996, de 11 de marzo.

[22] Vid. Sentencia constitucional 52/1995, de 23 de febrero.

Copyleft – Ius Publicum

libertad de circulación[23], la libertad personal[24]; pero no ha cuajado en una doctrina general digna de tal nombre hasta la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, más atrás citada, a la que por eso es preciso hacer aquí y ahora una referencia detallada.

La Sentencia resuelve de una manera ejemplar el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra dos preceptos de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre de 1999, que declara inconstitucionales y nulos.

El primero de dichos preceptos, artículo 21.1, permitía a las Administraciones públicas comunicar los datos de carácter personal recogidos o elaborados por ellas para el desempeño de sus propias funciones a otras Administraciones públicas distintas para el ejercicio de competencias diferentes «cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso», lo que la Sentencia considera contrario a la Constitución porque esta «ha querido que la Ley y solo la Ley pueda fijar los límites de un derecho fundamental», en este caso la libertad informática[25], y eso significa que la ley no puede limitarse a apoderar a otro Poder Público para fijar en cada caso las restricciones que puedan imponerse a ese derecho.

Cuando esto ocurre, dice la Sentencia, «esa Ley habrá infringido el derecho fundamental porque no ha cumplido con el mandato contenido en la reserva de Ley (artículos 53.1 y 81.1 CE) al haber renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro Poder Público, frustrando así una de las garantías capitales de los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de Derecho».

[23] Vid. Sentencia constitucional 85/1989, de 10 de mayo.

[24] Vid. la Sentencia 103/1992, de 25 de junio, y sus referencias.

[25] Construida como derecho fundamental y bautizada con ese nombre por la Sentenzia constitucional 254/1993, de 20 de julio, a la que siguieron las Sentencias 143/1994, 11/1998, 94/1998 y 202/1999.

Copyleft – Ius Publicum

El segundo de los preceptos legales impugnados, artículo 24.1 y 2, habilitaba a la Administración pública para denegar información al interesado sobre la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, la finalidad de la recogida de estos, la obligación o no de facilitarlos, las consecuencias de la eventual negativa y la identidad y dirección del responsable del tratamiento cuando tal información «impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuando afecte… a la persecución de infracciones… administrativas» (apartado 1 del art. 24), pasaje que la Sentencia declara inconstitucional y nulo. Idéntica declaración contiene el fallo sobre el apartado 2, en bloque, del artículo 24, que habilitaba al órgano administrativo responsable del fichero para denegar al afectado los derechos de acceso, rectificación o cancelación de sus datos personales «si, ponderados los intereses en presencia», resultare que esos derechos «hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección».

En ambos casos, el artículo 24 de la Ley impugnada dejaba en manos de la Administración la decisión acerca de cuestiones que afectaban de lleno al contenido del derecho fundamental, ya que los términos del apoderamiento que se le otorgaba eran extraordinariamente generales e imprecisos, ampliamente discrecionales por lo tanto.

La respuesta de la Sentencia al problema así planteado por la ley fue absolutamente concluyente. El legislador, dice, puede, ciertamente, imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio, pero esas limitaciones han de estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales (Sentencia 104/2000, de 13 de abril) y, además, han de ser proporcionadas al fin perseguido por ellas (Sentencias 11/1981 y 196/1987), pues en otro caso incurriría en la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución. Aun así, las limitaciones establecidas por una ley «pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación»[26]. En tal caso —añade— «no solo

[26] La Sentencia se apoya aquí en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha citado con anterioridad en su fundamento jurídico 9 (no el 8, como dice por error); en concreto, a las Sentencias de los casos

Copyleft – Ius Publicum

lesionaría el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho, sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del Derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan en la práctica su ejercicio».

Fijada de este modo la doctrina general, la Sentencia afirma, en relación ya al derecho fundamental a la intimidad, que «*la Ley que restrinja este derecho debe expresar con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora*», porque «de no ser así, mal cabe entender que la resolución judicial o el acto administrativo que la aplique están fundados en la Ley, ya que lo que esta ha hecho, haciendo dejación de sus funciones, es apoderar a otros Poderes Públicos para que sean ellos quienes fijen los límites al derecho fundamental».

El empleo de expresiones tales como «funciones de control y verificación», «interés público» o «intereses de terceros más dignos de protección » como motivos de limitación de los derechos fundamentales en juego —concluye la Sentencia— «*adolecen de tal grado de indeterminación que deja excesivo campo de maniobra a la discrecionalidad administrativa, incompatible con las exigencias de la reserva legal en cuanto constituye una cesión en blanco del poder normativo que defrauda la reserva de Ley*».

3. Libertad de empresa y poder discrecional

La doctrina constitucional que la Sentencia constitucional de 30 de noviembre de 2000 expresa de forma tan concluyente se formula por el Tribunal Constitucional con

Leander, de 26 de marzo de 1987; *Gaskin*, de 7 de julio de 1989; *Funke*, de 25 de febrero de 1993, y Z, de 25 de febrero de 1997.

Copyleft – Ius Publicum

carácter general, como acabamos de ver, pero el hecho de que se haya producido a propósito de un derecho fundamental cuyo objeto es la protección del último reducto de la libertad de la persona puede hacer dudar a más de uno de su aplicabilidad a otros derechos y libertades más… periféricos, si es que puede decirse tal cosa, cuyo reconocimiento por la Norma Fundamental vaya acompañado de la referencia a otros valores constitucionales dignos también de protección.

El artículo 38 de nuestra Constitución es un ejemplo muy claro de lo que acabo de decir. Conviene, pues, detenerse aquí para analizar el problema desde esta concreta perspectiva y comprobar en qué medida es válido el planteamiento hasta aquí desarrollado.

El precepto reconoce, ciertamente, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y asigna a los poderes públicos la tarea de garantizar y proteger su ejercicio, pero ese reconocimiento y esa atribución se matizan con una remisión a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, lo que contribuye indiscutiblemente a nublar su potencial eficacia. Eso explica, sin duda, la timidez, más que la prudencia, con la que el Tribunal Constitucional se ha aproximado al mismo.

Es muy expresiva al respecto la ya antigua Sentencia constitucional de 16 de noviembre de 1981, que, enfrentada a una norma de la Ley del Parlamento vasco de 12 de febrero de 1981 sobre centros de contratación de cargas en el transporte terrestre de mercancías que otorgaba al director gerente de esos centros una facultad incondicionada de rechazar cualesquiera objeciones que pudieren formular los transportistas a quienes se impusiese la obligación de aceptar una carga determinada, afirma sin vacilar que

> «esta amplísima discrecionalidad de un órgano administrativo (tanto mayor cuando que la Ley impugnada no contiene norma alguna en orden a determinar cuál será el criterio a seguir para asignar las cargas a los transportistas que acudan al Centro) para desechar las objeciones legítimas, basadas en razones técnicas o económicas, anula la libertad de opción del cargador y, en consecuencia, afecta a las condiciones básicas del ejercicio de su actividad,

Copyleft – Ius Publicum

colocándolo en una situación sustancialmente distinta de aquella en que se encontraría si la llevara a cabo en cualquier otra parte de España».

El razonamiento es impecable, pero no puede dejar de observase que la condena que contiene evita cuidadosamente apoyarse en exclusiva en la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución, que fue el motivo de impugnación esgrimido en primer término por el abogado del Estado recurrente y el bien jurídico lesionado por el precepto recurrido, y pone el acento en la infracción, importante sin duda pero secundaria o, si se quiere, simplemente consecuencial, en la que dicho precepto también incurre del artículo 139 de la Norma Fundamental, según el cual «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado».

La libertad de empresa es, según esta Sentencia, un derecho fundamental, pero no hasta el extremo de poder operar sin compañía.

Hoy ya no podría decirse nada semejante. El artículo 38 de la Constitución no ha variado, pero sus palabras ya no dicen lo mismo que decían en 1978 porque ahora hay que leerlas a otra luz distinta, a la luz del proceso de consolidación de un mercado único europeo en el que las personas, las mercancías, los servicios y los capitales puedan circular con libertad, proceso que se inició con el Acta Única Europea, de 1986, y al que dio un renovado y decisivo impulso el Tratado de Maastricht, de 1992, con el que, de un modo formal y solemne, la nueva Europa, que desde su fundación se había abstenido cuidadosamente de formular cualquier compromiso ideológico, optó solemnemente por un sistema de economía de mercado basado en la libre concurrencia (sic. el art. 3G), opción que, aunque no se reconozca expresamente, tiene para todos los Estados miembros una indiscutible trascendencia constitucional[27].

[27] L. MARTIN-RETORTILLO ha llamado con acierto la atención sobre la profunda mutación constitucional que supuso el ingreso en la Comunidad Económica Europea, y sobre la «mutación continuada» que se produce en cada

Copyleft – Ius Publicum

En este nuevo contexto, ya no puede negarse a la libertad de empresa lo que a la libertad personal y a los derechos fundamentales próximos a ella se reconoce. También aquí es al legislador y solo a él a quien corrisponde decidir. Es él y solo él quien puede restringirla en la medida en que sea estrictamente necesario para preservar o proteger otros bienes o intereses constitucionalmente relevantes, pero debe hacerlo mediante reglas precisas que no dejan a la discrecionalidad de las autoridades administrativas un campo de maniobra excesivo, que cierren el paso, en definitiva, a su eventual arbitrariedad.

Así viene afirmándolo el Tribunal Europeo de Justicia en una jurisprudencia sostenida con firmeza desde la última década del siglo pasado, de la que son buen ejemplo dos Sentencias que me gusta recordar porque nos conciernen directamente: la Sentencia de 22 de enero de 2002, asunto *Canal Satélite Digital, S.L.*, y la Sentencia de 13 de mayo de 2003, que resolvió el recurso por incumplimiento promovido por la Comisión Europea contra el Reino de España con motivo de la aplicación del régimen vulgarmente conocido como la *golden share* a determinadas empresas que acababan de ser privatizadas.

La primera de dichas Sentencias resolvió la cuestión prejudicial promovida por nuestro Tribunal Supremo en el marco del recurso contencioso- administrativo interpuesto por Canal Satélite Digital contra el Real Decreto 136/1997, de 31 de enero, por el que se aprobó el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite. Este Reglamento, dictado en desarrollo del Real Decreto-Ley 1/1997, de 31 de enero, que incorporó al Derecho español la Directiva 95/47, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión, sujetó a un régimen de inscripción obligatoria en un registro público no solo a los operadores de servicios de acceso condicional, sino también a los aparatos, equipos, dispositivos o sistemas de telecomunicación comercializados u ofrecidos por ellos.

cambio de los Tratados, en «Reflexiones sobre la Constitución (De su elaboración y de su reforma)», incluido en su libro *Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios de derechos humanos*, Zaragoza, 2009.

Copyleft – Ius Publicum

La inscripción en dicho registro no era automática, sino que exigía una previa decisión administrativa, que podía ser otorgada o denegada a la vista del informe o dictamen técnico que habrían de emitir los funcionarios del Ministerio de Fomento sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos y de otro tipo establecidos por las normas citadas. No bastaba, pues, para obtener la inscripción con la sola «declaración responsable de ajustarse a las especificaciones técnicas» formulada por el operador. La inscripción no respondía, pues, al tipo de las autorizaciones regladas, puesto que la norma otorgaba a la Administración un margen de apreciación que le permitía denegar cómodamente la inscripción y, por lo tanto, la comercialización de los equipos o sistemas necesarios para la transmisión digital de señales de televisión siempre que lo considerara conveniente.

Canal Satélite Digital, S.L. se veía así obligada a someter a la autorización del Ministerio de Fomento la distribución a los clientes de sus programas de televisión digital vía satélite de los aparatos descodificadores que venía ofreciéndoles, aparatos que en aquellas fechas se fabricaban y comercializaban ya legalmente en Bélgica y en el Reino Unido.

A la vista de todo ello, el Tribunal Supremo estimó que las normas que imponían la inscripción obligatoria en España de tales aparatos podían no ser compatibles con la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios garantizadas, respectivamente, por los artículos 30 y 59 del Tratado, por lo que suspendió la tramitación del recurso y planteó al Tribunal de Justicia de la Comunidad la cuestión prejudicial, a la que la Sentencia de 22 de enero de 2002 vino a dar respuesta.

Una respuesta concluyente, como vamos a ver, y extraordinariamente importante además, en la medida en que marca límites muy precisos al ejercicio por las autoridades de los Estados miembros, incluido el propio órgano legislativo, de sus poderes con el fin de garantizar la integridad de las libertades que el Tratado reconoce.

En efecto, la Sentencia comienza recordando su jurisprudencia anterior, según la cual son, en principio, posibles las medidas nacionales restrictivas de las libertades comunitarias, pero solo si tales medidas persiguen una finalidad de interés general y

Copyleft – Ius Publicum

respetan al propio tiempo el principio de proporcionalidad, es decir, si son adecuadas para garantizar la realización del objetivo que pretenden lograr y no van más allá de lo necesario para alcanzarlo.

Como indicar una finalidad de interés general es fácil y no cuesta nada, por otra parte (la información y protección de los consumidores y usuarios es una finalidad legítima de interés general, como reconoce sin reservas la Sentencia), el *quid* de la cuestión está en el principio de proporcionalidad, que es el test esencial en materia de libertades y derechos fundamentales.

La Sentencia aplica ese test con todo rigor y comienza por subrayar que a la hora de establecer un régimen de autorización previa el legislador no es enteramente libre, pues debe comprobar primero si el objetivo que pretende conseguir no puede ser alcanzado por otro procedimiento menos restrictivo de la libertad, que es el punto de partida.

«El procedimiento de autorización previa —dice la Sentencia en su apartado 39— solo es necesario si se considera que el control a posteriori es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido», extremo este que es preciso verificar, para lo cual —añade en el apartado 40— «es preciso tener en cuenta, por un lado, la posibilidad de que los defectos de los productos y de los servicios de que se trata se detecten ya en el momento en que se controlan las declaraciones efectuadas por los operadores de servicios de acceso condicional y, por otro lado, los riesgos y contingencias que puedan derivarse del hecho de que tales defectos se descubran después de que se comercialicen los productos o se presten los servicios a los destinatarios».

En el supuesto de que efectivamente se compruebe que el control a posteriori es insuficiente o inapropiado y que las circunstancias exigen el establecimiento de un régimen de autorización previa, este «*no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que prive de eficacia* a las disposiciones comunitarias y, en particular, a las relativas *a las libertades fundamentales*» que el Tratado garantiza. Para que un tal régimen pueda considerarse justificado, continúa diciendo la Sentencia en su apartado 35, «*debe en cualquier caso basarse en criterios objetivos no discriminatorios*

Copyleft – Ius Publicum

conocidos de antemano de forma que queden establecidos los límites de ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales con el fin de que esta no pueda utilizarse de manera arbitraria».

No vale, por lo tanto, cuando de una libertad fundamental se trata, ni, desde luego, puede la ley otorgar a las autoridades poderes ilimitados para interferir o restringir dichas libertades. El quantum de esos poderes debe ser proporcionado al fin del interés general que, en principio, justifica la restricción de la libertad, y proporcionado debe ser igualmente el modo de ejercicio de los mismos. Ambas cosas deben quedar claramente determinadas por la ley, que debe cerrar el paso al eventual ejercicio arbitrario de los poderes que otorga.

La referencia a la segunda de las Sentencias más atrás citadas, la de 13 de mayo de 2003, puede ser ya más breve porque la doctrina que contiene es, obviamente, la misma, aunque no falten matices y precisiones que contribuyen a enriquecerla y reforzarla.

La incompatibilidad con el Tratado de los preceptos de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, que sometían a un régimen de autorización administrativa previa la enajenación de participaciones en el capital de las empresas privadas y de los actos de aplicación de los mismos objeto del recurso, fue efectivamente declarada por el Tribunal al constatar que dicha normativa «no supedita a requisito alguno» el ejercicio del derecho que reconoce al Estado. «No se proporciona —dice la Sentenzia en su apartado 74— a los inversores afectados precisión alguna acerca de las circunstancias específicas y objetivas en las que se concede o deniega la autorización previa», indeterminación esta —añade en el apartado siguiente— que «no permite que los particulares conozcan el alcance de sus derechos y obligaciones que se derivan del artículo 56 CE, por lo que debe considerarse que dicho régimen es contrario al principio de seguridad jurídica».

La Sentencia vuelve a insistir en esta idea más adelante, subrayando que, a diferencia de otros supuestos similares invocados por el Gobierno español en su defensa, «la intervención de la autoridad administrativa no queda sujeta en el presente caso a ningún requisito que restrinja la facultad discrecional de dicha autoridad», por lo que de nada sirve el hecho de que sea factible interponer un recurso contra tales decisiones «en la medida en

Copyleft – Ius Publicum

que ni la Ley ni los Reales Decretos de que se trata proporcionan al juez nacional criterios suficientemente precisos para permitirle controlar el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad administrativa» (apartado 79). «Dada la inexistencia de criterios objetivos y precisos en el régimen de que se trata, procede concluir que dicho régimen va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo invocado por el Gobierno español» (apartado 80).

La Directiva 123/2006, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, que tanta polvareda ha levantado, también entre nosotros[28], no ha inventado nada que justifique tanto alboroto; se ha limitado a poner en prosa legal lo que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia tenía ya firmemente establecido, esto es, que las libertades de establecimiento y de prestación de servicios solo pueden supeditarse a un régimen de autorización cuando la necesidad de este venga justificada por una razón imperiosa de interés general y no puede conseguirse el objetivo perseguido con una medida menos restrictiva (art. 9), y que ese régimen, cuando sea preciso implantarlo, «deberá basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria» (art. 10).

En pocas palabras: la libertad en todas y cada una de sus manifestaciones no puede quedar nunca a expensas del poder discrecional de la Administración; la ley debe fijar por ello en todo caso los criterios precisos a los que la Administración habrá de atenerse para evitar el riesco de un comportamiento arbitrario.

[28] A la Directiva de Servicios me referí tempranamente en «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en la *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007. La literatura producida con posterioridad es muy abundante. Valga por todos la referenzia a la obra colectiva, dirigida por R. RIVERO ORTEGA, *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2009. Una posición crítica que pretende limitar la eficacia de la Directiva a la eliminación de la discriminación de los nacionales de otros Estados miembros, en T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNANDEZ DEL CASTILLO (Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, Madrid, 2009, y también los trabajos del mismo autor, de T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI y de L. PAREJO en los núms. 6 y 7 de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*.

Copyleft – Ius Publicum

La dirección de la marcha está así claramente marcada, aunque quede todavía un largo camino por recorrer[29].

VI. *QUID* EN EL CASO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

El Capítulo III del Título I de la Constitución contiene una larga lista de preceptos que se refieren en unos términos u otros a lo que, a partir de la Constitución mexicana de 1917 y de la alemana de Weimar, de 1919, se viene incluyendo bajo la rúbrica genérica de derechos económicos y sociales, denominación que nuestra Norma Fundamental ha preferido eludir con carácter general, sustituyéndola por la menos comprometida de principios rectores de la política social y económica, aunque no ha renunciado a utilizar la palabra derecho al referirse singolarmente a un buen número de ellos.

Técnicamente se trata, sin duda, de principios o, mejor, de directrices, como precisan acertadamente ATIENZA y RUIZ MANERO, esto es, de normas que configuran de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito[30].

[29] Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Hacia un mejor funcionamiento del mercado único de servicios partiendo de los resultados del proceso de evaluación recíproca de la Directiva de Servicios*, Bruselas, 27.1.2011. En realidad, la tarea que ha iniciado la Directiva de Servicios es permanente, como se desprende de su propio texto, y en concreto de su artículo 41, que dice así: «A más tardar el 28 de Diciembre de 2011 *y cada tres años en lo sucesivo* la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe completo sobre la aplicación de la presente Directiva. El informe, de acuerdo con el artículo 16, apartado 4, versará en particular sobre la aplicación del artículo 16. Se referirá también a la necesidad de adoptar medidas adicionales sobre asuntos excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Adjuntará, si procede, propuestas para la modificación de la presente Directiva con vistas a completar el mercado interior de servicios».

[30] Vid. *Las piezas del Derecho*, cit.

Copyleft – Ius Publicum

Esta caracterización es esencial para nuestro tema, porque esa apertura, esa indeterminación del supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica se traduce, lógicamente, en un reconocimiento a los poderes públicos, y en primer término, como es natural, al legislador, de un amplio poder discrecional, doblemente discrecional además, porque el margen de apreciación característico de dicho poder opera simultáneamente en los dos niveles, fáctico y jurídico.

Tiene que ser así por lo demás porque el campo que las directrices cubren es el de las políticas, social y económica, que no pueden ni deben estar predeterminadas por la Constitución, que ha de limitarse en este punto a establecer las reglas del juego, el marco en el que los «jugadores» habrán de desarrollar, de acuerdo con sus propios puntos de vista y, por supuesto, con las posibilidades que las circunstancias de cada momento ofrezcan, sus diferentes tácticas y estrategias.

¿Es ilusorio hablar entonces de un derecho a la salud, a la cultura, a un medio ambiente adecuado o a una vivienda digna, como lo hacen los artículos 43, 44, 45 y 47 de la Constitución? Si tanta es la libertad de la que los poderes públicos gozan para desarrollar las políticas que consideren más apropiadas, hablar de derechos en estos casos, ¿tiene algún fundamento o es un mero exceso retórico?

Hace ya muchos años que me formulé estas preguntas y al volver a leer ahora mis respuestas de entonces no puedo sino reafirmarme en ellas[31]. No es, ni mucho menos, incorrecto ni abusivo hablar de derechos económicos y sociales. Los así llamados son, sin duda, derechos, aunque, a diferencia de las libertades públicas, no están construidos *ex*

[31] Vid. «Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos», en la *Revista de Derecho Político*, núm. 15, otoño 1982, págs. 21 y ss. Vid. también E. GARCIA DE ENTERRIA y Tomás R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, al que pasaron las ideas allí expuestas acompasándolas en cada edición a las novedades legislativas y jurisprudenciales que se iban produciendo. Así se hace en la 15.ª ed., de enero de 2011, que es la última.

Copyleft – Ius Publicum

constitutione como derechos subjetivos perfectos y necesiten para llegar a serlo un tratamiento complementario por parte del legislador.

Dicho esto, hay que añadir inmediatamente a continuación que el legislador está obligado a dar ese tratamiento, es decir, a completar y desarrollar el diseño inicial que la Constitución se ha limitado a realizar. No lo digo yo. Lo dice con toda claridad el artículo 53.3 de la Norma Fundamental, que es un precepto extraordinariamente preciso al que no se ha prestado, sin embargo, toda la atención que merece.

«El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informará —dice expresivamente el precepto— la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», y añade a continuación que «solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen».

La Constitución es muy consciente, por lo tanto, de que tal y como están formulados en ella son derechos imperfectos, incompletos, carentes de operatividad. Por eso dice que en ese estado inicial no podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria, pero eso no significa que se desentienda de ellos, ya que ordena al legislador que haga lo preciso para reconocerlos y protegerlos de forma que puedan serlo.

Los términos imperativos del precepto («informará») no admiten dudas acerca de la voluntad del constituyente, pero, si alguna quedara, se disiparía de inmediato con solo reparar en que la prohibición de invocarlos se refiere exclusivamente a la «Jurisdicción *ordinaria*», ¡no a la jurisdicción constitucional!, ante la que sí podrá ser alegada la infracción de los principios de la política social y económica contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución cuando las leyes no cumplan el mandato que su artículo 53.3 contiene y no lleven a cabo la tarea que impone al legislador de completarlos, o lo hacen de tal forma que los derechos en cuestión no terminan de alcanzar la operatividad individual que les es propia.

El *quantum* de estos derechos depende, como es natural, de las circunstancias de cada momento, del grado de sensibilidad social y, por supuesto, de las disponibilidades

Copyleft – Ius Publicum

financieras. No me refiero a esto, que va de suyo, como es natural. Lo que sí quiero volver a subrayar es que la Constitución ha desterrado el modo tradicional de legislar, que se limitaba a habilitar a la Administración para actuar, sin obligarla a hacerlo casi nunca y sin establecer unos estándares concretos de prestación, en cantidad y calidad, capaces de garantizar al ciudadano un *nivel mínimo* de derechos judicialmente exigibles.

El texto constitucional reclama ahora imperativamente, como acabamos de ver, que el legislador lleve a cabo un desarrollo adecuado de los derechos económicos y sociales que proclama. La libertad que la Constitución le otorga le permite, sin duda, decidir el *quando* y el *quantum*, y el tipo o la modalidad de las prestaciones también, pero no le autoriza a dejar en manos de la Administración la determinación de ninguna de estas cuestiones, que a él le corresponde decidir. Con mayor o menor extensión e intensidad, según lo permitan las circunstancias, pero los derechos deben salir completos de las manos del legislador, de forma que puedan ser exigidos con éxito por sus titulares en el caso de que les sean negados.

Este nuevo modo de entender el papel de la ley va abriéndose paso poco a poco entre nosotros. La legislación de Seguridad Social acertó a demostrar desde la implantación del sistema que es perfectamente posible convertir los deberes genéricos que los artículos 39 y siguientes de la Constitución imponen a los poderes públicos en obligaciones concretas correlativas al derecho de los ciudadanos a percibir las correspondientes prestaciones. Su ejemplo no es ya solitario. Las leyes urbanísticas establecen con toda normalidad, a partir de la reforma de 1975[32], los parámetros que el planificador debe respetar en todo caso con el fin de garantizar un cierto nivel de calidad de la urbanización,

[32] Todas las leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas regulan hoy con particular detalle estas cuestiones. Es particularmente rigurosa en este punto la Ley del Suelo de Madrid, de 17 de julio de 2001, que en su artículo 36 fija con toda precisión el número de metros cuadrados de suelo por cada 100 metros cuadrados construidos que es necesario reservar para las redes generales de zonas verdes (20/100), de equipamientos sociales y servicios (30/100), de infraestructuras (20/100) y para las redes locales de equipamientos y servicios públicos (30/100), para aparcamientos (una plaza y media por cada 100 metros cuadrados edificables), etc.

Copyleft – Ius Publicum

sin el cual la vivienda no merecería los calificativos de digna y adecuada que el artículo 47 de la Constitución utiliza, reduciendo apreciablemente de este modo la omnímoda libertad de la que antes disfrutaba a la hora de ordenar el espacio urbano. La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 y la Ley de 14 de noviembre de 2002, reguladora de los derechos y obligaciones del paciente en materia de información y documentación clínica, han hecho también un esfuerzo importante en esta dirección. Y lo mismo puede decirse en general de las leyes que regulan los sectores privatizados, que definen ahora con toda precisión el ámbito del servicio público universal y de las obligaciones del servicio público que deben asumir los operadores, lo que ha contribuido a mejorar notablemente la posición de los usuarios de los distintos servicios, que antes se encontraban inermes las más de las veces a causa de la ambigüedad e imprecisión de los reglamentos de los antiguos monopolios[33].

El ejemplo más reciente de esta evolución lo ofrece la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que ha venido a dar adecuado desarrollo al artículo 49 de la Constitución.

En la defensa parlamentaria del Proyecto de Ley, el entonces ministro de Trabajo y Asuntos Sociales afirmó con gran énfasis que «su artículo 3 declara el carácter público de las prestaciones del sistema y la universalidad en el acceso a las mismas» y que «esto, si lo combinamos con lo establecido en el artículo 4, que el ciudadano tiene derecho a iniciar las

[33] El único que se preocupaba de fijar con precisión los niveles de prestación que habría de mantener el servicio era, hasta donde yo sé, el viejo Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía, de 12 de mayo de 1954, que fijaba con precisión la tensión que venían obligadas a mantener las empresas suministradoras (art. 65) y las sanciones que podrían serles impuestas en caso de incumplimiento (art. 71).

Copyleft – Ius Publicum

acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa de este derecho, lo convierte en un derecho subjetivo perfecto invocable ante los Tribunales»[34].

Así es, en efecto, porque la Ley define con precisión los diferentes grados de situación de dependencia (art. 26) y sujeta la valoración necesaria de los casos concretos que puedan presentarse a un baremo objetivo que tiene como referente la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud adoptada por la Organización Mundial de la Salud (art. 27), lo que convierte en reglada prácticamente la resolución administrativa de reconocimiento de la situación de dependencia, que habrá de determinar también qué concretos servicios de los incluidos en el Catálogo que establece el artículo 15 corresponden a cada solicitante según el grado o nivel de dependencia reconocido (art. 28).

Todo lo que es esencial queda así resuelto de antemano por la Ley, que no deja a las autoridades administrativas sino la aplicación de sus normas, la organización de los servicios y la vigilancia del correcto funcionamiento del sistema. Eso es exactamente lo que el artículo 53.3 de la Constitución reclama para convertir en auténticos derechos subjetivos los derechos económicos y sociales.

VII. LA PERSPECTIVA ADICIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

A lo hasta aquí dicho habría que añadir todavía lo que resulta del derecho fundamental que el artículo 24 de la Constitución reconoce a todos a la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos, una tutela que no podrá ser efectiva como la Norma Fundamental quiere si la ley que atribuye poderes discrecionales a la Administración se

[34] Citado por V. AGUADO I CODOLA, «El régimen jurídico de los servicios sociales y de atención a las personas en situación de dependencia», en el volumen, coordinado por él mismo, *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía,* Atelier, Barcelona, 2009.

Copyleft – Ius Publicum

abstiene de precisar los contornos de la libertad de actuación que concede a esta y los criterios a los que el órgano concretamente apoderado para actuar debe ajustar su ejercicio.

A este argumento de cierre apela sistemáticamente, como es notorio, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo para justificar la exigencia legal de motivar los actos discrecionales y su propio rigor a la hora de valorar el efectivo cumplimiento de la misma. En esta perspectiva ha insistido, por lo demás, especialmente en sede doctrinal, M. BACIGALUPO SAGESSE, poniendo el acento en el aspecto material del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a partir de un análisis detallado de la doctrina alemana, que tan bien conoce, lo que hace innecesaria en este momento cualquier insistencia por mi parte[35].

VIII. UNA REFLEXIÓN FINAL

Esto es básicamente lo que quería decir en esta mi última lección. El tema no acaba aquí, sin embargo. Más bien es aquí donde comienza un nuevo capítulo en la lucha por la reducción del poder discrecional, un poder indiscutiblemente necesario, cuyo despliegue no puede, sin embargo, hacerse a costa de los derechos de los ciudadanos, a cuyo servicio debe, sin embargo, estar, ya que es ese servicio y no otra cosa lo único que puede justificar y legitimar el poder, en general.

Necesitamos a los jueces, ciertamente; a unos jueces independientes, desde luego, frente a los gobernantes, puesto que deben poner freno a sus eventuales excesos. Necesitamos también que sean competentes y que estén comprometidos con el Derecho y con su función de racionalizar el ejercicio del Poder. Pero no podemos dejarles solos en ese empeño porque, por muy comprometidos y muy sacrificados que puedan ser, está más allá de sus posibilidades ejercer un control socialmente eficaz del poder discrecional si este no

[35] Vid. M. BACIGALUPO SAGESSE, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, cit., concretamente en el cap. IV y último, págs. 219 y ss.

Copyleft – Ius Publicum

se reduce en origen, esto es, en la propia ley que lo otorga, a lo que resulte imprescindible para asegurar la consecución de los objetivos en cada caso perseguidos, si el legislador se desentiende totalmente de su aplicación so pretexto de que esto no es cosa suya, si no establece con la claridad debida las pautas y criterios a los que las autoridades administrativas habrán de atenerse en su ejercicio para que su actuación no pueda tacharse de arbitraria.

Es el legislador, no los jueces, quien puede —y debe— reducir el poder discrecional[36], porque a los jueces no les es dado otra cosa que controlar si el poder concedido por la ley ha sido correctamente ejercido, esto es, si lo ha sido dentro de los límites establecidos por aquella y si la decisión adoptada ha sido debidamente justificada. Y es al Tribunal Constitucional, en fin, al que corresponde asegurar si el legislador respeta los límites que la Constitución establece con el fin de asegurar que los derechos que esta reconoce a los ciudadanos no quedan a expensas de los poderes discrecionales con los que la ley dota a los gobernantes.

Decirlo así, con toda claridad, exigirlo incluso a unos y otros sin desmayo, es el papel que en la lucha por el Derecho nos corresponde a los juristas que no tenemos poder. En eso he creído siempre y en eso sigo creyendo. Esa profunda convicción es, sin duda, lo único realmente valioso que puedo transmitirles al final de mi carrera académica.

[36] En este sentido, con apoyo en la doctrina alemana que cita, M. BACIGALUPO SAGESSE, *La discrecionalidad administrativa*..., cit., pág. 239.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

INTEGRATION BETWEEN EU LAW AND NATIONAL ADMINISTRATIVE LEGITIMACY

Prof. Fabio MERUSI[1]

INDEX

1. THE PHENOMENON OF EUROPEAN INTEGRATION THROUGH BOTTOM-UP INTEGRATION. ANALOGIES WITH THE REICH AFTER THE PEACE OF WESTPHALIA
2. THE INTEGRATION OF ADMINISTRATIVE LEGITIMACY IN THE LEGAL SYSTEMS OF MEMBER STATES
3. THE MAIN MANIFESTATIONS OF THE INTEGRATION BETWEEN EUROPEAN SUBSTANTIVE LAW AND NATIONAL FORMAL LAW IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM
4. HISTORY DOES NOT ALWAYS REPEAT ITSELF. EU LEGAL INTEGRATION AND…THE CHALLENGE OF THE NECESSARY INSTITUTIONAL EFFECTS

[1] Full Professor of Administrative Justice at the Università Telematica Guglielmo Marconi of Rome.

Copyleft – Ius Publicum

1. THE PHENOMENON OF EUROPEAN INTEGRATION THROUGH BOTTOM-UP INTEGRATION. ANALOGIES WITH THE REICH AFTER THE PEACE OF WESTPHALIA

What is new in Italian administrative law following its "contact" with the EU legal system?

It is obviously not possible here to cover all the potential consequences of EU law for the Italian administrative legal system. Such an approach would call for an analysis of the many special delegated powers that have contributed, and are still contributing, to the making of the European Union through a gradual but massive aggregation process. If, in common with most of the literature on EU law, we were to analyse all the "individual trees", we would end up by not seeing the "wood".

This paper focuses on a phenomenon that is gradually moving towards the "wood", one that is ignored or only partially covered by the literature in this field. Given the difficulties in turning the Union into a Federation through ever more complex agreements among States, there has been a conscious or unconscious attempt to achieve unity in Europe through a bottom-up process. This concerns the integration of European substantive administrative law with the administrative law currently in force in specific EU Member States.

Something similar happened in the Reich after the Peace of Westphalia: despite a seemingly slender and weak imperial power, a "common" public law was extended to all the States with a German population and to the multinational Habsburg State. At the end of that process, the institutions of each prince-elector had become more "imperial" than one would have expected from reading *De statu imperii germanici*, written by

Copyleft – Ius Publicum

Pufendorf under the pseudonym of Severinus de Monzambano, or *Tractatus Juris Publici* by Textor[2].

What is it that is expanding today against the will of the "prince-electors"? The commentators on Severinus de Monzambano[3] point out that this expansion is recreating the "monstrosity" of the constitution of the Reich.

A propos monsters, the analogy with the Reich after the Peace of Westphalia springs readily to mind if we consider two things. First, the "Ioannina compromise" and Poland's demand for voting rights based on the square root of populations (two "monsters", which J. Ziller describes in such an entertaining way[4]; second, the concurrent consolidation of general principles of European integration.

[2] Recently recalled in M. STOLLEIS (ed.), *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt (Suhrkamp) 1990 (in it, *Stato e ragion di stato nella prima età moderna*, 1998, 103 ff.).

[3] Moreover, *De statu imperii germanici* became a textbook, the subject of commentaries and glosses, of the independent courses in public law established, or "renewed" in the new institutional structure by most universities of the Empire, including those where German was not spoken.

[4] In *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007.

Copyleft – Ius Publicum

2. THE INTEGRATION OF ADMINISTRATIVE LEGITIMACY IN THE LEGAL SYSTEMS OF MEMBER STATES

But how could the antidote to the indolence of the "prince-electors" become widespread? What is the origin of the manipulation of administrative legitimacy in the Member States through EU regulations?

The phenomenon of the integration and "manipulation" of administrative legitimacy was introduced by the administrative courts in the legal systems of the countries belonging to the EU, and the technique was then transferred to the Court of Justice of the European Union. The Court uses it to ascertain the general principles shared by the administrative law of EU member States. As is often the case in this kind of operation, the Court passes off completely new principles as common general principles. As a result these are introduced into the legal systems of all the member States on the basis of the "federal" principle of the primacy of EU law, irrespective of whether those principles apply in the individual legal systems[5].

There is then another phenomenon, parallel to the one described above but leading to the same results. We refer to the European legislator's wish to make the legislation of the

[5] For more details on the techniques used to mark the predominance of "European federal law", see F. SORRENTINO, *L'incidenza del diritto comunitario sulle categorie del diritto pubblico*, in A. TIZZANO (ed.), *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Turin, 2008, 55 ff. From the point of view of theory, the integration of EU and national administrative law poses a series of problems, recently analysed by S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008. Moreover, the first few traces of those problems can be found in the glossators of *De statu imperii germanici…,* and in particular in C. THOMASIUS, mentioned in M. STOLLEIS, *op. cit.*, 105. As regards the EU principles affirmed by the Court of Justice, or imposed by EU legislative instruments, the integration of national law has often been interpreted as an adjustment of national law to EU legislation (the so-called indirect effect of directives) by the Court of Justice and, even more clearly, by the *Marleasing* case (13 November 1990, C-106/89). For more details on the interpretation of EU law, see C. ITZCOVICH, *L'interpretazione del diritto comunitario*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, 2008, 429 ff.

Copyleft – Ius Publicum

different EU countries more homogeneous by setting out general principles to be applied to the administrative acts of all Member States by using EU regulations, and, more often, EU directives (which are directly applicable to a national legal order if they are clear, precise and unconditional). Those principles will supplement or replace the laws of individual legal systems, and the national and EU judges may recognise that addition or replacement based on the principle of the primacy of EU law. The consequence is the creation of a circular law-making system, similar to the one previously described and involving only the EU courts and national constitutional and administrative judges. A particular variation may be possible when "international" judges are involved: they do not enjoy the same federal privilege as the Court of Justice of the European Union, but they also introduce general principles that conflict with the administrative law of the EU Member States (as has frequently been the case with the Strasbourg Court of Human Rights and Italy).

For this particular process of integration between substantive and formal law or, if preferred, between legality and legitimacy, several explanations based on general theory have been given.

Certain German scholars have labelled the phenomenon, at both domestic and EU level, as linked to a necessary closing provision existing in all systems of positive law: the principle of legal certainty (*Rechtssicherheit*), which in turn is the source of a series of other principles, the most important being the principle of the protection of legitimate expectations (*Vertrauensschutz*)[6] Others say that the phenomenon represents a form of judicial law-making, direct or indirect (on the basis of general principles to which any kind of legislator (whether EU, constitutional or national) refers, to be considered as a form of survival of common Roman law in codification. This is because the principles ascertained and then applied by judges at different levels are thought to be linked to the legal principles of the Western legal tradition, and ultimately to principles drawn from Roman law.

[6] Cf. the analysis by A. VON ARNAULD, *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, Tübingen, 2006, and also, on the protection of legitimate expectations, the monograph by H.J. BLANKE, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen, 2000.

Copyleft – Ius Publicum

Some Italian scholars say that the "guidelines of law" are consubstantial to the legal system (and may be summed up, for example, in the concepts of the rule of law (in Italian, the *Stato di diritto*), and therefore need no explanation: a position that thus recreates the usual separation between "deists and pantheists"[7].

Apart from such general explanations, however, this technique of the interpretation-modification of "statutory" law through general principles, ascertained and applied by case-law, has clearly been used by EU law in trying to achieve the bottom-up creation of a federal law system, so as to circumvent the resistance of those States opposing the top-down creation of a true federal law system. This strategy aimed, consciously or unconsciously, at creating a single law in all the legal systems of the Member States and, through the application of identical laws, making European citizens gradually realise that they are members of a single federal law system, just as the people under the Reich did, in spite of their princes, after the application of imperial law.

3. THE MAIN MANIFESTATIONS OF THE INTEGRATION BETWEEN EUROPEAN SUBSTANTIVE LAW AND NATIONAL FORMAL LAW IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

But what, in Italian law, are the main manifestations of the integration between substantive law and formal law? Here are some of the most striking examples, which will obviously not be exhaustive!

7 See F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*. Milan, 2001, and A. VON ARNAULD, *Rechtssicherheit*, op. cit.

Copyleft – Ius Publicum

We can start the analysis by dealing with the notion of public administration. The EU legislator, well aware of the differences in the organisation of public administration in the Member States and the procedural expedients used to evade EU legislation as well as the more general regulations of public administration, has resorted to a substantive concept based on preset identifying parameters: i.e. the concept of the body governed by public law ("*organismo di diritto pubblico*"). A body governed by public law that has the required parameters is a public administrative authority, whatever its legal form, and its acts are administrative acts. Despite what almost all Italian administrative scholars have repeatedly stated in order to limit the impact of EU legislation, this substantive concept is also valid when it is not associated with EU law on public contracts, in which the concept of the body governed by public law was first introduced. If the concept of the substantive identifying parameter is valid, the tenet *semel publica administratio, semper publica administratio* applies ("once a public authority, always a public authority"). And this applies to other Community fields of action as well, for example State aid. If a subject is identified as a body governed by public law, its grants to companies are considered as State aid and must therefore comply with EU competition law. The problem has emerged, for example, with one of the two kinds of bank foundation that the highest Italian administrative court (the *Consiglio di Stato*, or Council of State) erroneously defined as a body governed by public law, or with the identification, in economic and accounting terms, of the "enlarged public sector". Once the substantive identifying parameter is applied, the identification is valid for any law connected with the notion of public administration. This is what is affirmed by the prevailing administrative case-law, demonstrating the general impact of the integration between substance and form[8].

According to the principle of substantive law, if apparently private law instruments can become administrative acts, these - albeit seemingly vitiated - can then become valid acts. In this case, the conflict between substance and form can be solved

[8] For more details see F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007.

Copyleft – Ius Publicum

through the principle of equivalence. A vitiated act can be considered equivalent to a valid act if the defect is merely formal, or if there is proof that its content could not have been different. By formal defects are meant what should be defined as infringements of the law regulating the form and procedure of the act. As for content equivalence, this can also be determined through the discretionary power of the administration, provided that discretionary elements can objectively be identified and can be used to demonstrate the "inevitability" of the law.

The principle of equivalence, which can justify the substantive legitimacy of the act based on Article 230 of the EC Treaty and the interpretation of that Article by the Court of Justice, and which has also been interpreted in a different way in Italian administrative case-law, has recently been codified in Italian law on administrative proceedings. Accordingly, the impact of the principle now depends on the interpretation of the wording used for its codification. That codification is the result of the well-established process of the legislative generalisation of case-law solutions, which in some cases have not yet become a valid precedent.

Some scholars may not be convinced that the regulations concerning public power can be integrated with general principles having "federal" origins (or having been officially validated at a federal level), and may therefore seek abstruse explanations to deny the validity of the principle of equivalence or to replace it with other principles. But this problem relates to legal theory, not to the reality of the phenomenon[9].

The "irrelevance" of defects of form, however, is not the only manifestation of the principle of equivalence, in the sense of a rule on arriving at the "substance" by obliterating the form. One example is the principle of mutual recognition, which leads to

[9] In Italian law, the principle of equivalence has often been opposed, particularly by certain commentators. For more details, see S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Turin, 2006, and V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali di atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 208 ff.

Copyleft – Ius Publicum

the introduction, in EU Member States, of acts issued under rules that differ from those of the legal system in which they may be effective; in other words, this "conversion" of largely discretionary acts into acts bound by fixed prerequisites means that the original concessions become authorisations[10].

This mutation of discretionary power is probably the most fascinating manifestation, at least for research purposes, of the transition from formal law to substantive law.

The mutation of discretionary power arises from the different role played by fundamental rights in the determination of public interest by the public administration (the term *Gemeinwohl*, which can be translated as the common weal, may more aptly express this idea[11]), following the signing of the Charter on Human Rights by European countries - including those not belonging to the European Union - and also after the signing of the integration of the Treaty on European Union with the Nice Charter and after the Constitutions of many countries belonging to the European Union inverted the relationship between fundamental rights and administrative power, inducing the Court of Justice of the European Union to adopt the same logic in its search for principles shared by the different countries of the Union.

According to that logic, if fundamental rights come before administrative power, freedoms that are unknown to the citizen, and therefore to the judge as well, cannot exist

[10] See the analysis by L. MUSSELLI, *La conversione dell'atto amministrativo*, Milan, 2003.

[11] An even better expression is "public happiness", used in the past by L. A. MURATORI in his treatise (according to his own definition), *Della pubblica felicità, oggetto dei buoni principi*, Modena, 1749.

Copyleft – Ius Publicum

within that administrative power. There cannot be a substantive defect (*"merito"*) behind excess of power ("*eccesso di potere*"). Power must be subject to interpretation too[12].

Legitimacy may also be made up of undetermined legal concepts, to which there may also be a variety of solutions, and they need to be verified according to the criterion of reasonableness.

Should we therefore completely exclude the idea of discretion as a weighting of interests?

Not necessarily: the function of the power attributed to a public administration can also be that of weighing two or more different interests, as long as these interests are predetermined. In addition, the weighting should be based on a predetermined rule: the proportionality and appropriateness of the decision.

The principle of the integration of environmental regulations, stated in Article 6 of the EC Treaty, can be considered as a prime example of this new perspective of discretion as a weighting of interests.

Clearly, there may also be cases in which this new perspective is incomplete because it is limited to EU influence. For example, in countries having the same legal system as Italy, the inversion in the relation between fundamental rights and administrative power has not been clearly expressed in the Constitution. Rather, certain rights such as the right to property and the right to freely exercise entrepreneurial activities have long been considered as subject to administrative power.

The status of the integration between substantive law and formal law, when power is opposed to fundamental rights, is shown by the repeated rulings against the Italian State

[12] See L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002; ID., *La discrezionalità amministrativa*, Padua, 1986.

Copyleft – Ius Publicum

that the ECHR has issued on compulsory purchase (*"occupazione acquisitiva"*), even after the highest Italian Civil Court (the *Corte di Cassazione*) and the legislator attempted to provide an unacceptable justification for that law. The abundant case-law produced by the Council of State defines how to interpret the discretion of the powers of independent administrative authorities over market regulation and makes the markets themselves more competitive.

It should be borne in mind that certain phenomena may occur in this integration between substance and form that appear to be completely different from the consolidation of fundamental rights and administrative power. For example, according to the EU authorities, the Member States have general administrative autonomy in their power to annul *ex officio* measures that infringe EU law. While almost all national legal systems have proceeded by placing their autonomy to act under the principle of legitimacy, they have established if, when and how such autonomy may be exercised.

However, such reasoning is valid unless one thinks that only federal law represents good substantive law, and only State law represents bad formal law.

We can mention other examples of substantive law influencing formal law: the effects of the precautionary principle on measures that already comply with the relevant legislation, or the introduction of cost-benefit analysis to assess the legitimacy rather than the appropriateness of an administrative act. However, this is not the place to attempt to list the many expressions of the phenomenon.

It is sufficient here for us to draw attention to the Europe that is being created from the grassroots up, without the States and, often, against the States.

Copyleft – Ius Publicum

4. HISTORY DOES NOT ALWAYS REPEAT ITSELF. EU LEGAL INTEGRATION AND THE CHALLENGE OF THE NECESSARY INSTITUTIONAL EFFECTS

We could observe that the Second Reich was not the result of such a process, nor was it the case with the Third Reich. But we may feel comforted by the fact that history rarely repeats itself exactly. Perhaps this time law will prevail over politics or, in other words, law in the form of European substantive law will make its crucial contribution to the challenge of a political union determined by economic priorities[13]. And perhaps a union based on administrative law will achieve what a union based on Roman law could not do.

[13] For a more general analysis see G.C. SPATTINI, *Ascesa e declino (eventuale) della nozione di "Costituzione economica" (nell'ordinamento italiano e in quello comunitario)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Naples, 2007, vol. III, 1465 ff.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

OU EN EST LA RESPONSABILITE DE PLEIN DROIT DE L'ADMINISTRATION DU FAIT DES PERSONNES PLACEES SOUS SA GARDE?[1]

par Pierre BON[2]

INDEX

1. UN CHAMP D'APPLICATION QUI DEMEURE LIMITE

1.1 Les cas d'application

1.2. Les refus d'application

2. UN FONDEMENT QUI RESTE INCERTAIN

2.1 La garde, un nouveau fondement de la responsabilité sans faute?

2.2 La garde, une insertion possible dans l'un des deux fondements traditionnels de la responsabilité sans faute?

Procédant à une relecture de l'article 1384, premier alinéa, du code civil, la Cour de cassation, dans un arrêt de 1991, *Association des centres éducatifs du Limousin et autre c. Blieck*[3], avait considéré que, dès lors qu'un handicapé mental est confié à une association

[1] Reproduction de l'étude paru sur la *Revue Française de Droit Administratif*, n. 1/2013, p. 127- 139 - Rubrique *Responsabilité* sous la direction de: Pierre BON et Benoît DELAUNAY.

[2] Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

[3] Cass., ass. plén., 29 mars 1991, Association des centres éducatifs du Limousin et autre c. Blieck, n° 89-15.231, D. 1991. 324, note C. Larroumet ; ibid. 157, chron. G. Viney, obs. J.-L. Aubert ; RFDA 1991. 991, note P. Bon ; RDSS 1991. 401, étude F. Monéger ; RTD civ. 1991. 312, obs. J. Hauser ; ibid. 541, obs. P. Jourdain ; RTD com. 1991. 258, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; JCP 1991.II.21673, concl. D.-H. Dontenwille et note J. Ghestin ; Resp. civ. et assurances, avr. 1991, n° 9, chr. H. Groutel ; Defrénois 1991, art. 35062, note J.-L. Aubert ; Gaz. Pal. 1992.2.513, note F. Chabas

Copyleft – Ius Publicum

qui a accepté d'organiser et de contrôler, à titre permanent, son mode de vie, cette association est responsable de plein droit des dommages que cet handicapé cause. Le Conseil d'État a fini par s'inspirer de ce raisonnement puisque, dans un arrêt de 2005, *GIE Axa Courtage*[4], il a jugé que, lorsque la garde d'un mineur sous assistance éducative est confiée à une personne publique qui se voit chargée d'organiser, de diriger et de contrôler sa vie, la responsabilité de cette dernière est engagée, même sans faute, pour les dommages causés aux tiers par ce mineur.

Cette responsabilité de plein droit de l'administration du fait des personnes placées sous sa garde (et, plus généralement, la responsabilité du fait de la garde d'autrui) a fait couler beaucoup d'encre. Dès le départ, deux questions principales se sont posées.

La première, de nature avant tout pratique, portait sur son champ d'application. Les catégories de personnes susceptibles d'être considérées comme sous la garde de l'administration étant potentiellement très nombreuses (mineurs en difficultés, élèves des établissements publics d'enseignement, malades mentaux, détenus...), n'y avait-il pas le risque que cette nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute en vienne à réduire à une peau de chagrin la responsabilité pour faute de certains services publics (services d'aide aux mineurs en difficultés, établissements d'enseignement, centres hospitaliers spécialisés, établissements pénitentiaires...) ?

La seconde interrogation, de facture plus théorique, portait sur le fondement exact de cette responsabilité de l'administration du fait des personnes placées sous sa garde. S'agissait-il d'un nouveau fondement de la responsabilité sans faute s'ajoutant aux

[4] CE 11 févr. 2005, GIE Axa Courtage, n° 252169, Lebon p. 45, concl. C. Devys ; AJDA 2005. 663, chron. C. Landais et F. Lenica ; D. 2005. 1762, note F. Lemaire ; AJ pénal 2005. 198, obs. C. S. Enderlin ; RFDA 2005. 595, concl. C. Devys ; ibid. 602, note P. Bon ; RDSS 2005. 466, note D. Cristol ; RTD civ. 2005. 585, obs. J. Hauser ; JCP 2005.II.10070, concl. C. Devys et note M.-C. Rouault ; JCA A 2005, n° 1132, note J. Moreau ; BJCL 2005, p. 260, obs. M. Vialettes et A. Robineau-Israël ; Petites affiches du 1er juin 2005, p. 8, note E. Matutano ; RD publ. 2006. 523, chron. C. Guettier ; RIEP, janv. 2006 ; p. 21, note E. C. ; DA, mai 2005, p. 35, note E. G.

Copyleft – Ius Publicum

fondements jusqu'alors admis, à savoir le risque et la rupture de l'égalité devant les charges publiques, voire même les supplantant si son champ d'application était entendu de manière particulièrement expansive? Était-il susceptible à l'inverse de relever finalement de l'un ou de l'autre de ces deux fondements traditionnels?

Huit ans après l'arrêt *GIE Axa Courtage*, il semble possible de répondre à la première interrogation. Le Conseil d'État a en effet adopté une conception relativement exigeante de la garde, en tout cas sensiblement plus exigeante que celle qu'a retenue la Cour de cassation. Il en résulte que le champ d'application de la nouvelle jurisprudence est demeuré relativement limité puisque, jusqu'à maintenant, il ne concerne que quelques catégories de mineurs confiés à l'administration.

En revanche, il est plus délicat de répondre à la seconde interrogation dans la mesure où les auteurs n'ont pu se mettre d'accord sur le point de savoir si la responsabilité du fait de la garde était un nouveau fondement de la responsabilité sans faute ou, au contraire, relevait des fondements jusqu'alors traditionnellement admis. Il en résulte que le fondement de cette responsabilité reste incertain.

1. UN CHAMP D'APPLICATION QUI DEMEURE LIMITE

Pour le Conseil d'État, il n'y a garde d'autrui au sens de la jurisprudence *GIE Axa Courtage* et donc responsabilité sans faute de la personne publique que lorsque cette dernière s'est vu confiée la charge d'organiser, de diriger et de contrôler la vie d'autrui. C'est une formule qui est très proche de celle utilisée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Association des centres éducatifs du Limousin et autre c. Blieck* (organiser et contrôler, à titre permanent, le mode de vie d'autrui) mais qui semble plus restrictive que celle que cette dernière a parfois utilisée par la suite en se bornant à évoquer la charge d'organiser et de contrôler, non pas la vie d'autrui, mais simplement une de ses activités données[5]. Par

[5] Par ex., une association sportive est responsable de plein droit des dommages résultant des brutalités commises par ses membres lors d'un match car elle a pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de ces

Copyleft – Ius Publicum

ailleurs, la garde, au sens de la jurisprudence du Conseil d'État, ce n'est pas la simple surveillance d'autrui. Il faut faire en effet une différence entre la garde juridique et théorique (ou, pour reprendre une formule utilisée par L. Perdrix dans sa remarquable thèse sur la garde d'autrui[6], la garde intellectuelle), qui accorde à l'administration le pouvoir de prendre les décisions importantes concernant la vie d'autrui, et la surveillance de ses activités quotidiennes (ou garde matérielle pour reprendre la formule du même auteur) qui peut être confiée à une autre personne juridique. Seul le gardien juridique et théorique (ou gardien intellectuel) est responsable de plein droit des dommages causés par autrui, non celui qui est en charge de la surveillance de ses activités quotidiennes (gardien matériel). En un mot, il ne semble y avoir garde, au sens de la jurisprudence *GIE Axa Courtage*, que lorsque l'administration dispose d'un pouvoir juridique, d'un pouvoir d'autorité sur l'organisation, la direction et le contrôle de la vie d'autrui.

Pour le moment, cela n'a été admis qu'à propos des mineurs confiés à l'administration. Placés normalement sous la garde de leurs parents qui ont le pouvoir d'en organiser, diriger et contrôler la vie et dont la responsabilité est maintenant engagée de plein droit par la Cour de cassation[7], ils peuvent, du fait notamment d'une décision de

derniers lors des compétitions sportives (Civ. 2e, 22 mai 1995, UAP et autres c. Rendeygue et autre, n° 92-21.197, Bull. civ. II, n° 155; D. 1996. 29, obs. F. Alaphilippe ; RTD civ. 1995. 899, obs. P. Jourdain ; JCP 1995.II.22550, note J. Mouly ; JCP 1995.I.3893, chron. G. Viney ; Gaz. Pal. 1996.1.16, note F. Chabas ; Defrénois 1996, p. 357, obs. D. Mazeaud; Petites affiches du 2 févr. 1996, n° 15, p. 16, note S. Hocquet-Berg). Par ex. encore, une association en charge de l'organisation d'un défilé de majorettes est responsable de plein droit des dommages causés par l'une d'entre elles car elle a pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de ses membres au cours du défilé (Civ. 2e, 12 déc. 2002, n° 00-13.553, Bull. civ. II, n° 289 ; D. 2003. 2541, et les obs., obs. F. Lagarde ; RTD civ. 2003. 305, obs. P. Jourdain ; JCP 2003.I.154, chron. G. Vinet ; Petites affiches du 7 avr. 2003, p. 11, note F. Buy ; Petites affiches du 30 sept. 2003, p. 9, note J.-B. Laydu).

[6] L. Perdrix, La garde d'autrui, LGDJ 2010, pp. 136-137.

[7] Civ. 2e, 19 févr. 1997, Bertrand, n° 94-21.111, Bull. civ. II, n° 56, p. 32; D. 1997. 265, note P. Jourdain ; ibid. 279, chron. C. Radé; ibid. 290, obs. D. Mazeaud; ibid. 1998. 49, obs. C.-J. Berr ; RDSS 1997. 660, note A.

Copyleft – Ius Publicum

justice, se voir placés sous la garde d'une autre personne juridique. Il est dès lors normal que ce transfert de garde implique un transfert de responsabilité de telle sorte que l'on sent presque intuitivement que la notion de garde ainsi entendue « trouve particulièrement bien à s'appliquer lorsque sont en cause des mineurs »[8]. Il en résulte que le champ d'application de la nouvelle jurisprudence demeure limité aux mineurs, du moins pour le moment, d'autant plus limité d'ailleurs que, si elle a été appliquée à certaines catégories de mineurs, le juge s'y est refusé pour d'autres.

1.1. Les cas d'application

La responsabilité de plein droit de l'administration du fait des mineurs dont elle a la garde a été appliquée aux mineurs placés sous assistance éducative, aux mineurs placés au titre de l'ordonnance de 1945 sur l'enfance délinquante et à d'autres mineurs confiés au service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

Les mineurs placés au titre de l'assistance éducative

C'est par son arrêt *GIE Axa Courtage* précité que le Conseil d'État a accepté d'appliquer un régime de responsabilité sans faute du fait de la garde à la réparation des dommages causés par les mineurs sous assistance éducative placés par le juge auprès d'une institution publique. Avant d'en aborder de façon plus détaillée le contenu et d'évoquer les précisions, au demeurant limitées, apportées par la jurisprudence postérieure, on rappellera comment se posait auparavant le problème de la réparation de ce type de dommages.

Dorsner- Dolivet ; RTD civ. 1997. 648, obs. J. Hauser ; ibid. 668, obs. P. Jourdain ; JCP 1997.II.22848, concl. R. Kessous et note G. Viney ; Gaz. Pal. 1997.2.572, note F. Chabas.

[8] M. Guyomar, concl. sur CE 1er févr. 2006, Ministre de la justice c. Mutuelle assurance des instituteurs de France (MAIF), RFDA 2006. 613.

Copyleft – Ius Publicum

Position initiale du problème

Aux termes de l'article 375 du code civil, « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative[9] peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public ». La mesure d'assistance éducative la plus attentatoire au droit à la vie familiale puisqu'elle implique une séparation de l'enfant de ses parents est le placement de l'enfant en dehors de son milieu familial. À ce propos, l'article 375-3 du code civil dispose que, si la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier, outre à l'autre parent, à des tiers dont il dresse la liste: un autre membre de la famille, un tiers digne de confiance, un service départemental de l'aide sociale à l'enfance, un service ou un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge et un service ou un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé.

Ces mesures de placement ont été à l'origine d'un contentieux non négligeable portant tant sur la compétence que sur le fond. Sur le terrain de la compétence, les règles applicables ont été synthétisées par un arrêt du Tribunal des conflits de 2001[10]. Les décisions de placement d'un mineur par l'autorité judiciaire, qui relèvent essentiellement du droit civil, sont prises sous le seul contrôle des juridictions judiciaires. Il appartient également au juge judiciaire de connaître des actions en responsabilité engagées contre l'organisme auprès duquel le mineur est placé s'il s'agit d'un organisme de droit privé non doté de prérogatives de puissance publique. En revanche, il appartient au juge administratif de connaître des actions en responsabilité engagées contre l'organisme auprès duquel le

[9] Sur l'assistance éducative, v. notamment, P. Bonfils et A. Gouttenoire, Droit des mineurs, Dalloz, 2008, p. 369 s.

[10] T. confl. 17 déc. 2001, Truchet c. État, Lebon p. 762.

Copyleft – Ius Publicum

mineur est placé s'il s'agit d'un organisme de droit public (ou d'un organisme de droit privé doté de prérogatives de puissance publique).

Sur le terrain du fond, le principal problème est celui du régime de responsabilité applicable lorsque la responsabilité de l'organisme auprès duquel le mineur est placé est engagée du fait d'un dommage causé par ce dernier.

Lorsque le dommage a été causé par un mineur placé auprès d'un organisme de droit privé (non doté de prérogatives de puissance publique), la Cour de cassation considère, depuis 1996[11], que la décision du juge judiciaire a confié à cet organisme la garde du mineur et lui a transféré le soin d'en organiser, diriger et contrôler le mode de vie. Le gardien doit donc réparer les dommages causés par le mineur, y compris à d'autres enfants, sans pouvoir s'exonérer de cette responsabilité de plein droit en démontrant qu'il n'a commis aucune faute. En d'autres termes, chaque fois qu'une personne physique ou morale de droit privé est chargée par le juge des enfants de la garde d'un mineur en danger, ce qui implique qu'elle organise, dirige et contrôle le mode de vie de ce dernier, elle est responsable, même sans faute, des dommages qu'il est susceptible de causer. Cette responsabilité de plein droit joue alors même que, au moment du dommage, le mineur se

[11] Crim., 10 oct. 1996, Association Le foyer Saint-Joseph, n° 95-84.187, Bull. crim. n° 357, p. 1054; RDSS 1997. 611, obs. E. Alfandari ; ibid. 881, obs. J.-M. Lhuillier ; RTD com. 1997. 480, obs. E. Alfandari ; D. Juris 1997 .309, note M. Huyette ; JCP 1997.II.22833, note F. Chabas. V. notamment par la suite, Crim., 26 mars 1997, Le foyer Notre-dame des flots, n° 95-83.956, Bull. crim. n° 124, p. 414; RTD com. 1997. 480, obs. E. Alfandari ; JCP 1997.II.22868, rapport F. Desportes ; D. 1997.J.496, note P. Jourdain ; JCP 1998.II.10015, note M. Huyette ; D. 1998. 201, obs. D. Mazeaud; JCP 1997.I.4070, obs. G. Viney ; Responsabilité civ ; et assurances 1997, commentaire n° 292, obs ; H. Groutel ; Petites affiches du 5 oct. 1999, n° 198, p. 14, note F. Alt-Maes ; Civ. 2e, 20 janv. 2000, Le Faou, n° 98-17.005, Bull. civ. II n° 15, p. 10; D. 2000. 571, note M. Huyette ; RDSS 2000. 420, obs. E. Alfandari ; ibid. 431, obs. J.-M. Lhuillier ; RTD civ. 2000. 588, obs. P. Jourdain ; JCP 2000.I.241, n° 14, obs. G. Viney ; RTDC 2000. 588, obs. P. Jourdain ; Crim. 15 juin 2000, Bull. crim. n° 233, p. 690; D. 2001. 653, note M. Huyette.

Copyleft – Ius Publicum

trouvait chez ses parents[12] ou en stage[13] dès lors qu'aucune décision judiciaire n'a suspendu ou interrompu la mission éducative confiée à la personne physique ou morale qui en a la garde. Cette analyse se situe dans le droit fil de la jurisprudence *Association des centres éducatifs du Limousin et autre c. Blieck* précitée[14] qui, procédant à une relecture de l'article 1384, premier alinéa, du code civil, avait considéré quelques années auparavant que, dès lors qu'un handicapé mental est confié à une association qui a accepté d'organiser et de contrôler, à titre permanent, son mode de vie, cette association est responsable de plein droit des dommages qu'il cause.

Lorsque le dommage a été causé par un mineur placé auprès d'un organisme de droit public, le Conseil d'État exigeait traditionnellement une faute pour engager la responsabilité de ce dernier[15].

Cette solution était doublement inéquitable.

[12] Crim., 26 mars 1997, préc.; Civ. 2e, 6 juin 2002, Garantie mutuelle des fonctionnaires et autres c. Association départementale de la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence et autres, n° 00-18.286, Bull. civ. II, n° 120, p. 96; D. 2002. 2029; RDSS 2003. 118, obs. E. Alfandari ; ibid. 127, obs. J.-M. Lhuillier ; RTD civ. 2002. 825, obs. P. Jourdain; Petites affiches du 9 juill. 2003, n° 136, p. 21, note N. Rexand-Pourias; Dr fam. 2002, n° 109, p. 35, note J. Julien.

[13] Civ. 2e, 22 mai 2003, Société locale d'assurance des collectivités locales c. M. Bernard, n° 01-15.311, Bull. civ. II n° 157, p. 133; D. 2004. 1342, obs. P. Jourdain.

[14] Cass., ass. plén., 29 mars 1991, préc.

[15] CE 11 avr. 1973, Département de la Marne, n° 81403, Lebon T. p. 1101 ; CE 3 nov. 1976, Ministre de la justice c Sociétés d'assurances modernes des agriculteurs (SAMA) et Nemoz, n° 98962, Lebon p. 471; RDSS 1977. 437, concl. D. Labetoulle ; CE 14 juin 1978, n° 05678, Garde des Sceaux, ministre de la justice et ministre de la santé c. Société de construction et de fabrication pour le bâtiment, l'industrie et l'agriculture [SOCOFA], Lebon p. 259; RDSS 1978. 562, concl. D. Labetoulle ; AJDA 1978. 556, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau ; D. 1978. 686, note F. Moderne.

Copyleft – Ius Publicum

Elle l'était d'abord par rapport à la jurisprudence judiciaire puisque cette dernière, comme on vient de le voir, considérait depuis 1996 que la responsabilité de l'organisme privé auprès duquel était placé le mineur était engagée de plein droit lorsque ce dernier causait un dommage. En d'autres termes, selon que le juge ait placé l'enfant auprès d'une personne de droit public ou auprès d'une personne de droit privé, s'appliquait soit un régime de responsabilité pour faute soit un régime de responsabilité sans faute pour réparer des dommages de la même nature, ce qui était évidemment difficilement admissible.

Mais cette solution était également inéquitable par rapport à la responsabilité du fait des mineurs délinquants au sens de l'ordonnance du 2 février 1945. On sait en effet que, considérant que les mesures de rééducation prévues par ladite ordonnance du 2 février 1945 ne présentaient pas les mêmes garanties de sécurité que l'incarcération pure et simple mais offraient au contraire aux mineurs concernés de larges possibilités de liberté, le Conseil d'État estime depuis longtemps que la nouvelle politique de l'éducation surveillée voulue ainsi par l'État faisait courir aux tiers un risque spécial de nature à engager sa responsabilité sans faute puisque c'est lui qui est à l'origine de cette nouvelle orientation[16]. En d'autres termes, la responsabilité du fait des mineurs placés au titre de l'assistance éducative était une responsabilité pour faute tandis que celles des mineurs placés au titre de l'ordonnance de 1945 relative à l'enfance délinquante était une responsabilité sans faute fondée sur le risque. Certes, cette discordance peut sembler à première vue justifiée. Les mineurs délinquants sont des mineurs réputés dangereux qui, autrefois, auraient été incarcérés dans des maisons de correction mais qui, aujourd'hui, bénéficient d'un régime plus libéral afin de favoriser leur réinsertion, régime libéral qui fait courir, dans l'intérêt général, un risque exceptionnel aux tiers. En revanche, les mineurs placés au titre de

[16] CE 3 févr. 1956, Ministre de la justice c. Sieur Thouzelier, Lebon p. 49; D. 1956. 597, note J.-M. Auby ; RD publ. 1956. 854, note M. Waline ; RPDA 1956. 51, note F.-P. Bénoit ; JCP 1956.II.9608, note D. Lévy ; AJDA 1956. 73, obs. F. Coulet ; AJDA 1956. 96, chron. F. Gazier ; CE 9 mars 1966, Garde des Sceaux ministre de la justice c. Trouillet, n° 66731, Lebon p. 201; JCP 1966.II.14811, concl. G. Braibant et note F. Moderne; AJDA 1966. 520, obs. A. de L. ; RTDC 1967. 168, obs. G. Durry.

Copyleft – Ius Publicum

l'assistance éducative ne sont pas réputés dangereux de telle sorte que leur appliquer un régime de responsabilité sans faute fondé sur le risque peut sembler dépourvu de justifications. Pourtant, il n'est pas forcément fondé d'opposer systématiquement les mineurs délinquants et les mineurs placés sous assistance éducative. Comme cela a été relevé[17], face à un mineur délinquant, il arrive souvent que le juge le soumette aux dispositions de l'ordonnance de 1945 mais il peut aussi le placer sous assistance éducative au sens du code civil pour de simples raisons d'opportunité. En sens inverse, des mineurs placés sous assistance éducative peuvent commettre un délit sans que leur statut soit, par la suite, changé en quoi que ce soit. Par ailleurs, plus aucun établissement n'est réservé aux seuls mineurs dits délinquants ou aux mineurs sous assistance éducative. Tous les établissements accueillent indifféremment toutes les catégories de mineurs sans que les personnels en charge de ces mineurs ou les techniques d'éducation soient différents. En un mot, « l'ensemble des services éducatifs participant à la protection de l'enfance fonctionnent de façon identique avec un personnel interchangeable qui a les mêmes compétences et accueillent une population de mineurs que rien ne distingue fondamentalement à part leur trajectoire personnelle »[18]. Dans ces conditions, soumettre la réparation des dommages causés par les uns ou les autres à un régime différent est proprement « aberrant »[19].

Arrêt GIE Axa Courtage

Dans ces conditions, on comprend que le Conseil d'État ait finalement abandonné l'exigence d'une faute pour engager la responsabilité publique du fait d'un mineur placé dans une institution publique au titre de l'assistance éducative pour appliquer un régime de

[17] V. par ex., la note préc. de M. Huyette sous Crim., 10 oct. 1996, Association Le foyer Saint-Joseph, D. 1997. 311.

[18] Eod. loc.

[19] Eod. loc.

Copyleft – Ius Publicum

responsabilité sans faute fondé sur la garde. Ce revirement de jurisprudence résulte de l'arrêt *GIE Axa Courtage*[20](directement inspiré d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Douai[21]) aux termes duquel la décision du juge des enfants plaçant un enfant au titre de l'assistance éducative « transfère à la personne qui en est chargée la responsabilité d'organiser, diriger et contrôler la vie du mineur; (qu') en raison des pouvoirs dont l'État se trouve ainsi investi lorsque le mineur a été confié à un service ou établissement qui relève de son autorité, sa responsabilité est engagée, même sans faute, pour les dommages causés aux tiers par le mineur; (que) cette responsabilité n'est susceptible d'être atténuée ou supprimée que dans le cas où elle est imputable à un cas de faute majeure ou à une faute de la victime » (seuls cas exonératoires dans le cadre de la responsabilité sans faute).

Il y a donc un alignement total entre la jurisprudence judiciaire et la jurisprudence administrative.

Il y a également un rapprochement entre la responsabilité publique du fait des mineurs placés au titre de l'assistance éducative et la responsabilité publique du fait des mineurs placés au titre de l'ordonnance de 1945 puisque, dans les deux cas, on a affaire à une responsabilité sans faute. Demeurent toutefois quelques différences puisque le poids de la responsabilité ne pèse pas forcément sur la même personne juridique (le gardien pour les mineurs sous assistance éducative, exclusivement l'État pour les mineurs délinquants) et que le fondement de la responsabilité sans faute n'est pas le même (la garde pour les mineurs sous assistance éducative, le risque exceptionnel pour les mineurs délinquants même si, comme on va le voir plus loin, la garde ne tardera pas à les concerner quelques mois après l'arrêt *GIE Axa Courtage*).

[20] CE 11 févr. 2005, préc.

[21] CAA Douai, 8 juill. 2003, Département de Seine-Maritime c. Gallioz, n° 01DA00529, Lebon p. 558; AJDA 2003. 1880, concl. J. Michel ; RFDA 2004. 164, note N. Albert ; RDSS 2003. 655, obs. J.-M. Lhuillier ; Responsabilité civile et assurances 2004, n° 232, note C. Guettier ; JCP Adm. 2004, n° 1074, note C. Cormier ; RDSS 2004. 441, art. F. Lemaire.

Copyleft – Ius Publicum

Jurisprudence postérieure

Postérieurement à l'arrêt *GIE Axa Courtage*, la jurisprudence a eu l'occasion d'insister, dans la droite ligne de la jurisprudence judiciaire, sur le fait que c'est la personne juridique à laquelle le juge des enfants a confié la garde du mineur au titre de l'assistance éducative qui est responsable des dommages qu'il cause nonobstant le fait que, au moment du dommage, le mineur ne se trouvait pas sous la surveillance effective de cette personne juridique. Comme le relevait en effet déjà dans ses conclusions le commissaire du gouvernement Devys[22], la responsabilité du gardien découle, « non d'un pouvoir effectif de surveillance, mais bien d'un pouvoir juridique et théorique d'organisation du mode de vie du mineur que le responsable détient du juge ». C'est ainsi que, si le juge des enfants a confié, en vertu d'une mesure d'assistance éducative, la garde d'un mineur à un foyer relevant de la direction de la protection de la jeunesse du ministère de la justice, c'est l'État qui est responsable des dommages qu'il cause alors même que, au moment des faits, il se trouvait sous la responsabilité et la surveillance du personnel d'un lycée agricole[23] ou était hébergé chez ses parents du moment qu'aucune autre décision de justice n'avait interrompu ou suspendu la mission éducative confiée au foyer[24].

Plus délicate est la question de savoir ce qui se passe lorsque le juge des enfants, tout en confiant le mineur à une personne juridique déterminée, exprime le souhait qu'il soit ensuite accueilli par une autre institution, ce qui est effectivement le cas. Dans une telle circonstance, la Cour de cassation avait considéré que c'est cette dernière qui, finalement, a la charge d'organiser, de diriger et de contrôler le mode de vie du mineur de telle sorte que,

[22] Concl. préc., RFDA 2005. 600.

[23] CE 17 déc. 2008, Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Lauze, n° 301705, Lebon T. p. 914; AJDA 2009. 661, concl. I. de Silva ; RDSS 2009. 374, obs. D. Cristol.

[24] CE 3 juin 2009, Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Société Gan assurances, n° 300924, au Lebon T. p. 936; AJDA 2009. 1133; RDSS 2009. 768, obs. D. Cristol.

Copyleft – Ius Publicum

en cas de dommage causé par ce dernier, c'est sa responsabilité qui est engagée[25]. Mais, comme cela a été relevé[26], cette solution est discutable car « le souhait judiciaire, jusqu'à présent, n'existe pas. Le juge impose l'accueil du mineur par tel foyer ou il ne l'impose pas. Mais il ne peut pas légalement se contenter d'un souhait, terme excluant tout caractère contraignant. Dès lors, cette mention d'orientation était sans aucun fondement légal et par suite sans aucune valeur juridique ». Dans ces conditions, seule la personne juridique à laquelle le juge a confié le mineur en assure la garde et en supporte la responsabilité. Telle est d'ailleurs l'analyse du Conseil d'État. Dans une affaire où le juge des enfants avait confié une mineure au service des affaires sociales du département tout en souhaitant qu'elle soit ensuite confiée à un organisme privé qu'il désignait nommément, la Haute juridiction administrative a considéré que cette dernière circonstance était sans incidence sur le transfert au département de la responsabilité du fait de la mineure[27].

Enfin, dans l'hypothèse où le juge des enfants confie le mineur à une personne juridique déterminée, par exemple au département, et que ce dernier le place ensuite dans une institution privée, cette décision du département ne transfère pas la garde du mineur à l'institution et c'est le département qui, en dépit de l'accueil du mineur dans cette dernière,

[25] Crim., 15 juin 2000, n° 99-85.240, Bull. crim. n° 233 ; D. 2001. 653, note M. Huyette.

[26] V. la note préc. de M. Huyette.

[27] CE 13 févr. 2009, Département de Meurthe-et-Moselle, n° 294265, Lebon T. p. 943; AJDA 2009. 286; D. 2009. 631, obs. J.-M. Pastor; RDSS 2009. 377, obs. D. Cristol ; RTD civ. 2009. 314, obs. J. Hauser; BJCL 2009. 273, concl. E. Geffray ; RGCT 2010, n° 46, p. 71, note U. Ngampio-Obélmé-Bélé; RLCT, mai 2009, n° 1337, note C. Weisse-Marchal; JCP 2009.II.10059, note P. Tifine ; JCP Adm. 2009, n° 2118, note F-X. Fort ; confirmation partielle de CAA Nancy, 6 avr. 2006, Institut national de la Recherche agronomique, n° 03NC00613, AJDA 2006. 916, note J.-M. Adrien; JCP Adm. 2006, n° 1229, comm. 13 par L. Laurent.

Copyleft – Ius Publicum

continue à assurer les missions d'organisation, de direction et de contrôle dudit mineur de telle sorte que c'est lui qui en supporte la responsabilité en cas de dommages[28].

La conclusion est donc la suivante. Le gardien, au sens de la jurisprudence précitée, est la personne juridique à laquelle la décision de justice a confié le mineur et qui, de ce fait, en organise, dirige et contrôle la vie. C'est donc elle qui, en tout état de cause, est responsable de plein droit des dommages qu'il cause. Il en va ainsi même si, au moment de la réalisation du fait dommageable, le mineur était, soit à titre occasionnel, soit à titre permanent, sous la surveillance d'une autre personne juridique du moment que la décision de justice le confiant à la première n'a pas été modifiée. En d'autres termes et comme on l'a déjà indiqué, il faut faire une différence entre la garde juridique et théorique (ou, pour reprendre une formule utilisée par L. Perdrix[29], la garde intellectuelle) qui résulte de la décision de justice et qui accorde à son titulaire le pouvoir de prendre les décisions importantes concernant la vie du mineur et la surveillance de ses activités quotidiennes (ou garde matérielle pour reprendre la formule du même auteur) qui peut être confiée à une autre personne juridique. Seul le gardien juridique et théorique (ou gardien intellectuel) est responsable de plein droit des dommages causés par le mineur, non celui qui est en charge de la surveillance de ses activités quotidiennes (gardien matériel).

Les mineurs placés au titre de l'ordonnance de 1945 sur l'enfance délinquante

Initialement, les dommages causés par les mineurs délinquants étaient, comme on le sait, réparés par l'État en application d'un régime de responsabilité sans faute fondé sur le risque. C'est l'arrêt *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Mutuelle assurance des*

[28] TA Marseille, 23 avr. 2012, Fondation Les orphelins apprentis d'Auteuil, Société Axa France IARD, n° 1002871, AJDA 2012. 1360, concl. G. Roux.

[29] L. Perdrix, op. cit., pp. 136-137.

Copyleft – Ius Publicum

instituteurs de France[30] qui a admis que cette responsabilité puisse se cumuler avec une responsabilité sans faute de l'administration reposant sur la garde dont la jurisprudence postérieure a sensiblement précisé les contours.

Position initiale du problème

Sur le fondement de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante[31]qui a privilégié la voie éducative par rapport à la voie répressive, le juge, s'il peut évidemment condamner le mineur délinquant à une peine et, en particulier, à une peine privative de liberté le soumettant alors à un régime carcéral, est incité à ne prendre normalement à son égard que des mesures éducatives. C'est ainsi que le juge des enfants, le juge d'instruction chargé des mineurs ou encore le tribunal pour enfant peuvent notamment décider de son placement dans une institution ou un établissement public ou privé d'éducation ou de formation professionnelle habilité ou dans un établissement médical ou médico-pédagogique habilité. Le problème est alors de savoir qui répond des dommages qu'il est susceptible de causer aux tiers à cette occasion.

Comme on l'a déjà rappelé, le Conseil d'État admet depuis longtemps que ces dommages doivent être réparés sur le fondement de la responsabilité sans faute par l'État. Considérant en effet que les mesures éducatives prévues par cette ordonnance ne présentaient pas les mêmes garanties de sécurité que l'incarcération pure et simple mais offraient au contraire aux mineurs concernés de larges possibilités de liberté, il estime que ce changement de politique de l'éducation surveillée voulu par l'État faisait courir aux tiers un risque spécial de nature à engager sa responsabilité sans faute puisque c'est lui qui est à

[30] CE 1er févr. 2006, Ministre de la justice c. Mutuelle assurance des instituteurs de France, n° 268147, Lebon p. 42; AJDA 2006. 586, chron. C. Landais et F. Lenica ; D. 2006. 2301, note F.-X. Fort ; RFDA 2006. 602, concl. M. Guyomar préc. ; et obs. P. Bon; RDSS 2006. 316, note D. Cristol ; RGCT 2007, n° 39, p. 57, note F. Lemaire ; RD publ. 2007. 632, chron. C. Guettier.

[31] Sur les mineurs délinquants, v. notamment, P. Bonfils et A. Gouttenoire, op. cit., p. 699 s.

Copyleft – Ius Publicum

l'origine de cette nouvelle orientation. Limité un temps aux seuls voisins des centres de rééducation[32], ce raisonnement a, par la suite, été implicitement[33] puis explicitement[34] étendu à toute victime, qu'elle soit ou non voisine d'un centre. Compte tenu de la tendance des mineurs de s'enfuir le plus loin possible du centre où ils étaient placés et des facilités contemporaines de déplacement, il était en effet contestable de limiter la réparation aux seuls voisins de ce dernier. Par ailleurs, née à propos de dommages causés par des mineurs délinquants ayant quitté des centres gérés par le ministère de la justice[35], cette jurisprudence a, bien sûr, été aussi étendue aux centres gérés par l'action sanitaire et sociale départementale[36] mais également aux institutions privées habilitées à les recevoir[37].

[32] CE 3 févr. 1956, Ministre de la justice c. Sieur Thouzelier, préc.

[33] CE 24 févr. 1965, Caisse primaire centrale de la sécurité sociale de la région parisienne, n° 58145, Lebon, p. 127 et CE 26 mars 1965, Ministre de la justice c. Compagnie d'assurances La Zurich, Lebon T. p. 1052; AJDA 1965. 339, chron. Mme Puybasset et M. Puissochet ; D. 1966. 322, note J. Vincent et J. Prévault.

[34] CE 9 mars 1966, Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Trouillet, n° 66731, Lebon p. 201; JCP 1966.II.14811, concl. G. Braibant, note F. Moderne; AJDA 1966. 520, obs. A. de L. ; RTDC 1967. 168, obs. G. Durry.

[35] V. les arrêts préc.

[36] CE 12 nov. 1975, Garde des Sceaux c. Schmitt, n° 96586, Lebon p. 562; RDSS 1976. 713, concl. Mme Grevisse.

[37] CE 19 déc. 1969, Établissements Delannoy, n° 74793, Lebon p. 596; RD publ. 1970. 787, concl. M. Grevisse ; RD publ. 1970. 1120, note M. Waline ; D. 1970. 268, note J.-M. Garrigou-Lagrange ; AJDA 1970. 99, chron. R. Denoix de Saint-Marc et D. Labetoulle ; JCP 1971.I.2389, chron. P. Robert ; RDSS 1970. 64, note A. Lavagne ; RDSS 1970. 178, note F. Moderne.

Copyleft – Ius Publicum

Arrêt Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Mutuelle assurance des instituteurs de France

Ce n'est que bien plus tard que la responsabilité de plein droit du fait de la garde a été appliquée aux dommages causés à cette occasion par les mineurs délinquants.

Elle l'a d'abord été par la Cour de cassation, dans les années qui ont suivi l'arrêt précité *Association des centres éducatifs du Limousin et autre c. Blieck*, à propos des dommages causés par les mineurs délinquants placés dans des institutions privées. Ainsi, dans un arrêt du 9 décembre 1999[38], sa seconde Chambre civile, saisie d'une affaire dans laquelle un mineur, d'abord placé dans un foyer géré par une association au titre de l'assistance éducative, avait ensuite été placé, en application de l'ordonnance de 1945, en liberté surveillée dans ce même foyer pour avoir provoqué délibérément un incendie, relève que l'association a reçu et conservé la charge d'organiser à titre permanent le mode de vie du mineur de telle sorte que sa responsabilité est engagée de plein droit sur le fondement de l'article 1384, premier alinéa, du code civil.

La responsabilité de plein droit du fait de la garde a ensuite été appliquée par le Conseil d'État, dans les mois qui ont suivi l'arrêt précité *GIE AXA Courtage*, aux dommages causés par des mineurs délinquants placés dans des institutions publiques. Dans notre commentaire de cet arrêt[39], nous relevions que l'extension à ce nouveau domaine de la responsabilité du fait de la garde déjà appliquée par le Conseil d'État aux mineurs placés sous assistance éducative était inéluctable car il n'y avait pas de raison de traiter différemment les mineurs délinquants et les mineurs placés sous assistance éducative dès

[38] Civ. 2e, 9 déc. 1999, n° 97-22.268, Bull. civ. II, n° 189 ; D. 2000. 713, note A.-M. Galliou-Scanvion ; RDSS 2000. 424, note E. Alfandari ; RTD civ. 2000. 338, obs. P. Jourdain ; JCP 2000.I.241, n° 12-13, obs. G. Viney. V. égal., Civ. 2e, 7 mai 2003, n° 01-15.607, Bull. civ. II, n° 129 ; D. 2003. 2256, note M. Huyette ; ibid. 2004. 915, obs. H. Groutel ; JCP 2004.I.101, n° 19-20, obs. G. Viney.

[39] RFDA 2005. 606-607.

Copyleft – Ius Publicum

lors qu'il s'agit de deux catégories entre lesquelles les frontières sont totalement perméables et qui sont soumises, dans les mêmes établissements, aux mêmes techniques d'éducation. Dès lors, à partir du moment où le Conseil d'État fonde la responsabilité sans faute des seconds sur la notion de garde, il n'y a pas lieu de raisonner différemment à propos des premiers d'autant plus que la personne publique est tout autant chargée d'en organiser, diriger et contrôler la vie. Cela ne changera en rien la situation des victimes qui, comme par le passé, seront indemnisées de plein droit. Mais cela sera susceptible d'avoir des incidences sur le patrimoine responsable en ce sens que ce ne sera plus systématiquement l'État qui sera responsable, sur le fondement du risque, des dommages causés mais la personne publique, État ou département par exemple, à laquelle le juge a confié la garde du mineur délinquant.

La cour administrative d'appel de Douai, décidément en pointe sur ces questions, s'était d'ailleurs déjà engagée dans cette voie puisqu'elle avait considéré qu'un centre d'éducation surveillé relevant de l'État, chargé par le juge des enfants d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie d'un mineur délinquant était responsable, même sans faute, des faits dommageables commis par ce mineur tant qu'aucune décision judiciaire n'avait suspendu ou interrompu cette mission éducative[40].

Dans ces conditions, on ne peut qu'approuver le Conseil d'État lorsque, dans son arrêt *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Mutuelle assurance des instituteurs de France* du 1er février 2006, il affirme « que la décision par laquelle une juridiction des mineurs confie la garde d'un mineur, dans le cadre d'une mesure prise en vertu de l'ordonnance du 2 février 1945, à l'une des personnes mentionnées par cette ordonnance transfère à la personne qui en est chargée la responsabilité d'organiser, de diriger et de contrôler la vie du mineur; qu'en raison des pouvoirs dont elle se trouve ainsi investie

[40] CAA Douai, 25 mai 2004, Ministre de la justice, Garde des Sceaux c. Société Allianz Via, n° 01DA00792, AJDA 2004. 1727 ; Petites affiches du 28 déc. 2004, n° 259, p. 15, concl. J. Michel.

Copyleft – Ius Publicum

lorsque le mineur lui a été confié, sa responsabilité peut être engagée, même sans faute, pour les dommages causés aux tiers par ce mineur ».

Plus délicate est la question de savoir si cette nouvelle responsabilité de plein droit du gardien se cumule avec la responsabilité traditionnelle de l'État pour risque ou si, au contraire, elle se substitue à elle.

Le commissaire du gouvernement Guyomar était en faveur de la substitution[41] (sauf dans l'hypothèse où le gardien s'avérerait insolvable, auquel cas il admettait une responsabilité subsidiaire de l'État) pour trois raisons principales. En premier lieu, dans la mesure où il est très rare aujourd'hui que les mineurs délinquants soient soumis à un régime carcéral, le régime libéral permis par l'ordonnance de 1945 étant devenu la règle[42], il est abusif de continuer à considérer que ce régime libéral est à l'origine d'un risque spécial (ou exceptionnel) puisque ce dernier est devenu général (ou normal). En second lieu, dans la mesure où le gardien du mineur délinquant est rémunéré par l'État au moyen d'un prix de journée qui comprend en principe le coût des cotisations d'assurances couvrant les dommages susceptibles d'être causés par les mineurs, cela peut aboutir à faire payer l'État deux fois, une première fois par le biais du prix de journée, une seconde fois si sa responsabilité est mise en jeu sur le fondement de la jurisprudence Ministre de la justice c. Thouzellier. En troisième lieu, la substitution de responsabilité ne conduit à aucun désengagement de l'État puisque c'est lui qui, par l'intermédiaire des services de la protection judiciaire de la jeunesse qui relèvent du ministère de la justice, habilite les

[41] RFDA 2006, concl. préc., pp. 610 s.

[42] Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs dégagé un principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge et à la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité (Cons. const., 29 août 2002, décis. n° 2002-461 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, Rec. Cons. const.,p. 204, cons. 26 ; D. 2003. 1127, obs. L. Domingo et S. Nicot ; AJDI 2002. 708 ; RSC 2003. 606, obs. V. Bück ; ibid. 612, obs. V. Bück).

Copyleft – Ius Publicum

institutions privées chargées d'accueillir les mineurs délinquants, signe avec elles les conventions de placement et en contrôle l'activité, d'où la possibilité de mettre en jeu sa responsabilité pour faute en cas de carence de sa part.

En dépit de leur pertinence, ces raisons n'ont pas emporté la conviction du Conseil d'État puisqu'il a opté pour le cumul de responsabilité: l'action ouverte contre le gardien ne fait pas obstacle à ce que soit également recherchée, devant la juridiction administrative, la responsabilité de l'État en raison du risque spécial créé pour les tiers du fait de la mise en œuvre d'une des mesures de liberté surveillée prévues par l'ordonnance du 2 février 1945. Cette possibilité d'action contre l'État est évidemment ouverte, non seulement à la victime du dommage, mais également à la personne juridique qui avait la garde du mineur délinquant: après avoir indemnisé la victime, elle pourra se retourner contre l'État de telle sorte que, finalement, c'est ce dernier qui, comme par le passé, supportera le poids de la responsabilité[43]. On comprend dès lors que, évoquant la solution du cumul de responsabilité, le commissaire du gouvernement Guyomar ait pu considérer qu'elle consistait, « en quelque sorte, à tout bouger mais à ne rien changer »[44].

[43] Ainsi, dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt préc. de la Cour de cassation en date du 9 déc. 1999, l'association auprès de laquelle le mineur délinquant avait été placé et son assureur, après avoir été condamnés à réparer le préjudice causé par le mineur sur le fondement de la garde, se sont retournés contre l'État pour obtenir le remboursement, sur le fondement du risque, de la totalité de la somme qu'ils avaient été condamnés à verser et ils ont obtenu gain de cause (CE 16 juin 2008, Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Association Montjoie, n° 285385, Lebon T. p. 907; AJDA 2008. 1238; RDSS 2008. 926, étude D. Cristol ; Petites affiches du 20 mars 2009, p. 7, note F. Lopes).

[44] Concl. préc., RFDA 2006. 610.

Copyleft – Ius Publicum

Jurisprudence postérieure

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence postérieure du Conseil d'État a apporté deux précisions[45].

La première concerne la question de savoir si les règles qui viennent d'être évoquées s'appliquent lorsqu'un mineur délinquant cause un dommage à un jeune qui est placé dans la même institution que lui, c'est-à-dire à un co-usager du service public et non à un tiers. La solution n'est pas la même selon que le dommage est réparé sur le fondement de la garde ou sur celui du risque puisque, comme on vient de le voir, les deux voies sont possibles.

Lorsque le dommage est réparé par application de la théorie de la garde, le Conseil d'État[46] répond positivement: que la victime du dommage soit un tiers ou un usager, un régime de responsabilité sans faute s'applique. La Haute juridiction souligne en effet que la responsabilité de l'administration est engagée « sans que ce soit au titre du fonctionnement du service public » mais au titre de la garde des mineurs qu'elle exerce « en lieu et place de leurs parents ». Cette précision vise à faire litière de l'argument du ministre de la justice qui relevait l'incohérence qu'il y aurait à admettre la responsabilité sans faute à l'égard d'un mineur délinquant placé dans un foyer et blessé par un de ses camarades alors qu'un détenu qui subit une agression de la part d'un codétenu ou un patient en hôpital psychiatrique

[45] Outre le fait que les grands-parents d'un mineur délinquant doivent être regardés comme ayant la qualité de personnes dignes de confiance auprès desquelles il peut être placé en application de l'ordonnance du 2 févr. 1945 (CE 26 juill. 2007, Garde des Sceaux, ministre de la justice c. M. et Mme Jaffuer, n° 292391, Lebon T. p. 1071 ; AJDA 2008. 101, note D. Chalus ; ibid. 2007. 1950; RDSS 2008. 360, note D. Cristol ; Petites affiches du 6 mai 2008, p. 6, note A. Desrameaux ; confirmation de CAA Lyon, 29 déc. 2005, JCP Adm. 2006, n° 1123, comm. 15 par S. Conti).

[46] CE 13 nov. 2009, Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Association tutélaire des inadaptés, n° 306517, Lebon p. 461; AJDA 2009. 2144; RDSS 2010. 141, note D. Cristol ; JCP Adm. 2010, n° 2033, concl. I. de Silva et note N. Albert ; JCP G 2010, n° 32, note A. Van Lang ; RLCT 2010, n° 55, p. 28, note M.-C. Rouault.

Copyleft – Ius Publicum

blessé par un autre patient doivent démontrer une faute du service. Mais, relève le rapporteur public[47], la responsabilité de l'administration au titre des mineurs placés sous sa garde est la conséquence d'un transfert à cette dernière de la responsabilité des parents qui assument normalement les conséquences de l'ensemble des agissements du mineurs. L'administration est donc responsable en sa qualité de substitut des parents plutôt qu'en sa qualité de gestionnaire du service public. Il y a là une différence essentielle avec la responsabilité encourue par l'administration au titre des agissements commis par des détenus ou des malades accueillis dans des hôpitaux psychiatriques: ces derniers continuent en effet d'assumer la responsabilité de leurs actes et l'administration n'est responsable qu'à raison d'une faute dans le fonctionnement du service. En revanche, les conditions de fonctionnement du service n'interviennent pas, du moins en principe, dans un régime fondé sur la garde qui fait supporter au gardien l'ensemble des conséquences dommageables du mineur placé. Cette prise de position du Conseil d'État n'est évidemment pas propre aux seuls mineurs délinquants blessés par leurs camarades. Elle concerne également tous les autres mineurs placés qui subissent un dommage du fait d'un autre mineur placé et, par exemple, les mineurs placés sous assistance éducative comme l'a déjà jugé la Cour de cassation[48] et la cour administrative d'appel de Douai[49].

Lorsque le dommage est réparé par application de la théorie du risque, le raisonnement du Conseil d'État[50] est, en revanche, différent: la responsabilité sans faute du fait d'un mineur délinquant ne s'applique qu'aux dommages subis par les tiers et non à

[47] Concl. I. de Silva préc., p. 42.

[48] Civ. 2e, 20 janv. 2000, Le Faou, préc.

[49] CAA Douai, 8 juill. 2003, Département de la Seine-maritime, préc.

[50] CE 17 déc. 1970, Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés c. Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions, Lebon p. 514; Gaz. Pal. 2011, n° 41, p. 13, concl. M. Guyomar; AJDA 2011. 1696, note D. Pollet-Panoussis ; DA 2011, n° 43, note H. Muscat.

Copyleft – Ius Publicum

ceux subis par ses co-usagers, c'est-à-dire par les autres mineurs délinquants placés comme lui dans la même institution. Pour bien comprendre la raison d'être de cette solution, il suffit de rappeler à nouveau pourquoi le Conseil d'État, dans ses arrêts précités *Ministre de la justice c. Sieur Thouzellier et Ministre de la justice c. Trouillet*, avait accepté d'engager la responsabilité sans faute de l'État du fait des dommages causés par les mineurs délinquants: c'est parce que les nouvelles mesures éducatives prévues par l'ordonnance de 1945 ne présentaient pas les mêmes garanties de sécurité que l'incarcération pure et simple à laquelle on avait recours précédemment mais offraient au contraire aux mineurs concernés de larges possibilités de liberté. Or, si ce changement de politique de l'éducation surveillée voulu par l'État a modifié la situation des tiers puisqu'il leur fait courir dorénavant un risque spécial de nature à engager la responsabilité sans faute, il n'a pas modifié la situation des usagers qui, comme le relève le Conseil d'État, « ne se trouvent pas, face à un tel risque, dans une situation comparable à celle des tiers ».

La seconde précision apportée par la jurisprudence postérieure à l'arrêt Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Mutuelle des instituteurs de France concerne les règles qui doivent être appliquées lorsque le mineur délinquant cause un dommage de concert avec un mineur placé sous assistance éducative. Le problème n'est pas nouveau.

À une époque où la responsabilité du fait des mineurs placés sous assistance éducative était encore une responsabilité pour faute et celle des mineurs délinquants uniquement une responsabilité pour risque, le Conseil d'État avait jugé en 1978[51] que la circonstance que les dommages soient partiellement imputables, non pas seulement à des mineurs délinquants, mais également à un mineur placé sous assistance éducative ne

[51] CE 14 juin 1978, Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Mutuelle générale française accident et garage Caron et Dodon, n° 07250, Lebon p. 258; RDSS 1978. 562, concl. D. Labetoulle ; AJDA 1978. 556, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau ; D. 1978. 686, note F. Moderne. V. égal., CE 5 oct. 1979, Ministre de la justice c. Treich, Lebon T. p. 876.

Copyleft – Ius Publicum

supprimait ni ne restreignait la responsabilité pour risque de l'État à l'égard de leurs victimes.

Une affaire récente[52] a donné au Conseil d'État l'occasion de réexaminer la pertinence de cette solution compte tenu de l'irruption de la responsabilité du fait de la garde tant dans la réparation des dommages causés par les mineurs délinquants que dans celle des dommages causés par les mineurs sous assistance éducative. Des dommages avaient été causés par deux mineurs qui avaient fugué d'une institution dans laquelle ils avaient été placés, l'un au titre de l'assistance éducative, l'autre au titre de l'ordonnance de 1945. Après avoir rappelé que la victime du dommage ou son assureur pouvait, s'agissant des dommages causés par le premier, engager la responsabilité sans faute de la personne qui en avait la garde sans pouvoir mettre en jeu la responsabilité pour risque de l'État, et, s'agissant des dommages causés par le second, engager la responsabilité sans faute de la personne qui en avait la garde tout en recherchant également la responsabilité pour risque de l'État, le Conseil d'État poursuit que, « lorsque l'un des coauteurs d'un dommage a indemnisé intégralement la victime des préjudices qu'elle a subis, il ne peut, par le biais de l'action subrogatoire, se retourner contre un autre co-auteur que dans la limite de la responsabilité encourue individuellement par ce dernier ». En l'espèce, l'assureur de l'institution d'où les deux mineurs avaient fugué avait pris en charge, au titre de la responsabilité du fait de la garde, l'indemnisation des dommages qu'ils avaient causés puis s'était retourné contre l'État pour demander, au titre de la responsabilité de ce dernier pour risque, le remboursement de l'intégralité de la somme qu'il avait versée et sa demande avait été accueillie par le tribunal administratif, sans doute en application de la jurisprudence de 1978 précitée. Le jugement de ce dernier est annulé car, « en mettant ainsi à la charge de l'État l'intégralité de cette somme au seul motif que sa responsabilité sans faute est engagée pour l'un des deux mineurs à l'origine des faits, alors qu'il lui appartenait de rechercher, au vu des circonstances de l'espèce, quelle était la part respective des deux mineurs coauteurs

[52] CE 17 mars 2012, Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Mutuelle assurance des instituteurs de France, Lebon p. 79; AJDA 2010. 1209, concl. C. Roger-Lacan ; DA 2010, n° 137, note F.-X. Fort.

Copyleft – Ius Publicum

dans la réalisation du dommage afin de déterminer la somme due par l'État, le tribunal administratif a commis une erreur de droit ». Considérant alors que l'instruction avait fait apparaître que les dommages résultaient, à part égale, des agissements commis par le mineur sous assistance éducative et de ceux du mineur délinquant et que la responsabilité pour risque de l'État ne pouvait pas être engagée pour les agissements du premier, la haute juridiction ne condamne l'État qu'à rembourser à l'assureur la moitié des sommes qu'il avait versées, ce qui est, évidemment, une solution parfaitement logique.

Les autres mineurs confiés au service départemental de l'aide sociale à l'enfance

Le service départemental de l'aide sociale à l'enfance, qui est, en application de l'article L. 221-1 du code de l'action sociale et des familles, « un service non personnalisé du département chargé des missions suivantes: ... 4° pourvoir à l'ensemble des besoins des mineurs confiés au service et veiller à leur orientation en collaboration avec leur famille ou leur représentant légal », ne se voit pas confier seulement, le cas échéant, des mineurs sous assistance éducative ou des mineurs délinquants. Il peut également se voir confier d'autres mineurs. Si cela le conduit à en organiser, diriger et contrôler le mode de vie, sa responsabilité est engagée de plein droit, sur le fondement de la garde, pour les dommages qu'ils causent comme cela a été jugé à propos des mineurs placés sous la tutelle du département, des mineurs pupilles de l'État et même des mineurs confiés au service par leurs parents.

Les mineurs placés sous la tutelle du département

Avant même que le Conseil d'État rende sa décision *GIE Axa Courtage*, une cour administrative d'appel avait semblé appliquer un régime de responsabilité sans faute fondé sur la garde aux dommages causés par les mineurs placés sous la tutelle du département et confiés de ce fait au service de l'aide sociale à l'enfance. L'article 411 du code civil dispose en effet que, lorsque la tutelle d'un mineur demeure vacante, le juge des tutelles la défère à la collectivité publique compétente en matière d'aide sociale à l'enfance, c'est-à-dire au département. En application de cette disposition (alors article 433 du code civil), une

Copyleft – Ius Publicum

mineure étrangère orpheline dont la tutelle était de ce fait vacante avait vu sa tutelle transférée au service départemental de l'aide sociale à l'enfance par ordonnance du juge des tutelles. Placée d'abord au foyer départemental de l'enfance, elle avait ensuite été placée dans une institution privée d'où elle avait fugué et avait incendié volontairement un immeuble.

Une action en responsabilité avait alors été intentée devant le juge judiciaire contre l'institution privée, action rejetée par la Cour de cassation au motif « qu'un département, à qui la tutelle d'un mineur, demeurée vacante, a été déférée par décision d'un juge des tutelles et qui est, dès lors, investi de la charge d'organiser, de contrôler et de diriger à titre permanent le mode de vie de ce mineur, demeure responsable de plein droit du fait dommageable commis par celui-ci dès lors qu'aucune décision judiciaire n'a suspendu ou interrompu cette mission éducative »[53].

Parallèlement, une action en responsabilité contre le département avait été intentée devant le juge administratif qui, elle, avait été considérée comme fondée par la cour administrative d'appel de Nantes dans un arrêt[54] devenu définitif car non frappé de pourvoi en cassation. La cour avait alors relevé que, « lorsqu'une personne publique, même en l'absence d'une décision du juge des enfants lui confiant la garde d'un mineur en danger, accepte, à la suite de la carence persistante des membres de la famille du mineur, d'assumer, en fait, la charge d'organiser, de diriger et de contrôler le mode de vie de celui-ci, la responsabilité de la puissance publique, en raison des dommages éventuellement causés aux tiers par le mineur, ne saurait, eu égard aux difficultés éducatives qui résultent de cette prise en charge et au risque qu'elles créent, être subordonnée à la preuve d'une faute commise par l'administration mais découle des conditions mêmes dans lesquelles

[53] Civ. 2e, 7 oct. 2004, Société Azur Assurances, n° 03-15.713, D. 2004. 2832; AJDA 2005. 280, note H. Rihal.

[54] CAA Nantes, 30 juill. 2003, Mme Castro, n° 99NT01727, Lebon T. p. 981; AJDA 2005. 280, note H. Rihal.

Copyleft – Ius Publicum

fonctionne le service ». Cette motivation n'était certes pas exempte de critique[55]. D'une part, elle ne mettait pas en avant le fait que, si le département avait le pouvoir d'organiser, de diriger et de contrôler la vie du mineur, c'était notamment parce que le juge lui en avait confié la tutelle. D'autre part, si elle faisait référence à la garde du mineur, elle semblait faire également référence au risque. Mais, il n'empêche que la notion de garde était bien présente, au moins partiellement, dans le raisonnement du juge.

Les mineurs pupilles de l'État

Postérieurement aux arrêts *GIE Axa Courtage* et *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Mutuelle assurance des instituteurs de France*, le juge administratif a appliqué également un régime de responsabilité sans faute fondé sur la garde aux dommages causés par les pupilles de l'État. Les mineurs énumérés à l'article L. 224-4 du code de l'action sociale et de la famille (mineurs dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois, enfants dont la filiation est établie et connue et qui ont été expressément remis audit service en vue de leur admission comme pupille, orphelins de père et de mère recueillis par le service depuis plus de deux mois...) peuvent être admis en qualité de pupille de l'État par arrêté du président du conseil général susceptible d'être contesté devant le Tribunal de grande instance (art. L. 224-8). Ils sont alors pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance (art. L. 222-5 2°).

Lorsqu'un pupille de l'État ainsi confié au département cause un dommage, le Conseil d'État avait accepté, il y a bien des années, d'abandonner le régime de responsabilité pour faute qu'il appliquait traditionnellement[56] pour se contenter, dans un

[55] V. la note préc. de H. Rihal.

[56] CE 30 nov. 1956, Département de la Marne c. Faron, Lebon p. 452; CE 9 mai 1962, Département des Basses-Pyrénées, Lebon T. p. 1104; CE 27 oct. 1965, Compagnie générale d'assurances contre les incendies et les explosions, Lebon T. p. 850; CE 13 mai 1970, Caisse mutuelle de réassurances agricoles contre l'incendie de l'Oise, n° 76683, Lebon T. p. 934; CE 20 déc. 1972, Mutuelle des provinces de France et Sieur Griveau, n° 82219,

Copyleft – Ius Publicum

arrêt *Ingremeau* de 1990[57], d'un régime de présomption de faute, cela dans le souci louable d'aligner la responsabilité du département sur le régime de présomption de faute applicable alors à la responsabilité parentale. Mais, par la suite, la jurisprudence judiciaire a évolué en ce sens que la responsabilité des pères et mères n'est plus une responsabilité pour faute présumée mais une responsabilité de plein droit[58]. Dans ces conditions, la jurisprudence Ingremeau pouvait être considérée comme dépassée.

Aussi ne faut-il pas s'étonner que la cour administrative d'appel de Douai[59], toujours elle, n'ait pas hésité à appliquer en la matière la responsabilité de plein droit du fait des personnes que l'on a sous sa garde: les dispositions précitées du code de l'action sociale et de la famille confèrent au département la mission de contrôler et d'organiser à titre permanent le mode de vie des pupilles de l'État ; par suite, à raison des pouvoirs dont le département est investi en tant que gardien du mineur placé, sa responsabilité est engagée,

Lebon T. p. 1225; CE 9 janv. 1981, Klein, n° 17497, Lebon p. 3; D. 1981. 416, obs. F. Moderne et P. Bon ; CE 30 juin 1986, Mme Lalée, Lebon T. p. 711; D. 1987. 117, obs. F. Moderne et P. Bon ; CE 18 nov. 1988, Melle Coirier, n° 58033, Lebon T. p. 1000; RDSS 1990. 124, obs. P. Ligneau ; AJDA 1989. 94, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre ; Le quotidien juridique du 23 févr. 1989, p. 4, note F. Moderne; D. 1989. 344, obs. F. Moderne et P. Bon.

[57] CE 19 oct. 1990, Ingremeau, n° 76160, Lebon p. 284; AJDA 1990. 919 ; ibid. 869, chron. E. Honorat et R. Schwartz ; D. 1991. 289, obs. P. Bon et P. Terneyre ; RFDA 1991. 991, note P. Bon ; RDSS 1991. 401, étude F. Monéger ; RD publ. 1990, concl. C. de la Verpillère ; Quotidien juridique du 31 janv. 1991, p. 6, chron. M.-C. Rouault.

[58] Civ. 19 févr. 1997, Bertrand, préc.

[59] CAA Douai 18 déc. 2003, M. et Mme Fusillier et CRAMA de la Somme c. Département du Nord, n° 00DA00200. V. égal., pour une application de la responsabilité sans faute aux dommages causés par un pupille de l'État mais justifiée différemment (et, à dire vrai, de façon criticable), CAA Nantes 25 avr. 2002, M. et Mme Merdrignac, Mutuelle assurance des instituteurs de France, n° 98NT00320, AJDA 2002. 1077, note M. Ghebali-Bailly : les dommages causés par un pupille de l'État sont réparés, même sans faute, dans le cas particulier où le pupille est soumis, à l'instar des mineurs délinquants, à des méthodes de rééducation, de réinsertion ou de soin dont la mise en oeuvre comporte pour les tiers un risque spécial.

Copyleft – Ius Publicum

en application des principes dont s'inspire l'article 1384, premier alinéa, du code civil, même sans faute pour les dommages causés aux tiers part ledit mineur.

Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi devant le Conseil d'État jugé le 5 juillet 2006[60] qui, bien qu'il ait été rendu par une sous-section statuant seule et qu'il ne soit pas très explicite, semble reprendre à son compte le raisonnement de la cour administrative d'appel de Douai. Il est donc possible d'affirmer que le Conseil d'État a également étendu à la réparation des dommages causés par les pupilles de l'État la responsabilité de plein droit du fait des personnes dont l'administration a la garde comme l'envisageaient d'ailleurs C. Devys et M. Guyomar dans leurs conclusions précitées sur les arrêts GIE Axa Courtage et Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Mutuelle assurance des instituteurs de France[61].

Les mineurs confiés au service par leurs parents

Plus récemment encore, le Conseil d'État a appliqué un régime de responsabilité sans faute du fait de la garde à la réparation des dommages causés par un mineur confié par ses parents au service de l'aide sociale à l'enfance qui avait accepté de le prendre en charge, sur décision du président du conseil général, en application de l'article L. 222-5 1° du code de l'action sociale et des familles aux termes duquel sont notamment pris en charge par ledit service les mineurs rencontrant des difficultés particulières.

Pour le Conseil d'État[62], cette décision du président du conseil général a pour effet de transférer au département la responsabilité d'organiser, de diriger et de contrôler le

[60] CE 5 juill. 2006, Caisse régionale assurances mutuelles de la Somme, JCP Adm. 2006, n° 1225, note C. Paillard.

[61] C. Devys, concl. préc., RFDA 2005. 600; M. Guyomar, concl. préc., RFDA 2006. 613.

[62] CE 26 mai 2008, Département des Côtes d'Armor, n° 290495, Lebon T. p. 914; AJDA 2008. 1071 ; ibid. 2081, note F.-X. Fort ; RDSS 2008. 926, étude D. Cristol ; BJCL 2008, p. 533, concl. F. Séners ; ; RLCT, juill. 2008. 25, obs. E. Glaser ; RLCT 2008. 19, note S. Joubert ; Petites affiches du 29 sept. 2008, p. 6, note C. Marliac ; RDSS 2008. 926, étude D. Cristol préc. ; confirmation de CAA de Nantes,14 oct. 2005, Département des Côtes d'Armor,

Copyleft – Ius Publicum

mineur pendant la durée de sa prise en charge de telle sorte que la responsabilité du département est engagée, même sans faute, pour les dommages causés aux tiers par ce mineur.

Cet arrêt est particulièrement intéressant dans la mesure où le Conseil d'État accepte de considérer qu'un mineur est sous la garde de l'administration alors qu'il ne lui a pas été confié, comme dans les hypothèses précédemment envisagées, par une décision de justice (mineurs sous assistance éducative, mineurs délinquants, mineurs sous la tutelle du département) ou en vertu d'une obligation légale (pupilles de l'État) mais par ses parents, le président du conseil général ayant simplement accepté de le prendre en charge. Il peut donc être analysé comme traduisant, pour une fois, une conception extensive de la notion de garde. Cela dit et comme le relève le rapporteur public[63], toute la jurisprudence administrative qui a été exposée jusqu'ici est inspirée par le souci de mettre fin aux discordances entre la jurisprudence judiciaire et la jurisprudence administrative. Or, la décision fondatrice de la Cour de cassation Association des centres éducatifs du Limousin et autre c. Blieck « s'applique indépendamment de toute mesure de placement par un juge... et concerne, de façon parfaitement explicite, les cas où le gardien a "accepté la charge d'organiser et de contrôler le mode de vie" de la personne placée sous sa responsabilité »[64].

1.2. Les refus d'application

Déjà, bien avant que la Cour de cassation ait rendu son arrêt *Association des centres éducatifs du Limousin et autre c. Blieck* et, a fortiori, avant même que le Conseil d'État ait rendu sa décision *GIE Axa Courtage* qui s'en inspire, la Haute juridiction

JCP A 2006, n° 1101, comm. 13 par R. Vandermeeren. V. dans le même sens, CAA de Lyon, 29 déc. 2005, Mme Chevalier, n° 02LY01170, Lebon T. p. 1093; AJDA 2006. 1178; JCP Adm. 2006, n° 1123, comm. 15 par S. Conti.

[63] F. Séners, concl. préc., p. 535.

[64] Eod. loc.

Copyleft – Ius Publicum

administrative avait été invitée en 1983 par son commissaire du gouvernement B. Genevois à appliquer un régime de responsabilité sans faute fondé sur la garde à la réparation de dommages causés à un de ses camarades par un mineur travaillant en autodiscipline dans un collège. Le Conseil d'État s'y était toutefois refusé en considérant que la réparation de ce type de dommages ne pouvait relever que d'un régime de responsabilité pour faute[65]. Trente ans après et en dépit de l'évolution significative marquée par les arrêts qui ont été évoqués plus haut, il est vraisemblable que le Conseil d'État statuerait de la même manière en se refusant à considérer que l'administration scolaire dispose sur l'élève du pouvoir juridique d'organiser, de diriger et de contrôler sa vie.

Postérieurement à cette évolution, le même refus d'admettre un régime de responsabilité sans faute a été appliqué aux mineurs détenus et aux mineurs en hôpital de jour.

Les mineurs détenus

Dans une décision en date du 9 juillet 2007[66], le Conseil d'État semble s'être refusé à étendre la responsabilité sans faute de l'administration aux dommages causés par un mineur détenu même si les spécificités de l'affaire doivent inciter à une certaine prudence. En effet, le mineur n'avait pas causé de dommages à autrui mais à lui-même puisqu'il s'était suicidé en prison. Son père avait alors intenté une action en responsabilité contre l'État que la cour administrative d'appel avait rejeté au motif que l'administration pénitentiaire n'avait commis aucune faute. Il avait donc formé un pourvoi en cassation

[65] CE 27 mai 1983, Caisse primaire d'assurance maladie des Ardennes et Soulard, n° 25090, Lebon p. 221; AJDA 1983. 408, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue.

[66] CE 9 juill. 2007, Delorme, n° 281205, Lebon T. p. 1072; AJDA 2007. 2094, note H. Arbousset; D. 2008. 1015, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; RSC 2008. 404, chron. P. Poncela ; Petites affiches du 9 oct. 2007, p. 14, concl. M. Guyomar.

Copyleft – Ius Publicum

devant le Conseil d'État en reprochant notamment à la cour de ne pas avoir engagé la responsabilité de l'État, même sans faute, en sa qualité de gardien des mineurs détenus.

Pour le commissaire du gouvernement M. Guyomar[67], il ne fait pas de doute que l'incarcération d'un mineur, qui résulte d'une décision de justice, transfère de ses parents à l'administration pénitentiaire la responsabilité d'organiser, de diriger et de contrôler sa vie. Dès lors, selon lui, il serait juridiquement envisageable d'admettre en la matière un régime de responsabilité sans faute de l'État inspiré de la responsabilité de plein droit encourue par les parents du fait des dommages causés par leurs enfants mineurs telle qu'elle a été admise par la Cour de cassation. Toutefois, il s'était refusé à proposer un tel système au Conseil d'État dans les termes suivants: « des considérations d'opportunité administrative nous retiennent en effet d'aligner le régime de l'État en sa qualité de gardien des détenus mineurs sur celui des parents. Vous sortiriez de votre rôle de juge administratif, à notre sens, en ne tenant aucun compte de la spécificité du service public pénitentiaire vis-à-vis duquel les exigences ne sauraient être exactement les mêmes que celles que le juge judiciaire fait peser sur les parents d'un enfant mineur ».

Le Conseil d'État semble n'avoir éprouvé aucune hésitation à le suivre sur ce terrain. Non seulement il affirme expressément « que la responsabilité de l'État du fait des services pénitentiaires en cas de dommage résultant du suicide d'un détenu, même mineur, peut être recherchée seulement en cas de faute » mais, au surplus, les *Tables du Recueil Lebon*[68] invitent à comparer cette solution avec ce qui se passe lorsque le mineur est placé hors du milieu carcéral et que s'appliquent alors les jurisprudences précitées GIE Axa Courtage et Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Mutuelle assurance des instituteurs de France, c'est-à-dire un régime de responsabilité sans faute fondé notamment sur la garde.

[67] Concl. préc. aux Petites affiches.

[68] Lebon 2007 préc., p. 1072.

Copyleft – Ius Publicum

Les mineurs admis en hôpital de jour

Comme le rappelle par exemple le Conseil d'État dans un arrêt récent[69], l'hôpital de jour « est un mode de prise en charge hospitalier destiné à assurer des soins polyvalents mis en œuvre par une équipe pluridisciplinaire en un lieu ouvert à la journée selon une périodicité déterminée pour chaque patient ». Il est notamment (mais pas seulement) utilisé pour soigner des malades atteints de troubles psychiques dont l'état ne nécessite pas (ou ne nécessite plus) une hospitalisation permanente. Tel était le cas dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt qui vient d'être cité où un mineur atteint de troubles psychiques et faisant l'objet d'un suivi médical en hôpital de jour, ayant, comme tous les soir, regagné son domicile, avait grièvement blessé sa mère lors d'une crise de démence. Son père et l'assureur de celui-ci avaient alors demandé au juge administratif de condamner le centre hospitalier à réparer les conséquences dommageables des faits ainsi commis.

Ils estimaient d'abord que la responsabilité sans faute du centre hospitalier était engagée sur le fondement du risque exceptionnel que faisait courir aux tiers l'utilisation de la méthode thérapeutique de l'hôpital de jour, tentant de tracer ainsi un parallèle entre cette méthode et celle des sorties d'essai des malades mentaux qui, depuis bien longtemps, donne lieu à un régime de responsabilité sans faute pour risque spécial[70]. Mais le Conseil d'État s'était déjà refusé à appliquer un régime de responsabilité sans faute fondé sur le risque aux dommages causés par les malades mentaux hospitalisés en service libre, considérant qu'il ne s'agissait pas là d'une méthode thérapeutique créant un risque spécial pour les tiers[71]. Il

[69] CE 17 févr. 2012, Société MAAF assurances et P., n° 334766, AJDA 2012. 355; ibid. 1665, étude H. Belrhali-Bernard ; RDSS 2012. 563, note C. Marliac ; DA 2012, n° 60, note H. Muscat ; JCP Adm. 2012, n° 2182, note H. Mauliat ; ibid. n° 2176, comm. 6 par E. Péchillon.

[70] CE 13 juill. 1967, Département de la Moselle, n° 65735, Lebon p. 341; AJDA 1968. 419, note J. Moreau ; D. 1967. 675, note F. Moderne; RD publ. 1968. 391, note M. Waline ; RDSS 1968. 108, note J. Imbert.

[71] CE 30 juin 1978, Hôpital psychiatrique départemental de Rennes c. Dame Clotault, n° 99514, Lebon p. 288; RDSS 1978. 508, concl. M. Morisot ; AJDA 1978. 556, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau.

Copyleft – Ius Publicum

est donc logique que, pour la même raison, il s'y soit refusé s'agissant de la méthode thérapeutique de l'hôpital de jour.

Ils estimaient ensuite, et cela nous ramène à notre propos, que la responsabilité sans faute du centre hospitalier pouvait être également engagée sur le fondement de la garde. Le Conseil d'État s'y refuse aussi en relevant que l'admission du mineur en hôpital de jour n'a pas eu pour effet de transférer au centre hospitalier la responsabilité d'organiser, diriger et contrôler la vie de ce mineur qui se trouvait, à la sortie de l'hôpital de jour, sous la garde de son père. Il est vrai que le dommage avait été commis, on l'a déjà indiqué, le soir alors que le mineur avait quitté l'hôpital et regagné son domicile. Mais il nous semble que la solution aurait été identique s'il avait été commis alors même que le mineur était toujours à l'hôpital et avait par exemple agressé un autre patient, l'hospitalisation en hôpital de jour ne donnant pas au centre hospitalier un véritable pouvoir juridique sur le mineur ou, plus généralement, sur le patient.

Plus délicate est sans doute la question de savoir s'il en va de même lorsque le malade mental est hospitalisé en permanence, notamment dans le cadre d'une mesure de contrainte, et s'il s'agit d'un adulte. Mais, pour le moment, la responsabilité sans faute du fait de la garde de l'administration n'a été appliquée qu'à des dommages causés par des mineurs. Le champ d'application de cette nouvelle jurisprudence est donc clairement demeuré limité. En revanche, son fondement reste incertain.

2. UN FONDEMENT QUI RESTE INCERTAIN

Il est classique de classer les hypothèses de responsabilité sans faute en deux grandes catégories selon qu'elles rattachent à l'idée de risque ou à celle de rupture de

Copyleft – Ius Publicum

l'égalité devant les charges publiques[72]. Ainsi, en doctrine, R. Chapus[73] écrit par exemple que « deux types de responsabilité sans faute se distinguent de façon suffisamment marquée pour que ce qui les sépare l'emporte sur ce qu'ils ont de commun... Ces deux types de responsabilité sont ceux de la responsabilité pour risque et de la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques ». De même, en jurisprudence, le plan de classement de la jurisprudence administrative (PCJA) que l'on trouve notamment sur le site internet du Conseil d'État et qu'applique le Recueil Lebon distingue, à la rubrique « *Fondement de la responsabilité* » et à propos de la responsabilité sans faute, entre la responsabilité fondée sur l'égalité devant les charges publiques et la responsabilité fondée sur le risque créé par certaines activités de puissance publique[74]. La question qui se pose alors est de savoir si la responsabilité de l'administration du fait des personnes placées sous sa garde constitue un nouveau fondement de la responsabilité sans faute ou est susceptible de relever de l'un ou de l'autre de ses deux fondements traditionnels que constituent le risque et la rupture de l'égalité devant les charges publiques[75]. Cette interrogation a donné lieu à un intense débat doctrinal dont la nature est avant tout théorique tant il est dépourvu de conséquences pratiques. Le moins que l'on puisse dire est qu'il n'a pas débouché sur un

[72] Même s'il est soutenu que le principe d'égalité devant les charges publiques est en réalité le fondement de l'ensemble des hypothèses de responsabilité sans faute, voire même de toutes les hypothèses de responsabilité. Sur cette question qu'il est hors de propos d'aborder ici, v., P. Delvolvé, Le principe d'égalité devant les charges publiques, LGDJ 1969, pp. 284 s. (le principe d'égalité devant les charges publiques et l'ensemble de la responsabilité sans faute) et pp. 371 s. (le principe d'égalité devant les charges publiques et l'explication générale de la responsabilité).

[73] R. Chapus, Droit administratif général, t. 1, Montchrestien 2001, 15e éd., p. 1336.

[74] Auxquelles s'ajoutent, il est vrai, la responsabilité encourue du fait de l'exécution, de l'existence ou du fonctionnement de travaux ou d'ouvrages publics et l'enrichissement sans cause.

[75] La même question se pose d'ailleurs à propos de la responsabilité du fait des lois inconventionnelles, c'est-à-dire à propos de la jurisprudence Gardedieu. Sur l'ensemble du problème, v., le pénétrant article de F. Melleray, Les arrêts GIE Axa Courtage et Gardedieu remettent-ils en cause les cadres traditionnels de la responsabilité des personnes publiques ?, Terres du droit – Mélanges en l'honneur d'Y. Jégouzo, Dalloz, 2009, p. 489.

Copyleft – Ius Publicum

consensus tant les positions développées se sont révélées antagonistes. Il est vrai que les deux thèses peuvent être soutenues car aucune des deux ne s'impose avec la force de l'évidence.

2.1. La garde, un nouveau fondement de la responsabilité sans faute?

Il est tentant d'affirmer que la responsabilité du fait de la garde d'autrui est devenu « le troisième fondement de la responsabilité sans faute, à côté de l'égalité devant les charges publiques et du risque »[76]. Il a même été soutenu que son irruption en 2005 et son développement fulgurant depuis lors étaient susceptibles, si on n'y prenait pas garde, d'entraîner une déstabilisation du risque[77]. Il a aussi été considéré que, de fondement de la responsabilité du fait d'autrui, la garde était devenue aussi, dans deux décisions concordantes du Conseil d'État, le fondement « de la responsabilité sans faute du fait des dommages accidentels de travaux publics subis par les tiers »[78].

Cette dernière affirmation est discutable. Certes, dans les décisions *Commune de Bollène* qui sont les deux décisions en cause, il est affirmé que « le maître de l'ouvrage est responsable, même en l'absence de faute, des dommages que les ouvrages publics dont il a la garde peuvent causer aux tiers en raison tant de leur existence que de leur

[76] G. Lebreton, Mise en garde contre l'irruption de la garde dans le droit de la responsabilité administrative, D. 2007. 2817. V. par ex., dans le même sens, N. Droin, Réflexions sur le concept de « garde », nouveau fondement de la responsabilité sans faute de l'État?, JCP 2010, n° 455; N. Poulet-Gibot Leclerc, La garde des mineurs et la responsabilité administrative personnelle, RD publ. 2012. 67; S. Trigon, La responsabilité du gardien, troisième voie de la responsabilité administrative sans faute?, JCP Adm. 2007, n° 2330. C'est aussi la position de F. Melleray : « la jurisprudence GIE Axa Courtage semble ainsi avoir un régime juridique hybride irréductible aux catégories traditionnelles » (art. préc., p. 497).

[77] G. Lebreton, art. cit., p. 2817. V. égal., N. Poulet-Gibot Leclerc, art. cit., spéc. pp. 75 et s.

[78] M. Deguergue, note sous CE 3 mai 2006, Ministre de l'écologie et du développement durable, Commune de Bollène et autres, n° 261956 et CE 3 mai 2006, Commune de Bollène, Syndicat intercommunal pour l'aménagement et l'entretien du réseau hydraulique du Nord Vaucluse, n° 262046, AJDA 2007. 204.

Copyleft – Ius Publicum

fonctionnement ». Mais, comme l'a justement remarqué un auteur[79], « d'une part, ce ne sont que des arrêts de sous-sections non référencés au Recueil Lebon. Si le Conseil d'État avait ainsi entendu révolutionner ce domaine de la responsabilité, il y aurait sans doute eu au moins une mention au Recueil. D'autre part, l'étude de la jurisprudence montre que les arrêts *Commune de Bollène* n'ont rien d'original. Dans de nombreux autres arrêts antérieurs dont certains ont fait l'objet d'une publication (dont les célèbres arrêts relatifs à l'affaire du barrage de Malpasset[80]), on trouve exactement le même considérant ». Dès lors, on peut raisonnablement soutenir que les arrêts *Commune de Bollène* sont loin d'avoir la portée qui leur a été prêtée et que la notion de garde n'est en rien devenue un nouveau fondement de la responsabilité sans faute du fait des dommages accidentels de travaux publics subis par les tiers.

Est également discutable l'affirmation selon laquelle le développement fulgurant de la responsabilité du fait de la garde menacerait la responsabilité sans faute fondée sur le risque au point de se substituer à elle. Le risque continue à fonder bon nombre d'hypothèses de responsabilité sans faute, y compris en matière de responsabilité du fait des mineurs placés au titre de l'ordonnance de 1945 relative à l'enfance délinquante où, comme on l'a vu plus haut, le Conseil d'État, s'opposant à son commissaire du gouvernement dans l'arrêt *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Mutuelle assurance des instituteurs de France*, a considéré que l'admission en la matière d'une responsabilité fondée sur la garde n'empêchait pas d'invoquer aussi une responsabilité fondée sur le risque spécial qui, dès lors, est loin d'avoir disparu en pratique[81].

[79] F. Lemaire, Du prétendu risque de disparition de la responsabilité pour risque en droit administratif, DA 2011, n° 18, p. 10.

[80] V. par ex., CE 28 mai 1971, Département du Var c. Entreprise Bec Frères, Lebon p. 419.

[81] V. tout dernièrement, CE 6 déc. 2012, Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés c. Association JCLT, n° 351158, AJDA 2012. 2356.

Copyleft – Ius Publicum

Par ailleurs, évoquer le développement fulgurant de la responsabilité du fait de la garde est pour le moins exagéré puisque, comme on l'a vu également plus haut, son champ d'application demeure pour le moment bien limité.

Au total, la garde d'autrui n'est le fondement de la responsabilité sans faute de l'administration que lorsque sont en cause les dommages causés par quelques catégories de mineurs qui lui sont confiés où le recours à ce fondement permet d'aboutir à des solutions en harmonie avec celles dégagées par le juge judiciaire dans des hypothèses similaires, ce qui, en soi, est un objectif parfaitement louable. On peut dès lors en faire effectivement un troisième fondement de la responsabilité sans faute, à côté du risque et de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, même s'il est loin d'avoir la même portée pratique. On peut aussi tenter de voir si elle n'est pas susceptible de s'insérer dans l'une des deux hypothèses traditionnelles de responsabilité sans faute.

2.2 La garde, une insertion possible dans l'un des deux fondements traditionnels de la responsabilité sans faute?

La thèse selon laquelle la responsabilité sans faute du fait de la garde relèverait de la responsabilité du fait de la rupture de l'égalité devant les charges publiques a été soutenue au moins par un auteur[82]. Partant de la distinction classique systématisée par C. Eisenmann[83] entre le fondement immédiat (ou direct) et le fondement médiat (ou réel) de la responsabilité, cet auteur considère que, si la garde est bien un fondement immédiat de la responsabilité sans faute des personnes publiques, elle n'en est pas le fondement médiat car, en réalité, elle relève du principe de l'égalité devant les charges publiques. Pour lui en effet,

[82] D. Meillon, Un nouveau fondement pour la responsabilité sans faute des personnes publiques : la garde d'autrui, RD publ. 2006. 1221.

[83] C. Eisenmann, Cours de droit administratif, LGDJ, 1983, t. II, pp. 861-862.

Copyleft – Ius Publicum

elle remplit les deux conditions minimales d'une telle responsabilité: l'activité dommageable a servi l'intérêt général; le dommage est anormal en ce sens que la victime subit une charge trop excessive pour qu'elle ait effectivement à la supporter[84].

Le respect de cette seconde condition soulève toutefois bien des difficultés en matière de garde. D'une part, à supposer qu'elle soit effectivement exigée, encore faut-il qu'elle soit remplie. Pour l'auteur, il n'y a aucun problème car « les dommages causés par des mineurs placés auprès d'un organisme public... sont toujours des dommages anormaux »[85]. Comme cela a été noté, l'affirmation est « un peu rapide »[86]. D'autre part et surtout, le Conseil d'État, en matière de responsabilité du fait de la garde, n'exige pas que le préjudice soit anormal (comme il n'exige pas d'ailleurs que le préjudice soit spécial) alors que, normalement, il s'agit là d'une condition de la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques[87]. C'est ce qui résulte sans ambiguïté possible d'un arrêt de 2008 dans lequel il est affirmé « que la réparation des préjudices causés par les mineurs dont la garde a été confiée à un service ou à un établissement... n'est pas subordonnée à l'exigence d'un caractère anormal et spécial »[88]. Il y a là un argument sérieux pour ne pas

[84] D. Meillon, art. cit., p. 1244.

[85] D. Meillon, art. cit., p. 1245.

[86] F. Melleray, art. cit., p. 497.

[87] En revanche et comme le souligne par ex., S. Hennette-Vauchez (V° Responsabilité sans faute, Rép. Resp. puiss. Publ. Dalloz, n° 40), le juge n'exige pas généralement que le dommage soit anormal lorsqu'il est subi par des collaborateurs du service public ou encore lorsqu'il est causé par des choses, des méthodes ou des situations dangereuses. Si l'on veut bien admettre que la première hypothèse correspond à une hypothèse de risque que l'on pourrait qualifier de professionnel et la seconde à des hypothèses de risques exceptionnels, cela peut conduire à la conclusion que, si l'exigence de l'anormalité du préjudice est quasi systématique en matière de responsabilité sans faute du fait d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques, elle est loin de l'être en matière de responsabilité pour risque.

[88] CE 1er déc. 2008, Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Lauze, préc.

Copyleft – Ius Publicum

voir dans la responsabilité du fait de la garde une responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques.

Relève-t-elle alors d'une responsabilité pour risque[89]? Tel est le point de vue développé par le commissaire du gouvernement Devys dans ses conclusions sur l'arrêt *GIE Axa Courtage*[90]. Il poursuit toutefois que, s'il s'agit d'une responsabilité pour risque, elle est « d'une nature différente de celles retenues jusqu'alors et qui nécessitent, sauf dans de rares matières (accidents de travaux publics, attroupements ou rassemblements), la présence d'un "risque spécial" né de situations dangereuses, de l'utilisation de choses dangereuses ou de méthodes dangereuses. Il n'y a plus là de risque créé, mais simplement un risque assumé inhérent à la mission de garde dont est chargée l'administration »[91]. Cette analyse a été reprise par C. Landais et F. Lenica dans leur chronique consacrée à l'arrêt *GIE Axa Courtage*[92] de même que dans notre commentaire de cet arrêt[93] dans lequel nous écrivions que, « à côté du risque professionnel ou du risque exceptionnel, il y aurait une troisième sous-catégorie, celle des hypothèses de responsabilité sans faute se rattachant à l'idée de risque assumé ou accepté: à partir du moment où l'administration a le pouvoir d'organiser, de diriger ou de contrôler la vie d'une personne, elle assume les risques que cette dernière peut faire courir aux tiers ».

[89] Étant entendu que l'argument qui vient d'être invoqué pour contester qu'elle puisse relever d'un régime de responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques (le fait que le dommage n'ait pas à être anormal) est loin d'avoir le même poids à propos de la responsabilité pour risque puisque, comme on vient de le souligner (v. la note 85), le dommage n'a pas en principe à présenter un tel caractère.

[90] Concl. préc. RFDA 2005. 600.

[91] Eod. loc.

[92] Chron. préc., AJDA 2005. 665.

[93] Note préc., RFDA 2005. 606.

Copyleft – Ius Publicum

Cette analyse a été critiquée[94]. En particulier, il a été souligné qu'« assumer un risque, c'est admettre consciemment de conduire une activité ou accepter une situation qui comporte des risques.

Dans ces conditions, si l'on excepte les hypothèses qui relèvent de la force majeure, on peine à concevoir qu'il puisse exister des risques engendrés par leurs activités qui ne soient pas assumés par les personnes publiques. Ne pouvant faire office de critère de sélection entre des victimes, la notion de risque assumé serait comme le cheval de Troie d'une généralisation de la responsabilité sans faute.

Son utilisation par le juge administratif marquerait la substitution définitive d'une logique de solidarité nationale fondée sur l'idée de risque assumé à la logique de responsabilité »[95].

On peut rétorquer que la référence au risque assumé n'a jamais voulu dire que, chaque fois que l'administration prenait en charge, sous une forme ou sous une autre, une personne, elle allait réparer automatiquement les dommages qu'elle causait, ce qui, effectivement, reviendrait à généraliser la responsabilité sans faute. Elle veut simplement dire que, dans les hypothèses où l'administration ne le limite pas à lui fournir telle ou telle prestation mais exerce sur elle un pouvoir juridique tel qu'il lui permet d'organiser, de diriger ou de contrôler sa vie, elle accepte d'assumer les risques que cette personne est susceptible de causer. Or, la conception restrictive qu'a jusqu'ici le juge de ces hypothèses (elles ne concernent que des mineurs confiés à l'administration par décision de justice voire par décision administrative) semble prémunir contre tout risque d'une généralisation de la responsabilité sans faute.

[94] D. Meillon, art. cit., pp. 1242-1243 ; F. Melleray, art. cit., p. 493.

[95] D. Meillon, art. cit, p. 1243

Copyleft – Ius Publicum

Certes, la nouvelle catégorie de risque ainsi identifiée se distingue par certains de ses aspects des catégories déjà existantes. Mais on peut soutenir que c'était déjà le cas de ces dernières, le risque « professionnel » né de la collaboration d'une personne à une mission de l'administration n'étant pas exactement de la même nature que le risque « spécial » causé par les choses dangereuses, les méthodes dangereuses ou les situations dangereuses et ces trois dernières hypothèses présentant elles-mêmes un certain nombres de traits spécifiques. C'est le problème inhérent à toute tentative de classification des hypothèses de responsabilité sans faute sauf à accepter que, chaque fois qu'une nouvelle hypothèse apparaît sans s'intégrer parfaitement dans les hypothèses déjà existantes, il convient de l'ériger en hypothèse autonome, auquel cas l'énumération des hypothèses de responsabilité sans faute ne serait plus qu'un catalogue à la Prévert dépourvu d'un minimum de cohérence.

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

VOIE DE FAIT: LIMITATION ET FONDEMENTS[1]

Note sous Tribunal des conflits, 17 juin 2013,

***Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman*, n° 3911**

par Pierre DELVOLVÉ[2]

INDEX

1. LA REDUCTION DU CHAMP DE LA VOIE DE FAIT
1.1 Les modalités de la voie de fait
1.2 L'objet de la voie de fait
2. LES FONDEMENTS DE LA THEORIE DE LA VOIE DE FAIT
2.1 La nature des fondements
2.2 Les conséquences des fondements constitutionnels

L'arrêt du Tribunal des conflits du 17 juin 2013, *Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman*[3], ne met pas fin au système de la voie de fait mais à la fois il le réduit et il le fonde. Déjà l'ordonnance de référé du Conseil d'État du 23 janvier 2013, *Commune de*

[1] Reproduction de l'étude paru sur la *Revue Française de Droit Administratif*, septembre – octobre 2013, p. 1041-1050 - Rubrique *Contentieux*.

[2] Professeur émérite de l'Université Panthéon Assas-Paris II depuis le 1er septembre 2010.

[3] N° 3911, à paraître au Lebon ; AJDA 2013. 1245; ibid. 1568, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; JCP Adm. 2013. 2301, note C.-A. Dubreuil ; RJEP oct. 2013. 38, note B. Seiller.

Copyleft – Ius Publicum

Chirongui[4], l'avait atteint. Il n'est pas anodin qu'elle ait été rendue par un membre du Conseil d'État qui est membre du Tribunal des conflits et a ainsi participé à la solution de l'arrêt *Bergoend*. Il n'est pas sûr d'ailleurs que les deux décisions coïncident parfaitement, si ce n'est pour contribuer l'une et l'autre à une remise en ordre.

Celle-ci est le prolongement indirect de la réforme des référés devant le juge administratif par la loi du 30 juin 2000, spécialement par l'institution du référé-liberté (art. L. 521-2 du code de justice administrative [CJA]). Son adoption avait conduit à poser la question de « l'avenir de la voie de fait »[5]. Les travaux préparatoires avaient pourtant laissé entendre son maintien[6]. Les termes mêmes de l'article L. 521-2 vont en ce sens: en parlant de l'atteinte qu'une autorité administrative aurait portée « dans l'exercice d'un de ses pouvoirs » à une liberté fondamentale, ils impliquent que lorsque cette atteinte est portée hors de tout pouvoir, on se trouve au-delà du système de protection assuré par le référé liberté; ils rejoignent la définition habituelle de la voie de fait comme manifestement insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration.

C'est bien cette formule que, peu de temps après l'adoption de la loi du 30 juin 2000 et quelques semaines avant son entrée en vigueur (1er janv. 2001), le Tribunal des conflits a utilisée dans son arrêt du 23 octobre 2000, *Boussadar*[7], pour bien marquer le maintien du système de la voie de fait, en identifiant les cas « où l'administration, soit a

[4] N° 365262, à paraître auLebon ; AJDA 2013. 199; ibid. 788, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2013. 368, obs. M.-C. de Montecler ; RFDA 2013. 299, note P. Delvolvé ; Dr. adm. 2013, n° 24, note S. Gilbert ; JCP Adm. 2013. 2047, note H. Pauliat et 2048, note O. Le Bot.

[5] R. Abraham, « L'avenir de la voie de fait et le référé administratif », Mélanges Braibant, 1996, p. 1.

[6] V., les analyses de M. Fouletier dans son article à la RFDA 2000. 963, spéc. p. 973, et de Mme Boissard dans ses conclusions à la RFDA 2004. 772, spéc. p. 774.

[7] N° 3227, Lebon p. 775; AJDA 2001. 145 ; ibid. 143, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2001. 2332, concl. J. Sainte-Rose.

Copyleft – Ius Publicum

procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières d'une décision, même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets à condition toutefois que cette dernière décision soit elle-même manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ».

Ainsi était confirmée et synthétisée la jurisprudence issue des arrêts du Tribunal des conflits du 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*[8] et du 8 avril 1935, *Action française*[9].

Celui du 17 juin 2013, *Bergoend* revient en partie sur elle, et donc aussi, par là même, sur l'arrêt *Boussadar*. Mais, par rapport à celui-ci, il s'inscrit autant dans la continuité que dans la rupture ; s'il restreint le champ de la voie de fait, sa forme et son fond coïncident.

Le considérant de principe est rédigé sur le même mode: l'arrêt *Bergoend* reprend la formule de l'arrêt *Boussadar* selon laquelle « il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire... » que dans certaines conditions; ces conditions sont plus limitées dans l'arrêt *Bergoend* que dans l'arrêt *Boussadar*, mais elles sont de même type; c'est l'objet de la voie de fait qui est moins étendu dans le nouvel arrêt que dans le précédent.

Ses conséquences sont les mêmes dans les deux cas : « la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ». L'arrêt *Bergoend* apporte une précision qui ne figurait

[8] N° 0543, Lebon p. 513, concl. Romieu ; D. 1903.3.41, concl. Romieu ; S. 1904.3.17, concl. Romieu, note Hauriou ; GAJA, 19e éd., 2013, n° 10.

[9] N° 0822, Lebon p. 1226, concl. Josse ; S. 1935.3.76, concl. Josse ; D. 1935.3.25, concl. Josse, note M. Waline ; RD publ. 1995.309, concl. Josse, note G. Jèze ; GAJA, 19e éd., 2013, n° 46.

Copyleft – Ius Publicum

pas dans l'arrêt *Boussadar*: en cas de voie de fait, le juge judiciaire peut « en ordonner la cessation ou la réparation ». Cette précision, qui n'ajoute rien au fond, car la solution était acquise en vertu de la jurisprudence antérieure, complète en le renforçant le considérant de l'arrêt *Boussadar*.

Ainsi, loin de mettre fin au système de la voie de fait, contrairement aux propositions formulées en ce sens[10], l'arrêt *Bergoend* le confirme à certains égards et même le renforce. Car s'il limite le champ de la voie de fait, il en établit les fondements d'ordre constitutionnel.

1. LA REDUCTION DU CHAMP DE LA VOIE DE FAIT

La portée de la réduction du champ de la voie de fait, qui pour l'essentiel a frappé les premiers commentateurs, apparaît à la seule comparaison des considérants de principe de l'arrêt *Boussadar* (*supra*), d'une part, et de l'arrêt *Bergoend*, d'autre part. Selon ce dernier, « il n'y a voie de fait de la part de l'administration... que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ».

Il faut mesurer le changement: les modalités de la voie de fait restent inchangées; c'est son objet qui est réduit.

[10] Outre R. Abraham, art. préc. ; R. Chapus, Droit administratif général, t. 1, 15e éd., 2001, n° 1087.

Copyleft – Ius Publicum

1.1 Les modalités de la voie de fait

Comme dans la jurisprudence antérieure, telle qu'elle a été synthétisée par l'arrêt *Boussadar*, la voie de fait peut se réaliser selon deux modalités alternatives : l'exécution forcée irrégulière d'une décision, une décision manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir de l'administration.

■ L'exécution forcée irrégulière d'une décision

Les conditions de l'exécution forcée d'une décision sont fixées depuis l'arrêt déjà rappelé du Tribunal des conflits du 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, et surtout par les conclusions de Romieu: absence de sanction ou, même s'il existe une sanction, urgence. En dehors de ces cas, le recours à l'exécution forcée pour assurer le respect d'une décision administrative a toujours constitué une voie de fait.

Il a pu y avoir des variations sur l'existence d'une sanction, des assouplissements dans la reconnaissance de l'urgence. Mais l'essentiel est resté: si ces conditions ne sont pas remplies, l'administration commet une voie de fait.

L'essentiel reste aussi avec l'arrêt *Bergoend*: si les autres conditions sont réunies, il y a voie de fait « dans la mesure où l'administration [...] a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière ».

On peut observer à ce sujet que l'arrêt *Bergoend*, comme l'arrêt *Boussadar* et bien d'autres arrêts, parlent de « décision » et non pas « d'actes ». Ce n'est pas le lieu ici d'entrer dans l'analyse des notions de « décision » et d'« acte » et des nuances qui conduisent à les distinguer tout en les croisant. On peut observer avec R. Chapus[11] qu'« acte unilatéral et décision ne se confondent pas », l'acte unilatéral pouvant être non

[11] Op. cit., n° 699.

Copyleft – Ius Publicum

décisoire – même si l'on peut considérer que si l'acte est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, les deux termes sont en ce sens synonymes.

D'ailleurs, pour se reconnaître compétent pour statuer sur un recours dirigé contre une décision, le Conseil d'État parle couramment d'acte administratif[12].

La question n'est pas de savoir ici si un acte est administratif ou non, mais plus simplement si l'administration a procédé à l'exécution forcée d'une mesure.

Il importe peu à cet égard que celle-ci soit administrative et unilatérale.

Si, le plus souvent, l'exécution forcée a pour objet de faire respecter une décision administrative, elle pourrait porter sur une autre mesure. On peut concevoir que l'administration veuille faire appliquer une disposition législative. Dans l'affaire *Société immobilière de Saint-Just*, se trouvait à la base l'article 13, paragraphe 3 de la loi du 1er juillet 1901 sur les établissements congréganistes, qui en déterminait la fermeture. Certes la fermeture de l'établissement formé à Lyon par la congrégation des soeurs de Saint Charles avait été ordonnée par décret; à cet égard, l'évacuation ordonnée par le préfet était, non pas directement l'exécution de la loi, mais celle du décret – donc d'une décision administrative. Mais dans d'autres circonstances, l'exécution forcée pourrait être destinée à exécuter une loi en elle-même, sans l'intermédiaire d'un autre acte.

Elle pourrait l'être aussi à exécuter une décision de l'administration qui n'aurait pas un caractère administratif: ce pourrait être le cas d'une décision prise à l'égard d'un usager d'un service public industriel et commercial ou du domaine privé d'une personne

[12] Parmi des exemples multiples, on peut citer l'arrêt Monpeurt du 31 juill. 1942.

Copyleft – Ius Publicum

publique. Une telle décision ne constitue pas un acte administratif; son contentieux ne relève pas du contentieux administratif[13]; son exécution forcée n'en relèverait *a fortiori* pas.

N'en relèverait pas non plus l'exécution forcée d'un contrat de l'administration, qu'il soit administratif ou non. On ne peut exclure qu'un contrat reconnaissant un droit à l'administration, celle-ci veuille en assurer directement l'exécution. La jurisprudence fournit l'exemple de demandes adressées au juge administratif par une personne publique pour que soit ordonnée à son cocontractant, sous astreinte, l'exécution de ses obligations, telle la restitution de moules nécessaires à la production de panneaux préfabriqués conçus pour la construction d'immeubles[14]. Si, moins respectueux de la procédure, l'administration avait directement procédé elle-même à l'enlèvement de ces objets, elle aurait assuré l'exécution forcée, non d'une décision, mais d'une stipulation contractuelle.

Les formules jurisprudentielles parlant de l'exécution forcée d'une décision ne peuvent donc limiter ce cas de voie de fait à celui de l'exécution d'un acte administratif unilatéral.

■ Une décision manifestement insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration

L'exécution forcée irrégulière d'une mesure résulte déjà en soi d'une décision manifestement insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration, puisque, sauf

[13] Pour une décision prise à l'égard de l'usager d'un service public industriel et commercial : CE 20 janv. 1988, SCI « La Colline », n° 70719, Lebon p. 21; RFDA 1988. 880, concl. La Verpillère ; AJDA 1988. 407, note J.-M. Auby ; pour une décision prise au sujet du domaine privé : T. confl., 22 nov. 2010, SARL Brasserie du Théâtre c. Commune de Reims, n° 3764, Lebon p. 590; AJDA 2010. 2288; ibid. 2423, chron. D. Botteghi et A. Lallet ; RDI 2011. 450, obs. P. Caille ; BJCP 2011. 55, concl. P. Collin ; Dr. adm. févr. 2011. 20, note F. Melleray ; RJEP mars 2011, p. 11, note G. Pellissier.

[14] CE, sect., 13 juill. 1956, Office public d'HLM du département de la Seine, Lebon p. 338, concl. Chardeau ; AJDA 1956.II.312, concl. Chardeau ; ibid. 398, chr. Fournier et Braibant ; RD publ. 1957. 296, note M. Waline.

Copyleft – Ius Publicum

texte ou circonstances particulières, un tel pouvoir ne lui est pas reconnu (au surplus l'exécution forcée résulte toujours d'une décision, au moins implicite, d'y procéder).

C'est à d'autres cas de décision insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration que se rattache la formule. Celle-ci comporte une certaine approximation, après comme avant les arrêts *Boussadar et Bergoend* – comme le montre la jurisprudence atténuant la gravité d'une mesure en raison de circonstances exceptionnelles[15] ou, même en l'absence de telles circonstances, en admettant qu'il n'y a pas voie de fait grâce à un rapprochement des mesures prises avec des pouvoirs de l'administration, qui a pu paraître très relatif[16].

Désormais, peut-être encore plus que précédemment, la restriction du champ de la voie de fait doit conduire à n'admettre qu'elle a été commise dans cette seconde hypothèse que si, de manière radicale, l'administration est sortie de ses pouvoirs : elle a commis bien plus qu'une erreur manifeste d'appréciation, une violation manifeste et volontaire de la légalité, une négation de la règle de droit.

Cette seconde hypothèse fait retrouver l'expression et la notion de « décision » – non plus, comme précédemment, pour désigner la mesure dont l'exécution est assurée, mais la mesure même qui est prise.

[15] Par ex., à propos d'une arrestation : T. confl., 27 mars 1952, Dame de la Murette, n° 1339, Lebon p. 626 ; D. 1954. 221, note C. Eisenmann ; JCP 1952.II.158, note Blaevoet ; RA 1952. 268, note Liet-Veaux ; RD publ. 1952.757, note M. Waline ; S. 1952.381, note M. Gravitz.

[16] V. notamment, la polémique suscitée par l'arrêt du Tribunal des conflits du 12 mai 1997, Préfet de police de Paris c. TGI de Paris, n° 3056, Lebon p. 528; AJDA 1997. 635 ; ibid. 575, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; D. 1997. 567, note A. Legrand ; RFDA 1997. 514, concl. J. Arrighi de Casanova ; RTD civ. 1998. 181, obs. J. Normand; Gaz. Pal. 27 au 28 juin 1997, note Petit, et 19-20 déc. 1997, rapport Sargos.

Copyleft – Ius Publicum

C'est d'ailleurs le mot « mesure » qui est utilisé par certains arrêts[17]. Elle est peut-être plus appropriée car il s'agit de désigner moins un « acte » au sens juridique du terme qu'un comportement. Celui-ci peut être purement matériel, comme plusieurs arrêts l'ont montré: apposition de scellés, enlèvement d'archives, destruction d'objets, arrestation d'une personne. C'est une action qui a été entreprise. C'est bien une voie de fait au sens strict, sans véritable décision. Parler de décision en atténue la gravité et fausse la réalité des faits.

Du moins l'expression peut-elle être sauvée si l'on observe que tout comportement volontaire implique la volonté de le faire, donc une décision. Ainsi une voie de fait purement matérielle comporte la décision de la réaliser.

En toute hypothèse, quelle que soit la modalité selon laquelle la voie de fait peut se commettre, elle n'est reconnue que si elle porte sur l'un des deux objets auxquels son champ est désormais limité.

1.2 L'objet de la voie de fait

Désormais, il n'y a voie de fait (si les conditions relatives aux modalités sont remplies) que s'il est porté atteinte à la liberté individuelle ou si se trouve éteint un droit de propriété. Dans les deux cas, il s'agit bien d'une réduction du champ de la voie de fait par rapport aux solutions antérieures.

■La liberté individuelle s'isole au sein des libertés fondamentales

[17] Par ex., T. confl., 9 juin 1986, Commissaire de la République de la région Alsace et autres, n° 2434, Lebon p. 301; RFDA 1987. 33, concl. M.-A. Latournerie ; AJDA 1986. 428, chr. M. Azibert et M. de Boisdeffre ; D. 1986. 496, note C. Gavalda ; JCP 1987.II.20746, note B. Pacteau; RD publ. 1987. 1082, note J. Robert ; T. confl., 12 janv. 1987, Grizivatz, n° 2450, Lebon p. 443; AJDA 1987. 425, note X. Prétot ; LPA 15 avr. 1987, note J. Morand-Deviller ; CE 15 avr. 1988, Michelix, n° 69498, Lebon p. 142; AJDA 1988. 555, obs. X. Prétot; RD publ.1989. 922, note J.-M. Auby ; CE 11 mai 1966, Guigon, n° 54130, Lebon p. 315.

Copyleft – Ius Publicum

Précédemment toute liberté fondamentale était prise en considération pour reconnaître l'existence d'une voie de fait. L'exemple type a été donné par l'arrêt *Action française* à propos de la liberté de la presse. Il aurait pu être relayé pour d'autres libertés fondamentales par celles qui ont été reconnues dans le cadre de l'article L. 521-2 CJA pour le référé-liberté. La « liberté fondamentale » de l'arrêt *Boussadar* devait être la même que celle de l'article L. 521-2, puisqu'aussi bien il a été rédigé précisément en considération de celui-ci et que l'ordonnance *Commune de Chirongui* a relevé la conjonction possible, au cas d'atteinte à une liberté fondamentale, d'une voie de fait et d'une mesure relevant du référé-liberté.

Ainsi, au rang de liberté fondamentale autre que la liberté individuelle, il faut ranger notamment, selon la jurisprudence sur le référé-liberté: le droit de mener une vie familiale normale[18] ; le secret de la correspondance[19]; la présomption d'innocence[20]; le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants[21]; le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médica[22]; le droit d'exercer un recours individuel effectif devant une

[18] CE, sect., 30 oct. 2001, Ministre de l'intérieur c. Mme Tliba, n° 238211, Lebon p. 523; AJDA 2001. 1058; ibid. 1054, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RFDA 2002. 324, concl. I. de Silva.

[19] CE 9 avr. 2004, Vast c. Commune de Drancy, n° 263759, Lebon p. 173; RFDA 2004. 778, concl. S. Boissard; Dr. adm. juin 2004, n° 98, note M. Lombard.

[20] CE, ord.,14 mars 2005, Gollnisch, n° 278435, Lebon p. 103; AJDA 2005. 1633, note L. Burgorgue-Larsen ; AJFP 2005. 222, et les obs.

[21] CE, ord., 22 déc. 2012, Section française de l'Observatoire international des prisons, n° 364584, Lebon ; AJDA 2013. 12; D. 2013. 1304, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; AJ pénal 2013. 232, obs. E. Péchillon ; JCP Adm. 2013. 2017, note G. Koubi.

[22] CE, ord.,16 août 2002, Mmes Feuillatey, n° 249552, Lebon p. 309; D. 2004. 602, et les obs., obs. J. Penneau; RFDA 2003. 528, étude A. Dorsner- Dolivet ; RTD civ. 2002. 781, obs. J. Hauser.

Copyleft – Ius Publicum

juridiction[23]; la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie[24]; le droit à l'hébergement d'urgence[25]; la libre expression du suffrage[26]; le principe du caractère pluraliste de l'expression des courants d'opinion[27]; la liberté de réunion[28]; la liberté d'expression[29]; la liberté de culte[30]; la liberté syndicale[31]; le droit de grève[32]; le droit

[23] CE, ord., 30 juin 2009, Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c. Beghal, n° 328879, Lebon p. 240; AJDA 2009. 1344

[24] CE, ord., 12 nov. 2001, Commune de Montreuil-Bellay, n° 239840, Lebon p. 551; Dr. adm. 2002, n° 41, note M. Lombard.

[25] CE, ord., 10 févr. 2012, Fofana, n° 356456, Lebon ; AJDA 2012. 295 ; ibid. 716, note A. Duranthon ; D. 2012. 555, et les obs. ; ibid. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; AJDI 2012. 444; ibid. 411, étude R. Piastra ; ibid. 2013. 489, étude F. Zitouni ; JCP Adm. 2012. 2059, note O. Le Bot

[26] CE, ord., 7 févr. 2001, Commune de Pointe-à-Pitre, n° 229921.

[27] CE, ord., 24 févr. 2001, Tibéri, n° 230611, Lebon p. 85; D. 2001. 1748, et les obs., note R. Ghevontian ; RFDA 2001. 629, note B. Maligner.

[28] CE, ord., 19 août 2002, Front national, Institut de formation des élus locaux, n° 249666, Lebon p. 311; AJDA 2002. 1017, note X. Braud ; D. 2002. 2452, et les obs.

[29] CE, ord., 7 mars 2011, École normale supérieure, n° 347171, Lebon p. 79; AJDA 2011. 481; ibid. 1033; ibid. 585, tribune O. Beaud, note A. Legrand ; D. 2011. 1195, note O. Le Bot ; JCP G. 2011. 795, note M. Le Roy.

[30] CE, ord., 25 août 2005, Commune de Massat, n° 284307, Lebon p. 386; AJDA 2006. 91, note P. Subra de Bieusses ; JCP 2006. 10024, note Guiriny.

[31] CE 31 mai 2007, Syndicat CFDT Interco 28, n° 298293, Lebon p. 222; AJDA 2007. 1104; ibid. 1237, chron. F. Lenica et J. Boucher ; JCP Adm. 2007. 2293, note F. Dieu.

[32] CE 9 déc. 2003, Aguillon, n° 262186, Lebon p. 497; AJDA 2004. 1138, note O. Le Bot ; D. 2004. 538, et les obs. ; AJFP 2004. 148, obs. C. Moniolle ; Dr. soc. 2004. 172, concl. J.-H. Stahl ; RFDA 2004. 306, concl. J.-H. Stahl ; ibid. 311, note P. Cassia ; RDSS 2004. 298, étude D. Boulmier.

Copyleft – Ius Publicum

d'asile[33] ; la libre administration des collectivités territoriales[34]. La liste n'est ni exhaustive ni close.

L'équivalence entre la liberté fondamentale du référé-liberté et la liberté fondamentale de la voie de fait aurait conduit non seulement à un risque de chevauchement entre la compétence administrative pour le premier et la compétence judiciaire pour la seconde, déjà illustré par l'affaire *Commune de Chirongui*, mais à un débordement de la compétence administrative par la compétence judiciaire.

En réduisant à la liberté individuelle la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte en cas de voie de fait, l'arrêt *Bergoend*, non seulement pallie ce risque, mais ramène à l'essentiel de ce qui justifie la compétence judiciaire.

Il ne lève pas toute ambiguïté, car il faut encore s'entendre sur le contenu de la notion de liberté individuelle, qui a donné lieu aux avatars de la jurisprudence et de la doctrine.

Le Conseil constitutionnel lui-même a pu en avoir une conception extensive, parlant de « la liberté individuelle sous tous ses aspects et notamment celui de l'inviolabilité du domicile »[35], ou encore rangeant parmi les droits et libertés fondamentaux

[33] CE, ord., 12 janv. 2001, Mme Hyacinthe, n° 229039, Lebon p. 12; AJDA 2001. 589, note J. Morri et S. Slama ; D. 2001. 526, et les obs.

[34] CE 18 janv. 2001, Commune de Venelles et Morbelli, n° 229247, Lebon p. 18; AJDA 2001. 157; ibid. 153, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2002. 2227, obs. R. Vandermeeren; RFDA 2001. 378, concl. L. Touvet ; ibid. 681, note M. Verpeaux ; GAJA 19e éd., 2013, n° 103.

[35] Cons. const., 29 déc. 1983, n° 83-164 DC, Rec. Cons. const. p. 67.

Copyleft – Ius Publicum

« la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale »[36]. Des auteurs ont opiné dans le même sens[37].

Le Conseil est revenu à une conception plus étroite et plus exacte – en lien avec l'article 66 de la Constitution (*infra*), en distinguant la liberté individuelle au sens limité à la sûreté, et la liberté personnelle, au sens large, couvrant notamment la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée[38], la liberté du mariage[39]. Les commentateurs confirment[40].

C'est la conception de l'arrêt *Bergoend*, qui, comme le Conseil constitutionnel, se fonde sur l'article 66 de la Constitution (v. *infra*).

[36] Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, Rec. Cons. const. p. 224; D. 1994. 111, obs. D. Maillard Desgrées du Loû ; Dr. soc. 1994. 69, étude J.-J. Dupeyroux et X. Prétot ; RFDA 1993. 871, note B. Genevois ; Rev. crit. DIP 1993. 597; ibid. 1994. 1, étude D. Turpin.

[37] Notamment, A. Pena, Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Thèse, 1998, Aix- Marseille III ; Sûreté personnelle (droit à), in Dictionnaire des droits fondamentaux (D. Chagnollaud et G. Drago, dir., Dalloz, 2006).

[38] Notamment, Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, Rec. Cons. const. p. 343, consid. 16 ; Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, Rec. Cons. const. p. 122, consid. 53 ; AJDA 2011. 1075, note X. Latour ; RFDC 2011.803, note A. Pena; Cons. const., 8 juin 2012, n° 2012-253 QPC, Rec. Cons. const. p. 289, consid.4 ; Cons. const., 5 oct. 2012, n° 2012-279 QPC, Rec. Cons. const. p. 514 ; Cons. const., 7 juin 2013, n° 2013-318 QPC, consid. 12.

[39] Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, Rec. Cons. const. p. 87, consid. 6 ; D. 2011. 209, note J. Roux ; Cons. const., 22 juin 2012, n° 2012- 261 QPC, Rec. Cons. const. p. 312, consid. 5 ; Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, consid. 23.

[40] Notamment, J. Morange, Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques, PUF 2007, p. 149; D. Thomas, « Le droit à la sûreté », in Libertés et droits fondamentaux (Dalloz, 15e éd., 2009, p. 357 et s.).

Copyleft – Ius Publicum

Dès lors, il n'y a pas lieu de placer dans la liberté individuelle des libertés que le juge du référé-liberté a considérées comme fondamentales pour l'exercice de son office, comme le droit au respect de la vie[41], le droit au respect de la vie privée[42], la liberté d'aller et venir[43], et des libertés reconnues au titre de la voie de fait : inviolabilité du domicile[44] ; « sécurité des correspondances postales, liberté essentielle reconnue par l'article 187 de l'[ancien] code pénal »[45].

On est ramené à l'essentiel: la sûreté[46], c'est-à-dire un état dans lequel chacun est assuré de la possession et de la protection de soi. C'est *l'habeas corpus*. Liberté individuelle et sûreté sont synonymes.

Il y est porté atteinte en cas d'arrestation, détention, séquestration, emprisonnement, internement[47].

[41] CE, sect., 16 nov. 2011, Ville de Paris, Société d'économie mixte PariSeine, n° 353172, Lebon p. 552, concl. D. Botteghi ; AJDA 2011. 2207; AJCT 2012. 156, obs. L. Moreau; BJCL et RFDA 2012. 269, concl. D. Botteghi ; JCP Adm. 2012. 2017, note B. Pacteau ; JCP G 2012. 24, note O. Le Bot.

[42] CE, ord., 25 oct. 2007, Mme Y., n° 310125, Lebon p. 1013; AJDA 2007. 2063; RFDA 2008. 328, note O. Le Bot.

[43] CE 9 janv. 2001, Deperthes, n° 228928, Lebon p. 1.

[44] T. confl., 27 juin 1966, Guigon c. Armées, n° 1889, Lebon p. 830 (erratum) ; JCP 1967 II 15135, concl. Lindon ; AJDA 1966. 547, note A. de Laubadère ; D. 1968. 7, note J.-C. Douence ; CE 13 juill. 1966, Guiguon, n° 54130, Lebon p. 476; T. confl., 25 nov. 1963, Époux Pelé c. Maire de Pré-en-Pail, Lebon p. 795; JCP 1964 II. 13493, note J.M. Auby.

[45] T. confl., 10 déc. 1956, Randon et autres c. Brunet et autres, Lebon p. 592, concl. Guionin.

[46] V., P. Delvolvé, « Sécurité et sûreté », RFDA 2011. 1085.

[47] CE 20 mai 1957, Galabert et autres, Lebon T. p. 882; 26 juin 1957, Loscq, Lebon p. 419.

Copyleft – Ius Publicum

Au-delà, même si la personne de l'individu est en cause, il ne s'agit plus de sûreté.

C'est évidemment une réduction importante par rapport à la conception antérieure de la voie de fait. Elle a l'intérêt, non pas seulement d'une simplification contentieuse, mais, peut-être plus encore, d'une concentration conceptuelle sur ce qui est l'essentiel de la liberté individuelle: la disposition de soi.

■ Le droit de propriété est considéré comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2[48]. L'ordonnance du 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui* l'a particulièrement souligné à propos de l'exécution de travaux sur une propriété privée par l'administration en l'absence de titre, pouvant donner lieu à un référé liberté – tout en admettant que ce pouvait être une voie de fait.

Avec l'arrêt *Bergoend*, ce ne le serait pas : car, s'agissant de l'atteinte au droit de propriété, seule celle qui entraîne « l'extinction d'un droit de propriété » peut constituer une voie de fait.

Aussi ne seraient plus considérées comme des voies de fait des atteintes considérées comme telles par la jurisprudence antérieure : – la saisie de journaux, non seulement parce qu'il s'agit d'une atteinte à la liberté de la presse et non à la liberté individuelle, mais parce qu'elle n'éteint pas le droit de propriété sur les journaux saisis[49]; – la saisie de plaques photographiques[50]; – la rétention d'affiches à contenu politique[51] ; – la

[48] CE 29 mars 2002, SCI Stéphaur, n° 243338, Lebon p. 117; AJDA 2003. 345, note P. Grosieux ; D. 2003. 1115, note R. Martin ; RFDA 2003. 370, étude T. Pez ; ibid. 386, note Y. Lequette.

[49] T. confl., 8 avr. 1935, Action française, préc.

[50] CE, ass., 18 nov. 1949, Carlier, Lebon p. 490; RD publ. 1950. 172, concl. Gazier, note M. Waline ; JCP 1950 II.5535, note G.V. ; S. 1950.3.49, note R. Drago.

[51] T. confl., 10 déc. 1956, Randon et autres, v. note 43.

Copyleft – Ius Publicum

mise sous scellés de documents personnels d'un officier général lors de son décès[52]; – l'expulsion d'un fonctionnaire de son logement[53] ; – la pose de scellés sur le logement d'un fonctionnaire et l'interdiction d'y entrer (v. note 42) ; – l'exhumation de corps enterrés dans un cimetière[54], – la prise de possession d'un bien appartenant à un particulier[55] ; – l'occupation de ce bien et la réalisation de travaux sur lui[56].

L'exécution sans titre de travaux sur une propriété privée, qui a pu être considérée comme une voie de fait[57], ne l'est plus dans l'arrêt *Bergoend*.

[52] CE, sect., 10 oct. 1969, Consorts Muselier, n° 73326, Lebon p. 432; RA 1970. 29, concl. G. Braibant ; AJDA 1969. 686, chr. D. Denoix de Saint Marc et D. Labetoulle.

[53] Affaire Guigon, v. note 42.

[54] T. confl., 25 nov. 1963, Commune de Saint-Just Chaleyssin, Lebon p. 793, concl. Chardeau ; AJDA 1964, ch. J. Fourré et M. Puybasset.

[55] T. confl., 24 juin 1954, Société Trystram, Lebon p. 716; 25 mars 1956, Société des huiles Antar, Lebon p. 181; 3 févr. 1956, SNCF c. Cade, Lebon p. 48; 23 oct. 1959, Ville d'Alger c. Rosazza, Lebon p. 535.

[56] T. confl., 22 janv. 1955, Rival c. État, Lebon p. 613; 25 mars 1957, Société Mittelberger, Lebon p. 813; 13 janv. 1958, Moleux, Lebon p. 791; 6 nov. 1967, Dougy c. Société de l'autoroute Paris-Lyon, n° 1907, Lebon p. 656; 30 juin 1969, SCI des Praillons c. Communes de Boissettes et du Mée-sur-Seine, n° 1928, Lebon p. 684.

[57] Outre, CE, ord., 23 janv. 2013, Commune de Chirongui, préc. ; T. confl., 21 juin 2010, Arriat c. Commune de Nevers, n° 3751, Lebon p. 584; AJDA 2010. 1957. C'eût été le cas dans l'affaire jugée par l'arrêt T. confl., 6 mai 2002, M. et Mme Binet c. Électricité de France, n° 3287, (Lebon p. 545; JCP. éd. CI 202. II.10170, concl. Duplat ; CJEG 2002. 646, note B. Genevois ; JCP Adm. 2002. 1163, note J. Dufau ; AJDA 2002. 1229, note P. Sablière ; D. 2002. 1957) si l'exécution des travaux n'avait pu se rattacher à un titre juridique dont l'irrégularité n'a été révélée que plusieurs années après la réalisation de l'ouvrage. Précédemment, CE 31 déc. 1959, Dame veuve Ranchin, Lebon p. 717; 11 mai 1964, Lajugie c. Compagnie générale d'entreprises électriques, Lebon p. 791; CE 20 nov. 1974, Dame Manrot le Goarnic, n° 89980, Lebon p. 572.

Copyleft – Ius Publicum

Désormais elle n'a pas plus de gravité que, comme par exemple précédemment, l'implantation de barrières sur la voie publique pour empêcher un particulier d'accéder à sa propriété[58].

C'est qu'elle « n'aboutit pas [...] à l'extinction d'un droit de propriété ». On peut objecter que le propriétaire, à l'emplacement où l'ouvrage est implanté, s'il n'est pas privé du droit de propriété sur le sol, est privé de la possibilité d'en user, ce qui est le premier attribut du droit de propriété.

L'arrêt *Bergoend*, en parlant d'« extinction du droit de propriété », se distingue de la formule classique de « privation du droit de propriété », qui a souvent été utilisée par le Conseil constitutionnel[59], et a fortiori de celle d'« atteinte au droit de propriété »[60].

L'extinction du droit de propriété est certainement plus forte que l'atteinte au droit de propriété. Elle est sans doute aussi plus intense que la privation du droit de propriété: la privation pourrait ne pas être définitive, l'extinction l'est.

En retenant seulement l'extinction, le Tribunal des conflits a voulu limiter l'objet de la voie de fait en matière de propriété, comme il l'a fait en matière de liberté : pour celle-

[58] T. confl., 26 nov. 1973, Commune de Rueil-Malmaison, Lebon p. 849; AJDA 1974. 314, note Moulin ; D. 1974.373, note Cristini.

[59] Par ex., Cons. const., 29 juill. 1998, n° 98-403 DC, Rec. Cons. const. p. 276; Cons. const., 2 déc. 2011, n° 2011-203 QPC, Rec. Cons. const. p. 572 ; Cons. const., 16 déc. 2011, n° 2011-207 QPC, Rec. Cons. const. p. 596 ; v., F. Biglione, La notion de privation de propriété, 1999.

[60] Par ex., Cons. const., 20 janv. 1993, n° 92-316 DC, Rec. Cons. const. p. 14 ; Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, Rec. Cons. const. p. 43 ; Cons. const., 29 juill. 1998, n° 98-403 DC, Rec. Cons. const. p. 276; AJDA 1998. 739; ibid. 705, note J.-E. Schoettl ; D. 1999. 269, note W. Sabete ; ibid. 2000. 61, obs. J. Trémeau; RDSS 1998. 923, obs. M. Badel, I. Daugareilh, J.-P. Laborde et R. Lafore ; RTD civ. 1998. 796, obs. N. Molfessis ; ibid. 1999. 132, obs. F. Zenati ; ibid. 136, obs. F. Zenati.

Copyleft – Ius Publicum

là, c'est la nature de la liberté qui a été restreinte; pour celui-ci, c'est la portée de la mesure qui l'a été.

On peut être réservé sur cette formulation et sur cette limitation. Il eût été plus conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel d'articuler le raisonnement sur la privation (quitte à ne pas retenir les simples atteintes) pour couvrir les seules hypothèses mais aussi toutes les hypothèses où un propriétaire est privé de son bien, autant dans son usage que dans son titre.

Bien plus, la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne parle pas seulement de propriété mais aussi de possession (v. les décisions citées notes 57 et 58) : elle vise le cas de « dépossession », qui ne correspond pas nécessairement à l'extinction du droit de propriété.

Si la solution du Tribunal des conflits a un fondement constitutionnel, il fallait se ranger aux formules, donc aux notions auxquelles il correspond.

« L'extinction d'un droit de propriété », qui est le seul cas où, selon l'arrêt *Bergoend*, l'atteinte au droit de propriété peut constituer une voie de fait, peut concerner aussi bien la propriété mobilière que la propriété immobilière: à cet égard, les solutions déjà admises antérieurement (v. note 48) doivent pouvoir se retrouver, si du moins il y a extinction du droit de propriété.

Cette extinction paraît pourvoir se réaliser sous deux formes. La première est celle, tout simplement, de la destruction du bien qui est l'objet du droit de propriété. L'hypothèse s'en est déjà rencontrée en jurisprudence avec la destruction du mobilier d'une association

Copyleft – Ius Publicum

expulsée des locaux d'une commune[61], l'abattage d'arbres qui étaient la propriété d'une personne privée[62].

Mais le simple endommagement d'un bien, ne suffisant pas à éteindre le droit de propriété, ne peut constituer une voie de fait. Pourraient se rencontrer des hypothèses-limites, telle celle de la démolition d'un immeuble. La destruction d'un édifice n'éteint pas le droit de propriété sur la superficie qui lui servait d'assiette ; il n'en reste pas moins que, de la même manière que peuvent être dissociés le droit de propriété sur le sol et le droit de propriété sur les ouvrages construits sur le sol[63], peuvent être dissociés l'extinction du droit de propriété sur ces ouvrages et le maintien du droit de propriété sur le sol. Dès lors, l'hypothèse de la destruction d'un édifice, même apparaissant comme un dommage, peut correspondre à une voie de fait.

La seconde forme d'extinction d'un droit de propriété serait la destruction du titre de propriété lui-même. On ne veut pas parler de l'*instrumentum* reconnaissant un droit de propriété (par exemple un acte de vente), même si la forme, notamment en matière immobilière, s'associe étroitement au fond. On vise les cas où le titre de propriété est indissociable de la situation du bien. Deux cas peuvent être évoqués.

[61] T. confl., 4 juill. 1991, Association « Maison des jeunes et de la culture Boris Vian », n° 2662, Lebon p. 468; AJDA 1991. 737 ; ibid. 697, chron. C. Maugüé et R. Schwartz ; RTD com. 1992. 410, obs. E. Alfandari ; Gaz. Pal. 20 au 21 mai 1992, concl. M. de Saint Pulgent.

[62] T. confl., 15 févr. 2010, Mme Taharu c. Haut commissaire de la République en Polynésie française, n° 3722, Lebon p. 575 ; AJDA 2010. 372, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; AJFP 2010. 154.

[63] V., les analyses menées dans le précédent numéro de la RFDA à propos du bail réel immobilier, RFDA 2013. 757.

Copyleft – Ius Publicum

L'un serait celui de la Charte-partie ou du connaissement qui, identifiant les marchandises embarquées dans un navire, en incorpore la propriété: sa destruction éteint le droit de propriété sur elles.

Plus simplement, dans la mesure où « en matière de meuble, la possession vaut titre » (ancien art. 2279, al. 1er du code civil), la destruction d'un meuble entraîne par là-même la destruction du titre de propriété sur le meuble : ainsi la solution de l'arrêt *Association* « *Maison des jeunes et de la culture Boris Vian* » (*supra* note 59) serait maintenue aujourd'hui.

L'autre cas serait celui de terrains situés à proximité du domaine public maritime ou du domaine public fluvial : leur submersion par les eaux les y englobe et éteint par là même le droit de propriété qu'avaient des particuliers sur eux. La destruction volontaire d'un barrage ou d'une digue pour que les flots de la mer ou d'un fleuve envahissent des terrains riverains pourrait alors constituer une voie de fait.

Dans l'un ou l'autre cas, la destruction du titre de propriété constituerait une voie de fait si les autres conditions de celle-ci étaient remplies (*supra*).

Il s'agit d'hypothèses beaucoup plus restreintes que précédemment. On pourrait s'en offusquer en considérant qu'il s'agit d'une illustration de la réduction du droit de propriété et de sa protection. Mais, d'une part, il ne s'agit que d'une réduction du champ de la voie de fait et, conséquemment, de celui de la compétence judiciaire; et, d'autre part, la réduction de cette compétence ne réduit pas la protection du droit de propriété dès lors que la juridiction administrative, notamment par le jeu du référé-liberté, peut l'assurer tout autant.

On peut considérer au contraire qu'en limitant la voie de fait en matière de propriété au cas d'extinction de ce droit, le Tribunal des conflits a voulu recentrer la voie de fait sur l'essentiel – l'existence du droit de propriété – et, par là même, rehausser ce droit.

Liberté individuelle – et non pas toute liberté fondamentale –, extinction du droit de propriété – et non pas toute atteinte à ce droit –, cette double restriction a pour objet et

Copyleft – Ius Publicum

pour effet de remettre en évidence deux aspects de la liberté qui sont au cœur de la Déclaration de 1789 (art. 2, 7 et 17), et qui en sont indissociables : la sûreté et la propriété.

En ce sens, la réduction du champ de la voie de fait réalise en même temps, au sens chimique, un précipité de la liberté.

Elle s'explique par de nouveaux fondements.

2. LES FONDEMENTS DE LA THEORIE DE LA VOIE DE FAIT

La voie de fait n'a ni fondement ni justification. C'est seulement la conception qui détermine les solutions applicables à la voie de fait qui peut avoir des fondements. Jusqu'à présent, même si l'on a couramment parlé de la théorie de la voie de fait, il n'y avait pas vraiment une théorie, il y avait seulement un système qui trouvait des explications diverses.

La plus courante était celle de la dénaturation de l'action administrative lorsque l'administration adopte des comportements inadmissibles. L'analyse de C. Eisenmann a ébranlé cette analyse.

On pouvait seulement considérer que l'administration ne peut plus relever de son juge normal lorsqu'elle a un comportement anormal: le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a plus lieu de s'appliquer lorsqu'elle ne se comporte pas comme autorité administrative. La voie de fait était le type de notion fonctionnelle identifiée par le doyen Vedel[64].

Tout cela pouvait paraître bien approximatif et justifier l'abandon du système de la voie de fait.

[64] La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait, JCP 1950.I.851.

Copyleft – Ius Publicum

Désormais, avec l'arrêt *Bergoend*, la voie de fait peut donner lieu à une théorie grâce à de vrais fondements juridiques, dont l'identification aboutit à certaines conséquences.

2.1 La nature des fondements

Le système de la voie de fait avait jusqu'à présent une justification plus pratique que juridique : il fallait permettre, en reconnaissant compétence aux juridictions judiciaires pour connaître de certains comportements inadmissibles de l'administration, d'utiliser les pouvoirs coercitifs qu'elles détiennent, alors que les juridictions administratives n'avaient pas les mêmes. C'était une raison utilitaire, dépourvue de toute considération théorique: elle était moins juridique que juridictionnelle.

Désormais, avec la procédure de référé-liberté aménagée par la loi du 30 juin 2000 et avec le pouvoir d'injonction reconnu par la loi du 8 février 1995, les juridictions administratives peuvent en urgence faire cesser les atteintes à une liberté fondamentale. Il n'est plus nécessaire de pallier leur insuffisance en reconnaissant compétence aux juridictions judiciaires pour prendre les mesures nécessaires. Le système de la voie de fait n'a plus de justification pratique.

Pour les deux objets auxquels il s'applique désormais, il a un fondement de nature constitutionnelle attribuant compétence aux juridictions judiciaires en certaines matières. À cet égard, l'arrêt *Bergoend* est le pendant de la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 (Conseil de la concurrence) qui, en même temps qu'il reconnaît une compétence de niveau constitutionnel à la juridiction administrative, fait « exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire ». Elles ne sont pas précisées et la nature ainsi réservée tient en réalité bien plus à des dispositifs arrêtés par des textes antérieurs qu'à une « nature » en soi. L'arrêt *Bergoend* permet d'apporter la précision en même temps que de déterminer les fondements constitutionnels de la compétence judiciaire en cas d'atteinte à la liberté individuelle d'une part, à la propriété privée d'autre part.

Copyleft – Ius Publicum

■ Le fondement relatif à la liberté individuelle est précisément identifié dans les visas de l'arrêt *Bergoend*: il s'agit de l'article 66 de la Constitution. Ses deux alinéas doivent être rappelés :

« *Nul ne peut être arbitrairement détenu.*

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

Le lien entre les deux alinéas ne doit pas être sous-estimé.

Car l'alinéa 2 est le prolongement de l'alinéa 1 à la fois dans la garantie qu'il institue et dans l'objet sur lequel elle porte : cet objet est la liberté individuelle telle que sa consistance essentielle a d'abord été exprimée à l'alinéa 1: l'interdiction des arrestations arbitraires (c'est exactement la sûreté). L'alinéa 2 combine à la fois le mode de protection (l'intervention de l'autorité judiciaire) et l'objet de cette protection (les arrestations).

Le fondement constitutionnel de la théorie de la voie de fait a ainsi une double portée :

- il détermine en quoi peut constituer la voie de fait : c'est la liberté individuelle au sens strict (celui de sûreté – v. *supra*) ; ainsi se trouve justifiée la réduction de la voie de fait à cette liberté, et corrélativement l'exclusion des autres libertés de son champ;

- ce fondement détermine aussi la compétence judiciaire: en ce que la voie de fait porte atteinte à la liberté individuelle, elle doit conduire l'autorité judiciaire à exercer son rôle de gardienne.

Comme le Conseil constitutionnel a eu maintes fois l'occasion de le rappeler, notamment au cours de la période récente en réponse à des questions prioritaires de constitutionnalité, toute mesure ou procédure de nature à porter atteinte à la liberté

Copyleft – Ius Publicum

individuelle – telle qu'arrestation, détention, internement – doit être placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire[65].

En cas de voie de fait, l'atteinte à la liberté individuelle résulte d'une mesure qui, manifestement insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration (qu'il s'agisse d'exécution forcée ou non – v. *supra*), a par là même été prise et exécutée indépendamment de toute intervention de l'autorité judiciaire.

Son rôle de gardienne de la liberté individuelle doit s'exercer en aval, la voie de fait ayant été commise, pour statuer sur elle, comme il doit s'exercer en amont pour encadrer l'utilisation des pouvoirs d'arrestation et d'internement.

■ Le fondement relatif à l'extinction du droit de propriété est plus approximatif. Il ne se trouve pas dans un article de la Constitution, mais dans « son Préambule », désigné dans les visas de l'arrêt *Bergoend* en même temps que l'article 66.

En visant « la Constitution, et notamment son Préambule », comme l'avait fait le Conseil constitutionnel dans sa fameuse décision du 16 juillet 1971[66], le Tribunal des conflits n'a pas voulu comme celui-ci souligner que le Préambule fait partie intégrante du

[65] Par ex. v., les décisions : Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, Rec. Cons. const. p. 179 ; 22 sept. 2010, n° 2010-31 QPC, Rec. Cons. const. p. 237 ; 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, Rec. Cons. const. p. 343 ; 17 déc. 2010, 2010-69 QPC, Rec. Cons. const. p. 400; 17 déc. 2010, n° 2010-80 QPC, Rec. Cons. const. p. 408 ; 17 déc. 2010, n° 2010-81 QPC, Rec. Cons. const. p. 412 ; 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, Rec. Cons. const. p. 122 ; 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC, Rec. Cons. const. p. 272 ; 9 juin 2011, n° 2011- 631 DC, Rec. Cons. const. p. 252 ; 24 juin 2011, n° 2011-133 QPC, Rec. Cons. const. p. 296 ; 6 oct. 2011, n° 2011-174 QPC, Rec. Cons. const. p. 484 ; 2 déc. 2011, n° 2011-202 QPC, Rec. Cons. const. p. 567 ; Cons. const., 20 avr. 2012, n° 2012-235 QPC, Rec. Cons. const. p. 202. Pour la période antérieure, v. notamment, F. Fines, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle dans la jurisprudence constitutionnelle », RFDA 1994. 594.

[66] Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, Rec. Cons. const. p. 29; AJDA 1971. 537, note J. Rivero ; RD publ. 1971. 1171, note J. Robert.

Copyleft – Ius Publicum

corpus constitutionnel (ce qui est acquis précisément au moins depuis 1971), mais désigner la norme dans laquelle il puise sa solution. Il s'agit, selon toute probabilité, de la formule relative aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

Mais alors que la décision de 1971 reprenait cette formule dans les motifs, l'arrêt de 2013 en fait l'économie. C'est par extrapolation seulement qu'on peut dire que le Tribunal des conflits a fondé sa décision à propos du droit de propriété sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Il avait depuis longtemps considéré que « la protection de la propriété privée rentre essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire »[67], sans avoir à préciser à quel niveau juridique se situe cette assertion.

C'est le Conseil constitutionnel qui, pour la première fois, dans sa décision du 25 juillet 1989[68] a souligné « l'importance des attributions confiées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » – ce qui couvre notamment les lois chargeant l'autorité judiciaire, en cas d'expropriation, de décider le transfert de propriété et de fixer l'indemnisation.

Mais n'était pas précisée pour autant l'étendue de ces attributions. En l'espèce il était seulement constaté que la loi permettait de saisir le juge judiciaire pour fixer

[67] T. confl., 4 juin 1940, Schneider et Compagnie, Lebon p. 248; T. confl., 17 mars 1949, Société « Hôtel du Vieux Beffroi », n° 1077, Lebon p. 592 et Ministre des anciens combattants c. Société Rivoli-Sébastopol, n° 1086, Lebon p. 594; D. 1949. 209, concl. J. Delvolvé, note P.-L. Josse ; S. 1950.3.1, concl. J. Delvolvé, note A. Mathiot ; JCP 1949.II.4997, note Georges ; GAJA jusqu'à la 11e éd. 1996.

[68] Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-256 DC, Rec. Cons. const. p. 78; CJEG 1990. 1, note B. Genevois ; RFDA 1989. 1009, note P. Bon – V., S. Gilbert, Le juge judiciaire, gardien de la propriété immobilière, 2011.

Copyleft – Ius Publicum

l'indemnité due par suite de l'expropriation des biens faisant l'objet d'une procédure accélérée permettant une prise de possession avant le transfert définitif de propriété.

Précédemment, le Conseil constitutionnel[69], considérant que « en l'absence de dépossession », « aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose [...] que l'indemnisation des préjudices causés par les travaux ou l'ouvrage public [...] relève de la compétence judiciaire », avait impliqué qu'en cas de dépossession, la compétence judiciaire s'imposait pour la fixation de l'indemnité.

Cette jurisprudence, si elle reconnaît une base constitutionnelle à la compétence judiciaire en matière de propriété, ne va pas expressément au-delà du contentieux de l'indemnisation. Cela soulève la question de la portée de ce fondement constitutionnel en cas de voie de fait.

2.2 Les conséquences des fondements constitutionnels

Si les fondements constitutionnels permettent de justifier la compétence judiciaire en matière de voie de fait, il reste à en préciser l'étendue avec, en contrepoint, celle de la compétence administrative.

■ Il est entendu que, lorsque les conditions de la voie de fait sont remplies, les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes et peuvent exercer la plénitude de leurs pouvoirs : « ordonner la cessation ou la réparation ».

Compétence et pouvoirs se conjuguent.

[69] Cons. const., 13 déc. 1985, n° 85-198 DC, Rec. Cons. const. p. 78; AJDA 1986. 171, note J. Boulouis ; CJEG 1986. 109, note P. Sablière ; D. 1986. 346, note F. Luchaire. Égal., Cons. const., 13 sept. 2013, n° 2013-338/339 QPC.

Copyleft – Ius Publicum

L'étendue de cette compétence demande des précisions.

En matière de liberté individuelle, elle peut être rapprochée de celle qui résulte des dispositions législatives.

On retrouve ici l'article 136 du code de procédure pénale (repris de l'art. 112 de l'ancien code d'instruction criminelle) dont la portée a donné lieu à une jurisprudence contrastée[70]. Ses deux derniers alinéas disposent : « [...] *dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents. Il en est de même dans toute instance fondée sur les faits constitutifs d'une atteinte à la liberté individuelle ou à l'inviolabilité du domicile prévue par les articles 432-4 à 432-6 et 432-8 du code pénal, qu'elle soit dirigée contre la collectivité publique ou contre ses agents* ».

La portée de ces dispositions est stabilisée depuis l'arrêt du Tribunal des conflits du 12 mai 1997, *Préfet de police c. Tribunal de grande instance de Paris* (*Ben Salem et Taznaret*) (v. note 14): « *ces dispositions, qui dérogent au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires posé par l'article 13 de la loi des 16 au 24 août 1790 et par le décret du 16 fructidor an III, ne sauraient être interprétées comme autorisant les tribunaux judiciaires à faire obstacle à l'exécution des décisions prises par l'administration en dehors des cas de voie de fait; ... le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration, qui permet de priver les décisions de celle-ci de leur caractère exécutoire, est en effet de même nature que celui consistant à annuler ou à réformer les décisions prises par elle dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, pouvoir dont l'exercice relève de la seule compétence de la juridiction administrative, à l'exception*

[70] V., P. Amselek, « Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives à la liberté individuelle », RD publ. 1965. 801; P. Huet, « L'évolution cyclique de la compétence administrative en matière de protection de la liberté individuelle », AJDA 1972. 19. T. confl., 16 nov. 1964, Clément, Lebon p. 796; AJDA 1965. 221, chr. M. Puybasset et J.-P. Puissochet ; CE 9 juill. 1965, Voskresensky, n° 60747, Lebon p. 419; AJDA 1965. 603, concl. J. Fournier ; Crim., 25 avr. 1985, Bogdan, D. 1985. 329, concl. H. Dontenwille.

Copyleft – Ius Publicum

des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire » ; particulièrement elles ne permettent pas aux juridictions de connaître de l'action tendant à ordonner à l'administration de laisser débarquer d'un navire des étrangers auxquels avait été refusée l'autorisation d'entrer en France. L'article 136, s'il donne compétence aux juridictions judiciaires en cas d'atteinte à la liberté individuelle par l'administration, pour connaître d'une action en indemnité et apprécier par voie d'exception à cette occasion la légalité des mesures prises par l'administration[71], ne leur permet pas d'adresser des injonctions à l'administration pour faire cesser l'illégalité éventuellement constatée.

En cas de voie de fait, ce verrou saute: le juge judiciaire peut non seulement la constater et en réparer les conséquences dommageables, mais aussi la faire cesser. C'est la seule différence avec la solution de l'article 136.

Il n'est pas dit expressément par l'arrêt *Bergoend* que la juridiction judiciaire peut constater la voie de fait ni qu'elle peut annuler la décision constitutive de voie de fait, voire en reconnaître « l'inexistence »[72]. Sur la constatation, il n'y a pas de doute: le pouvoir de faire cesser et réparer implique nécessairement celui de constater. L'annulation ou la reconnaissance de l'inexistence peuvent paraître aussi inhérentes à la cessation: pourtant, de même qu'il existe une différence entre annulation d'un acte et injonction de cesser l'application de cet acte, le pouvoir de faire cesser l'application d'un acte, si important qu'il soit, n'équivaut pas à celui d'annuler cet acte : celui-là se trouve en amont alors que celui-ci se trouve en aval.

[71] En ce sens les conclusions de M. Arrighi de Casanova, que l'on retrouve dans les affaires Commune de Chirongui et Bergoend.

[72] V., P. Le Mire, « Inexistence et voie de fait », RD publ. 1978. 1219 ; et les arrêts Guigon cités note 42, et CE 4 mai 1988, Plante, Lebon T. p. 695; CE 11 mars 1998, Ministre de l'intérieur c. Mme Auger, n° 169794, Lebon T. p. 676.

Copyleft – Ius Publicum

Si, en tant que gardienne de la liberté individuelle, l'autorité judiciaire a seule le pouvoir de décider ou d'autoriser une arrestation, elle doit tout autant pouvoir annuler la décision prise par une autorité administrative de procéder à une arrestation.

Pour faire bonne mesure et pour éviter toute ambigüité, il aurait été opportun de préciser que, comme cela est couramment enseigné, en cas de voie de fait, le juge judiciaire dispose non seulement des pouvoirs de cessation et de réparation, mais aussi de constatation et d'annulation.

Cela aurait valu tout autant dans l'hypothèse de l'extinction du droit de propriété.

À ce sujet, on pourrait observer un *hiatus* entre l'étendue de la compétence et des pouvoirs de l'autorité judiciaire tels qu'ils sont reconnus au niveau constitutionnel et ceux qui peuvent être exercés en cas de voie de fait.

Comme on l'a relevé, la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'a réservé expressément au juge judiciaire que le contentieux de l'indemnisation des conséquences dommageables de la privation du droit de la propriété.

En cas de voie de fait comme en cas de décision régulière, ce contentieux appartient également au juge judiciaire : il n'y a finalement que l'application d'une solution « normale ». Le supplément de pouvoirs du juge judiciaire résultant de la voie de fait porte sur la cessation de la voie de fait (et corrélativement, on vient de le voir, sur sa constatation et son annulation).

Mais, alors qu'en matière de liberté individuelle, ce supplément pouvait directement se rattacher au rôle de « gardienne » attribué à l'autorité judiciaire par l'article 66, on ne trouve pas l'équivalent exact à propos du droit de propriété.

On ne regrette évidemment pas que l'autorité judiciaire puisse faire cesser une voie de fait entraînant l'extinction du droit de propriété. On veut seulement dire que, si classique que soit la solution, elle dépasse dans une certaine mesure la lettre de la jurisprudence constitutionnelle. Il faut comprendre que les principes généraux reconnus par

Copyleft – Ius Publicum

les lois de la République auxquels renvoie le Préambule, visé par l'arrêt *Bergoend*, donnent compétence au juge judiciaire autant pour le transfert de propriété (et donc son extinction) que pour son indemnisation.

■ La compétence de la juridiction administrative se trouve renforcée par la restriction du champ de la voie de fait. Déjà l'ordonnance *Commune de Chirongui* avait contribué à une simplification en reconnaissant une compétence parallèle au juge judiciaire et au juge administratif.

L'arrêt *Bergoend* procède à une simplification d'une autre manière: en faisant tomber tout un champ de l'ancienne voie de fait dans la compétence administrative.

Avec l'arrêt *Bergoend*, le juge administratif peut statuer pleinement et exclusivement sur des contentieux relatifs à des comportements qui, naguère voies de fait, lui permettaient seulement d'exercer un pouvoir de constatation[73], non d'indemnisation[74]. Désormais cette distinction n'a plus cours.

À cet égard, c'est en même temps et tout autant une simplification pour le plaideur, qui ne risque plus d'avoir à s'adresser successivement aux deux ordres de juridiction pour ce qui était une voie de fait.

La compétence de la juridiction administrative est à la fois exclusive et complète.

L'arrêt apporte au passage une précision: après avoir qualifié « d'ouvrage public » un poteau électrique directement affecté au service public de la distribution d'électricité,

[73] Par ex., T. confl., 27 juin 1966, Guigon c. Armées, préc., note 42.

[74] Par ex., CE, sect., 10 oct.1969, Muselier, cité note 50.

Copyleft – Ius Publicum

faisant ainsi application de la jurisprudence *Béligaud*[75], il considère « que des conclusions tendant à ce que soit ordonné le déplacement ou la suppression d'un tel ouvrage relèvent par nature de la compétence du juge administratif ». La formule était déjà dans l'arrêt Binet du 8 mai 2002 (v. note 55).

On n'épiloguera pas sur la référence à une « nature » qui détermine la compétence du juge administratif comme, dans la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, c'est une autre « nature » qui réserve certaines matières à la compétence du juge judiciaire – la « nature » en question dans les deux cas n'étant qu'une construction résultant de la volonté humaine (il vaudrait donc mieux parler de « structure » que de « nature »).

On observe seulement que si l'implantation d'un ouvrage public d'une part était manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration, d'autre part avait pour objet et pour effet d'éteindre le droit de propriété, elle constituerait une voie de fait : alors le juge judiciaire pourrait en ordonner la suppression selon le principe formulé précédemment par le Tribunal des conflits. L'hypothèse est sans doute rare; elle n'en doit pas moins être réservée. Elle l'avait été dans l'arrêt *Binet.*

La formule du Tribunal des conflits doit s'entendre comme signifiant que lorsque l'implantation d'un ouvrage public ne constitue pas une voie de fait, les conclusions tendant à en ordonner le déplacement ou la suppression relèvent de la compétence du juge administratif en application des règles de droit commun déterminant cette compétence.

L'exception à la compétence administrative au profit de la compétence judiciaire entraînée par la voie de fait conduit à se demander si subsiste la possibilité d'une compétence parallèle reconnue déjà avant l'ordonnance *Commune de Chirongui* et

[75] CE, ass., 29 avr. 2010, Époux Beligaud, n° 323179, Lebon p. 126, concl. M. Guyomar; AJDA 2010. 926; ibid. 1642, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; ibid. 1916, étude S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser ; RDI 2010. 390, obs. O. Févrot ; RFDA 2010. 557, concl. M. Guyomar; ibid. 572, note F. Melleray ; RJEP 2010 Comm. 54, Y. Gaudemet.

Copyleft – Ius Publicum

prolongée par elle[76]. On a vu que cette jurisprudence permet autant au juge administratif (aujourd'hui dans le cadre du référé-liberté) qu'au juge judiciaire de constater et faire cesser une voie de fait.

Dès lors que l'arrêt *Bergoend* resserre les critères de la voie de fait au regard des principes constitutionnels qui fondent la compétence judiciaire, ces mêmes principes ne doivent-ils pas conduire à reconnaître au juge judiciaire non seulement une pleine compétence mais aussi une compétence exclusive?

On peut faire un parallèle avec le principe constitutionnel qui, selon la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, fonde la compétence de la juridiction administrative pour connaître les recours en annulation ou en réformation d'actes administratifs : il entraîne l'exclusivité de cette compétence et s'oppose normalement à ce qu'une compétence pour connaître de tels recours soit attribuée au juge judiciaire, même si la liberté individuelle est en cause[77].

De la même manière, la compétence constitutionnelle que détient l'autorité judiciaire en matière de voie de fait nouvellement définie devrait exclure celle du juge administratif : ainsi contrairement a ce qu'a considéré l'ordonnance *Commune de Chirongui*, le juge administratif du référé-liberté ne serait plus compétent.

L'arrêt *Bergoend* aboutirait à ce paradoxe d'écarter une solution qui a constitué une simplification et un progrès. Pour la maintenir, on peut d'abord observer que la compétence judiciaire en matière de propriété n'a été réservée expressément qu'à propos de l'indemnisation. On pourrait en déduire que, si en cas de voie de fait, la compétence judiciaire est exclusive pour la réparation, elle ne l'est pas pour la constatation et la

[76] V., note RFDA 2011. 299.

[77] Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-261 DC, Rec. Cons. const. p. 81; D. 1990. 161, note X. Prétot ; RFDA.1989. 621, note B. Genevois ; AJDA 1889. 619, note J. Chevallier.

Copyleft – Ius Publicum

cessation: ainsi pourrait se poursuivre pour elles comme naguère, notamment avec l'arrêt *Commune de Chirongui*, la compétence parallèle du juge judiciaire et du juge administratif.

Mais la solution ne vaudrait pas pour la voie de fait en matière de liberté individuelle, pour laquelle le rôle de gardienne de la liberté individuelle confié à l'autorité judiciaire par l'article 66 devrait être exclusif. On aurait donc une distorsion entre les deux objets auxquels porte atteinte la voie de fait – ce qui n'est pas vraiment satisfaisant...

Pour arriver à un résultat qui le soit, il n'est d'autre moyen que de recourir au type de motivation retenu par le Conseil Constitutionnel dans la décision de 1987 : « l'intérêt d'une bonne administration de la justice ». Celui-ci peut justifier que, par exception, compétence soit reconnue aux juridictions judiciaires pour statuer sur des recours en annulation ou en réformation d'actes administratifs.

De la même manière, on pourrait dire que, par exception à la compétence judiciaire, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le juge du référé-liberté peut connaître d'une mesure ou d'un comportement qui constituerait une voie de fait et pourrait donner lieu à l'exercice de la compétence judiciaire.

Ainsi se trouveraient combinées les décisions *Bergoend* et Commune de *Chirongui* et se trouverait maintenue la simplification de cette dernière.

Ce serait satisfaisant en pratique. Mais sur le plan théorique, ce serait une sorte de contorsion.

Copyleft – Ius Publicum

ANNEXE

Tribunal des conflits, 17 juin 2013, n° 3911

Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman

Vu la loi des 16 au 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III; Vu la loi du 24 mai 1872; Vu le décret du 26 octobre 1849 modifié et, notamment, ses articles 35 et suivants;

Vu la Constitution, notamment son Préambule et son article 66; Vu la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie et, notamment, son article 12;

Vu le décret n° 70-492 du 11 juin 1970; Considérant que M. Bergoend est devenu propriétaire le 15 juin 1990 d'une parcelle sur laquelle Électricité de France, aux droits de laquelle vient la société ERDF Annecy Léman, avait implanté un poteau en 1983, sans se conformer à la procédure prévue par le décret du 11 juin 1970 pris pour l'application de l'article 35 modifié de la loi du 8 avril 1946, ni conclure une convention avec le propriétaire du terrain; que, par acte du 24 août 2009, il a fait assigner la société ERDF devant le tribunal de grande instance de Bonneville, afin que soit ordonné le déplacement du poteau litigieux, sous astreinte, aux frais de la société; que, par un jugement du 21 janvier 2011, le tribunal de grande instance a décliné sa compétence; qu'en appel, la cour d'appel de Chambéry, par un arrêt du 6 octobre 2011, a également jugé que la juridiction judiciaire était incompétente pour connaître du litige engagé par M. Bergoend; que, saisie par l'intéressé d'un pourvoi contre cet arrêt, la Cour de cassation a renvoyé au Tribunal des conflits, par application de l'article 35 du décret du 26 octobre 1849, le soin de décider sur la question de compétence;

Considérant qu'il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la

Copyleft – Ius Publicum

compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative; que l'implantation, même sans titre, d'un ouvrage public sur le terrain d'une personne privée ne procède pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration;

Considérant qu'un poteau électrique, qui est directement affecté au service public de la distribution d'électricité dont la société ERDF est chargée, a le caractère d'un ouvrage public; que des conclusions tendant à ce que soit ordonné le déplacement ou la suppression d'un tel ouvrage relèvent par nature de la compétence du juge administratif, sans qu'y fassent obstacle les dispositions de l'article 12 de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie; que l'implantation, même sans titre, d'un tel ouvrage public de distribution d'électricité, qui, ainsi qu'il a été dit, ne procède pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose la société chargée du service public, n'aboutit pas, en outre, à l'extinction d'un droit de propriété; que, dès lors, elle ne saurait être qualifiée de voie de fait; qu'il suit de là que les conclusions tendant à ce que soit ordonné le déplacement du poteau électrique irrégulièrement implanté sur le terrain de M. Bergoend relèvent de la juridiction administrative.

Copyleft – Ius Publicum

IUS PUBLICUM NETWORK REVIEW

BIENES Y OBRAS PÚBLICAS

INFORME ANUAL – 2012- ESPAÑA

(Junio 2013)

Prof. Francisco LÓPEZ MENUDO [*]

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LEGISLACIÓN EN EL ÁMBITO ESTATAL
2.1 En materia de bienes
2.2 En materia de obras públicas
3. LEGISLACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
3.1 En materia de bienes
3.2 En materia de obras públicas
4. JURISPRUDENCIA
5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

En el período considerado de la presente crónica, anualidad de 2012, las novedades en materias de bienes y obras públicas, a diferencia de otros anteriores, presenta un resultado más bien magro, y no precisamente debido a la desaplicación del legislador, pues los repertorios de legislación dan buena cuenta de la multitud de normas con rango de Ley, Reales Decretos y Decretos Autonómicos aprobadas en este espacio de tiempo, lo que eleva el número a casi a dos mil disposiciones en todo el

[*] Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla. España.

territorio del Estado. Tampoco puede decirse que las novedades recaídas hayan sido de gran calado, operando, salvo contadas excepciones, sobre aspectos menores de las instituciones tratadas. En cualquier caso, llegados a este tercer número de las crónicas, puede observarse ya la evolución de algunas tendencias que habíamos ido detectando, como la progresiva pérdida de protagonismo del trámite de desafectación en los expedientes de enajenación de bienes, o la reiteración del recurso a técnicas que permiten a las Comunidades Autónomas asumir el liderazgo en la implantación de determinadas infraestructuras consideradas estratégicas, flexibilizando así la -en ocasiones- rígida iniciativa local en materia urbanística. De todo ello damos cuenta a lo largo de los siguientes apartados.

2. LEGISLACIÓN EN EL ÁMBITO ESTATAL

2.1 En materia de bienes

La Ley de cabecera del sistema patrimonial público, Ley 33/2003 de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) ha sido objeto de hasta tres modificaciones a lo largo del periodo considerado. La primera de ellas se produjo mediante el **Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo**, **por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público**, que, en lo que hace a la LPAP, con la finalidad confesada de continuar de manera urgente con las medidas de ahorro y austeridad que permitan lograr el objetivo de consolidación fiscal, realiza diversas modificaciones en su articulado orientadas a simplificar las estructuras de gestión de inmuebles públicos y mejorar la coordinación, persiguiendo con ello una gestión más eficiente de los edificios administrativos que permita reducir gastos. La segunda modificación de la LPAP la incorpora la **Ley 2/2012 de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012,** y afecta a cuestiones diversas tales como: a) el endurecimiento de los requisitos exigidos para la obtención del tradicional premio por denuncia; b) la introducción de la regla que permite tramitar los expedientes de enajenación, cesión o permuta de bienes del Patrimonio del Estado manteniéndose la afección al uso o servicio público durante la instrucción, posponiendo la desafectación, que en todo caso debe producirse antes de dictar la resolución definitiva; c) modificaciones en los procedimientos de adquisición de inmuebles, como la introducción de la posibilidad de utilizar el procedimiento restringido o la adquisición mediante procedimientos basados en la formación de bolsas de ofertas

permanentes al objeto de facilitar la utilización del procedimiento restringido entre los incorporados al sistema; y d) modificaciones en los procedimientos de enajenación de inmuebles como la eliminación de la preferencia del concurso como procedimiento ordinario. La tercera modificación de la LPAP vino incorporada en la **Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013**, y está referida a las reglas sobre formalización de los negocios jurídicos de adquisición o enajenación de inmuebles.

En materia de aguas se han producido novedades de diverso alcance. Por una parte, la **Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente** (que sustituye tácitamente al Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo), modifica el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba la Ley de Aguas con varios propósitos. Por una parte, como medida preventiva para situaciones de sequía, la Ley introduce una serie de medidas que pretenden conseguir un uso más adecuado del agua, a través de una gestión eficaz y coordinada en la que se preserve como principio fundamental el de unidad de gestión de cuenca. Se regulan las masas de agua subterránea y el buen estado de las mismas, permitiendo reaccionar con rapidez ante los problemas que se detecten en estas masas así como dotar de mayor flexibilidad la gestión de las disponibilidades de agua en las masas que cuenten con un plan de actuación. También la Ley incorpora medidas que incentivan, como mecanismo potestativo, la transformación de los derechos de aprovechamiento privados de aguas en derechos concesionales, con el objetivo de facilitar y mejorar la gestión de episodios meteorológicos e hidrológicos desfavorables. Por otra parte, al objeto de para reforzar la potestad sancionadora, la Ley 11/2012, introduce rectificaciones en la Ley de Aguas que facilitan la correcta aplicación de la legislación sustantiva. En este caso la modificación trae causa de la anulación de la Orden del Ministerio de Medio Ambiente 85/2008, que estableció los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y las normas sobre toma de muestras y análisis de vertidos de aguas residuales, anulada por STS de 4 de noviembre de 2011 (rec. 6062/2010). A juicio del TS, la Orden Ministerial no respetaba las garantías de rango normativo inherentes al principio de legalidad (art. 25 de la Constitución) en su doble vertiente de reserva legal y tipicidad, y ello porque a pesar de que el art. 117 de la Ley de aguas realiza una remisión al reglamento -amplia, pero compatible con el principio de legalidad- el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público

Hidráulico no facilita los criterios para la medición del daño y la consiguiente determinación de la infracción cometida (señaladamente en su artículo 326). Únicamente se dice que la determinación de los daños (elemento nuclear de la tipificación de la infracción) se efectuará por el órgano sancionador de acuerdo con los criterios técnicos que determine el Ministerio de Medio Ambiente, que es la tarea que acomete la Orden Ministerial anulada.

Siguiendo con las novedades en materia de aguas cabe mencionar la modificación del citado Reglamento del Dominio Público Hidráulico por el **Real Decreto 1290/2012, de 7 de septiembre**, que contiene diversas disposiciones normativas encaminadas a homogeneizar la actuación de los distintos Organismos de cuenca y otras Administraciones competentes a la hora de gestionar la utilización y protección del dominio público hidráulico en asuntos relacionados con los contenidos los planes hidrológicos. Finalmente hay que reseñar la aprobación de Planes Hidrológicos correspondientes a diversas Demarcaciones, lo que puede hacerse por vía de simple enumeración: Plan Hidrológico de la Demarcación del Tinto, Odiel y Piedras (**Real Decreto 1329/2012, de 14 de septiembre**); Plan Hidrológico de la Demarcación del Guadalete y Barbate (**Real Decreto 1330/2012, de 14 de septiembre**); Plan Hidrológico de la Demarcación de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas (**Real Decreto 1331/2012, de 14 de septiembre**) y Plan Hidrológico de la Demarcación de Galicia-Costa (**Real Decreto 1332/2012, de 14 de septiembre**).

2.2 En materia de Obras Públicas

En el número anterior de estas crónicas dábamos cuenta del anuncio de Ministerio de Fomento sobre la elaboración de un nuevo Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda con un horizonte temporal 2012-2024 del que se llegaron a adelantar sus líneas estratégicas e incluso la fecha de aprobación por el Consejo de Ministros, prevista para el mes de julio de 2011. Ninguna otra noticia ha habido al respecto desde entonces, salvo aquellas que nos permiten suponer que la intención ha quedado a la espera de una recuperación del entorno macroeconómico que facilite la relajación de las imposiciones de los niveles de déficit público, factor esencial para la correcta programación de las tradicionalmente ingentes partidas de gasto en infraestructuras.

Aclarado lo anterior, cabe señalar como una de las principales novedades del

período en materia de obras públicas e infraestructuras el **Real Decreto 488/2012, de 5 de marzo,** por el que se modifica la letra d) de la cláusula 8 del pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero de 1973. La modificación trae causa de la STJUE de 22 de abril de 2010, que declaró que España vulneró la normativa comunitaria sobre contratación pública en un supuesto en el que no se había publicado ni en el anuncio en el DOCE, ni en el pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso la totalidad de las obras a ejecutar por el concesionario. Para dar cumplimiento a lo previsto en la sentencia, se modifica la cláusula 8 del pliego de cláusulas generales referido en el sentido de delimitar las características de las mejoras que se pueden admitir, a propuesta del licitador de una concesión de autopista de peaje, a fin de evitar que los licitadores propongan mejoras no amparadas por el objeto de un contrato, pues la adjudicación de esas obras sin la debida publicidad resulta contraria a los principios de transparencia e igualdad, según ha declarado el TJUE.

En materia de gestión de las infraestructuras, hay que destacar tres normas. La primera de ellas, el **Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios,** que si bien tiene como objeto principal avanzar en la liberalización del sector iniciada por la Ley 39/2003, del 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, incorpora en su Disposición Adicional Primera una previsión sobre reestructuración de servicios e infraestructuras ferroviarias que deberá llevarse a cabo previa propuesta del el Ministerio de Fomento sobre la viabilidad de aquellas infraestructuras ferroviarias que no generen rentabilidad desde el punto de vista económico y social. La segunda de las normas del periodo que vienen referidas a la gestión de las infraestructuras la constituye el **Real Decreto 662/2012, de 13 de abril, por el que se establece el marco para la implantación de los sistemas inteligentes de transporte (SIT)** en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte. En este caso, es la Directiva 2010/40/UE de 7 de julio de 2010, la que impone dar soluciones coordinadas a la creciente congestión de las infraestructuras viarias y del aumento del consumo de energía, mediante la implantación de los SIT, que, basados en la electrónica, la informática y las telecomunicaciones, resulta ser un conjunto de aplicaciones avanzadas que proporcionan servicios en relación con los diferentes modos de transporte y la gestión del tráfico y permiten a los distintos usuarios estar mejor

informados y hacer un uso más seguro, más coordinado y eficaz de las redes de transporte. Y en tercer lugar, aunque en este caso en el aspecto más puramente organizativo de la gestión de las infraestructuras, cabe citar la promulgación del **Real Decreto 1143/2012, de 27 de julio por el que se aprueba el Estatuto del organismo autónomo Servicio Militar de Construcciones**, del que cabe destacar que tiene la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que tengan la consideración de poder adjudicador.

3. LEGISLACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

3.1 En materia de bienes

En este período han sido objeto de diversas modificaciones las Leyes de patrimonio de las Comunidades Autónomas de Aragón y Castilla y León. En cuanto a la Comunidad Aragonesa, tanto la **Ley 2/2012, de 23 de febrero**, de modificación de Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón, como **la Ley 4/2012, de 26 de abril**, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, incorporan previsiones que modifican la Ley de cabecera del patrimonio público autonómico, tratándose en ambos casos de medidas orientadas a la racionalización y control de la gestión patrimonial. Por lo que hace a la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, la **Ley 4/2012, de 16 de julio, de medidas de Castilla y León,** incorpora como principio en la gestión del patrimonio la posibilidad de diferir la desafectación de los bienes del patrimonio hasta el momento anterior a dictarse los acuerdos de finalización de los procedimientos de enajenación, permuta o cesión. Debe hacerse notar que se trata de una regla idéntica a la que la ya citada Ley 2/2012 de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, incorpora respecto de la normativa de patrimonio del Estado. Al hilo de ello, vale la pena resaltar la progresiva pérdida de protagonismo del trámite de desafectación, que en línea de tendencia parece ir relegándose a un segundo plano por la legislación positiva. Sirvan como ejemplo los ya citados y el recordatorio de lo que señalábamos en la crónica correspondiente al año 2010, en la que se daba cuenta de modificaciones legislativas autonómicas orientadas a implantar la *desafectación implícita en el acuerdo de enajenación,* es decir, la eliminación del trámite de desafectación demanial en la enajenación de inmuebles, entendiéndose como bienes patrimoniales desde el mismo

momento de la autorización del órgano competente para la enajenación (*Informe anual 2010, pág. 12)*.

En cuanto a las propiedades especiales, también en materia de aguas han sido varias las Comunidades Autónomas que han dictado normas al respecto, todas ellas de carácter organizativo. En Andalucía se por **Decreto 14/2012, de 31 de enero**, se crea la Comisión de Autoridades Competentes de las demarcaciones hidrográficas de las cuencas intracomunitarias situadas en Andalucía y regula su organización, funcionamiento y atribuciones; y mediante el **Decreto 52/2012, de 29 de febrero** se regula el Observatorio del Agua de Andalucía. En Aragón, la **Ley 6/2012, de 21 de junio** modifica la Ley 6/2001 de 17-5-2001 de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón, con la finalidad de adaptar los mecanismos legales existentes a las diversas situaciones producidas por una realidad económica diferente a aquella para la que el Plan Especial de Depuración y el Plan Integral de Depuración del Pirineo Aragonés fueron diseñados, lo que ha dado lugar a la revisión de determinados proyectos o la modificación de la planificación de las actuaciones previstas con las posibles variaciones de los contratos de concesión en determinadas zonas. Y en Galicia, por **Decreto 32/2012, de 12 de enero se aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Aguas de Galicia**, que, estando previsto en la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de aguas de Galicia, está a constituirse en el instrumento central para llevar a cabo la política del agua en la Comunidad Autónoma.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Galicia ha aprobado la **Ley 7/2012, de 28 de junio de Montes de Galicia,** de la que cabe destacar los siguientes aspectos: a) contiene un reconocimiento expreso de la función social de los montes; b) establece un régimen jurídico detallado de las distintas tipologías de montes, recogiendo la clasificación tradicional que distingue entre montes públicos de los privados, y los montes protectores; c) reconoce las potestades de planificación y ordenación forestal como instrumentos necesarios de la política forestal; d) en cuanto a la regulación de los aprovechamientos forestales, es interesante destacar que en los aprovechamientos madereros se opta, como regla general, por un régimen de comunicaciones, siguiendo la línea establecida por la Directiva de servicios; e) dedica un Título específico a la regulación de las infraestructuras forestales, tratando de cohonestar la normativa forestal con al urbanística; f) unifica el sistema de registros forestales; y g) contiene un

detallado régimen sancionador que pretende conjuntar el rigor ante el infractor con el principio de proporcionalidad entre la infracción cometida y la sanción imputada.

En materia de costas, en la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha aprobado **el Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre** de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía. Según la propia exposición de motivos, la norma *trata de salvaguardar los intereses autonómicos presentes en esta zona, de forma que se garantice la protección y puesta en valor de la franja más próxima a la costa, y mantener libres de urbanización los espacios no edificados que no sean necesarios para la normal expansión d nuestros pueblos y ciudades, propiciando un desarrollo urbanístico sostenible adecuado a la capacidad de acogida del territorio*. Se crea para ello la figura urbanística del "Plan de Protección del corredor Litoral de Andalucía", que incluye en su ámbito los terrenos situados a una distancia inferior a 500 metros desde el límite interior de la ribera del mar, que corresponden a la Zona de Influencia del Litoral establecida en el artículo 30 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, excluyendo de la misma las zonas contiguas a las márgenes de los ríos. En definitiva, la norma trata de mantener libres de urbanización los espacios no edificados que no sean necesarios para la normal expansión de los núcleos de población.

3.2 En materia de obras públicas.

En lo que hace propiamente a las obras públicas, cabe destacar la **Ley 7/2012, de 20 de julio de la región de Murcia, reguladora de la reedificación por sustitución forzosa para la urgente reconstrucción de Lorca**. Ante el importante número de edificaciones derruidas como consecuencias del seísmo producido en la localidad de Lorca el año 2011, en un primer momento se aprobaron diversos Decretos-leyes del Gobierno de la Nación encaminados a establecer ayudas urgentes a la reconstrucción, medidas que a la postre se han revelado como insuficientes para la total reedificación. Ante ello, el mismo Gobierno declaró en el Real Decreto-ley 11/2012, que las actuaciones de reconstrucción de viviendas afectadas por el terremoto podrán ser objeto de ejecución forzosa en los términos previstos en el Texto Refundido de la Ley de Suelo, señalando además como agente edificador en los procedimientos de sustitución forzosa a la Entidad Pública Empresarial de Suelo (SEPES). La Ley autonómica tiene por objeto, pues, desarrollar tales previsiones,

regulando el mecanismo de sustitución forzosa para proceder a la urgente reedificación de los inmuebles que, habiendo estado en régimen de propiedad horizontal, hayan sido demolidos o deban demolerse como consecuencia del terremoto.

En lo que hace al desarrollo de nuevas infraestructuras, cabe destacar **la Ley de la Comunidad Valenciana 1/2012, de 10 de mayo, de medidas urgentes de impulso a la implantación de Actuaciones Territoriales Estratégicas,** entendidas éstas como intervenciones singulares de carácter supramunicipal que contribuyen a la dinamización de la actividad económica y a la creación de empleo en el marco de la Estrategia Territorial de la Comunidad Valenciana. La norma trata de incorporar a la competencia de la Comunidad Autónoma los instrumentos y procedimientos de alcance territorial y urbanístico que permitan la tramitación e implantación de estos procesos en condiciones adecuadas, tanto de plazo como de contenido, dada su singularidad y relevancia territorial. Hay que recordar que diversas Comunidades Autónomas han recurrido ya a similares instrumentos como mecanismo para atribuir a la Comunidad Autónoma la competencia en materia urbanística para agilizar actuaciones que tienen una incidencia supramunicipal, pudiendo recordarse al respecto lo establecido en la Ley 4/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para el impulso de la inversión en las Islas Baleares, de la que dimos cuenta en el primer número de estas crónicas (*Informe 2010, págs. 13 y 14*).

Por otra parte, **la Ley 10/2012, 26 de diciembre, de medidas Fiscales y Administrativas de Cantabria 2013**, reforma el capítulo III «Uso y defensa de las carreteras» de la propia Ley 5/1996, de 17 de diciembre, de carreteras de Cantabria con una doble finalidad: en primer lugar, para mejorar la regulación relativa a la determinación de la arista exterior de la explanación en tramos urbanos cuando existen aceras; y en segundo lugar para aclarar el procedimiento para la determinación de situaciones que tienen una indudable influencia en el régimen jurídico de aplicación como en los casos determinación de alineaciones consolidadas o de la existencia de una travesía en un tramo urbano de una carretera.

Finalmente, en lo que se refiere al uso y gestión de las infraestructuras así como a sus aspectos organizativos, cabe citar **el Decreto 41/2012, de 12 de enero que regula la estructura, la composición y las funciones del Consejo Gallego de Transportes**.

4. JURISPRUDENCIA

Comenzando por los pronunciamientos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, vale la pena destacar aquí la STS de 31 de octubre de 2012 (rec. 5924/2009) que se refiere a un supuesto en el que se plantea la compatibilidad de diversos títulos concesionales sobre un mismo espacio físico. El origen del litigio se encuentra en la denegación por Orden Ministerial de la ocupación de terrenos de dominio público marítimo terrestre (mar territorial) para la instalación de ocho parques eólicos frente a la costa, fundada en la preexistencia de otras concesiones demaniales, en concreto una a favor de la Administración Autonómica para arrecife artificial y otra a favor de una mercantil para la actividad de acuicultura. El recurrente, peticionario de la concesión, alega que el artículo 66 de la Ley de Costas ampara el otorgamiento de las concesiones dejando a salvo los derechos preexistentes, de manera que, para que la decisión de la Administración fuera debidamente motivada, debería haber razonado por qué la concesión pretendida no dejaba a salvo los derechos preexistentes, cosa que no hizo. Teniendo en cuenta el alto grado de discrecionalidad que conlleva la potestad ejercitada, el TS reprocha a la Administración que hubiera denegado la concesión sobre la base de un razonamiento más propio de la aplicación de los elementos reglados de la potestad que de los puramente discrecionales, desde el momento que se fundó, en la toma en consideración del dato objetivo y aséptico de la preexistencia de una concesión previa sobre el terreno, prescindiendo deliberadamente de la valoración de la compatibilidad de ambos aprovechamientos y su afección sobre el interés general. Al hilo de ello, el TS recuerda que el concesionario

> *No ostenta un derecho de exclusividad de aprovechamiento del espacio físico sobre el que su concesión se asienta, sino que debe tolerar y franquear las actuaciones sobre el mismo espacio que no obstaculicen el normal desenvolvimiento de su concesión y por ende permitan satisfacer el interés general al que el demanio sirve en términos compatibles con el legítimo desenvolvimiento de la concesión preexistente.*

Cabe resaltar que es el propio TS se encarga de recordar que el ordenamiento de los bienes públicos contempla la posibilidad de usos privativos coincidentes sobre el demanio en diversas normas, como puede deducirse de los artículos 67 y 85Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas, artículos 22 y 36 de la Ley

de Minas de 1973 o artículo 23 de la Ley de Hidrocarburos, aunque la Ley de Costas no contenga previsión expresa al respecto.

En materia de deslindes y desafectación de demanio público costero, resulta sumamente interesante también la **SAN de 10 de diciembre de 2012** (rec. 5/2009), que analiza el supuesto en que los terrenos que han perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo terrestre no se han de mantener indefinidamente en el dominio público so pretexto de estar incluidos en él merced a un deslinde practicado antes de su desnaturalización. La sentencia pone en relación los artículos 4.5 y 18 de la Ley de Ley 22/1988, de Costas y señala que la Administración viene obligada a practicar un nuevo deslinde en el que, con libertad de criterio, declare su necesidad de protección o no. En este caso la SAN se apoya en la jurisprudencia más reciente al respecto, representada, entre otras, por las SSTS de 5 de noviembre de 2010 (rec.4057/2006), 10 de mayo de 2012 (rec. 1.255/2009), y 21 de julio de 2011 (rec. 6303/2007).

En cuanto a la jurisprudencia constitucional, cabe destacar varios pronunciamientos recaídos en el período. Por una parte, la STC **149/2012, de 5 de julio**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el art. 16 bis.5 del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio que habilita al Gobierno para que, por Real Decreto, y previa audiencia de las CCAA, fije el ámbito territorial de cada demarcación hidrográfica "que será coincidente con el de su plan hidrológico". El reproche de la Comunidad Autónoma recurrente se centra en tal precepto pueda habilitar al Gobierno a delimitar las demarcaciones hidrográficas de competencia de las CCAA, aclarando el TC que el precepto sólo se refiere a las demarcaciones hidrográficas de competencia del Estado, por lo que en ningún caso habilita para incluir cuencas de competencia de las CCAA. Por otra parte, las **SSTC 87/2012, de 18 de abril, y 137/2012, de 19 de junio** declaran la inconstitucionalidad de sendas redacciones de la Disposición Adicional Tercera de la Ley gallega de ordenación urbanística y protección del medio rural, que extendían la reducción de la servidumbre de protección de 100 metros a 20 metros permitida por la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 22/1988, de Costas, a determinados núcleos de población. Para el TC, reiterando su doctrina anterior, sólo al Estado corresponde fijar limitaciones y servidumbres sobre los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, entre ellas la servidumbre de protección, no

pudiendo las Comunidades Autónomas establecer ninguna determinación al respecto, aunque sea simplemente para reproducir las previsiones estatales: esta actuación le quedaría vedada por la doctrina sobre la *lex repetita*, según la cual la reproducción de normas estatales es inconstitucional cuando la Comunidad Autónoma carece de la correspondiente competencia, salvo que dicha reiteración sea imprescindible para el entendimiento del precepto. Y, en definitiva, las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo no pueden incidir sobre la competencia para fijar la extensión de la servidumbre que corresponde al Estado en ejercicio de competencias que solo a él le pertenecen.

Finalmente, **la STC 162/2012 de 20 septiembre**, que declara inconstitucional y nulo el artículo 114. Pfo. 2º de la Ley 22/1988, de Costas, en redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, conforme a la cual, "La competencia autonómica sobre ordenación territorial y del litoral, a la que se refiere el párrafo anterior, alcanzará exclusivamente al ámbito terrestre del dominio público marítimo-terrestre, sin comprender el mar territorial y las aguas interiores". A juicio del TC, si bien es aceptable el contenido material del art. 114 conforme a una ya asentada jurisprudencia que pretende armonizar la competencia en materia de costas del Estado y la autonómica en materia de ordenación del territorio, termina declarando la inconstitucionalidad formal de la norma estatal, y ello porque

> *resulta que la doctrina a la que ya hemos aludido ha negado la posibilidad de que el legislador estatal pueda, sin una expresa previsión constitucional o estatutaria para ello, llevar a cabo, no ya una mera remisión a las normas atributivas de competencias [como en el caso examinado en la STC 149/1991, F. 7 b)] sino, más específicamente, una interpretación conceptual y abstracta del sistema de distribución de competencias con el objetivo de delimitar las atribuciones de las Comunidades Autónomas.*

5. BIBLIOGRAFÍA

EMBID IRUJO, A. (dir): *Agua y ciudades*, Edit. Civitas, Madrid, 2012.

EMBID IRUJO, A. (dir.): *La directiva marco de aguas y su recepción en España (el modelo europeo de gestión del agua)*, número monográfico de la Revista Justicia Administrativa, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2012.

FANLO LORA, A.: "Tratemos el agua con seriedad" REDA nº 154 2012, págs., 11-16.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: *Las concesiones administrativas de dominio público*, Edit. Civitas, Madrid, 2012.

FERNÁNDEZ RAMOS, S.: "Aproximación a la Ley 7/2011, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía", Revista Andaluza de Administración Pública, nº 82/2012 (enero-abril), págs., 13-72.

GUTIÉRREZ COLOMINA, V.: *Régimen de bienes de las entidades locales*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

JIMÉNEZ COMPAIRED, I., EMBID IRUJO, A: *Los cánones de regulación y las tarifas de utilización del agua*, Edit. Aranzadi, 2012.

LACRUZ, M: "Bienes sin dueño: mostrencos y abintestatos en la nueva Ley de Patrimonio de Aragón", Revista Aragonesa de Administración Pública, nºs 39-40, 2012, Gobierno de Aragón, págs. 11- 48.

LÓPEZ RAMÓN, F: *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Edit. Civitas, Madrid, 2012.

MENÉNDEZ REXACH, A: *Planificación gestión del agua ante el cambio climático experiencias comparadas y el caso de Madrid*, Edit. La Ley Actualidad, Madrid, 2012.

MITRE GUERRA, E.J.: *El derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacional*, Edit. Iustel, Madrid, 2012.

NAVARRO RODRÍGUEZ, P., MONTES WORBOYS, F.: "Protección del litoral y lucha contra el cambio climático en Andalucía a la luz de proyecto de modificación de la Ley de Costas. Necesidad o conveniencia de articular mecanismos de colaboración realmente eficaces contra el cambio climático", Revista Andaluza de Administración Pública, nº 84/2012 (septiembre-diciembre), Instituto Andaluz de Administración Pública, págs. 135-176.

RAMOS MEDRANO, J.A., RAMOS DÍEZ, F.J.: *Urbanismo, obra pública y medio ambiente. 100 resoluciones judiciales contra la Administración Pública*, Edit. Dykinson, Madrid, 2012.

ROCA, M., RIDAO, J.: *La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras*, Edit. Atelier, Barcelona, 2012.

RUIZ LÓPEZ, M.A.: *La potestad de desahucio administrativo*, Edit. INAP, Madrid, 2012.

TARDÍO PATO, J.A.: "Suficiencia y disponibilidad de agua para los desarrollos urbanísticos y la ineludible coordinación entre la planificación hidrológica y la planificación del territorio", Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, nº 22, 2012, págs. 21-63.

VALENCIA MARTÍN, G.: "El problema de las cuencas internas", Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, nº 21, 2012, págs. 13-23.

VEGA LABELLA, J.I, MELÓN PARDO, C. SILVÁN OCHOA, P.: *Régimen jurídico de la construcción y explotación de obras públicas*, Edit. DAPP, Pamplona, 2012.

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

FISCAL AND TAX LAW

ANNUAL REPORT - 2013 - GERMANY

(August 2013)

Prof. Dr. Marc DESENS & Prof. Dr. Henning TAPPE

INDEX

1. GENERAL FISCAL CLIMATE

2. DEVELOPMENTS IN FISCAL AND TAX CONSTITUTIONAL LAW

2.1 Debt Ceiling and reorganization of federal fiscal equalization

2.2 Invention of new taxes

2.3 Inheritance Tax – permanent work in progress

2.4 Equal tax treatment of registered domestic partnerships and marriage implemented

3. INCOME TAX

3.1 Big Brother prize moneys subject to income tax

3.2 Self-employed prostitutes generate income from trade or business

3.3 So-called subjective concept of accounting errors discontinued

3.4 Debate on deductibility of private expenses in income taxation

4. CORPORATE TAX

4.1 Full tax liability concerning so-called free floating dividends (sec. 8b para. 4 KStG)

4.2 The "small" reform of the fiscal unity concept

Copyleft – Ius Publicum

1. General Fiscal Climate

In terms of fiscal policy – and thus also in terms of fiscal and tax law – the year 2013 is characterized by a degree of uncertainty. European politics remain to be dominated by the economic and financial crisis with fiscal consequences that are still completely unforeseeable. At the same time, the financial conditions within Germany are more positive than they have been for a long time. Considerable additional tax revenues are expected to allow for a federal budget surplus in 2014. The federal Länder are also benefitting from the solid tax revenues and historic low interests.

Yet, elections are being held this year. In September 2013, a new Bundestag will be elected. Some parties hold out the "prospect" of tax increases, others make unaffordable promises – at any rate, the upcoming Bundestag elections are currently leading to a certain slow-down of legislation in the field of taxation.

2. Developments in Fiscal and Tax Constitutional Law

2.1 Debt ceiling and reorganization of federal fiscal equalization

German fiscal constitutional law is going through a period of reorganisation. The focus is on the year 2020, which will involve major changes to the federal fiscal rules.

In the context of the so-called Federalism Reform II, a new credit limit rule ("Schuldenbremse" – "debt ceiling") was already introduced into the German Constitution - GG in 2009. This rule also served as a model for the European Fiscal Compact[1], which entered into force on January 1, 2013. The provisions contained in Art. 109 para. 3, 115

1 Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (TSCG) signed on March 2, 2012, http://european-council.europa.eu/media/639235/st00tscg26_en12.pdf.

Copyleft – Ius Publicum

para. 2 clause 2 and 143d para. 1 clause 3 and clause 5 GG provide that, from the budget year 2016 onwards, the German federal government (Bund) may only include credit receipts up to an amount of 0.35% of the nominal gross domestic product in its budget. After December 31, 2019, the Länder have to manage without a structural new net indebtedness[2]. This is in line with the requirements of the European Fiscal Compact, which generally limits the national structural deficit to 0.5 % of the gross domestic product[3].

At the same time, the statutory rules of fiscal equalization on the Länder level will cease to be in force as per the end of 2019. These provisions are aimed at a system of public finance under which the federation, the states and the municipalities participate in the total revenue (mainly from taxes) in accordance with their needs. It also comprises the equalization of revenue between financially weak and financially strong public law entities (federal government, states and communities)[4]. Preparations for reorganizing this federal transfer system have already begun and will in particular have to take into account the then applicable debt ban for the Länder. The previously applicable provisions are often considered to be in need of reform in terms of their content as well[5], the Länder Bavaria and Hesse filed an abstract judicial review with the Federal Constitutional Court (BVerfG) in March of 2013 (2 BvR 1/13) claiming inter alia unconstitutionality on grounds of a no longer appropriate equalization of fiscal capacity. The decision of the BVerfG is not expected before the end of 2014.

2 On this aspect Tappe, DÖV 2009, 881 et seq.

3 The Stability and Growth Pact previously provided for a maximum structural deficit of merely 1 % of the gross domestic product, the Maastricht criteria set the limit for new indebtedness at 3 % of the GDP.

4 Englisch/Tappe, in: Bizioli/Sacchetto, Tax Aspects of Fiscal Federalism, Chapter 7, p. 273 (282 et seq.).

5 On the reform proposals Tappe, DVBl 2013, 1069 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

2.2 Invention of new taxes

In recent years, several "new" taxes were invented both on the federal and mostly on the municipal level, which have been and are currently under judicial review. For instance, the Bund introduced an excise duty on fuel assemblies in nuclear power plants (tax on nuclear fuel)[6] and a tax on flight tickets (air traffic tax)[7]. Following several deviating court rulings on interim judicial relief[8], the Fiscal Court of Hamburg in early 2013 submitted the tax on nuclear fuel to the BVerfG for review[9]. Regarding the air traffic tax, proceedings before the BVerfG are also pending[10]. A number of Fiscal and Administrative Courts have also been called on to review the constitutionality of municipal accommodation taxes (levied on hotel accommodation)[11].

2.3 Inheritance Tax – permanent work in progress

6 Act of Dec. 8, 2010, BGBl. I, 1804.

7 Act of Dec. 9, 2010, BGBl. I, 1885

8 Unconstitutional: Fiscal Court of Hamburg, 4 V 133/11, DStRE 2012, 53 (Suspension of Operation reversed by BFH, VII B 171/11, BStBl. II 2012, 418); Fiscal Court of Munich, 14 V 2155/11, DStRE 2012, 49 (reversed by BFH, VII B 185/11, BFH/NV 2012, 999). – Constitutional: FG Bad.-Württ., 11 V 2661/11, EFG 2012, 537; 11 V 4024/11, BB 2012, 222.

9 Fiscal Court of Hamburg, 4 K 270/11, BB 2013, 277.

10 Federal Constitutional Court, BVerfG, 1 BvF 3/11.

11 Fiscal Court of Hamburg, 2 V 26/13, EFG 2013, 961; OVG SH, 4 KN 1/12, NordÖR 2013, 206; Higher Administrative Court for the Land North Rhine Westphalia, OVG NRW 14 A 1860/11, juris; Administrative Court of Gelsenkirchen, 19 K 2007/11, Städte- und Gemeinderat 2013, Nr 1-2, 29; BVerwG, 9 CN 1/11, BVerwGE 143, 301 et seq.; cf. Selmer, JuS 2013, 187 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

The inheritance tax is a permanent topic of constitutional law and fiscal politics. By resolution of November 7, 2006[12], the BVerfG held the then applicable inheritance tax law to be inconsistent with Art. 3 para. 1 GG and thus unconstitutional. Subsequently, the legislator proceeded to redraft the Inheritance Tax Act – ErbStG – by adopting the Inheritance Tax Reform Act[13] with effect from January 1, 2009.

An unequal determination of value in relation to several asset classes had led to the BVerfG decision of 2006. This determination of value had already been criticized in a first BVerfG resolution on the inheritance tax, which was passed on June 22, 1995[14]. According to the former ErbStG, the tax basis was determined using non-realistic values for a multitude of assets. In part, this was due to a missing adjustment. Partially, the aim was to protect certain assets from taxation at the stage of valuation[15]. Following the more recent decision of the BVerfG, it is no longer permitted to protect assets from taxation at the stage of value determination. Rather, this may only be done in a step following the value determination at the stage of determining the tax basis [16].

Whether the law as it has been in place since 2009 now meets the requirements of constitutional law is highly doubtful, and the Federal Fiscal Court (BFH) has also submitted the revised version of the ErbStG of 2009 to the BVerfG for review[17]. Although a uniform

12 Federal Constitutional Court, BVerfG, 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1 et seq.

13 BGBl. I 2008, 3018 et seq.; BStBl. I 2009, 140 et seq.

14 Federal Constitutional Court, BVerfG, 2 BvR 522/91, BVerfGE 93, 165.

15 Cf. Federal Constitutional Court, BVerfG, 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1 (38 et seq.); 2 BvR 552/91, BVerfGE 93, 165 (175 et seq.).

16 In this regard, cf. Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 16th ed. 2013, note 1551 et seq.

17 Federal Fiscal Court, BFH, II R 9/11, BStBl. II 2012, 899.

Copyleft – Ius Publicum

standard is applied at the stage of valuation, the tax exemptions on the following protection level are extensive to the point where equality in tax burden is missed to a greater extent than was the case with the previous law.

2.4 Equal tax treatment of registered domestic partnerships and marriage implemented

Since 2001, same-sex couples in Germany have the opportunity to register as a domestic partnership. However, domestic partners were not intended to receive the tax benefits that are linked to the traditional marriage between men and women. By gradually treating marriage and domestic partnerships as equivalent, the BVerfG later achieved what the legislator initially left undone. The BVerfG held the tax disadvantages of a domestic partnership to constitute indirect discrimination on grounds of sexual orientation and, therefore, an infringement of the general principle of equality (Art. 3 para. 1 GG). The BVerfG held the same to be true of the disadvantages contained in inheritance tax law (with regard to tax classes, tax allowances and tax rates) as early as 2010[18], of the disadvantages contained in real estate transfer law in 2012 (with regard to tax exemptions)[19] and finally of the disadvantages contained in income tax law in 2013 (with regard to the special tariff for married couples, so-called income splitting for married couples)[20].

3. INCOME TAX

18 Federal Constitutional Court, BVerfG, 1 BvR 611/07, BVerfGE 126, 400.

19 Federal Constitutional Court, BVerfG, 1 BvL 16/11, NJW 2012, 2719.

20 Federal Constitutional Court, BVerfG, 2 BvR 909/06, DStR 2013, 1228.

Copyleft – Ius Publicum

3.1 Big Brother prize moneys subject to income tax

In Germany, lottery winnings are not taxable. Other prize monies are subject to income tax only if they qualify as income from (other) services (sec. 22 no. 3 Income Tax Act – EStG). This has been confirmed by the BFH with regard to prize monies paid to winners of the television show "Big Brother"[21]. The reasoning of the BFH was that the prize money – in accordance with and upon performance of the (participation) agreement – was paid in consideration of the service provided by the participant through his active and passive conduct during his stay in the "Big-Brother house".

3.2 Self-employed prostitutes generate income from trade or business

In spring of 2013, the Grand Senate of the BFH revised its previous legal interpretation by qualifying the income of a self-employed prostitute as income from a trade of business (sec. 15 para. 1 no. 1 EStG)[22]. In 1964, the Grand Senate of the BFH had still rejected classification of this income as trade or business income on grounds of immorality and merely considered it to constitute "other income" as such term is defined in sec. 22 no. 3 EStG[23]. In this way, the change in case law also reflects the shift in values and moral standards during the past fifty years.

3.3 So-called subjective concept of accounting errors discontinued

21 Federal Fiscal Court, BFH, XI R 6/10, BStBl. II 2012, 581.

22 Federal Fiscal Court, BFH, GrS 1/12, BFH/NV 2013, 1029; in depth on grounds oft he order for reference Federal Fiscal Court, BFH, III R 30/10, BStBl. II 2012, 661.

23 Federal Fiscal Court, BFH, GrS 1/64, BStBl. III 1964, 500.

Copyleft – Ius Publicum

In tax accounting law, the issue whether the legal determinations by the taxpayer are binding on the tax authorities in instances where such determinations were acceptable from the perspective of prudent and conscientious merchant (so-called subjective concept of accounting error) has been given up. In early 2013, this concept was explicitly rejected by the Grand Senate of the BFH[24]. It follows from this judgment that the tax authorities have the right and the obligation to base the tax assessment on their own independent determination of profits if the accounting items do not comply with the legal requirements from an objective point of view. According to the BFH, the tax authorities have this obligation irrespective of whether or not the corrections made have positive or adverse effects on the taxpayer.

3.4 Debate on the deductibility of private expenses in income taxation

In German income tax law, private expenses are inter alia deductible from taxes if they constitute an "extraordinary burden" (sec. 33 para. 1 EStG). This requires that expenses are necessarily incurred and inevitable. In a much discussed decision, the BFH had judged that even the costs incurred in civil proceedings may qualify as an extraordinary burden if the intended prosecution of the action or the legal defence has sufficient prospects of success and does not appear to constitute an act of bad faith[25]. The tax authorities have applied this ruling only to specific cases[26]. Since 2013, a statutory provision has been in force that explicitly excludes the costs of legal proceedings from deductibility unless these constitute expenses without which the taxpayer would risk losing his basis of existence and

24 Federal Fiscal Court, BFH, GrS 1/10, BStBl. II 2013, 317.

25 Federal Fiscal Court, BFH, VI R 42/10, BStBl. II 2011, 1015.

26 Federal Ministry of Finance, BMF, BStBl. I 2011, 1286.

Copyleft – Ius Publicum

no longer be able to satisfy his essential needs in an appropriate extent (sec. 33 para. 2 clause 4 EStG).

4. CORPORATE TAX

4.1 Full tax liability concerning so-called free floating dividends (sec. 8b para. 4 KStG)

Since March 2013, so-called free floating dividends (shareholdings of less than 10 %) received by a resident corporation are no longer 95% tax-exempt pursuant to sec. 8b para. 1 and 5 Corporate Tax Act – KStG (sec. 8b para. 4 KStG)[27]. This tax liability is the result of the implementation of a decision of the ECJ[28]. The ECJ held that the previous legal provisions constituted an infringement of the free movement of capital (Art. 63 TFEU), because Germany taxed free floating dividends distributed to a corporation established in another Member State of the EU more heavily than free floating dividends distributed to a corporation established on national territory. In the EU case, the effective tax burden amounted to at least 15 %. In the non-EU case, the burden was limited to a maximum of 0.75%. The German legislator, therefore, had the option to either avoid discrimination by reducing the burden in the cross-border case to the German level of taxation or by increasing the tax burden in the non-EU case to the level of the cross-border case. With the introduction of the revised provisions, the legislator decided in favour of the second option.

In our view, the revised provisions still constitute an infringement of the free movement of capital (Art. 63 TFEU) because EU-foreign shareholders are again put in a

27 Act on Implementation of the ECJ decision of October 10, 2011 in Case C-284/09 (Fee Floating Dividends) of March 21, 2013, BGBl I, 561.

28 ECJ, C-284/09, DStR 2011, 2038 (Com./Germany).

Copyleft – Ius Publicum

worse tax position than domestic shareholders[29]. After all, residents of another Member State of the EU cannot claim deduction of investment expenses. This means that their effective burden remains at least at 15 %, whereas domestic shareholders are entitled to the full amount of deduction for such expenses. Their maximum effective tax burden is at 15 %, though it will generally be lower.

4.2 The "small" reform of the fiscal unity concept

The German fiscal unity concept (sec. 14 et seq KStG) enables corporate groups to net the profits and losses from their various subsidiaries on the level of the parent company. However, until now, this concept was largely limited to national cases. This was why it was intensely debated in 2012 whether the fiscal unity concept should be replaced by a group taxation which would allow for a cross-border consolidation of profits and losses also in internationally structured groups.

With the so-called "small reform of the fiscal unity concept"[30], the German legislator did not – unlike, for instance, Austria – take this step. The largest concern was that the import of foreign losses would lead to tax losses. A general deduction of foreign losses is – except in the case of so-called final losses – [31] not currently a requirement under the case law of the ECJ nor does it follow from the EU fundamental freedoms.

29 Regarding non-compliance with Union law cf. Desens, DStR 2013, Supplement to Issue 4, 13 (15); Rust, DStR 2009, 2568 (2572) each with a reference to ECJ, C-234/01, ECR 2003, I-5933 (Gerritse).

30 Summary in Dötsch/Pung, DB 2013, 305; Keller, DStZ 2013, 60.

31 ECJ, C-446/03, ECR. 2005, I-10837 (Marks & Spencer); C-337/08, ECR 2010, I-1215 (X-Holding BV) on group taxation restricted to national case; recently ECJ, C-123/11, DStR 2013, 392 (A Oy) on forfeiture of losses following cross-border upstream merger.

Copyleft – Ius Publicum

Nevertheless, the German provisions on the concept of fiscal unity have become a bit more international since 2013:

It is no longer required that the controlled company (subsidiary) whose profits or losses are attributed to the controlling company (parent) has to have its executive management and its registered office in Germany. It is now sufficient that the executive management is in Germany and the registered office is located in an EU/EEA State (sec. 14 para. 1 clause 1, sec. 17 clause 1 KStG). A double residency (executive management and registered office) is no longer necessary either. Accordingly, a Limited company established under UK law that has moved its executive management to Germany may generally serve as a controlled company for purposes of the German fiscal unity concept. With these changes, the legislator prevented an EU infringement proceeding[32], since it is not permitted to impose stricter requirements on corporations moving into Germany only because the company was established in another Member State[33].

In contrast, a GmbH – company with limited liability – established under German law (with registered offices in Germany) that moves its executive management to an EU/EEA State, just as well as a (foreign) corporation subject to limited tax liability, cannot qualify as a controlled company for purposes of the German fiscal unity concept. In our opinion, this restriction is an infringement of the right of establishment (Art. 49 TFEU) to the extent that it also denies the netting of profits and losses from a domestic permanent establishment of the controlled company for which Germany (also under DTC) has the right of taxation[34].

32 BT-Drs. 17/10774, p. 18.

33 Cf. ECJ, C-212/97, ECR 1999, I-1459 (Centros); C-208/00, ECR 2002, I-9919 (Überseering); ECR 2003, I-10155 (Inspire Art).

34 Cf. ECJ, C-18/11, IStR 2012, 847 (Philips Electronics); likewise Schwenke, ISR 2013, 41 (43).

Copyleft – Ius Publicum

Another novelty is that the controlling company (parent company) no longer has to be resident in Germany (sec. 14 para. 1 no. 1 KStG). It is merely required that the controlled company is attributed to a resident permanent establishment of the controlling company for which Germany (also under DTC) has the right of taxation. As a result, the revised provisions are in line with the principle of non-discrimination of shareholders under DTC law (Art. 24 para. 5 OECD-MA)[35].

However, the scope of a revised version of an anti-abuse rule (sec. 14 para. 1 clause 1 no. 5 KStG) remains controversial from an EU law perspective[36]. This rule is aimed at preventing the inclusion of losses into the extended loss netting possibilities offered by the concept of fiscal unity where such losses are also taken into account in another country.

35 The legislative amendment was a reaction to Federal Fiscal Court, BFH, I R 54, 55/10, BStBl. II 2012, 106 (cf. BT-Drs. 17/10774, 18).

36 Cf. ECJ, C-18/11, IStR 2012, 847 (Philips Electronics); Schneipers/Linn, IStR 2013, 139; Schwenke, ISR 2013, 41 (43).

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

FISCAL AND TAX LAW

ANNUAL REPORT - 2013 - GERMANY

(August 2013)

Prof. Dr. Marc DESENS & Prof. Dr. Henning TAPPE

INDEX

1. GENERAL FISCAL CLIMATE

2. DEVELOPMENTS IN FISCAL AND TAX CONSTITUTIONAL LAW

2.1 Debt Ceiling and reorganization of federal fiscal equalization

2.2 Invention of new taxes

2.3 Inheritance Tax – permanent work in progress

2.4 Equal tax treatment of registered domestic partnerships and marriage implemented

3. INCOME TAX

3.1 Big Brother prize moneys subject to income tax

3.2 Self-employed prostitutes generate income from trade or business

3.3 So-called subjective concept of accounting errors discontinued

3.4 Debate on deductibility of private expenses in income taxation

4. CORPORATE TAX

4.1 Full tax liability concerning so-called free floating dividends (sec. 8b para. 4 KStG)

4.2 The "small" reform of the fiscal unity concept

Copyleft – Ius Publicum

1. General Fiscal Climate

In terms of fiscal policy – and thus also in terms of fiscal and tax law – the year 2013 is characterized by a degree of uncertainty. European politics remain to be dominated by the economic and financial crisis with fiscal consequences that are still completely unforeseeable. At the same time, the financial conditions within Germany are more positive than they have been for a long time. Considerable additional tax revenues are expected to allow for a federal budget surplus in 2014. The federal Länder are also benefitting from the solid tax revenues and historic low interests.

Yet, elections are being held this year. In September 2013, a new Bundestag will be elected. Some parties hold out the "prospect" of tax increases, others make unaffordable promises – at any rate, the upcoming Bundestag elections are currently leading to a certain slow-down of legislation in the field of taxation.

2. Developments in Fiscal and Tax Constitutional Law

2.1 Debt ceiling and reorganization of federal fiscal equalization

German fiscal constitutional law is going through a period of reorganisation. The focus is on the year 2020, which will involve major changes to the federal fiscal rules.

In the context of the so-called Federalism Reform II, a new credit limit rule ("Schuldenbremse" – "debt ceiling") was already introduced into the German Constitution - GG in 2009. This rule also served as a model for the European Fiscal Compact[1], which entered into force on January 1, 2013. The provisions contained in Art. 109 para. 3, 115

1 Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (TSCG) signed on March 2, 2012, http://european-council.europa.eu/media/639235/st00tscg26_en12.pdf.

Copyleft – Ius Publicum

para. 2 clause 2 and 143d para. 1 clause 3 and clause 5 GG provide that, from the budget year 2016 onwards, the German federal government (Bund) may only include credit receipts up to an amount of 0.35% of the nominal gross domestic product in its budget. After December 31, 2019, the Länder have to manage without a structural new net indebtedness[2]. This is in line with the requirements of the European Fiscal Compact, which generally limits the national structural deficit to 0.5 % of the gross domestic product[3].

At the same time, the statutory rules of fiscal equalization on the Länder level will cease to be in force as per the end of 2019. These provisions are aimed at a system of public finance under which the federation, the states and the municipalities participate in the total revenue (mainly from taxes) in accordance with their needs. It also comprises the equalization of revenue between financially weak and financially strong public law entities (federal government, states and communities)[4]. Preparations for reorganizing this federal transfer system have already begun and will in particular have to take into account the then applicable debt ban for the Länder. The previously applicable provisions are often considered to be in need of reform in terms of their content as well[5], the Länder Bavaria and Hesse filed an abstract judicial review with the Federal Constitutional Court (BVerfG) in March of 2013 (2 BvR 1/13) claiming inter alia unconstitutionality on grounds of a no longer appropriate equalization of fiscal capacity. The decision of the BVerfG is not expected before the end of 2014.

2 On this aspect Tappe, DÖV 2009, 881 et seq.

3 The Stability and Growth Pact previously provided for a maximum structural deficit of merely 1 % of the gross domestic product, the Maastricht criteria set the limit for new indebtedness at 3 % of the GDP.

4 Englisch/Tappe, in: Bizioli/Sacchetto, Tax Aspects of Fiscal Federalism, Chapter 7, p. 273 (282 et seq.).

5 On the reform proposals Tappe, DVBl 2013, 1069 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

2.2 Invention of new taxes

In recent years, several "new" taxes were invented both on the federal and mostly on the municipal level, which have been and are currently under judicial review. For instance, the Bund introduced an excise duty on fuel assemblies in nuclear power plants (tax on nuclear fuel)[6] and a tax on flight tickets (air traffic tax)[7]. Following several deviating court rulings on interim judicial relief[8], the Fiscal Court of Hamburg in early 2013 submitted the tax on nuclear fuel to the BVerfG for review[9]. Regarding the air traffic tax, proceedings before the BVerfG are also pending[10]. A number of Fiscal and Administrative Courts have also been called on to review the constitutionality of municipal accommodation taxes (levied on hotel accommodation)[11].

2.3 Inheritance Tax – permanent work in progress

6 Act of Dec. 8, 2010, BGBl. I, 1804.

7 Act of Dec. 9, 2010, BGBl. I, 1885

8 Unconstitutional: Fiscal Court of Hamburg, 4 V 133/11, DStRE 2012, 53 (Suspension of Operation reversed by BFH, VII B 171/11, BStBl. II 2012, 418); Fiscal Court of Munich, 14 V 2155/11, DStRE 2012, 49 (reversed by BFH, VII B 185/11, BFH/NV 2012, 999). – Constitutional: FG Bad.-Württ., 11 V 2661/11, EFG 2012, 537; 11 V 4024/11, BB 2012, 222.

9 Fiscal Court of Hamburg, 4 K 270/11, BB 2013, 277.

10 Federal Constitutional Court, BVerfG, 1 BvF 3/11.

11 Fiscal Court of Hamburg, 2 V 26/13, EFG 2013, 961; OVG SH, 4 KN 1/12, NordÖR 2013, 206; Higher Administrative Court for the Land North Rhine Westphalia, OVG NRW 14 A 1860/11, juris; Administrative Court of Gelsenkirchen, 19 K 2007/11, Städte- und Gemeinderat 2013, Nr 1-2, 29; BVerwG, 9 CN 1/11, BVerwGE 143, 301 et seq.; cf. Selmer, JuS 2013, 187 et seq.

Copyleft – Ius Publicum

The inheritance tax is a permanent topic of constitutional law and fiscal politics. By resolution of November 7, 2006[12], the BVerfG held the then applicable inheritance tax law to be inconsistent with Art. 3 para. 1 GG and thus unconstitutional. Subsequently, the legislator proceeded to redraft the Inheritance Tax Act – ErbStG – by adopting the Inheritance Tax Reform Act[13] with effect from January 1, 2009.

An unequal determination of value in relation to several asset classes had led to the BVerfG decision of 2006. This determination of value had already been criticized in a first BVerfG resolution on the inheritance tax, which was passed on June 22, 1995[14]. According to the former ErbStG, the tax basis was determined using non-realistic values for a multitude of assets. In part, this was due to a missing adjustment. Partially, the aim was to protect certain assets from taxation at the stage of valuation[15]. Following the more recent decision of the BVerfG, it is no longer permitted to protect assets from taxation at the stage of value determination. Rather, this may only be done in a step following the value determination at the stage of determining the tax basis [16].

Whether the law as it has been in place since 2009 now meets the requirements of constitutional law is highly doubtful, and the Federal Fiscal Court (BFH) has also submitted the revised version of the ErbStG of 2009 to the BVerfG for review[17]. Although a uniform

12 Federal Constitutional Court, BVerfG, 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1 et seq.

13 BGBl. I 2008, 3018 et seq.; BStBl. I 2009, 140 et seq.

14 Federal Constitutional Court, BVerfG, 2 BvR 522/91, BVerfGE 93, 165.

15 Cf. Federal Constitutional Court, BVerfG, 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1 (38 et seq.); 2 BvR 552/91, BVerfGE 93, 165 (175 et seq.).

16 In this regard, cf. Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 16th ed. 2013, note 1551 et seq.

17 Federal Fiscal Court, BFH, II R 9/11, BStBl. II 2012, 899.

Copyleft – Ius Publicum

standard is applied at the stage of valuation, the tax exemptions on the following protection level are extensive to the point where equality in tax burden is missed to a greater extent than was the case with the previous law.

2.4 Equal tax treatment of registered domestic partnerships and marriage implemented

Since 2001, same-sex couples in Germany have the opportunity to register as a domestic partnership. However, domestic partners were not intended to receive the tax benefits that are linked to the traditional marriage between men and women. By gradually treating marriage and domestic partnerships as equivalent, the BVerfG later achieved what the legislator initially left undone. The BVerfG held the tax disadvantages of a domestic partnership to constitute indirect discrimination on grounds of sexual orientation and, therefore, an infringement of the general principle of equality (Art. 3 para. 1 GG). The BVerfG held the same to be true of the disadvantages contained in inheritance tax law (with regard to tax classes, tax allowances and tax rates) as early as 2010[18], of the disadvantages contained in real estate transfer law in 2012 (with regard to tax exemptions)[19] and finally of the disadvantages contained in income tax law in 2013 (with regard to the special tariff for married couples, so-called income splitting for married couples)[20].

3. INCOME TAX

18 Federal Constitutional Court, BVerfG, 1 BvR 611/07, BVerfGE 126, 400.

19 Federal Constitutional Court, BVerfG, 1 BvL 16/11, NJW 2012, 2719.

20 Federal Constitutional Court, BVerfG, 2 BvR 909/06, DStR 2013, 1228.

Copyleft – Ius Publicum

3.1 Big Brother prize moneys subject to income tax

In Germany, lottery winnings are not taxable. Other prize monies are subject to income tax only if they qualify as income from (other) services (sec. 22 no. 3 Income Tax Act – EStG). This has been confirmed by the BFH with regard to prize monies paid to winners of the television show "Big Brother"[21]. The reasoning of the BFH was that the prize money – in accordance with and upon performance of the (participation) agreement – was paid in consideration of the service provided by the participant through his active and passive conduct during his stay in the "Big-Brother house".

3.2 Self-employed prostitutes generate income from trade or business

In spring of 2013, the Grand Senate of the BFH revised its previous legal interpretation by qualifying the income of a self-employed prostitute as income from a trade of business (sec. 15 para. 1 no. 1 EStG)[22]. In 1964, the Grand Senate of the BFH had still rejected classification of this income as trade or business income on grounds of immorality and merely considered it to constitute "other income" as such term is defined in sec. 22 no. 3 EStG[23]. In this way, the change in case law also reflects the shift in values and moral standards during the past fifty years.

3.3 So-called subjective concept of accounting errors discontinued

21 Federal Fiscal Court, BFH, XI R 6/10, BStBl. II 2012, 581.

22 Federal Fiscal Court, BFH, GrS 1/12, BFH/NV 2013, 1029; in depth on grounds oft he order for reference Federal Fiscal Court, BFH, III R 30/10, BStBl. II 2012, 661.

23 Federal Fiscal Court, BFH, GrS 1/64, BStBl. III 1964, 500.

Copyleft – Ius Publicum

In tax accounting law, the issue whether the legal determinations by the taxpayer are binding on the tax authorities in instances where such determinations were acceptable from the perspective of prudent and conscientious merchant (so-called subjective concept of accounting error) has been given up. In early 2013, this concept was explicitly rejected by the Grand Senate of the BFH[24]. It follows from this judgment that the tax authorities have the right and the obligation to base the tax assessment on their own independent determination of profits if the accounting items do not comply with the legal requirements from an objective point of view. According to the BFH, the tax authorities have this obligation irrespective of whether or not the corrections made have positive or adverse effects on the taxpayer.

3.4 Debate on the deductibility of private expenses in income taxation

In German income tax law, private expenses are inter alia deductible from taxes if they constitute an "extraordinary burden" (sec. 33 para. 1 EStG). This requires that expenses are necessarily incurred and inevitable. In a much discussed decision, the BFH had judged that even the costs incurred in civil proceedings may qualify as an extraordinary burden if the intended prosecution of the action or the legal defence has sufficient prospects of success and does not appear to constitute an act of bad faith[25]. The tax authorities have applied this ruling only to specific cases[26]. Since 2013, a statutory provision has been in force that explicitly excludes the costs of legal proceedings from deductibility unless these constitute expenses without which the taxpayer would risk losing his basis of existence and

24 Federal Fiscal Court, BFH, GrS 1/10, BStBl. II 2013, 317.

25 Federal Fiscal Court, BFH, VI R 42/10, BStBl. II 2011, 1015.

26 Federal Ministry of Finance, BMF, BStBl. I 2011, 1286.

Copyleft – Ius Publicum

no longer be able to satisfy his essential needs in an appropriate extent (sec. 33 para. 2 clause 4 EStG).

4. CORPORATE TAX

4.1 Full tax liability concerning so-called free floating dividends (sec. 8b para. 4 KStG)

Since March 2013, so-called free floating dividends (shareholdings of less than 10 %) received by a resident corporation are no longer 95% tax-exempt pursuant to sec. 8b para. 1 and 5 Corporate Tax Act – KStG (sec. 8b para. 4 KStG)[27]. This tax liability is the result of the implementation of a decision of the ECJ[28]. The ECJ held that the previous legal provisions constituted an infringement of the free movement of capital (Art. 63 TFEU), because Germany taxed free floating dividends distributed to a corporation established in another Member State of the EU more heavily than free floating dividends distributed to a corporation established on national territory. In the EU case, the effective tax burden amounted to at least 15 %. In the non-EU case, the burden was limited to a maximum of 0.75%. The German legislator, therefore, had the option to either avoid discrimination by reducing the burden in the cross-border case to the German level of taxation or by increasing the tax burden in the non-EU case to the level of the cross-border case. With the introduction of the revised provisions, the legislator decided in favour of the second option.

In our view, the revised provisions still constitute an infringement of the free movement of capital (Art. 63 TFEU) because EU-foreign shareholders are again put in a

27 Act on Implementation of the ECJ decision of October 10, 2011 in Case C-284/09 (Fee Floating Dividends) of March 21, 2013, BGBl I, 561.

28 ECJ, C-284/09, DStR 2011, 2038 (Com./Germany).

Copyleft – Ius Publicum

worse tax position than domestic shareholders[29]. After all, residents of another Member State of the EU cannot claim deduction of investment expenses. This means that their effective burden remains at least at 15 %, whereas domestic shareholders are entitled to the full amount of deduction for such expenses. Their maximum effective tax burden is at 15 %, though it will generally be lower.

4.2 The "small" reform of the fiscal unity concept

The German fiscal unity concept (sec. 14 et seq KStG) enables corporate groups to net the profits and losses from their various subsidiaries on the level of the parent company. However, until now, this concept was largely limited to national cases. This was why it was intensely debated in 2012 whether the fiscal unity concept should be replaced by a group taxation which would allow for a cross-border consolidation of profits and losses also in internationally structured groups.

With the so-called "small reform of the fiscal unity concept"[30], the German legislator did not – unlike, for instance, Austria – take this step. The largest concern was that the import of foreign losses would lead to tax losses. A general deduction of foreign losses is – except in the case of so-called final losses – [31] not currently a requirement under the case law of the ECJ nor does it follow from the EU fundamental freedoms.

29 Regarding non-compliance with Union law cf. Desens, DStR 2013, Supplement to Issue 4, 13 (15); Rust, DStR 2009, 2568 (2572) each with a reference to ECJ, C-234/01, ECR 2003, I-5933 (Gerritse).

30 Summary in Dötsch/Pung, DB 2013, 305; Keller, DStZ 2013, 60.

31 ECJ, C-446/03, ECR. 2005, I-10837 (Marks & Spencer); C-337/08, ECR 2010, I-1215 (X-Holding BV) on group taxation restricted to national case; recently ECJ, C-123/11, DStR 2013, 392 (A Oy) on forfeiture of losses following cross-border upstream merger.

Copyleft – Ius Publicum

Nevertheless, the German provisions on the concept of fiscal unity have become a bit more international since 2013:

It is no longer required that the controlled company (subsidiary) whose profits or losses are attributed to the controlling company (parent) has to have its executive management and its registered office in Germany. It is now sufficient that the executive management is in Germany and the registered office is located in an EU/EEA State (sec. 14 para. 1 clause 1, sec. 17 clause 1 KStG). A double residency (executive management and registered office) is no longer necessary either. Accordingly, a Limited company established under UK law that has moved its executive management to Germany may generally serve as a controlled company for purposes of the German fiscal unity concept. With these changes, the legislator prevented an EU infringement proceeding[32], since it is not permitted to impose stricter requirements on corporations moving into Germany only because the company was established in another Member State[33].

In contrast, a GmbH – company with limited liability – established under German law (with registered offices in Germany) that moves its executive management to an EU/EEA State, just as well as a (foreign) corporation subject to limited tax liability, cannot qualify as a controlled company for purposes of the German fiscal unity concept. In our opinion, this restriction is an infringement of the right of establishment (Art. 49 TFEU) to the extent that it also denies the netting of profits and losses from a domestic permanent establishment of the controlled company for which Germany (also under DTC) has the right of taxation[34].

32 BT-Drs. 17/10774, p. 18.

33 Cf. ECJ, C-212/97, ECR 1999, I-1459 (Centros); C-208/00, ECR 2002, I-9919 (Überseering); ECR 2003, I-10155 (Inspire Art).

34 Cf. ECJ, C-18/11, IStR 2012, 847 (Philips Electronics); likewise Schwenke, ISR 2013, 41 (43).

Copyleft – Ius Publicum

Another novelty is that the controlling company (parent company) no longer has to be resident in Germany (sec. 14 para. 1 no. 1 KStG). It is merely required that the controlled company is attributed to a resident permanent establishment of the controlling company for which Germany (also under DTC) has the right of taxation. As a result, the revised provisions are in line with the principle of non-discrimination of shareholders under DTC law (Art. 24 para. 5 OECD-MA)[35].

However, the scope of a revised version of an anti-abuse rule (sec. 14 para. 1 clause 1 no. 5 KStG) remains controversial from an EU law perspective[36]. This rule is aimed at preventing the inclusion of losses into the extended loss netting possibilities offered by the concept of fiscal unity where such losses are also taken into account in another country.

35 The legislative amendment was a reaction to Federal Fiscal Court, BFH, I R 54, 55/10, BStBl. II 2012, 106 (cf. BT-Drs. 17/10774, 18).

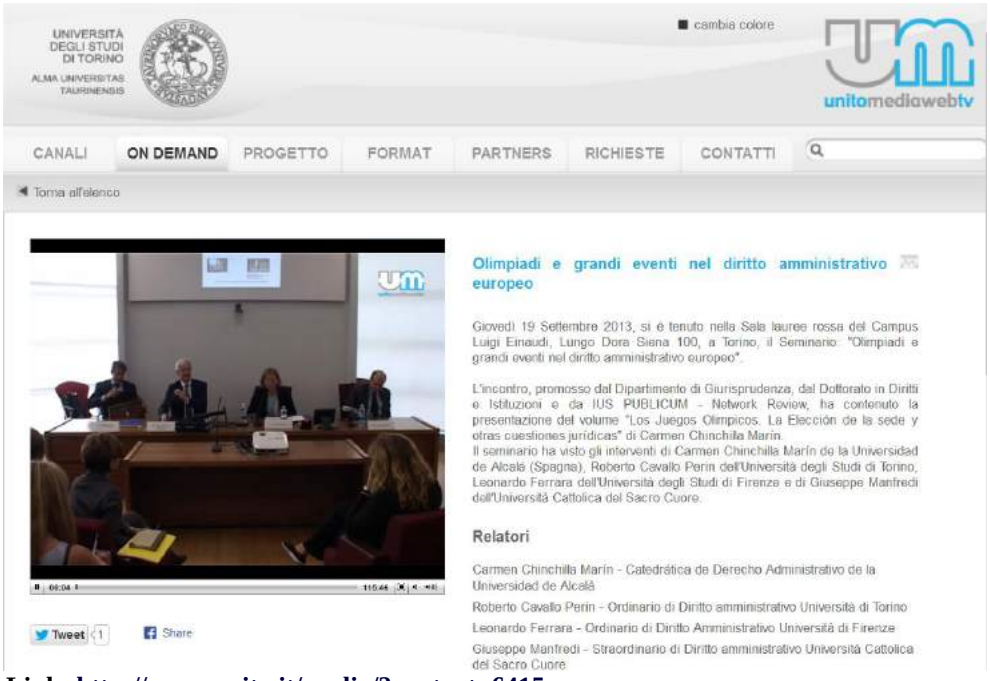
36 Cf. ECJ, C-18/11, IStR 2012, 847 (Philips Electronics); Schneipers/Linn, IStR 2013, 139; Schwenke, ISR 2013, 41 (43).

Copyleft – Ius Publicum

IUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

OLIMPIADI E GRANDI EVENTI NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO – TORINO, 19 SETTEMBRE 2013

Barbara GAGLIARDI



Link: http://www.unito.it/media/?content=6415

Giovedì 19 Settembre 2013 si è tenuto presso l'Università degli Studi di Torino il Seminario: ″Olimpiadi e grandi eventi nel diritto amministrativo europeo″, in occasione del quale è stato presentato il volume *″Los Juegos Olimpicos. La Elección de la sede y otras cuestiones jurídicas″* di Carmen Chinchilla Marín, con la partecipazione dell'autrice e dei proff. Roberto Cavallo Perin (Università degli Studi di Torino), Leonardo Ferrara (Università degli Studi di Firenze) e Giuseppe Manfredi (Università Cattolica del Sacro Cuore).

Copyleft – Ius Publicum

Come evidenziato dal Prof. **Roberto Cavallo Perin** che ha presieduto e introdotto i lavori (min. 00:00 – 05:43), gli eventi sportivi sono una *species* del più ampio *genus* "grandi eventi", tra i quali i Giochi Olimpici assumono interesse anzitutto per la periodicità del procedimento di scelta della città sede e per la capacità di spostare professionalità a livello internazionale, secondo un carattere "glocale" ove mondo globale e specificità locali si coniugano senza soluzione di continuità.

L'intervento della Prof.ssa **Carmen Chinchilla Marín** (min. 05:44 – 49:36) evidenzia somiglianze e diversità tra i procedimenti di gara disciplinati dal diritto amministrativo nazionale ed europeo e il procedimento condotto dal Comitato Olimpico Internazionale (C.I.O.) per la scelta della città sede dei giochi, offrendo un'analisi critica ricca di spunti di riflessione e interessanti aneddoti tratti anzitutto, ma non solo, dall'esperienza di partecipazione alla preparazione della candidatura di Madrid ai Giochi Olimpici del 2016 e 2020.
Se la procedura di scelta della città ospite ricorda nelle proprie fasi iniziali una gara d'appalto, le similitudini si attenuano con l'avanzare del procedimento, che conduce in definitiva a una decisione presa con voto segreto e priva di motivazione, ove "vero vincitore" è il C.I.O. Agli occhi di un'amministrativista il mondo appare "capovolto": un ente locale partecipa a una procedura di "gara" indetta da un'organizzazione privata (*rectius* un'associazione di diritto svizzero) per l'aggiudicazione di un contratto in cui la parte "forte" del rapporto è lo stesso C.I.O., che riesce a imporre alla propria controparte pesanti oneri e sinanco clausole contrarie agli ordinamenti nazionali e internazionale (ad es. la rinuncia all'immunità dalla giurisdizione). E tutto ciò grazie all'imbattibile forza del suo marchio e dei Giochi stessi.

La riflessione sui temi affrontati nel volume ha condotto i relatori ad alcune considerazioni sul diritto dello sport "tra diritto pubblico e diritto privato", nonché sull'autonomia e specialità di esso alla luce della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. Così, l'intervento del Prof. **Leonardo Ferrara** (min. 50:15 – 72:20) – dedicato a "*Pubblico e privato nell'organizzazione dei Giochi Olimpici*" - offre alcuni interessanti spunti sul metodo d'analisi prescelto dal libro di Carmen Chinchilla nel confronto con i più recenti contributi della dottrina italiana in tema di diritto sportivo. Anzitutto è il rapporto

Copyleft – Ius Publicum

"pubblico-privato" a essere letto in una chiave che segna uno stacco rispetto alle interpretazioni più diffuse in Italia, ove prevale il ricorso a categorie del diritto pubblico per la disamina di un procedimento di gara che – come ben evidenzia l'autrice – è di matrice privatistica. Del pari è originale la scelta di non trattare il tema alla luce della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. Degno di nota infine è il metodo prescelto dall'autrice nella trattazione della "specialità" dello sport, che non è eccessivamente enfatizzata, benché proclamata da numerosi documenti dell'Unione europea. Una più attenta analisi di tale ordinamento consente infatti di ridimensionare la suddetta specialità: benché i fenomeni sportivi vi siano spesso considerati per giustificare deroghe alle libertà fondamentali (es. diritto dell'informazione), queste sono comunque soggette al limite di compatibilità con i principi fondamentali dell'Unione. Non è dunque tutelata la specificità dello sport in sé e per sé, ma l'interesse generale ad esso sottostante così come rappresentato dallo stesso ordinamento UE.

La considerazione dello sport negli ordinamenti sovranazionali è altresì la prospettiva privilegiata dall'intervento del Prof. **Giuseppe Manfredi** su "*Globalizzazione, europeizzazione e diritto dello sport*" (min. 73:00-97:38), ove si evidenzia come – storicamente - l' "autonomia" degli ordinamenti sportivi trovi le proprie origini nel percorso di progressiva "pubblicizzazione" dello sport e nel consolidarsi della sua dimensione internazionale. Il relatore qui concorda nell'osservare come una riflessione più attenta conduca a negare una specialità del diritto sportivo fondata sull'ordinamento internazionale. È vero tuttavia che il c.d. "diritto internazionale dello sport" dispiega i suoi effetti sugli ordinamenti nazionali conducendo a interazioni reciproche che sono di particolare interesse nello studio dei rapporti tra ordinamenti globale e nazionali, nonché all'emergere di quel diritto c.d."glocale" già ricordato. E un contributo allo studio di tali interazioni proviene proprio dal libro di Carmen Chinchilla Marín.

Nel proprio intervento di replica, la Prof.ssa **Chinchilla Marín** (min. 98:01-102:50) sottolinea il carattere non giuridico del procedimento di scelta della città ospite dei giochi, che conduce alla stipulazione di un contratto che non è assimilabile a un appalto pubblico, né a una concessione, sicché è la "forza dei fatti" a determinare la scelta e a condizionarne le modalità di attuazione. Su tale aspetto ("ex facto ius oritur"…) si soffermano altresì le

Copyleft – Ius Publicum

conclusioni offerte dal Prof. **Roberto Cavallo Perin** (min. 103:00 – 115.46), ove si evidenzia come l'osservazione degli ordinamenti sia fortemente condizionata dal punto di vista degli studiosi, sicché l'insindacabilità del procedimento stupisce sicuramente chi è portatore di una cultura giuridica come quella italiana o spagnola, abituata a un sindacato molto forte delle procedure di gara, ma appare senz'altro meno incomprensibile a chi provenga da altre esperienze, come ad es. quella inglese, ove la scelta dell'amministrazione è tradizionalmente sottratta a un controllo tanto incisivo. Sul secondo aspetto evidenziato dei relatori nel discutere di una possibile lettura del diritto dello sport alla luce della teoria degli ordinamenti giuridici, si ricorda come – accanto a rapporti di riconoscimento e di contrapposizione tra ordinamenti – Santi Romano individui relazioni di irrilevanza o "normale indifferenza" tra ordinamenti, che si colgono talora nella lettura del fenomeno sportivo. La stessa collocazione del fenomeno sportivo nell'ambito del diritto pubblico o privato è d'altra parte una questione di "scelta" di diritto positivo.

Il seminario si conclude con il ricordo del Prof. Eduardo García de Enterría, grande maestro del diritto amministrativo spagnolo scomparso il 16 settembre 2013 (http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/26_09_2013_16_34-GarciaDeEnterria.pdf).

Copyleft – Ius Publicum

iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

JEUX OLYMPIQUES ET GRANDS ÉVÉNEMENTS DANS LE DROIT ADMINISTRATIF EUROPÉEN

Barbara Gagliardi

Le 19 septembre 2013 l'Université de Turin a accueilli le séminaire « *Jeux Olympiques et grands événements dans le droit administratif européen* ». Le séminaire a été l'occasion pour présenter le livre *"Los Juegos Olimpicos. La Elección de la sede y otras cuestiones jurídicas"* de Carmen Chinchilla Marín. L'autrice et les professeurs Roberto Cavallo Perin (Université de Turin), Leonardo Ferrara (Université de Florence) et Giuseppe Manfredi (Université Catholique du Sacre Cœur) ont participé.

Comme le Pr. **Roberto Cavallo Perin** a souligné dans ses propos introductifs (min. 00:00 – 05:43), les événements sportifs appartiennent au plus large genre des « grands

Copyleft – Ius Publicum

événements ». Parmi ceux-ci les Jeux Olympiques sont particulièrement intéressants pour le caractère périodique de la procédure de sélection de la ville hôte et pour leur capacité de déplacer des professionnels au niveau international. Ils revêtent ainsi un caractère que l'on peut définir « glocal » ou « GlobaLocal », c'est-à-dire capable de tenir ensemble le monde global et les spécificités locales.

Dans son intervention **Carmen Chinchilla Marín** (min. 05:44 – 49:36) a mis en évidence les similitudes et les différences entre les compétitions prévues par les droits administratifs nationaux et européen en matière de marchés publics et la procédure conduite par le Comité Olympique international (C.O.I.) pour le choix de la ville hôte. Elle a ainsi offert une analyse critique riche d'éléments de réflexion et d'anecdotes intéressants tirés tout d'abord, mais non seulement, de son expérience de collaboration à la préparation de la candidature de Madrid aux Jeux Olympiques de 2016 et de 2020.

Dans ses phases initiales la procédure de sélection de la ville hôte rappelle celle de passation d'un marché public. Toutefois, les similitudes deviennent plus faibles au fur et à mesure que la procédure avance : de fait la décision finale est prise par vote à bulletin secret et elle est dépourvue de toute motivation. Le vrai « vainqueur » ainsi est le C.O.I. Aux yeux d'un chercheur de droit administratif le monde semble « à l'envers » : une collectivité locale participe à une compétition lancée par une organisation de droit privé (plus précisément : une association de droit suisse), pour la passation d'un contrat qui a comme partie forte le C.O.I. lui-même. Celui-ci impose des obligations très lourdes à ses cocontractants et il établit aussi des avenants contraires aux systèmes juridiques nationaux et international, comme la renonciation à l'immunité de la juridiction. Tout cela grâce à la force imbattable des marques Olympiques.

La réflexion sur les sujets développés dans le livre a amené les intervenants à des considérations sur le droit du sport « au carrefour du droit public et du droit privé » et aussi sur l'autonomie et la spécialité de ce droit du point de vue de la théorie de la pluralité des systèmes juridiques. Dans son intervention consacrée à « *Public et privé dans l'organisation des Jeux Olympiques* » (min. 50:15 – 72:20), le Pr. **Leonardo Ferrara** a comparé la méthode d'analyse choisie par Carmen Chinchilla dans son livre avec les plus

Copyleft – Ius Publicum

récentes contributions de la doctrine italienne en matière de droit du sport. La lecture que le livre donne du rapport « public – privé » se différencie de celles diffusées en Italie. Les auteurs italiens utilisent souvent les catégories du droit public pour examiner la compétition lancée par le C.O.I., compétition qui appartient plutôt au droit privé, comme l'autrice a bien souligné. De même c'est original le choix de ne pas aborder le sujet sous l'angle de la théorie de la pluralité des systèmes juridiques. Finalement, le Pr. Ferrara souligne la méthode choisie par l'autrice pour affronter la "spécialité" du sport, spécialité qu'elle n'emphatise pas excessivement, bien que plusieurs documents de l'Union Européenne la proclament. D'ailleurs une analyse approfondie du droit de l'Union permet de relativiser cette spécialité : bien que les événements sportifs soient souvent cités pour porter des dérogations aux libertés fondamentales (par exemple au droit à l'information), ces dérogations doivent toutefois être compatibles avec les principes fondamentaux de l'Union. Le droit de l'Union n'affirme donc pas la spécialité du sport en soi même, mais il garantit l'intérêt général qui est visé par le sport et dont le droit de l'Union donne sa définition.

L'attention donnée au sport dans les systèmes juridiques internationaux est aussi la perspective choisie par l'intervention du pr. **Giuseppe Manfredi** intitulée « *Globalisation, européisation et droit du sport* » (min. 73:00-97:38). Selon le pr. Manfredi le parcours de « publicisation » progressive du sport et l'affirmation de sa dimension internationale ont déterminé l' « autonomie » du droit du sport. Toutefois le système juridique international ne fonde pas la spécialité du droit du sport. Il est vrai que ce qu'on appelle « droit international du sport » influence les systèmes juridiques nationaux et il produit des interrelations réciproques qui sont particulièrement intéressantes pour l'étude des rapports entre les systèmes juridiques et pour l'analyse du droit « glocal » ou « GlobaLocal ». Le livre de Carmen Chinchilla Marín donne ainsi une importante contribution à l'étude de ces interrelations.

Dans sa réplique la pr. **Chinchilla Marín** (min. 98:01-102:50) met en évidence le caractère non juridique de la compétition pour la sélection de la ville hôte. Cette procédure débouche sur la passation d'un contrat qui ne peut être comparé ni à un marché public, ni à une délégation de service public, puisque c'est la « force des faits » à déterminer le choix et ses modalités d'actuation. L'allocution de clôture du pr. **Roberto Cavallo Perin** (min. 103:00

Copyleft – Ius Publicum

– 115.46) prend son départ du même aspect (« ex facto ius oritur). Le Professeur souligne comme l'observation des systèmes juridiques est fortement influencée par le point de vue des chercheurs. L'absence d'un contrôle du juge sur la compétition étonne surement les chercheurs italiens et espagnols : ceux-ci en fait sont habitués à un contrôle très fort sur les compétitions pour les marchés publics Toutefois, cette absence est surement moins étrange pour les chercheurs de pays différents, comme par exemple les anglais, pour lesquels traditionnellement le choix de l'administration échappe à un contrôle similaire. A propos de la lecture possible du droit du sport sous l'angle la théorie de la pluralité des systèmes juridiques, le pr. Cavallo Perin a rappelé comme Santi Romano a soutenu non seulement l'existence de relations de reconnaissance et d'opposition entre les systèmes juridiques, mais aussi de relations d'insignifiance ou de « normale indifférence ». Ce sont des relations de telle sorte que l'on peut retrouver en analysant le droit du sport. Le fait même de situer le droit du sport dans le droit public ou bien dans le droit privé est un choix du droit positif.

La conclusion du séminaire est consacrée au souvenir du Pr. Eduardo García de Enterría, grand maître du droit administratif espagnol décédé le 16 septembre 2013 (http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/26_09_2013_16_34-GarciaDeEnterria.pdf).

Copyleft – Ius Publicum