

LA TOLÉRANCE ADMINISTRATIVE, INAPPLICATION CONDAMNABLE DU DROIT

Fanny GRABIAS¹

Résumé

S'il est difficile de mesurer l'ampleur du phénomène que constitue la tolérance administrative, l'étude de cette notion parmi les multiples causes d'inapplication du droit révèle qu'il s'agit d'une inapplication condamnable, parce qu'elle est une question de volonté : des illégalités subsistent parce que l'Administration refuse de les sanctionner ou d'y mettre fin. Juridiquement condamnable, elle n'est pour autant que rarement condamnée : une multitude de facteurs conduisent en effet à la soustraire de toute sanction juridictionnelle.

Abstract

The administrative tolerance is a phenomenon whose extent is difficult to measure. This notion can however be studied within the multiple causes of law's non-enforcement and it appears that such a non-enforcement is reprehensible for it is will based. Inequalities remains because the Administration refuses to either sanction or end it. Even though it is reprehensible, the administrative tolerance is hardly ever punished for many factors shield it from any kind of sanction.

« [l]'autorité s'enracine dans la règle ; affaiblir la règle [...] c'est, pour le pouvoir, saper ses propres bases ; il est d'autant mieux obéi, lorsqu'il entend faire respecter la loi par les citoyens, que lui-même donne l'exemple²... »

Thème presque récurrent de la littérature juridique, l'inapplication du droit est à la source de multiples ressentis : tandis qu'elle continue d'intriguer le scientifique en tant que phénomène social, qu'elle rassure parfois l'administré dépassé par la technicité et la complexité des innombrables règles auxquels il est soumis et qu'elle satisfait toujours ses heureux bénéficiaires, elle est dans le même

1 Maître de conférences à l'Université Lille 2.

2 Jean RIVERO, *Le Monde*, 31 octobre 1963, p. 4.

temps source d'inquiétudes et de révolte. Révolte tout d'abord des malheureux qui n'ont pas (eu) la chance d'en bénéficier ou qui ont la malchance de la subir ; inquiétudes ensuite en raison de la menace qu'elle fait peser sur l'ordre juridique et sur la notion même d'État de droit³. Et l'organisation d'une journée d'étude consacrée à ce thème par les Professeurs Olivier Le Bot et Romain Le Bœuf ne fait que confirmer la richesse inépuisable de cette thématique. L'inapplication du droit interroge. Elle interroge le juriste impuissant, condamné à observer un phénomène tout à la fois changeant et persistant. L'inapplication du droit, en effet, persiste et subsiste au-delà des siècles, à tel point qu'elle paraît consubstantielle au droit. À cet égard, tout le monde s'accordera pour dire, à l'instar de M. Cruet que, dans tout État de droit, « il existe un coefficient d'illégalités dont on peut [sans doute] dire qu'il est inévitable »⁴. Le phénomène est également changeant, en ce sens que ses modalités de réalisation se diversifient à mesure que les règles de droit se multiplient. De l'Administration qui ne prend pas les actes réglementaires d'application des textes supérieurs⁵, qui continue d'appliquer des textes illégaux⁶ ou n'applique pas des textes légaux ou qui, plus largement, n'exécute pas les obligations qui pèsent sur elle⁷, en passant par le Parquet qui peut décider de ne pas poursuivre pénalement des individus qui ont pourtant violé la loi, jusqu'au juge administratif qui peut aujourd'hui décider de ne pas sanctionner certaines illégalités⁸, nombreuses sont les hypothèses dans lesquelles le droit n'est pas appliqué. La tolérance administrative fait assurément partie de celles-ci.

Tout comme le résultat auquel elle aboutit – l'inapplication du droit – et peut-être même davantage, la tolérance administrative divise en raison de son ambivalence. C'est qu'elle revêt en effet un double visage que laissent suggérer les différentes définitions qui sont données de la tolérance dans les dictionnaires classiques : elle est appréhendée tantôt comme une vertu⁹, tantôt comme une faiblesse¹⁰. Lorsqu'elle porte cependant non sur l'édiction des règles¹¹ mais sur leur

3 V. en ce sens M. GENTOT, concl. sur CE, Ass., 7 mai 1971, *Ministre de l'économie et des finances et ville de Bordeaux c/ Sieur Sastre*, Rec., p. 334 : « [l]e principe de base, celui sans lequel il n'y aurait point d'État de droit, c'est que l'autorité administrative est tenue d'une obligation générale de respecter et de faire respecter la loi ».

4 J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908.

5 V. par ex. D. DE BÉCHILLON, « À propos de l'obligation faite au gouvernement de prendre des règlements d'exécution des lois », *AJDA* 2009, p. 686. Pour une illustration récente, à propos de l'absence de mesures réglementaires prises par le Gouvernement pour prévenir et limiter les pollutions lumineuses en application de l'article L. 583-1 du code de l'environnement tel qu'issu de la loi Grenelle 2 du 12 juillet 2010, v. CE, 28 mars 2018, *Association France Nature environnement*, req. n° 408974, inédit au recueil.

6 Sur l'obligation de ne pas appliquer une loi contraire à une norme de droit communautaire ou de droit international, v. CE, 24 fév. 1999, *Association des patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, Rec., p. 29 ; *AJDA* 1999, p. 823, note RICCI (norme de droit communautaire) ; CE, 26 sept. 2005, *Assoc. collectif contre l'handiphobie*, RFDA 2005, p. 122 (norme de droit international) ; sur l'obligation pour l'Administration de ne pas appliquer un règlement illégal, v. CE, Avis, 9 mai 2005, *Marangio*, Rec., p. 195 ; RFDA 2005, p. 1024, concl. GLASER ; *JCP A* 2005, n° 1253, note BILLET.

7 On peut, à cet égard, évoquer par exemple les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre du droit au logement opposable, que corrobore une jurisprudence fournie.

8 On pourrait, à cet égard, parler de « tolérances juridictionnelles ». Sur cette question des illégalités non sanctionnées, v., par ex, B. SEILLER, « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004, p. 963. On y retrouve la possibilité pour le juge de moduler dans le temps les effets de l'annulation contentieuse (CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, Rec., p. 197), de procéder à des substitutions ou neutralisations de motifs (CE, Sect. 6 février 2004, *M^{me} Hallal*, *AJDA* 2004, p. 436, chron. F. DONNAT et D. CASAS), de n'annuler un acte pour vice de procédure que lorsque ce dernier est dit substantiel (CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, Rec., p. 649) ou encore de régulariser un acte administratif illégal en raison d'un simple vice de forme ou de procédure (CE, Sect., 1er juillet 2016, *Commune d'Emerainville et syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée-Val-Maubuée*, n° 363047 et n° 363134). Le juge a d'ailleurs tout récemment parachevé cette évolution jurisprudentielle relative aux illégalités externes puisqu'il a jugé que les vices de forme et de procédure n'étaient plus opérants lors de la contestation d'un acte réglementaire par voie d'exception ou lors du recours contre le refus d'abroger un tel acte (CE, 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n° 414583, à paraître au Lebon ; *AJDA* 2018, p. 1241, note Melleray).

9 Ainsi la tolérance est-elle parfois synonyme d'indulgence, de bienveillance.

10 L. TALLINEAU, « Les tolérances administratives », *AJDA* 1978, p. 3.

11 On peut trouver un exemple éloquent de ce type de « tolérance » dans l'édiction des règles avec la reconnaissance récente, au profit des administrés, d'un « droit à l'erreur ». Ce « droit à l'erreur », qui consiste pour l'essentiel à ne pas sanctionner un individu qui commet de bonne foi une illégalité pour la première fois, est la manifestation d'une certaine bienveillance des pouvoirs publics.. Pour une analyse de ce nouveau

application, c'est le plus souvent sur un ton réprobateur qu'elle est appréhendée¹², encore qu'il faille s'entendre sur ce que recouvre, juridiquement, la notion de tolérance. Le *Vocabulaire juridique* la désigne comme le « fait, pour l'autorité publique ou le titulaire d'un droit, de supporter une activité franchement illicite [...] ou un agissement sans droit [...] d'où résulte, le plus souvent, un régime d'autorisation ou une situation précaire, plus exceptionnellement l'acquisition d'un droit au bout d'un certain temps [...] »¹³. En dépit d'une imprécision qui peut être source de confusions¹⁴, cette définition permet de faire un premier tri au sein des différentes utilisations qui sont faites de l'expression et notamment d'exclure celles qui n'ont vocation qu'à exprimer la mansuétude ou la bienveillance de l'Administration à l'égard des administrés. Il en va ainsi de ce que l'on peut appeler les « tolérances-autorisations » contenues dans certaines règles de droit, telles la « tolérance » de 5 ou 7 km/h en matière d'excès de vitesse¹⁵ et instaurée pour tenir compte des marges d'erreur des cinémomètres¹⁶, ou encore des « tolérances » instituées par voie de circulaires ou d'instructions, notamment en matière fiscale¹⁷. Dans ces différentes hypothèses, et pour des raisons diverses que la présente contribution ne peut développer, l'expression « tolérance administrative » n'a qu'une fonction rhétorique. Il ne s'agit pas d'une réelle tolérance dans la mesure où il n'y a pas ou plus d'illégalité (celle-ci étant neutralisée). Autrement dit, parce que la mansuétude « administrative » est intégrée dans la règle¹⁸ ou imposée par la règle¹⁹, il ne s'agit pas *stricto sensu* de tolérance administrative. C'est que, et c'est là un premier élément important de définition, la tolérance administrative est assurément une inapplication du droit, mais elle est une inapplication spécifique : elle consiste, pour l'Administration, à laisser subsister des illégalités commises par des administrés alors qu'elle a les moyens de les sanctionner ou d'y mettre fin. C'est en tout cas à cette définition assez générale que se réfère la doctrine depuis l'étude générale consacrée par Madame Tallineau aux tolérances administratives en 1978²⁰. Pour autant, et malgré tout le mérite que l'on doit reconnaître à cette étude pour avoir brisé le silence sur un phénomène trop longtemps ignoré en droit administratif, cette définition manque aujourd'hui de précision.

droit, v. par ex. B. SEILLER, « Droit à l'erreur : pour qui ? », *AJDA* 2018 p. 1465 ; A. PERRIN et A. VIDAL-NAQUET, « Quel droit à l'erreur ? », *AJDA* 2018 p. 1837 ; B. PLESSIX, « Le droit à l'erreur et le droit au contrôle », *RFDA* 2018 p. 847.

12 C'est ainsi que J.-M. AUBY soulignait, par exemple, que s'« il arrive sans doute parfois que le législateur, dans un texte particulier, charge certaines autorités administratives d'assurer d'une certaine manière l'exécution du texte par les particuliers, [...] cela ne signifie en aucune façon qu'en l'absence d'une telle clause spéciale, l'Administration est libre de tolérer les illégalités commises par les particuliers ou de ne relever que certaines d'entre elles » : J.-M. AUBY, note sur CE, 2 déc. 1960, *Dame veuve Franc*, *D.* 1962, p. 6.

13 V° « Tolérance », in G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2008.

14 Cette définition est en effet relativement évasive quant aux effets qu'est susceptible d'emporter la tolérance : « d'où résulte, le plus souvent, un régime d'autorisation ou une situation précaire » – il y a donc dans le même temps une assimilation et une distinction avec l'autorisation – ; « plus exceptionnellement l'acquisition d'un droit au bout d'un certain temps » – il serait préférable ici de préciser que l'acquisition d'un droit par tolérance n'est valable pour le moment en droit français que lorsque cela est prévu par un texte.

15 Arrêté du 4 juin 2009 relatif aux cinémomètres de contrôle routier, *JORF* du 23 juin 2009, p. 10222.

16 L'arrêté parle plus précisément d'« erreurs maximales tolérées ».

17 De telles « tolérances » peuvent également être prévues par la loi elle-même. C'est le cas par exemple de ce que l'on appelle la « tolérance du vingtième », prévue à l'article 1727 du Code général des impôts, qui dispense du paiement des intérêts de retard le contribuable qui, par une erreur commise de bonne foi, omet la déclaration d'un revenu pour un montant inférieur à 5 % du total du revenu imposable.

18 La « tolérance » se manifeste alors par l'introduction d'une marge qui permet d'augmenter les limites fixées par un texte. Outre l'arrêté précédemment cité concernant le calcul de la vitesse des véhicules, c'est le cas également par exemple de l'arrêté du 6 octobre 1978 relatif à l'isolement acoustique des bâtiments d'habitation contre les bruits de l'espace extérieur, qui impose un niveau d'isolation mais dispose que « pour tenir compte des incertitudes liées aux mesures, une tolérance de 3dB (A) sur ces limites est admise ».

19 C'est le cas s'agissant de la garantie des contribuables contre les changements de doctrine, telle que prévue à l'art. L. 80 B du Livre des procédures fiscales.

20 L. TALLINEAU, art. préc.

Telle que présentée, la tolérance administrative ne serait en effet rien d'autre qu'une inapplication du droit spécifique en raison de son objet : la violation des règles de droit par les administrés. De ce point de vue, elle ne saurait faire l'objet d'un régime juridique uniforme, l'Administration pouvant tout aussi bien s'abstenir d'agir légalement face à une situation illégale parce que, par exemple, elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire ou de l'opportunité des poursuites²¹, que s'abstenir illégalement parce qu'elle viole l'obligation qui pèse sur elle d'assurer le respect des règles de droit²². Pour le dire autrement, toute situation illégale que l'Administration ne sanctionnerait pas ou à laquelle elle ne mettrait pas fin alors qu'elle dispose de moyens pour agir devrait être considérée comme une tolérance de sa part.

Or, ce n'est pas à une telle conclusion que conduit une étude approfondie du contentieux : les solutions posées par le juge dans de telles hypothèses tendent au contraire à montrer que la tolérance administrative est une inapplication condamnable du droit, parce qu'elle est une question de volonté : des situations illégales subsistent parce que l'Administration *ne veut pas* les sanctionner ou y mettre fin, alors pourtant qu'elle est soumise à une obligation générale de faire respecter les règles de droit (I). C'est dire que, d'un point de vue strictement juridique, la tolérance administrative perd son visage vertueux, et elle se distingue ainsi au sein des causes multiples d'inapplication du droit par l'arbitraire qu'elle suppose. On s'étonnera alors de trouver encore aujourd'hui des exemples, plus ou moins visibles, plus ou moins flagrants, plus ou moins acceptables pourrait-on même dire, d'illégalités assurément connues de l'Administration, non justifiées juridiquement, et pourtant non sanctionnées. C'est que, et c'est là sans doute un paradoxe qu'il est aujourd'hui difficile d'admettre dans un État de droit, la tolérance administrative échappe pour une large part à toute sanction juridictionnelle (II).

I. Le critère de la condamnation : la volonté de ne pas faire respecter les règles de droit

La tolérance est définie classiquement comme une « condescendance, indulgence pour ce qu'on ne veut pas ou ne peut pas empêcher »²³. Il s'agirait simplement de laisser faire, de « supporter », conformément à l'étymologie du terme. Juridiquement pourtant, cette acception large doit être rejetée : le Conseil d'État a indirectement affirmé que la tolérance administrative consiste à *ne pas vouloir* sanctionner ou faire cesser une situation illégale, ce qui constitue une illégalité fautive (A). Cette intégration de la volonté dans la définition de la tolérance administrative, au demeurant indirecte, soulève un certain nombre d'interrogations compte tenu du cantonnement traditionnel de son rôle en droit administratif. Plus précisément, parce qu'elle est une notion éminemment subjective, elle ne peut être appréhendée par le juge administratif que selon une méthode d'identification adaptée (B).

21 Il suffit de songer au large pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités administratives indépendantes pour user de leur pouvoir de sanction.

22 V., à propos par exemple de l'obligation pour une autorité de police d'user de ses pouvoirs afin de faire respecter une réglementation préexistante, CE, Sect., 14 déc. 1962, *Doublet, Rec.*, p. 680.

23 V° « Tolérance » in *Le nouveau petit Littré*, Librairie Générale Française, 2009. D'autres définitions ne font toutefois pas référence à cette distinction entre vouloir et pouvoir. Ainsi le *Dictionnaire de la langue française* définit-il la tolérance comme « le fait de tolérer quelque chose, d'admettre avec une certaine passivité [...] ce que l'on aurait le pouvoir d'interdire, le droit d'empêcher ». *Le petit Robert*, quant à lui, la désigne comme le « fait de tolérer, de ne pas interdire ou exiger, alors qu'on le pourrait ».

A. La consécration du critère

L'idée que la tolérance soit juridiquement une question de volonté n'est pas aussi évidente que notre propos pourrait le laisser penser. En effet, l'usage de l'expression « tolérance » est surtout le fait de la doctrine, le juge administratif se contentant généralement de viser l'abstention de l'Administration ou de mobiliser des notions dont le contenu juridique ne souffre pas la discussion²⁴. Pour le dire autrement, le juge est non seulement réticent à utiliser le substantif tolérance ou le verbe tolérer, mais aussi à mettre en exergue une volonté délibérée de l'Administration de ne pas sanctionner une illégalité commise par un administré. Cela explique en partie pourquoi la doctrine ne nous paraît pas avoir établi de lien entre tolérance et volonté, seule une comparaison minutieuse de certaines espèces permettant de l'établir.

En outre et surtout, les solutions posées en matière de non-respect des règles de droit par les administrés sont longtemps parues contradictoires et certaines d'entre elles ont pu diviser la doctrine, notamment en ce qui concerne l'existence de l'obligation administrative d'assurer le respect des règles de droit. Si les débats ne concernent plus aujourd'hui que le contenu de cette obligation générale, ce contexte n'a guère favorisé une identification nette de la tolérance parmi les cas d'inapplication du droit. Il reste que, contrairement à la définition donnée précédemment, le Conseil d'État a clairement distingué, juridiquement, le fait de « ne pas vouloir » et de « ne pas pouvoir » sanctionner ou mettre fin à une situation illégale : il a en effet consacré un régime de responsabilité spécifique, la responsabilité sans faute, dans les cas où l'Administration *ne peut pas* mettre fin à une illégalité. À l'inverse, lorsqu'il résulte des circonstances que cette dernière n'a pas démontré son impossibilité de mettre fin à la situation, elle engage sa responsabilité pour faute. En traitant différemment les hypothèses de « passivité » administrative selon que l'Administration ne veut pas ou ne peut pas faire cesser une illégalité, la jurisprudence a par conséquent réduit la tolérance à une question de volonté.

Cette distinction, à notre sens clairement apparue en 1971, était en réalité déjà sous-jacente en jurisprudence, puisque la notion d'impuissance a été implicitement reconnue dans l'arrêt *Couitéas*²⁵.

1. L'impuissance juridique ou les prémisses de la consécration

Contrairement à ce que pourrait laisser croire le caractère récent de l'intérêt porté par la doctrine administrativiste à l'impuissance publique, cette dernière n'est pas un mal propre de notre siècle. Elle n'est en tout cas pas nouvelle, et si elle est aujourd'hui pointée du doigt par l'opinion publique, « prompte à dénoncer l'inquisition administrative mais [...] devenue impitoyable envers les carences de la police »²⁶, c'est sans doute parce que la garantie des droits des citoyens – et les attentes qu'elle nourrit subséquemment – n'a jamais été aussi importante au sein de notre État. L'impuissance publique s'est donc révélée progressivement, à mesure que les droits des individus se sont faits plus nombreux.

24 Ainsi arrive-t-il au juge d'évoquer la négligence ou la carence d'une autorité.

25 CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*, *Rec.*, p. 789 ; S. 1923, 3^e partie, p. 57, concl. RIVET, note HAURIOU ; *RDP* 1924, p. 208, note JÈZE.

26 D. TRUCHET, *Droit administratif*, Puf, Thémis, 6^e éd., 2015, p. 326-327.

Bien qu'« elle ne se laisse pas facilement définir »²⁷, l'« impuissance publique » peut recouvrir, comme l'a expliqué Étienne Picard, deux acceptions différentes selon qu'elle concerne les moyens de l'administration ou les résultats de son action. La première – l'impuissance quant aux moyens – désigne la situation dans laquelle les moyens dont dispose l'Administration sont insuffisants et inadaptés aux fonctions qui lui sont assignées. La seconde – l'impuissance publique quant aux résultats – désigne quant à elle

« une certaine incapacité de la puissance publique [...] à maintenir, au sein de la République ou tout au moins en plusieurs lieux de son empire, un certain ordre public : son incapacité, au moins ponctuelle, mais de plus en plus préoccupante [...] à assurer le respect des lois [...] »²⁸.

Or, si « l'impuissance quant aux résultats s'explique par l'impuissance quant aux moyens »²⁹, c'est surtout à la première qu'il faut s'intéresser, la notion de tolérance reposant sur l'existence d'illégalités non sanctionnées. Et s'agissant justement de la reconnaissance de « l'incapacité de la puissance publique [...] à garantir un certain ordre public [et] à assurer le respect des lois »³⁰, on peut en distinguer les prémisses dans l'arrêt *Couitéas* consacrant la responsabilité sans faute de l'État du fait des refus d'exécuter les décisions de justice³¹.

En reconnaissant que l'Administration peut, sans commettre de faute, refuser d'apporter son concours à l'exécution d'une décision de justice, alors qu'elle en a normalement l'obligation, cet arrêt reconnaît indirectement que l'État n'est pas toujours en mesure de faire respecter « l'ordre public » inhérent au respect des règles de droit. Il souligne implicitement en effet que l'Administration peut être confrontée à devoir « choisir » entre deux illégalités : le non-respect d'une décision de justice, d'une part, et le trouble à l'ordre public, d'autre part. Cela revient donc à admettre, dans une telle situation, qu'elle « ne peut pas » faire respecter une de ces deux règles de droit. L'impuissance reconnue indirectement par le juge administratif dans cet arrêt s'identifie en amont, indépendamment de toute intervention de l'Administration : elle autorise l'Administration à ne pas respecter son obligation de prêter main-forte à l'exécution des décisions de justice en cas de risque de trouble grave à l'ordre public³². La faute de l'Administration dépend de la réalité de ces troubles. L'impuissance de l'Administration reconnue par l'arrêt *Couitéas* est donc spécifique en ce sens qu'elle trouve sa source dans l'incompatibilité entre normes, et l'impossibilité pour l'Administration de respecter, dans le même temps, deux obligations contradictoires³³. C'est, autrement dit, l'ordre juridique lui-même qui est porteur d'impuissance : il s'agit d'impuissance « juridique ».

27 E. PICARD, « L'impuissance publique en droit », *AJDA* 1999, n° spécial, p. 11.

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*.

31 CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*, préc.

32 V. en ce sens la lecture *a contrario* de l'arrêt CE, 25 nov. 2009, *Ministre de l'intérieur, de l'Outre-mer et des collectivités territoriales c/ Société Orly Parc*, *AJDA* 2009, p. 2257, dans lequel la Haute Assemblée réaffirme que, sauf risque excessif de trouble à l'ordre public, l'autorité administrative est toujours tenue d'accorder le concours de la force publique, sans pouvoir porter aucune appréciation sur le bien-fondé de la demande. Littéralement, il faut plutôt considérer que l'existence des troubles suspend temporairement l'obligation qui pèse sur l'administration.

33 Il s'agit là d'un conflit d'obligations : le respect de l'une exclut nécessairement celle de l'autre. Comme le soulignait G. JÈZE dans sa note sous l'arrêt *Couitéas*, l'Administration doit en effet « choisir entre deux troubles sociaux d'une gravité inégale », et doit à ce titre « choisir le moindre mal ». Développant son analyse à propos de l'obligation d'exécuter les décisions de justice, JÈZE poursuivait ainsi : « le refus d'exécuter la chose jugée est un trouble à la paix sociale, puisqu'il est de nature à pousser les individus à user de la violence pour se faire justice à eux- »

Cette jurisprudence ne concerne cependant que des illégalités spécifiques, à savoir la violation d'une décision de justice et les atteintes susceptibles d'être portées à l'ordre public. On peut à cet égard s'interroger sur le champ d'application de l'impuissance en dehors de ces hypothèses. Est-elle susceptible de concerner d'autres règles de droit, telles que des dispositions législatives ou réglementaires ? Est-elle susceptible d'être causée par des considérations autres que le respect de l'ordre public ?

L'on peut d'abord songer à des considérations plus larges, dépassant l'acception restrictive qui est donnée de l'ordre public en la matière³⁴. L'intérêt général pourrait, à cet égard, apparaître comme un puissant vecteur d'impuissance « juridique » au regard de son caractère éminemment fonctionnel. Il reste que, lorsqu'il s'agit de l'opposer à une action de l'Administration visant à faire respecter les règles de droit par les administrés, son potentiel théorique cède devant ses rares applications pratiques. En réalité, et à l'instar de l'ordre public, celui-ci n'a vocation à rendre impossible l'action administrative que lorsque celle-ci passe par l'usage d'un moyen déterminé, celui du recours à la force publique, afin de mettre fin à des illégalités commises par des particuliers. On se situe alors exactement dans la lignée de la jurisprudence *Couitéas*³⁵, ce que confirme la jurisprudence : la protection de l'ordre public ou la préservation de l'intérêt général ont pu légalement justifier que l'Administration s'abstienne de mettre fin à des occupations irrégulières du domaine public en procédant à des expulsions forcées³⁶. Bien que les exemples de motifs d'intérêt général s'opposant à l'action administrative soient exceptionnels en jurisprudence, on peut à ce stade s'interroger sur la réalité de l'« impuissance » à laquelle ce motif peut conduire. Lorsque le juge administratif considère par exemple que l'Administration n'a pas commis de faute en refusant de mettre fin à l'occupation irrégulière du domaine public par une société de conserverie, laquelle durait depuis plus de vingt ans, en invoquant « tant [...] les inconvénients d'ordre économique que [...] les répercussions d'ordre social qu'aurait pu provoquer une interruption même temporaire du fonctionnement de cette usine »³⁷, peut-on véritablement soutenir que l'Administration « ne pouvait pas » faire respecter la légalité³⁸ ? Ce n'est en effet plus ici l'ordre qui s'oppose à la loi, l'ordre qui s'érige contre l'ordre, mais un intérêt économique et social qui justifie que l'on n'applique pas la loi. Cette solution a pu susciter des inquiétudes quant aux risques que son extension pouvait faire peser sur le principe de légalité³⁹. Mais c'est justement parce que l'appréhension de l'impuissance juridique répond à une méthode d'analyse spécifique qu'elle ne se résume pas à des seules considérations tirées de la protection de l'ordre public au sens strict.

mêmes. Mais l'exécution, *en toutes circonstances*, est aussi un trouble à la paix sociale. Lequel des deux dangers est le plus grave ? » : c'est ainsi la solution la moins négative qui s'impose.

34 La jurisprudence montre à cet égard que l'ordre public est entendu dans le sens traditionnel qui est le sien en matière de police administrative, visant alors la trilogie sécurité, tranquillité, salubrité. Certaines juridictions l'ont étendu à la dignité humaine, mais son admission dans le cadre des refus de concours de la force publique reste controversée.

35 Il n'est pas rare d'ailleurs que la doctrine, lorsqu'elle évoque les limites à l'obligation pour l'administration d'apporter son concours à l'exécution des jugements, fasse référence aux considérations d'ordre public « ou d'intérêt général ».

36 Par ex., CE, Sect., 27 mai 1977, *SA Victor Delforge et Cie et Victor Delforge*, Rec., p. 253 ; CE, 11 mai 1984, *Port autonome de Marseille et autres*, Rec. p. 178 ; CE, 22 juin 1984, *Secrétaire d'État auprès du ministre des transports chargé de la mer c/ Société Sealink U.K. Limited*, Rec., p. 246 ; CE, Sect., 23 déc. 2010, *Ministre d'État, ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables*, req. n° 306544, *AJDA* 2011, p. 6.

37 CE, 6 fév. 1981, *Comité de défense des sites de la Forêt-Fouesnant*, req. n° 19333.

38 Il ne s'agit pas, en effet, d'un cas relevant d'une véritable « incapacité de puissance publique [...] à assurer le respect des lois », pour reprendre la définition donnée par le Professeur Picard.

39 M. DAVIGNON, note sous CE, 6 fév. 1981, *Comité de défense des sites de la Forêt-Fouesnant*, *JCP G* 1981, n° 19698.

L'existence de motifs d'intérêt général ou d'ordre public faisant obstacle à l'action de l'Administration dans l'hypothèse où celle-ci est normalement tenue d'agir place en effet l'Administration dans une impasse : tenue d'exécuter deux obligations contradictoires, elle doit, on l'a dit, choisir entre l'une d'elles. Or, en dépit du pouvoir discrétionnaire que semble lui ouvrir une telle situation, l'Administration n'a pas véritablement le choix. Elle se doit de « choisir le moindre mal »⁴⁰. Par conséquent, si le bilan auquel elle doit procéder s'avère moins négatif en cas d'abstention de sa part, elle est tenue de s'abstenir. Elle devra donc refuser de faire respecter les règles de droit dans la mesure où l'exécution de cette obligation est susceptible d'emporter des troubles plus graves pour l'ordre public ou l'intérêt général. Dans le cas contraire, sa responsabilité pour faute pourra être engagée en cas de préjudice. Il ne s'agit donc pas, dans ces hypothèses, de considérer que tout risque de trouble à l'ordre public ou d'atteinte à l'intérêt général s'analyse comme l'ouverture d'un cas d'impuissance juridique : comme le soulignait Marcel Waline, il y a un arbitrage à faire, arbitrage au terme duquel le maintien d'une illégalité peut ne pas être reproché juridiquement à l'Administration⁴¹.

La jurisprudence a donc, on le voit, progressivement porté les germes de l'impuissance publique à faire respecter la loi, impuissance toutefois déduite de l'impossibilité pour l'Administration de respecter dans le même temps deux obligations contradictoires. Elle a fini par la consacrer explicitement en jugeant que lorsque son action n'a pas permis de mettre fin à une situation illégale, elle ne commet pas de faute mais engage, le cas échéant, sa responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques.

2. *L'impuissance matérielle ou l'achèvement de la consécration*

Le rattachement de la notion de tolérance administrative à l'idée d'un véritable choix est apparu pour la première fois dans l'arrêt *Ministre de l'Économie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ Sieur Sastre*⁴² rendu par l'Assemblée du Conseil d'État. Ce critère n'apparaît toutefois ni directement ni explicitement : c'est une lecture combinée et *a contrario* des faits de l'affaire et de la solution posée par la Haute juridiction qui autorise, nous semble-t-il, cette analyse. Il faut, pour bien le comprendre, revenir en détail sur ces éléments.

Les faits de l'affaire. Dans le cadre de la législation relative aux marchés d'intérêt national⁴³, le marché-gare de Bordeaux-Brienne avait été classé marché d'intérêt national par un décret du 7 novembre 1962, lequel fixait en outre les limites d'un double périmètre de protection autour de ce marché : l'un négatif, dans lequel étaient désormais interdits la création, l'extension ou le déplacement des commerces de gros, l'autre positif dans lequel ces derniers étaient tout simplement interdits. Les grossistes qui exerçaient jusque-là leur commerce dans ce dernier périmètre étaient donc contraints soit de cesser leur activité, soit de s'installer hors du périmètre de protection. Il en allait ainsi de

40 G. JÈZE, note sous CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*, RDP 1924, p. 209.

41 L'engagement de la responsabilité de l'administration étant fondée sur le fait que, selon la formule consacrée, « le préjudice qui peut résulter de ce refus [...] ne saurait être regardé comme une charge incombant normalement » aux intéressés.

42 CE, Ass., 7 mai 1971, *Ministre de l'Économie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ Sieur Sastre*, Rec., p. 341.

43 Il s'agit principalement du décret n° 53-959 du 30 septembre 1953.

ceux qui s'étaient installés sur le marché des Capucins, compris dans le périmètre positif. Pourtant, en dépit de l'interdiction posée, ils continuèrent leur commerce de gros. L'Administration fit alors dresser 500 procès-verbaux à l'encontre de 71 commerçants récalcitrants, mais ceux-ci furent relaxés par la Chambre criminelle de la Cour de cassation au motif que le décret du 7 novembre 1962 était illégal. Le Conseil d'État, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre ce décret, retint cependant la solution inverse⁴⁴. Face à cette divergence jurisprudentielle et à l'inutilité d'effectuer de nouvelles poursuites pénales sur le fondement du décret, le Préfet ne se résigna pas, et fit modifier l'heure d'ouverture du marché de façon à y empêcher les ventes en gros⁴⁵. Face au non-respect de cet arrêté, 3 000 procès-verbaux furent dressés, mais les contrevenants furent de nouveau relaxés. L'Administration finit par édicter, le 23 novembre 1970, un nouveau décret modifiant le périmètre de protection positive de Brienne de sorte que le marché des Capucins en soit exclu.

La solution posée. L'inapplication de l'arrêté pendant sept ans n'avait toutefois pas fait que des heureux : les grossistes qui, respectueux de la loi, s'étaient installés à Brienne, s'estimaient lésés par la concurrence irrégulière des commerçants qui ne s'étaient pas conformés au décret, et dont ils rendaient responsable l'Administration qui n'avait pas fait respecter la réglementation. L'un d'eux, le sieur Sastre, demanda donc réparation de son préjudice aux juridictions administratives. L'engagement de la responsabilité administrative était alors, en vertu de la jurisprudence, conditionné par l'existence d'une faute. Or, cette dernière dépendait en réalité des moyens dont avait disposé l'Administration pour faire respecter la réglementation. À cet égard, et contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif le 1^{er} décembre 1967⁴⁶, le Conseil d'État a considéré que l'exécution d'office était, sauf urgence, impossible en l'espèce en raison de l'existence de sanctions pénales, et que l'Administration n'était pas tenue d'exercer de nouvelles poursuites après que la légalité du décret ait été affirmée par le Conseil d'État. Il a donc jugé que l'Administration n'avait pas commis de faute⁴⁷. Mais il a reconnu que sa responsabilité pouvait être engagée si le préjudice subi revêtait un caractère grave et spécial. En estimant ainsi que l'Administration n'avait pas commis de faute, le juge administratif a implicitement reconnu non pas qu'elle n'avait pas *su* mais qu'elle n'avait pas *pu* faire respecter la réglementation. En effet, l'incertitude juridique provoquée par les divergences de jurisprudence avait en l'espèce complètement paralysé l'action de l'Administration. D'un côté, le préfet ne pouvait recourir à l'exécution d'office sans risquer la condamnation de l'État pour voie de fait. De l'autre, quand bien même il pouvait exercer de nouvelles poursuites pénales une fois la légalité du décret confirmée par le Conseil d'État, il est évident que celles-ci auraient été vaines, compte tenu de la position de la Cour de cassation. Quant au maire, s'il pouvait procéder au retrait des autorisations portant concessions de place accordées aux commerçants en infraction, il n'est pas certain que son action eût permis de mettre un terme au problème. Bien évidemment, ces arguments ne sauraient, à eux seuls, suffire pour démontrer l'impuissance de l'administration. Mais cette dernière prend tout son sens avec la modification – vaine, mais malicieuse – de l'heure d'ouverture du marché par le préfet

44 CE, Sect., 4 déc. 1964, *Syndicat général du commerce en fruits et légumes du marché des Capucins*, Rec., p. 613 ; RDP 1965, p. 272, note WALINE.

45 L'heure d'ouverture du marché fut fixée à 7 heures du matin, heure à laquelle les opérations de vente sont quasiment terminées

46 CE, Sect., 4 déc., 1964, *Syndicat général du commerce en fruits et légumes du marché des Capucins*, Rec. p. 613.

47 La Haute Assemblée juge en effet que « l'examen des circonstances de l'affaire ne révèle pas [...] de carence systématique constitutive de fautes ».

afin de contraindre indirectement les commerçants à respecter la réglementation. En effet, au regard de l'ensemble de ces considérations, il est évident que l'Administration n'a pas accepté l'illégalité, elle s'y est résignée, après de nombreux efforts demeurés vains. Et une lecture *a contrario* de cet arrêt permet de révéler la distinction entre impuissance et tolérance : si l'impuissance conduit à engager la responsabilité sans faute de l'administration⁴⁸, cela signifie qu'en cas de faute de sa part, ce n'est pas d'impuissance dont il s'agit. La qualification de faute conduit à reconnaître que l'Administration n'a pas démontré son impossibilité de faire respecter la loi, et qu'elle a donc choisi l'illégalité. Autrement dit, qu'elle a *toléré* la violation de la règle. On peut en trouver un autre exemple au travers des faits ayant donné lieu à l'arrêt *Commission c/ République française* de la Cour de justice du 9 décembre 1997⁴⁹, dans lequel la France a été condamnée pour manquement pour ne pas avoir assuré sur son territoire le respect de la libre circulation des marchandises. Cette dernière avait été entravée par des mouvements de protestation de la part des agriculteurs français qui voulaient empêcher l'importation de fraises espagnoles. Répétés ponctuellement pendant plus de dix années, ces mouvements s'étaient concrétisés par la destruction de marchandises en provenance d'autres États membres et par une campagne d'intimidation lancée à l'encontre des grandes surfaces qui n'accordaient pas la préférence aux produits français. Pour échapper à la condamnation par la Cour, le gouvernement français soutenait avoir mis en œuvre « tous les moyens nécessaires et adéquats » pour garantir la libre circulation des fruits et légumes⁵⁰. Cela revenait donc à dire qu'il n'avait pas pu empêcher la réitération des infractions. Or, et bien que la nature objective du recours en manquement exclue de prendre en compte l'éventuelle volonté de l'Administration de ne pas sanctionner une illégalité⁵¹, l'argumentation du gouvernement français était en tout état de cause peu crédible au regard de la conjonction de la faiblesse des mesures prises et de la répétition des actions sur une période de plus de dix années.

Même si la solution posée par la jurisprudence *Sieur Sastre* n'a eu qu'une postérité jurisprudentielle limitée, elle offre donc une nouvelle clé de lecture s'agissant des abstentions ou insuffisances d'action de l'Administration face au non-respect des règles de droit. Elle permet de déduire que, juridiquement, la tolérance administrative est une inapplication condamnable du droit, parce qu'elle manifeste la volonté de l'Administration de ne pas faire respecter les règles de droit. Une telle analyse souffre néanmoins la discussion au regard de la dimension éminemment subjective que suppose l'idée de volonté. Son identification doit ainsi être adaptée aux caractéristiques du droit administratif français.

48 V. en ce sens D. LOSCHAK, « Un nouveau cas de responsabilité sans faute : l'impuissance de l'administration à faire respecter ses propres décisions », *JCP G* 1972, n° 2446.

49 CJCE, 9 déc. 1997, *Commission c/ République française*, aff. C. 165/95, *Rec.*, CJCE, I, 6959.

50 *Ibidem*.

51 Dans le cadre du recours en manquement d'État, régi par les articles 258 à 260 du TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne énonce expressément qu'il « ressort de la jurisprudence de la Cour que la procédure en manquement repose sur une constatation objective du non-respect par un État membre des obligations que lui impose le Droit de l'Union » : CJCE, 1^{er} mars 1983, *Commission c/ Belgique*, aff. 301/81, § 8, *Rec.*, CJCE, p. 467. Cette formulation est reprise de manière quasi-systématique par la Cour. V. par exemple CJUE, 6 mai 2010, *Commission c/ Pologne*, aff. C-311/09, *Rec.* p. I-00055, § 18.

B. L'identification de la volonté

Si la volonté a fait l'objet de nombreux travaux de la part de la doctrine administrativiste, c'est principalement au travers des actes administratifs, qu'il s'agisse de l'acte unilatéral ou du contrat, qu'elle a été envisagée en la matière. Or, la tolérance administrative a pour spécificité, et quoiqu'aient pu en dire certains auteurs, de ne pas consister en un acte⁵² : son essence même repose sur l'idée d'une abstention de l'Administration, plus ou moins longue, plus ou moins prononcée, face à des comportements irréguliers. Si elle peut se manifester au travers de différents actes, comme des refus exprès ou tacites d'agir ou encore par des lettres internes de service, elle existe indépendamment d'eux. Elle consiste dans le fait, pour l'Administration, de « ne pas » utiliser les moyens dont elle dispose pour sanctionner ou mettre fin à des situations illégales. À ce stade, et bien que les faits de l'affaire *Sastre* aient pu fournir un premier élément de réponse, la question se pose de savoir comment une telle volonté peut être identifiée alors que, par définition, l'Administration ne s'est pas exprimée, voire qu'elle a donné l'impression, par une action partielle, de n'avoir justement pas voulu s'accommoder de situations contraires à la légalité ? Plus largement, comment admettre la résurgence, au sein d'une responsabilité administrative fondée sur des conditions objectives, d'une notion éminemment subjective ?

La solution se trouve, comme souvent en droit administratif, dans une objectivation de cette notion : la volonté de l'Administration est appréhendée au travers d'un critère qui permet d'éviter de « sonder les cœurs et les reins » de ceux qui sont chargés de faire respecter la loi.

Mais parce qu'il conduit nécessairement à une appréciation des faits de chaque espèce, il demeure source de difficultés et conduit parfois à une interprétation délicate, de sorte que si l'on peut nettement affirmer que l'impuissance exclut l'idée de volonté, on peut discuter l'idée inverse selon laquelle l'idée de volonté conditionne nécessairement la tolérance.

1. Une objectivation nécessaire

Lorsque l'Administration est confrontée à des illégalités commises par des administrés, plusieurs conditions sont nécessaires à l'identification de sa volonté de ne pas y mettre fin. Sans pouvoir s'attarder sur ce point, il faut noter en effet que la distinction entre tolérance et impuissance à faire respecter la réglementation ne peut avoir de sens que là où l'Administration a conscience de l'existence de situations illégales et là où elle détient, *a priori*, les moyens d'y mettre fin. La conscience de l'Administration suppose qu'elle ait à la fois connaissance des illégalités commises et qu'elle ait ce que l'on appelle « l'intelligence de la situation », c'est-à-dire qu'elle ne commette aucune erreur quant à l'interprétation du droit applicable ou quant à sa qualification juridique. Si l'Administration se trompe par exemple en considérant que la situation était légale, on ne peut considérer qu'elle refuse délibérément de la sanctionner (il n'y a pas, selon elle, lieu à sanction). Il ne s'agit de rien

⁵² L. TALLINEAU, reprenant une distinction déjà présente chez les pénalistes, évoque à ce sujet le cas de « tolérances expresses », qui visent des actes par lesquels l'Administration manifeste son intention de ne pas poursuivre ou sanctionner certaines infractions.

d'autre qu'une erreur de droit, laquelle n'exclut au demeurant en rien l'engagement de sa responsabilité pour faute. Quant aux moyens détenus par l'Administration, si leur insuffisance peut avoir une influence sur l'appréciation de son comportement en matière de responsabilité administrative⁵³, leur présence permet aussi de déterminer quelles sont les autorités qui sont à même de tolérer des illégalités, dans la mesure où elles sont chargées par les textes d'assurer le respect des règles de droit. Ces conditions, si elles sont nécessaires à l'identification d'une réelle volonté, ne sont toutefois pas suffisantes, le maintien de certaines illégalités pouvant être aussi, on l'a vu, le résultat d'une impuissance publique. Il faut alors pouvoir identifier, au sein des différentes abstentions de l'Administration, celles qui sont le fruit d'une telle volonté. Le raisonnement sur lequel repose cette identification est négatif : la volonté de l'Administration se déduit davantage de l'absence d'impuissance, c'est-à-dire que les faits doivent démontrer que l'Administration ne pouvait pas, sur le plan juridique ou matériel, faire cesser l'illégalité. Il y aura volonté et donc tolérance chaque fois que le maintien d'une situation illégale ne pourra s'expliquer par une action « impossible » de l'Administration ou par une réelle inefficacité de ses effets. La volonté est donc appréhendée, dans ces deux hypothèses, d'un point de vue objectif.

S'agissant de l'action « impossible », si l'Administration s'abstient par exemple d'apporter son concours à l'exécution de décisions de justice ou de procéder à l'expulsion d'occupants sans titre du domaine public en invoquant les risques de troubles à l'ordre public ou des atteintes excessives à l'intérêt général, tout dépendra de la réalité de ces arguments. S'ils sont avérés, si une action de l'Administration est susceptible d'emporter des troubles plus graves que l'inexécution ou l'occupation temporaires, fussent-elles irrégulières, on ne pourra dire que l'Administration ne veut pas remplir son obligation : elle ne le peut tout simplement pas, au risque de commettre une faute. En revanche, si ces risques de troubles ou d'atteintes étaient inexistantes ou insuffisants, l'abstention de l'Administration doit être analysée comme une volonté de ne pas faire respecter la légalité, puisque son action était non seulement possible mais obligatoire, même si ce raisonnement binaire peut être discuté⁵⁴. Dans ces hypothèses, comme on l'a précédemment vu, la question est de savoir, au regard des circonstances, si l'impuissance juridique contenue dans l'opposition potentielle entre deux normes contradictoires se réalise concrètement.

Lorsqu'en revanche, le comportement de l'Administration n'est pas commandé par un arbitrage entre deux impératifs juridiques aux solutions antagonistes, l'identification de la volonté suppose, au risque de céder la place à un certain anthropomorphisme incompatible avec les caractéristiques générales du droit administratif, de la dénier de toute part de subjectivité. Il faut en effet raisonner en termes de volonté « objective », c'est-à-dire telle qu'elle s'est manifestée extérieurement aux tiers, ce que Jean-Jacques Bienvenu appelle « la volonté déclarée »⁵⁵. Cette volonté, bien qu'elle ne soit jamais

53 P.-E. DE CRAY, « L'insuffisance de moyens en droit de la responsabilité administrative », *DA* 2014, n° 5, étude n° 19.

54 Sur cette question, v. *infra*.

55 J.-J. BIENVENU, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », in *La volonté, Droits*, 1999, n° 28, p. 3. C'est dans cette seconde acception qu'il faut d'ailleurs comprendre la qualification de l'acte administratif unilatéral par la doctrine comme une manifestation de volonté. V. également, M. HAURIOU et G. DE BÉZIN, « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », *RTD civ.* 1903, p. 543.

directement mentionnée dans les arrêts relatifs au non-respect des règles de droit par les administrés, est un des éléments permettant d'apprécier le caractère fautif de l'abstention administrative. Le juge administratif établit un rapport entre les moyens qui ont été utilisés par l'Administration et ceux dont elle disposait au regard de l'illégalité commise : si, en résumant les choses, il s'avère au terme de ce rapport que l'Administration aurait pu faire plus, sans que ne soit pour autant garantie l'issue de son action, c'est qu'elle n'a pas suffisamment démontré sa volonté de ne pas s'accommoder de situations illégales. Pouvant faire plus et ne l'ayant pas fait, elle s'est donc volontairement abstenue d'utiliser les moyens dont elle disposait pour mettre fin aux illégalités dont elle avait connaissance. Mais le juge ne raisonne pas ici en termes seulement quantitatifs : il ne s'agit pas en effet de vérifier si l'Administration a utilisé *tous* les moyens à sa disposition. Le critère posé est celui de la proportionnalité entre les moyens utilisés et l'objectif poursuivi, à savoir le rétablissement de la légalité : il s'agit en quelque sorte d'établir une balance dont le déséquilibre permettra de révéler les intentions réelles de l'autorité dont l'action n'aura pas permis de mettre fin à des situations illégales. La mise en œuvre de ce critère peut aboutir à deux conclusions opposées : soit les moyens utilisés étaient adaptés, proportionnés à l'objectif poursuivi, et le maintien de ces illégalités est alors le reflet de son impuissance ; soit les moyens utilisés n'étaient pas adaptés, proportionnés à l'objectif poursuivi, et il faut alors considérer que l'Administration n'a pas véritablement voulu faire respecter la légalité.

L'adéquation ou la proportionnalité se mesure en tenant compte, d'une part, de la nature et du nombre de moyens utilisés au regard de ceux dont disposait l'autorité et, d'autre part, de la nature de l'illégalité commise par l'administré. Le constat de l'inadéquation ou de la disproportion – l'identification d'une tolérance – est donc toujours une question d'espèce. Il peut être relativement manifeste lorsque, par exemple, l'Administration se contente d'adresser des mises en demeure à un administré récalcitrant alors qu'elle dispose de moyens plus efficaces, tels que la possibilité de saisir le juge judiciaire pour faire constater une infraction pénale ou de prendre directement une sanction administrative à l'encontre du contrevenant. Mais il nécessite aussi parfois une analyse relativement pointilleuse des faits. L'arrêt *Ville de Paris c/ Marabout* du Conseil d'État de 1972 en constitue un exemple éloquent⁵⁶. La Haute juridiction administrative était amenée, dans cette affaire, à se prononcer sur la responsabilité de la ville de Paris quant à la persistance du stationnement illégal sur une voie privée appartenant au Sieur Marabout et qui avait été ouverte à la circulation. Celui-ci avait, à plusieurs reprises et pendant plusieurs années, alerté les services de police de la ville du non-respect de l'interdiction de stationnement. Or, face à ses nombreuses réclamations, l'Administration s'était contentée d'ajouter un panneau de signalisation dans le hameau et de dresser quelques contraventions, ce qui n'a bien évidemment pas permis de limiter la réitération des infractions, et plus largement de mettre fin à cette situation illégale. Bien que les analyses de la doctrine divergent sur ce point⁵⁷, il est clair, dans une telle situation, que l'Administration n'a pas véritablement voulu faire cesser les infractions aux règles de stationnement, dans la mesure où son action était de toute évidence largement insuf-

56 CE, Ass., 20 oct. 1972, *Ville de Paris c/ Marabout*, *Rec.*, p. 664 ; *AJDA* 1972, p. 681, chron. CABANES ET LÉGER et p. 685, concl. GUILLAUME ; *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 265, ROUBEAUX ; *JCP G* 1973, n° 17373, note ODENT ; *RDP* 1973, p. 832, note WALINE.

57 V., sur ce point, les notes des différents commentateurs sous l'arrêt *Ville de Paris c/ Marabout*, préc.

fisante pour dissuader les contrevenants. Elle disposait en effet d'autres moyens sans doute plus efficaces, ou, à tout le moins, beaucoup plus dissuasifs que les quelques contraventions dressées, dont le montant était en outre relativement faible⁵⁸. Il ressort donc des circonstances de l'espèce une disproportion, une inadéquation entre les moyens utilisés – quelques contraventions – et l'objectif poursuivi, qui est de mettre fin au stationnement illégal sur la voie concernée. En clair, il y avait bien tolérance administrative à l'égard des automobilistes peu respectueux de la réglementation.

Ce critère de la volonté comme élément de définition et de condamnation de la tolérance, s'il est séduisant, n'est cependant pas incontestable, tant en ce qui concerne sa pertinence que les difficultés que son identification soulève.

2. *Des difficultés persistantes*

Les avantages que comporte le critère de la volonté comme élément de définition de la tolérance administrative, qui tiennent pour l'essentiel à une meilleure compréhension du contentieux relatif à l'obligation d'assurer le respect des règles de droit et à une autonomisation de la tolérance par rapport à d'autres notions⁵⁹, n'éclipsent pas les inconvénients que sa présence et son identification soulèvent. Les difficultés résultent finalement de l'opposition binaire entre tolérance et impuissance, à laquelle on peut reprocher d'être caricaturale et de ne pas toujours correspondre, par conséquent, à la réalité⁶⁰. Cette opposition binaire est en effet le fruit d'une interprétation constructive dont le point de départ se situe dans une définition non juridique de la tolérance. Or, tant sur le plan théorique que pratique, une telle analyse est source de difficultés.

Sur le plan théorique, d'abord, l'opposition entre volonté et impuissance est contestable. Outre le fait que la volonté soit une notion subjective dont l'utilisation peut paraître un détour à la fois critiquable et inutile pour qualifier les situations de tolérance⁶¹, son existence dans les hypothèses de compétence liée a pu être remise en cause par la doctrine du début du xx^e siècle. En effet, lorsque l'Administration est tenue d'agir dans un sens déterminé, la possibilité même d'une volonté est discutable, puisque le comportement auquel elle est tenue relève plus d'une application logique des règles. Par conséquent, il n'est pas utile de réintroduire l'idée d'une volonté lorsqu'elle n'adopte pas ledit comportement. Or, c'est bien à cette situation que renvoient les hypothèses que nous avons qualifiées d'impuissance juridique : à partir du moment où l'Administration est tenue soit de prêter main-forte à l'exécution d'une décision de justice ou à l'expulsion d'occupants sans titre du domaine

58 Les agents de police pouvaient notamment imposer aux propriétaires des véhicules en infraction des démarches beaucoup plus contraignantes, soit en apposant sur lesdits véhicules un dispositif permettant de les immobiliser, appelé en France le « sabot de Denver », obligeant les propriétaires à se rendre au commissariat pour obtenir la libération de leur véhicule, soit en les faisant mettre en fourrière, ce qui « oblige à des démarches encore beaucoup plus longues et coûteuses pour récupérer la voiture » (v. en ce sens M. WALINE, note sous CE, Ass., 20 oct. 1972, *Ville de Paris c/ Marabout*, RDP 1973, p. 838). Or, à une seule exception, aucun de ces moyens n'a été utilisé.

59 La volonté ne permet pas seulement, en effet de distinguer la tolérance de l'impuissance. Elle permet aussi de différencier la tolérance de la négligence, l'inertie, l'inaction et la carence.

60 C'est le problème bien connu des catégories juridiques, dont la pertinence repose sur la capacité à embrasser de façon cohérente l'infinie diversité des faits.

61 Le juge ne raisonne, en effet, qu'en termes d'illégalité et de faute. En outre, parce que la volonté s'appréhende, on l'a vu, d'un point de vue objectif par le biais d'un critère de proportionnalité, on pourrait se contenter de résumer la tolérance à une violation illégale et fautive par l'Administration de son obligation d'assurer le respect des règles de droit.

public, soit de s'abstenir afin de ne pas exacerber les troubles à l'ordre public ou de préserver l'intérêt général, on ne saurait réintroduire l'idée d'une quelconque volonté, puisque l'Administration n'a justement pas le choix. Autrement dit, si le terme d'impuissance est une image pertinente pour refléter l'impossibilité de respecter dans le même temps ces deux obligations, on peut contester le raisonnement automatique inverse consistant à dire que dès lors que cette impossibilité n'existe pas, il y a forcément volonté de la part de l'Administration⁶². En tout état de cause en effet, l'Administration est tenue d'accorder le concours de la force publique, c'est-à-dire qu'elle est en situation de compétence liée.

Pour autant, compétence liée et volonté ne nous semblent pas exclusives l'une de l'autre. Si la compétence « absolument liée » peut avoir aujourd'hui des conséquences sur l'issue juridique du recours contre un acte, elle ne conduit plus à rendre irrecevable ledit recours au motif que l'acte n'est l'expression d'aucune volonté. Plus encore, à partir du moment où l'Administration est juridiquement tenue d'agir dans un sens déterminé et qu'elle continue de s'abstenir consciemment au-delà du délai raisonnable dont elle disposait, n'est-ce pas au contraire la preuve éclatante qu'elle *ne veut pas* agir ? Que l'on prétende ou préfère raisonner en droit administratif en termes de légalité ne change pas les similitudes de cette situation avec celle d'un enfant qui ne respecte pas le couvre-feu imposé par ses parents : à partir du moment où aucune circonstance extérieure et/ou matérielle ne peut venir justifier son retard, c'est que l'enfant n'a pas voulu respecter l'injonction parentale. Utiliser la volonté comme critère de définition de la tolérance ne signifie pas ici qu'il s'agit de l'analyser ici comme une « énergie créatrice » en s'interrogeant, à l'instar de Lucile Tallineau, sur sa valeur juridique. Il s'agit simplement de montrer que la faute, en matière de non-respect des règles de droit par les administrés, est intrinsèquement liée à un véritable choix de l'Administration de ne pas user – on pourrait ajouter « correctement » – des moyens qui sont les siens. Et cette analyse se retrouve s'agissant de la tolérance telle qu'elle est appréhendée en droit privé. Finalement, l'étude de la notion de tolérance administrative permet, nous semble-t-il, de renouveler les analyses de la doctrine administrativiste sur le rôle joué par la volonté, en dehors des cadres classiques que sont l'acte administratif unilatéral⁶³ et le contrat⁶⁴. Elle démontre en effet que, bien qu'éclipsée par la référence exclusive et traditionnelle à la faute, la volonté n'est pas absente en matière de responsabilité, et y apparaît en réalité de manière subreptice. La jurisprudence actuelle en matière d'inaction des autorités de police administrative confirme d'ailleurs cette analyse : « ce qui est condamné est moins la situation d'absence en elle-même que le fait que l'administration pouvait ou ne pouvait pas agir, donc voulait ou ne voulait pas agir »⁶⁵.

62 Et ce d'autant plus qu'elle peut avoir commis une erreur quant à l'appréciation de la gravité des troubles, et n'avoir pas agi en pensant qu'elle devait s'abstenir, de sorte qu'elle n'a pas « l'intelligence de la situation ».

63 V. par exemple, P. PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, t. 124, 1976 ; J. WALINE, « Le rôle de la volonté dans la théorie de l'acte administratif unilatéral dans le droit civil des contrats », in *Mélanges à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 869.

64 V., S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, p. 45 ; B. PLESSIX, « Autonomie de la volonté et droit des contrats. Archéologie d'un silence », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 183 ; V. également A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, NBT, 2013.

65 D. FALLON, « Police administrative et libertés fondamentales : quand l'administration peut rester passive », *AJDA* 2018, p. 754. L'auteur poursuit en disant que « l'obligation est ainsi dite « subjective », en tant que sa caractérisation s'appuie sur la volonté du sujet, en l'occurrence de l'administration ».

C'est alors sur le plan pratique que la distinction entre tolérance et impuissance peut être véritablement source de difficultés, sauf lorsque l'Administration se sera abstenue totalement. Dans cette hypothèse en effet, sa volonté sera déduite de la conscience qu'elle avait de l'existence de situations illégales et de l'écoulement d'un temps suffisant qui permettra d'interpréter son inertie comme une réelle volonté de ne pas agir, c'est-à-dire concrètement à l'expiration d'un délai raisonnable. En revanche, la situation est plus délicate lorsqu'elle n'est pas restée totalement inerte, en mettant en demeure par exemple les intéressés de mettre fin à leur comportement illégal ou même encore en dressant des contraventions. Dans ce cadre, il faut en effet prendre la mesure de son action pour déterminer son intention réelle. Comme on l'a expliqué, il faudra que son action paraisse proportionnée par rapport à l'illégalité commise et à ce qu'il lui était possible de faire pour que le maintien éventuel d'une situation illégale ne lui soit pas imputable. Or, l'appréciation de cette proportionnalité implique également de prendre en compte les éventuelles difficultés rencontrées par l'Administration dans la mise en œuvre de ses moyens. L'insuffisance de son action peut en effet résulter de circonstances extérieures indépendantes de sa volonté et sur lesquelles elle n'a aucune prise. Ces difficultés peuvent être d'ordre juridique ou matériel. Il peut arriver – c'était le cas dans l'affaire *Sastre* – qu'une incertitude pèse sur la légalité du texte que l'Administration est chargée de faire respecter, en raison par exemple d'une divergence de jurisprudence entre le juge administratif et le juge pénal. Une telle incertitude peut venir justifier l'action partielle voire l'inaction totale de l'Administration. Mais ce sont surtout les difficultés matérielles posées par l'insuffisance de moyens à disposition de l'Administration qui sont à même d'expliquer parfois l'insuffisance des mesures effectivement prises, de sorte que l'on peut alors s'interroger sur l'existence d'une volonté. C'est l'hypothèse visée par Étienne Picard de l'impuissance publique quant aux moyens, régulièrement invoquée au demeurant par l'Administration pour tenter d'échapper à une condamnation. Cela avait été le cas dans l'affaire *Marabout* précitée⁶⁶, et dans la célèbre « guerre des fraises ». Cette insuffisance de moyens peut conduire à ne pas considérer l'insuffisance d'action comme fautive, à condition toutefois que l'Administration ait fait toutes diligences⁶⁷. Autrement dit, l'Administration doit avoir démontré sa réelle impuissance. Mais l'appréciation portée sur cet argument peut être source de divergences d'interprétation. Les commentaires doctrinaux parus sur l'affaire *Sastre* ou l'affaire *Marabout* l'illustrent avec vivacité⁶⁸.

Si l'identification d'une volonté n'est donc pas toujours évidente, ce qui explique au demeurant la difficulté qu'il peut y avoir à identifier clairement une tolérance administrative, il n'en reste pas moins qu'elle est le critère permettant d'affirmer que, juridiquement, la tolérance est une inapplication condamnable du droit. Que le lecteur convaincu de cette démonstration ne s'y trompe pourtant pas : en pratique, seul un nombre limité de tolérances est sanctionné par le juge.

66 CE, Ass., 20 oct. 1972, *Ville de Paris c/ Marabout*, préc. Les difficultés invoquées tenaient « à la longueur des voies publiques ou privées ouvertes à la circulation publique dans Paris, à l'indiscipline particulièrement accentuée des propriétaires et conducteurs de voitures dans l'agglomération parisienne et à l'insuffisance des effectifs des gardiens de la paix, voire des contractuels, pouvant être affectés au contrôle du respect des règles sur le stationnement » (c'est nous qui soulignons).

67 Sur ce point, v. P.-E. CRAY, art. préc.

68 Ainsi à propos de la première affaire, D. LOSCHAK (*JCP G* 1972, n° 2446) a notamment fortement critiqué le raisonnement de la Haute Assemblée en considérant qu'il n'y avait pas véritablement impuissance, et que la responsabilité de l'Administration aurait dû être engagée pour faute. S'agissant de la seconde affaire, B. ODENT (*JCP* 1973, n° 17373) a considéré que l'insuffisance des effectifs de police pour assurer le respect de la réglementation pouvait s'analyser comme un cas de force majeure.

II. La réalité de la condamnation : la difficulté de sanctionner la tolérance

Parce qu'elle repose sur une abstention condamnable de l'Administration face au non-respect des règles de droit, la tolérance administrative est une pratique qui a par définition vocation à rester dans l'ombre, et qu'il est donc difficile d'étudier et de quantifier à partir d'une observation du contentieux. Il est à cet égard impossible de déterminer l'ampleur de ce phénomène et, par voie de conséquence, la proportion de tolérances effectivement condamnées par le juge⁶⁹. Mais si le prisme contentieux est inévitablement réducteur, il n'en est pas moins révélateur des différents obstacles qui peuvent s'opposer à la sanction juridictionnelle de la tolérance. Celui qui analyse la jurisprudence relative aux abstentions de l'Administration face à la violation de règles de droit par les administrés est en effet confronté à un double constat : celui d'un nombre relativement faible de décisions ; celui d'un nombre réduit de condamnations. La tolérance y apparaît alors comme difficilement condamnable ou sanctionnable parce que, d'une part, elle n'est portée à l'appréciation du juge que dans un nombre limité de cas (A) et, d'autre part, parce que même lorsque c'est le cas, sa condamnation par le juge est loin d'être toujours possible ou systématique (B).

A. L'accès limité de la tolérance au prétoire du juge administratif

La condamnation de la tolérance par le juge suppose évidemment qu'il soit saisi pour sanctionner l'abstention de l'administration face au non-respect des règles de droit par certains administrés. Or, il va de soi que ce ne sont évidemment pas « les heureux bénéficiaires des bienveillances administratives qui se plaindront en justice d'un traitement qui, pour être illégal, n'en est pas moins apprécié »⁷⁰. L'intervention du juge est donc subordonnée à une action de ceux qui ne bénéficient pas d'une telle mansuétude et qui s'estiment lésés par ce qu'ils peuvent considérer non seulement comme une violation du principe de légalité, mais aussi comme une rupture d'égalité. De ce point de vue, il y a très certainement deux catégories de tiers à la tolérance. La première est constituée de ceux auxquels la tolérance porte préjudice – les illégalités tolérées pouvant par exemple gêner l'exercice de leur activité économique ou tout simplement rendre plus avantageuse celle des bénéficiaires de la mansuétude administrative, ou plus largement porter atteinte à leurs droits –, et qui auront donc intérêt à en demander la cessation et/ou la réparation des préjudices. La deuxième est constituée par ceux qui n'ont pas bénéficié d'un tel traitement de faveur et dont le comportement illégal a été sanctionné, alors que d'autres administrés ont pu enfreindre les mêmes règles en toute impunité. Cette deuxième hypothèse ne sera pas étudiée ici, car il ne s'agit plus pour le tiers de faire condamner la tolérance mais bien au contraire de la faire en quelque sorte « valider » par le juge⁷¹.

69 V. en ce sens L. TALLINEAU, art. préc., p. 36, qui souligne « les limites du contentieux en tant qu'élément de connaissance de la vie administrative ».

70 M. COZIAN, « L'inégalité devant l'impôt par le fait de l'Administration », *D.* 1975, chron. 17, p. 101. Notons également qu'il n'est pas impossible que les bénéficiaires de la tolérance administrative n'aient pas conscience du caractère illégal de la situation dans laquelle ils se trouvent.

71 L'argument tiré de la violation du principe d'égalité est toutefois inopérant dans le cadre d'un recours dirigé contre une sanction : égalité devant la loi ne signifie pas, en effet, égalité devant l'inapplication de la loi.

Partant de ce postulat, le constat du faible nombre de décisions juridictionnelles en matière de non-respect des règles de droit est alors source d'interrogations : faut-il en déduire que la tolérance administrative est théoriquement plus inquiétante qu'elle ne l'est en pratique, tant en ce qui concerne son ampleur que ses effets ? La conclusion, sans qu'elle ne soit exclue totalement, serait évidemment bien trop hâtive pour refléter la réalité. Plusieurs considérations sont en effet susceptibles d'expliquer un tel constat, au premier rang desquelles figurent des obstacles inhérents à la tolérance elle-même. Sans doute ne faut-il pas négliger non plus ceux qui, sans que l'on puisse totalement en mesurer la portée, sont liés à l'exercice d'une action en justice.

1. *Les obstacles inhérents à la tolérance*

L'unité dans la définition de la tolérance ne saurait masquer la grande diversité de cette catégorie. À cet égard, toutes les tolérances ne sont évidemment pas amenées à accéder au prétoire du juge, pour la raison très simple qu'elles peuvent ne « froisser » les intérêts de personne. Il en va ainsi, en tout cas tant qu'elles subsistent⁷², des tolérances générales par lesquelles l'Administration s'abstient de faire respecter les règles de droit envers tous les administrés. L'argument peut évidemment être relativisé lorsque les règles inappliquées ne concernent qu'une catégorie d'administrés, ce qui est l'hypothèse la plus courante, dans la mesure où d'autres catégories pourront avoir un intérêt au respect de cette règle. Pour reprendre l'exemple trivial donné par G. Teboul⁷³, les automobilistes qui violent régulièrement une disposition du code de la route sans que l'Administration ne réagisse alors qu'elle est parfaitement informée de la situation sont tous traités de façon identique. Il y a bien tolérance générale, mais il n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas insusceptible d'être contestée par ceux qui ne sont justement pas automobilistes ou qui, plus largement, considèrent que l'infraction commise est dangereuse et que l'Administration doit y mettre fin. Toujours est-il que les exemples de telles tolérances générales sont rares et que c'est le plus souvent à l'égard d'administrés identifiés qu'elles s'appliquent. Cela ne suffit pour autant pas à ce qu'elles acquièrent audience auprès du juge. Pour que les tiers agissent, il faut que la situation illégale qui est tolérée trouble leurs conditions d'existence : il faut donc soit qu'elle persiste – pour que ceux-ci aient intérêt à demander sa cessation –, soit qu'elle leur ait causé un préjudice. Or, nombre de tolérances ne reposent pas sur des « infractions continuées » comme peut l'être l'occupation irrégulière du domaine public ou une construction irrégulière, mais sur des « infractions instantanées »⁷⁴ : absence de verbalisation d'un stationnement illégal pourtant constaté, absence de sanction d'une vente sans autorisation sur le domaine à l'instar de la tolérance de vente de muguet le 1^{er} mai etc. Or, dans ces hypothèses,

72 Comme le souligne en effet G. TEBOUL, dès lors que « l'administration décide de ne plus suivre la pratique qui était habituellement la sienne, deux catégories d'administrés doivent être distinguées : la catégorie de ceux à l'égard desquels le texte est désormais appliqué et la catégorie de ceux à l'égard desquels le texte a été impunément violé » : G. TEBOUL, *Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative*, LGDJ, BDP, t. 153, 1989, p. 178. Dans cette hypothèse, les intérêts des premiers peuvent être froissés dans la mesure où ils ont fondé leur comportement sur l'abstention de l'Administration, qui a pu leur laisser penser soit que celui-ci était légal, soit encore que la pratique administrative serait permanente. En tout état de cause, la problématique posée par de telles tolérances générales n'est pas tant celle de leur cessation que celle de leur maintien.

73 *Ibidem*.

74 Cette distinction entre infractions continuées et infractions instantanées est effectuée par le Code pénal mais peut être ici reprise dans un sens large, le terme d'infraction renvoyant alors à toute violation d'une règle de droit par un individu.

la tolérance prenant fin avec la consommation de l'infraction, si on peut dire les choses ainsi, seuls les tiers qui auront subi un préjudice auront intérêt à saisir le juge, ce qui est loin – on le comprendra – d'être systématique. C'est dire que, dans la diversité des tolérances susceptibles d'être observées, une partie d'entre elles échapperont, par nature en quelque sorte, à toute condamnation, les tiers s'accommodant dans la majorité des cas de ces violations ponctuelles des règles de droit.

Mais nous n'avons donné ici que des exemples dans lesquels, par définition, les tiers ont connaissance de l'existence d'une situation illégale que l'Administration ne sanctionne pas ou à laquelle elle ne met pas fin. Or, l'une des principales raisons à l'absence de saisine du juge par les tiers repose sur le fait que la tolérance demeure une pratique occulte dont ils ont rarement connaissance. De ce point de vue, on comprendra qu'un nombre non négligeable d'illégalités tolérées échappent au juge tout simplement parce qu'elles échappent aux tiers eux-mêmes ! C'est d'abord la conscience d'une illégalité qui peut leur échapper : la dénonciation régulière de l'importance, de la complexité et de la technicité des règles de droit par les spécialistes eux-mêmes suffit à le comprendre. Il faut de surcroît souligner que, dans certains domaines techniques, les illégalités ne sont constatables pour l'essentiel qu'à la suite de contrôles effectués par l'Administration. Par conséquent, à l'exception des cas dans lesquels l'illégalité non sanctionnée est matériellement visible par tous (ce qui permet aux tiers de demander à l'Administration d'agir), ce n'est le plus souvent que dans l'hypothèse où l'Administration manifeste son intention de ne pas sanctionner certaines illégalités que sa tolérance pourra être constatée par les tiers et accéder au prétoire du juge. Mais de telles « tolérances expresses », qui peuvent apparaître au travers d'apaisements verbaux, de lettres missives envoyées aux intéressés, de lettres internes de service ou encore de circulaires administratives au sein desquelles il est précisé, par exemple, qu'aucune poursuite ne sera engagée ou ne doit être engagée face à une infraction déterminée, ne sont généralement connues que par les intéressés (bénéficiaires et autorités subordonnées). Leur connaissance est donc particulièrement limitée, et elles n'acquièrent le plus souvent une audience plus large qu'à la suite d'indiscrétions⁷⁵ ou dans le cadre d'un procès, le plus souvent pénal, dont l'existence même démontre que l'illégalité qu'elles entendaient mettre à l'abri de toute action a finalement été révélée. Ceci explique, au-delà du débat sur leur valeur juridique, qu'aucun de ces actes n'ait fait l'objet d'un recours direct de la part des tiers. À cet égard, l'obligation de publication des circulaires est sans grande influence sur la possibilité pour les tiers de prendre connaissance de tolérances à venir compte tenu de la diversité des termes utilisés, celui du substantif tolérance ou de l'adjectif toléré n'apparaissant pour ainsi dire presque jamais : « il y a, comme dans d'autres domaines, toute une gamme de nuances »⁷⁶ entre « le conseil, l'invitation polie et la mise en demeure impérative »⁷⁷. Toutes les « tolérances expresses ne sont pas formulées dans les mêmes termes »⁷⁸ si bien que, sauf à ce qu'ils soient concernés par le champ d'application de la circulaire, elles ont de fortes chances de ne pas être consultées par les administrés. Le développement du mouvement associatif, par exemple en matière environnementale, ne change rien à cet état de fait.

75 Voir en ce sens M. WALINE, CE, 6 juill. 1934, *Société Van Outryve*, D. 1937, p. 42.

76 L. TALLINEAU, art. préc., p. 31.

77 *Ibidem*.

78 *Ibidem*.

La diversité des illégalités susceptibles d'être commises et de donner lieu à tolérance ainsi que le caractère intrinsèquement illégal de ces dernières conduisent donc à minimiser leur connaissance par ceux qui n'en bénéficient pas, expliquant dans une large mesure le faible nombre de décisions juridictionnelles en la matière. Mais, même lorsque les tiers sont amenés à constater l'inertie de l'Administration, l'exercice d'une action contentieuse est loin d'être automatique.

2. Les obstacles inhérents à l'exercice d'une action contentieuse

Si le droit à un recours juridictionnel effectif est aujourd'hui présenté comme l'une des assises et l'un des acquis les plus fondamentaux de l'État de droit, sa consécration ne doit pas faire oublier les obstacles qui peuvent s'opposer, pour tout individu, à son usage effectif. Une chose est en effet de dire que toute action ou abstention illégale de l'Administration peut être censurée par le juge, une autre est de supposer chez les administrés la connaissance des voies de recours qui leur sont offertes et la volonté de les emprunter. Ce constat n'est pas propre à la tolérance administrative et vaut dans tous les cas où la carence de l'Administration est assez générale pour ne pas atteindre de manière suffisamment « spéciale et grave » la situation des administrés.

L'on ne saurait à cet égard oublier l'énergie contentieuse, le rapport au temps et à l'argent que suppose, par exemple, le procès en responsabilité⁷⁹. L'on comprendra alors d'autant plus que l'action des tiers à la tolérance soit subordonnée à une appréciation personnelle au sein de laquelle la nature de l'intérêt lésé et la gravité de la lésion sont d'une importance capitale. Or, comme on l'a souligné, toutes les illégalités tolérées sont loin d'être considérées par ceux qui les subissent comme suffisamment graves pour justifier qu'ils s'investissent dans un procès. Cela s'avère également vrai lorsque leur action ne vise pas à la réparation d'un préjudice causé par la tolérance de l'Administration mais vise à la faire cesser. En effet, une telle action ne peut être exercée que de façon indirecte, en contestant devant le juge un refus d'agir préalablement provoqué par une demande en ce sens. Deux voies sont alors théoriquement ouvertes aux tiers : la voie de l'urgence, par l'exercice d'un recours en référé, et la voie de l'excès de pouvoir. Dans la première hypothèse, la plus intéressante au regard de la célérité et de l'efficacité de l'intervention du juge, l'action des tiers est subordonnée, là encore, au sentiment que l'illégalité non sanctionnée par l'Administration est d'une gravité telle, au regard des conséquences qu'elle emporte, qu'il est urgent de la faire cesser. Or, une telle analyse – qu'elle soit juridiquement juste ou erronée importe peu ici – n'est possible que dans un nombre restreint de situations, les illégalités commises par les bénéficiaires de tolérance ayant majoritairement plus pour effet de les avantager que de préjudicier (gravement) aux tiers. Le contentieux juridictionnel n'offre d'ailleurs que peu d'exemples de référés exercés en vue d'enjoindre à l'Administration d'agir afin de faire cesser une situation illégale. Il reste donc la voie de l'excès de pouvoir, mais cette deuxième possibilité n'offre en pratique qu'une satisfaction éventuelle et relativement mince compte tenu des délais de jugement qui, quoi qu'on en dise, restent d'une longueur suffisante pour décourager les entreprises juridictionnelles.

⁷⁹ D. DE BÉCHILLON, « A propos de l'obligation faite au gouvernement de prendre des règlements d'exécution des lois », *AJDA* 2009, p. 686.

Mais si la faiblesse du contentieux relatif aux tolérances peut ainsi s'expliquer par le bilan négatif que sont susceptibles de faire les administrés entre les avantages personnels qu'ils peuvent retirer d'une action en justice et les inconvénients qu'elle comporte, une autre donnée importante, souvent passée sous silence dans les discours juridiques, doit être prise en compte : celle de leur ignorance potentielle quant aux différentes voies de droit qui leur sont offertes. L'amélioration de la qualité de la justice ne doit en effet pas faire oublier, même si le propos peut paraître virulent, « l'inculture juridique moyenne » des administrés, liée à la « qualité déplorable de l'information juridique » et à la complexité et technicité croissantes des règles de droit⁸⁰. Comme le souligne en effet le Professeur D. de Béchillon, « la population française dans son écrasante majorité n'a aucune idée des voies de droit disponibles [...], et n'est donc pas en état de faire quoi que ce soit, y compris poser à un avocat la question de savoir ce qui pourrait être envisagé »⁸¹.

Bien que l'on ne puisse donc en mesurer l'importance, c'est à la conjugaison de l'ensemble de ces considérations qu'il faut recourir, nous semble-t-il, pour expliquer l'accès limité de la tolérance au prétoire du juge administratif. Pour en résumer l'essence, on pourrait dire que, du point de vue des tiers, toutes les tolérances ne se voient pas, et toutes les tolérances ne se valent pas. Quant au juge, il semble bien ne pouvoir les sanctionner que difficilement.

B. La condamnation compliquée de la tolérance par le juge administratif

La condamnation d'une tolérance par le juge administratif peut intervenir de différentes manières selon le recours dont il est saisi : soit le tiers à la tolérance lui demandera d'annuler un refus de l'Administration de sanctionner ou faire cesser une situation illégale, avec éventuelle injonction en ce sens, soit il lui demandera de condamner l'Administration à réparer le préjudice subi du fait de son abstention illégale. Il pourra également envisager, dans le cas où il estime qu'il y a urgence et illégalité manifeste, de saisir le juge d'un recours en référé afin de contraindre l'Administration à agir. À la lecture de la jurisprudence, on s'aperçoit pourtant très rapidement que l'action des tiers pour faire effectivement condamner la tolérance a de fortes chances d'être déçue.

C'est assurément le cas s'agissant des procédures de référés. Les tiers auraient pu en effet trouver chez le juge de l'urgence non seulement une oreille attentive, mais aussi une main efficace pour contraindre l'Administration à mettre un terme aux illégalités commises par d'autres administrés. La voie est assurément intéressante, mais inévitablement trop étroite : le sens profond des procédures de référés est en effet de « permettre au juge [...] de prendre, dans les moindres délais, sinon de façon immédiate, les mesures justifiées par l'existence d'une situation d'urgence, c'est-à-dire par l'imminence de la réalisation (ou de l'aggravation), qu'il importe de prévenir, d'un préjudice »⁸². Autrement dit, il doit y avoir urgence à intervenir pour que le juge intervienne en urgence. Or, la position des tiers à la tolérance permet difficilement de répondre à ces deux exigences. D'une part en

80 D. DE BÉCHILLON, art. préc., p. 686.

81 Le propos de l'auteur porte sur l'obligation du gouvernement de prendre les règlements d'application des lois, mais l'affirmation peut être étendue à l'obligation pour l'administration de faire respecter les règles de droit.

82 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Précis domat, 13^e éd., 2008, n° 1511-1°.

effet, la nature des procédures d'urgence conduit à limiter l'office du juge des référés aux illégalités manifestes et à réduire subséquemment la possibilité pour les tiers d'obtenir une intervention de sa part. Comme le souligne le Président Labetoulle, il ne s'agit pas en effet d'une « voie rapide pour requérants impatients »⁸³ mais plutôt, pourrait-on dire, d'une voie d'urgence pour requérants menacés. Or, l'exigence d'une illégalité manifeste pour condamner l'Administration en référé s'accorde mal avec l'idée même de tolérance : les marges de manœuvre dont celle-ci dispose dans l'exécution de son obligation de faire respecter les règles de droit, qui reposent pour l'essentiel sur le choix du moment et des moyens de son action, ainsi que les obstacles juridiques qui peuvent s'opposer à cette action⁸⁴, limitent dans une large mesure la réalisation de cette exigence. D'autre part, et indépendamment de cet obstacle inhérent à l'office du juge des référés, le champ d'application des procédures d'urgence est également trop restrictif pour leur permettre d'obtenir la cessation d'une tolérance administrative. L'objet du référé-suspension est en effet de faire obstacle à l'exécution d'une décision illégale et non de contraindre à l'exécution d'une obligation légale. Si, dans ce cadre, le juge peut effectivement prononcer des injonctions à l'encontre de l'Administration qui se refuse à agir dans un sens déterminé, sa marge de manœuvre est souvent limitée⁸⁵, « ce qui le conduit le plus souvent à se borner à ordonner à l'administration de procéder à un nouvel examen de la demande, *mesure qui par elle-même n'apporte aucune protection au requérant* »⁸⁶. De même, l'objet du référé-liberté apparaît-il beaucoup trop restrictif, puisque son issue est conditionnée par une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale difficilement envisageable en matière de tolérance. Car il ne faut pas oublier que, dans une telle hypothèse, ce n'est pas l'abstention de l'Administration qui, dans l'ordre des choses, va porter atteinte à une liberté, mais la violation d'une règle de droit par un autre administré. Ce peut être le cas, par exemple, du non-respect d'une décision de justice qui a pour effet de porter atteinte au droit de propriété, mais la jurisprudence n'offre guère d'autres exemples. Enfin, le caractère subsidiaire et les conditions posées dans le cadre du référé mesures-utiles aboutissent en pratique à ne rendre cette voie intéressante que pour l'Administration elle-même, qui y recourt notamment afin de faire procéder à l'expulsion d'occupants sans titre du domaine public⁸⁷.

Chacune des procédures de référé comporte donc des conditions très restrictives qui empêchent ou limitent les possibilités pour le juge de sanctionner la tolérance, fût-ce de façon provisoire. Mais même dans l'hypothèse où ces obstacles seraient dépassés, il n'y a, en tout état de cause, que très exceptionnellement urgence à faire cesser une situation irrégulière. Il s'agit donc d'une voie relativement inefficace pour condamner la tolérance.

83 D. LABETOULLE, « Le référé nouveau est arrivé », *AJDA* 2001, p. 211.

84 V. *supra*, s'agissant des limites tirées de la protection de l'ordre public ou de la préservation de l'intérêt général.

85 La doctrine distingue à cet égard en fonction des conséquences que peut emporter la suspension : soit les mesures qu'elle implique produisent un effet continu dans le temps, soit elles produisent des effets qui s'épuisent immédiatement. C'est dans cette deuxième hypothèse que la marge de manœuvre du juge est réduite, et dont relève la sanction d'une irrégularité, que celle-ci passe par l'adoption d'une sanction administrative ou par une simple action visant à la faire cesser.

86 C. BROUELLE, *op. cit.*, n° 660. C'est nous qui soulignons.

87 CE, 6 avr. 2001, *Ministre de l'éducation nationale c/ M. Cros Decam et M^{me} Michel*, *Rec.*, p. 180 ; CE, 16 mai 2003, *SARL Icomatex*, *Rec.*, p. 229 ; *AJDA* 2003, p. 1156, *chron.* F. DONNAT et D. CASAS ; CE, 30 déc. 2003, *EURL Sochana*, *req.* n° 260429 ; CE, 2 juin 2006, *CCI Marseille provence*, *req.* n° 286465 ; *JCP A* 2006, n° 1206, *note* G. CLAMOUR.

Le constat est le même en matière d'excès de pouvoir mais pour des raisons différentes que nous nous contenterons de résumer ici. Un tel recours est envisageable lorsqu'un tiers, confronté à une violation des règles de droit par d'autres administrés, a demandé à l'Administration d'agir et que celle-ci a implicitement ou explicitement refusé de faire droit à sa demande. Il a alors la possibilité d'en demander l'annulation et d'assortir son recours d'une demande d'injonction. Mais l'Administration n'étant tenue, dans la majorité des hypothèses, qu'à une obligation de moyens et non de résultat – c'est-à-dire qu'elle dispose du libre choix des moyens pour faire respecter la réglementation –, le tiers doit formuler sa demande dans des termes suffisamment généraux pour que la seule chose dont soit saisi le juge, c'est d'un refus de l'autorité compétente d'utiliser l'un quelconque de ses moyens. Dans le cas contraire, le juge ne pouvant statuer *ultra petita*, il sera tenu de rejeter le recours au fond compte tenu de la liberté dont dispose l'Administration alors même qu'il peut y avoir, en pratique, véritable tolérance administrative. Cette idée s'illustre avec la jurisprudence relative aux recours exercés contre des refus de l'Administration d'exercer des poursuites pénales à l'encontre d'individus en situation irrégulière : sauf exceptions, il ne s'agit là que d'un moyen parmi d'autres pour faire respecter la réglementation. Par conséquent, si la demande du tiers concerne l'exercice de telles poursuites, le juge sera amené dans la majorité des cas à rejeter son recours, sans avoir réellement à se prononcer sur l'existence ou non d'une tolérance. S'il ne s'agit là que d'une question de technique contentieuse, elle ne doit pas être minimisée car elle suppose un minimum de maîtrise juridique dont sont dépourvus la plupart des administrés, ce que ne font que confirmer les exemples fournis par la jurisprudence.

C'est donc en réalité sur le terrain de la responsabilité pour faute que la tolérance a le plus de chances d'être condamnée, même si les solutions posées par le juge en la matière conduisent à un constat mitigé. Si la jurisprudence est difficile à systématiser compte tenu des variables susceptibles d'influer sur la responsabilité de l'Administration, la ligne dégagée par le contentieux révèle en effet que l'engagement de la responsabilité administrative pour faute est systématique lorsque l'Administration s'est totalement abstenue face à une illégalité commise par un administré, à condition encore que le délai raisonnable qui lui est laissé pour agir soit expiré. Cette analyse paraît clairement à la lecture de certains arrêts où le Conseil d'État souligne par exemple que l'Administration « a négligé d'utiliser ses pouvoirs afin de faire respecter la réglementation »⁸⁸, qu'elle « n'a pris aucune mesure pour mettre un terme aux infractions »⁸⁹ ou encore qu'elle a fait preuve d'une « carence systématique », afin d'établir le caractère fautif de cette abstention. En effet, dans de telles hypothèses, la volonté de l'Administration de ne pas faire cesser une situation illégale ne fait aucun doute. L'engagement de sa responsabilité est en revanche variable en cas d'inaction partielle – laquelle suppose par définition que l'Administration soit tenue d'une simple obligation de moyens – : la jurisprudence montre que seules les actions « manifestement » insuffisantes sont susceptibles d'engager sa responsabilité pour

88 CE, 27 fév. 1948, *Vié et gouverneur général de Madagascar*, Rec., p. 99 ; D. 1949, p. 554, note L. R.

89 CE, Sect., 14 déc. 1962, *Doublet*, Rec., p. 680 ; V. également, CE, 25 sept. 1992, *SCI Le Panorama*, Rec., p. 799 ; DA 1992, comm. 498 ; D. 1994, jurispr., p. 62, note BON et TERNEYRE : absence de mesures prises pour faire respecter les dispositions d'un arrêté – d'ailleurs jugé inadapté – permettant à un très grand nombre d'artistes de s'installer place du Tertre et ayant provoqué des dégradations sur la façade d'un immeuble géré par une société civile immobilière.

faute⁹⁰, de sorte que ne sont véritablement sanctionnées, d'une certaine façon, que les tolérances manifestes⁹¹. La volonté de l'Administration de ne pas faire respecter la réglementation est donc appréhendée, sur le terrain de la responsabilité, de façon restrictive par le juge, et conduit subséquentement à épargner de toute sanction juridictionnelle des volontés qui, sans être manifestes, n'en sont pas moins réelles pour autant. Il s'agit donc d'une voie de condamnation plus ouverte que les précédentes, mais qui doit être envisagée avec une certaine relativité. En effet, non seulement elle demeure réservée aux tolérances les plus « évidentes », mais elle ne permet pas ensuite de faire cesser des situations illégales : il ne s'agit pour le juge que de réparer les préjudices éventuellement causés par le maintien de telles situations. Or, comme le souligne à cet égard J. Waline, « c'est un raisonnement bien pauvre que de dire à l'administré que l'action [ou l'abstention] de l'administration est certes illégale mais que tout va rentrer dans l'ordre puisqu'il sera indemnisé »⁹².

L'étude de la tolérance administrative parmi les multiples causes d'inapplication du droit permet en partie d'expliquer, comme nous le soulignons en introduction de cette étude, l'actualité persistante de cette thématique. Si elle est en effet juridiquement condamnable, les voies juridictionnelles actuellement offertes aux justiciables limitent cette condamnation à la portion congrue. Faut-il le déplorer ? Très certainement. Mais ce n'est pas sous cet angle que la tolérance est en réalité dénoncée. Du point de vue des administrés en effet, il semble bien que la problématique posée par la tolérance ne soit pas tant celle de savoir comment y mettre fin ou comment la sanctionner, mais celle de savoir comment la maintenir : ce qui pose problème aujourd'hui, en tout cas aux yeux des administrés, ce n'est pas tant l'inapplication de la loi en elle-même, mais bien la possibilité pour l'Administration de faire appliquer soudainement une loi que sa tolérance prolongée avait contredite et même, parfois, pu faire oublier. À l'heure où la question d'une nécessaire protection de la confiance légitime des citoyens ressurgit dans le discours juridique, peut-être est-il temps de prendre le problème à sa source : puisqu'on ne peut contraindre efficacement l'Administration à mettre fin à ses tolérances, il faut se demander s'il n'est pas tout simplement possible d'empêcher la naissance de ces tolérances. Quoi de plus efficace, à cet égard, que de reconnaître finalement qu'une tolérance administrative puisse être source de droits pour ses bénéficiaires ? La solution est de toute évidence paradoxale. Mais elle ne l'est pas moins que le constat auquel conduit aujourd'hui une étude sur la tolérance administrative.

90 Pour des exemples dans lesquels le juge se réfère aux moyens mis en œuvre par l'Administration afin de conclure à l'absence de faute, v. CE, 23 juin 1976, *Latty c/ Commune de Vaux-sur-Mer*, RDP 1997 p. 865 ; CE, 8 avril 1987, *Virmaux c/ Ville de Paris*, Rec., p. 140 ; CE, 12 mars 1986, *Préfet de police c/ Metzler*, Rec., p. 70.

91 V. par exemple CE, 27 juill. 2005, *Ville de Noisy-le-Grand*, req. n° 257394 : à propos de troubles à la tranquillité publique causés par l'installation de nomades sur le territoire de la commune de Noisy-le-Grand, le Conseil d'État confirme l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris qui a condamné la commune à réparer le préjudice subi par les tiers dans la mesure où le maire (et le préfet) s'étaient « bornés à dresser des procès-verbaux de contraventions [...] sans prendre aucune autre mesure de nature à faire cesser les troubles ». Or, les requérants avaient en effet fait l'objet d'un « harcèlement continu de la part de nomades sédentarisés » installés sur des terrains bordant la rue et avaient été victimes du « stationnement abusif des véhicules appartenant aux nomades », de « tapages diurnes et nocturnes », de « menaces physiques », de « dégradation des biens mobiliers et immobiliers » et de « jets d'immondices et de débris par-dessus les clôtures de leurs propriétés », si bien que le seul établissement de contraventions « malgré l'aggravation et la multiplication des nuisances » ne pouvait être de nature à faire cesser les troubles occasionnés.

92 J. WALINE, « L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle », RDP 1984, p. 1327-1349, sp. p. 1340.