

« Droit comparé de la responsabilité administrative »

vendredi 13 novembre 2009, de 16h00 à 19h30

Table ronde organisée par

La Chaire "Mutations de l'Action Publique et du Droit Public", Sciences Po.

Le développement de la responsabilité administrative en droit allemand

*Prof. Dr. Ulrich Stelkens, DHV Speyer**

En droit allemand, le droit de la responsabilité administrative consiste en un pêle-mêle de règles de différente nature : Ainsi, il se compose aussi bien de dispositions constitutionnelles que de règles législatives ordinaires de la Fédération et des Länder, de règles de droit public et de droit privé, de règles écrites et d'une part assez importante d'éléments de droit coutumier et prétorien. Sur tout cela, se superposent des règles d'origine européenne, découlant à la fois de la jurisprudence « Frankovich » de la Cour de Justice des Communautés Européennes et des dispositions indemnitaires de la Convention européenne des droits de l'homme. *Fritz Ossenbühl*, le « doyen » du droit de la responsabilité administrative en Allemagne, résume de façon pertinente l'état de cette matière : Selon lui, le droit de la responsabilité administrative n'est pas basé sur un système complet et matériellement cohérent, il est plutôt le résultat d'une évolution, forgée au cours des siècles. Ainsi, les bases et les états de fait de la responsabilité sont marqués et encombrés par des concepts traditionnels, parfois dépassés, qui se sont accumulés et qui perdurent jusqu'à nos jours. D'après *Ossenbühl*, ceci est la raison pour laquelle le droit de la responsabilité administrative actuellement en vigueur n'amène pas seulement contradictions et dissensions, mais parfois même de grotesques absurdités.¹

* L'auteur remercie Mlle *Hanna Schröder*, Institut allemand de recherche sur l'administration publique (FÖV) de Speyer, pour la rédaction de ce texte en français.

¹ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5^{ème} éd. 1998, p. 438.

La doctrine est unanimement du même avis et exige une réforme.² Dans les années 1970, on a entrepris une tentative de réforme qui aboutit en 1981 à une loi fédérale sur la responsabilité publique (Staatshaftungsgesetz).³ Mais cette loi a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle fédérale puisque le législateur fédéral ne disposait pas de la compétence législative en la matière.⁴ En l'état actuel des choses, une réforme semble invraisemblable. Pourtant, en 1994, une réforme constitutionnelle a fondé une compétence législative fédérale en la matière.⁵ Mais d'autres dispositions constitutionnelles, garantissant la compétence du juge ordinaire en matière d'une partie des fondements juridiques de la responsabilité administrative (Art. 14 al. 3 phrase 3 et Art. 34 phrase 2 de la Loi fondamentale), interdisent de confier toute la matière au juge administratif, ce qui empêche une réforme valable.⁶ De plus, il faut dire que les politiciens n'ont qu'un intérêt assez limité à changer le système : Compte tenu de la complexité de la matière, et notamment de la nécessité d'harmoniser le droit de la responsabilité administrative non seulement avec les autres droits et obligations du citoyen vis-à-vis de l'Administration, mais aussi avec les règles indemnitaires du droit social, et – en plus – compte tenu de l'impact diffus du droit communautaire, entreprendre une réforme serait un travail d'Hercule ingrat. De plus, une telle réforme n'est pas vraiment avantageuse d'un point de vue électoral. En outre, les Länder sont assez réticents : Comme la plupart des tâches administratives pouvant déclencher une responsabilité administrative relèvent de leur compétence, ils craignent que tout changement prévu par une loi fédérale concernant leurs obligations indemnitaires puisse avoir une influence négative sur leur budget.

Ceci dit, je dois d'abord fixer les limites du thème de ma présentation : Je me concentrerai uniquement sur la responsabilité administrative pour des actes illégaux. À l'intérieur de ce domaine, je ne traiterai que des règles donnant droit à une indemnisation pécuniaire ; la raison pour cela apparaîtra au cours de mon exposé. De plus, je ne parlerai guère des implications du

² V. p. ex. *Hans Peter Bull/Veith Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8^{ème} éd. 2009, n°1098 ss.; *Bernd Grzeszick*, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Dir.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13^{ème} éd. 2006, § 42 n°2 ss; *Wolfram Höfling*, in: Wolfgang Hoffman-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Dir.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 n°1 ss.; *Jörn Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^{ème} éd. 2009, n°1242.; *Hans-Joachim Koch/Rüdiger Rubel/Sebastian M. Heselhaus*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3^{ème} éd. 2003, § 9 n°1 ss.; *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17^{ème} éd. 2009, § 25 n°1 ; *Franz-Joseph Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9^{ème} éd. 2008, n°1077 ss.

³ Staatshaftungsgesetz (StHG) du 26 juin 1981 (BGBl I 553).

⁴ Bundesverfassungsgericht, 19. 10. 1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 ss.

⁵ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Articles 3, 20a, 28, 29, 72, 74, 75, 76, 77, 80, 87, 93, 118a et 125a) du 27 oct. 1994 (BGBl I 3146).

⁶ Il y a eu une tentative de changement de ces garanties constitutionnelles « anachroniques » en 2008 (cf. *Johannes Untereitmeier*, Die Bereinigung der Rechtswegzuweisungen im Staatshaftungsrecht, BayVBl. 2009, p. 289 ss.), mais ce projet a finalement été abandonné pour des raisons pas très claires.

droit européen en la matière. En outre, je ne crois pas qu'il soit intéressant de décrire en détail dans quelles conditions on peut obtenir des dommages et intérêts de l'Administration en cas de faute. Je veux plutôt me concentrer sur deux aspects : Dans une première partie, je montrerai que la situation actuelle du règlement de la responsabilité administrative est à plusieurs égards liée à la question de savoir si, et le cas échéant dans quelle mesure, cette matière fait partie du droit privé. En Allemagne, cette question est toujours liée à la répartition des compétences législatives entre la Fédération et les Länder et au développement d'un droit administratif dans le Reich de la constitution de 1871 (I). Dans une deuxième partie, j'esquisserai l'impact de cette problématique sur l'état actuel du droit de la responsabilité administrative. De plus, je présenterai une nouvelle approche du phénomène de la responsabilité administrative, développée par la « jeune » doctrine allemande. Cette approche, qui commence à avoir des impacts sur la jurisprudence, a tendance à « publiciser » définitivement le droit de la responsabilité administrative (II).

I. Les causes anciennes des problèmes de la responsabilité administrative en Allemagne : Le règlement de la responsabilité administrative relève-t-il du droit privé ?

La situation actuelle de la responsabilité administrative est étroitement liée au règlement partiel de cette matière par le § 839 du Code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) et par l'art. 77 de la Loi relative à l'Application du Code civil (Einführungsgesetzbuch zum Bürgerlichen Gesetzbuch – EGBGB). Le § 839 BGB stipule la responsabilité délictuelle *du fonctionnaire* pour violation de ses obligations de fonction envers un tiers, quand l'obligation violée avait pour but de protéger les intérêts des tiers. L'art. 77 EGBGB précise de manière laconique que l'entrée en vigueur du BGB n'affecte pas les règles des Länder concernant la responsabilité de l'État et des communes pour les dommages causés par leurs fonctionnaires lors de la mise en œuvre de la puissance publique dont ces derniers sont investis. Pour comprendre la portée de ces dispositions, il est indispensable d'esquisser le traitement de la responsabilité administrative avant l'entrée en vigueur du BGB, puisque la jurisprudence de l'époque a naturellement influencé la codification (A). Pourtant, après l'entrée en vigueur du BGB, la législation s'est éloignée de ces origines (B).

A) La responsabilité administrative en Allemagne jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch)

Avant la fondation du Reich en 1871 et jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) au 1^{er} janvier 1900, il n'existait pas « un » droit privé allemand, mais plusieurs droits privés locaux, datant d'avant la fondation du Reich. Mais aussi bien concernant les États allemands que concernant le Reich, la question de la responsabilité administrative se posait de la manière suivante : Les règles du droit commun de la responsabilité délictuelle étaient-elles applicables quand l'Administration commettait une faute en enfreignant le principe de légalité ? La raison de ce questionnement était simple : Dans aucun des États allemands ni dans le Reich n'existait une *justice administrative* qui pouvait condamner l'Administration à payer des dommages-intérêts. Mais partout en Allemagne, il était reconnu comme principe général du droit que l'Administration devait être traitée comme un simple citoyen quand elle se comportait comme une personne privée, p. ex. en concluant un contrat qui selon son objet aurait pu aussi être un contrat entre personnes privées, ou en provoquant un accident.⁷ L'Administration était alors soumise au droit privé et aux juridictions ordinaires et jugée sur la base des normes du droit civil. Ce principe, dénommé « *fiscus iure privato utitur* », n'était pas seulement considéré comme principe général du droit, mais aussi comme condition impérative de l'État de droit et de l'égalité devant la loi.⁸

1. La responsabilité délictuelle de l'État selon le droit civil « commun » allemand jusqu'en 1900

a) La soumission de l'Administration au droit privé concernait aussi la question de sa responsabilité délictuelle. Pour comprendre les problèmes qui se posaient à cet égard, il faut pourtant savoir qu'en dehors des territoires dans lesquels le Code Napoléon avait été introduit (c'était le cas dans les territoires prussiens de la rive gauche du Rhin, en Bade, en Hesse et dans le Palatinat bavarois), les droits privés locaux allemands ne connaissaient pas de règle

⁷ Néanmoins, les droits privés locaux prévoyaient beaucoup de « privilèges fiscaux », accordant à l'État dans ses rapports de droit privé des conditions particulièrement favorables aussi bien au niveau matériel que procédural, et ce uniquement du fait de sa qualité d'État comme p.ex. l'ancien principe général du droit selon lequel l'État disposait en vertu de la loi, pour toutes ses créances quelles qu'elles soient, d'une hypothèque sur les immeubles de ses débiteurs. Cf. Reichsgericht, 28. 6. 1881 – III 44/81 – RGZ 5, 136 ss.

⁸ *Julius Hatschek*, Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche, VerwArch 7 (1899), 424 ss.; *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht – Tome I, 1^{re} éd. 1895, pp. 53 s. et p. 138; v. aussi *Otto Mayer*, Zur Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, AöR III (1888), 1, 35. Pour l'importance actuelle de ce principe en droit allemand v. *Ulrich Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, pp. 57 ss.

générale comparable à l'art. 1384 al. 3 du Code civil, selon lequel le commettant doit répondre des dommages causés par ses préposés dans les fonctions auxquelles il les a employés. Dans cette situation, il se posait la question de savoir si les personnes morales – soit des personnes morales de droit privé soit des personnes morales de droit public comme l'État ou les communes – sont capables de commettre une faute entraînant une responsabilité délictuelle. N'étant pas des êtres humains capables de commettre des fautes eux-mêmes, il s'agissait de savoir si on pouvait, en dehors des relations contractuelles, imputer les fautes de ses représentants à une personne morale. Selon *Friedrich Carl von Savigny*, c'était impossible, puisque les règles de représentation ne s'appliquaient pas en matière de responsabilité non-contractuelle.⁹

b) Pourtant, la jurisprudence a préféré établir une analogie entre les personnes morales et les personnes naturelles, suivant en cela (du moins partiellement) la théorie dite « théorie d'organe » d'*Otto von Gierke*. Selon cette théorie, les actions des organes d'une personne morale sont directement imputables à cette personne morale, sans nécessité de recourir à la théorie de représentation. La personne morale était donc considérée comme capable de commettre des délits par le truchement de ses organes.¹⁰ La jurisprudence appliquait cette construction juridique surtout dans les cas dans lesquels une personne morale était poursuivie pour manquement à son obligation dite « d'assurer la sécurité de circulation ». Ainsi, en vertu d'un principe originaire du droit romain, celui qui permet au public d'accéder à ses locaux ou à ses terrains y est responsable de la sécurité de circulation. Ce principe est important en droit allemand, puisqu'il n'y existe pas de responsabilité générale du fait des choses. Lors d'un accident, une responsabilité délictuelle n'est donc engagée qu'en cas de manquement fautif à cette obligation « d'assurer la sécurité de circulation ». Une personne morale peut-elle alors être responsable d'un tel manquement ? La jurisprudence l'affirmait. Le Reichsgericht reconnaissait un principe général selon lequel toute personne morale – de droit privé ou de droit public – devait reconnaître les actions de ses représentants comme ses propres actions, puisqu'elle ne pouvait agir et acquérir des droits que par le biais de ces représentants. Ainsi, les actions délictuelles de leurs représentants pouvaient être imputées aux personnes morales. Cette imputation était pourtant limitée aux actions des représentants dits *représentants organiques*, c.-à-d. les représentants prévus par la loi et disposant d'un pouvoir de représentation d'origine légale, comme le directeur d'une société, le maire d'une commune ou encore le chef d'une autorité administrative. Cette restriction s'explique par le fait déjà

⁹ *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Zweyter Band, 1849, pp. 317 ss.

¹⁰ *Otto von Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung (1887), p. 788 ss.; v. à ce sujet *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4^{ème} éd. 2002, § 10 I 2 b, pp. 250 ss.

énoncé qu'il n'existait pas de responsabilité délictuelle générale du commettant pour ses préposés. Les personnes morales ne devaient donc pas être « discriminées » par rapport aux commerçants individuels.¹¹

2. La responsabilité administrative pour l'exercice de la puissance publique comme problème particulier

a) Concernant la responsabilité de l'État pour l'exercice de la puissance publique, la jurisprudence suivait pourtant plutôt la théorie de *Savigny* en stipulant qu'une responsabilité administrative pour exercice fautif de la puissance publique ne peut être reconnue que si cette responsabilité a été fondée spécialement par le droit écrit ou le droit coutumier. Selon le Reichsgericht, une telle stipulation manquait dans les territoires prussiens et les territoires dits « territoires du ius commune », dans lesquels le droit romain s'appliquait encore. Concernant ces territoires, le Reichsgericht ne reconnaissait pas de responsabilité délictuelle de l'État, puisqu'il existait un principe général selon lequel pouvait être tenu pour responsable en matière d'obligations délictuelles seulement celui qui avait causé un dommage par sa propre faute.¹² Dans les territoires en question, seule était donc possible une responsabilité délictuelle du fonctionnaire, fondée soit par application des règles générales du droit de la responsabilité délictuelle,¹³ soit par application des règles spéciales concernant la responsabilité délictuelle des fonctionnaires vis-à-vis des tiers, règles qui étaient aussi considérées comme faisant partie du droit privé.¹⁴ L'état du droit était différent dans le royaume de la Saxe, où la jurisprudence avait reconnu une responsabilité administrative comme composante d'un droit local coutumier.¹⁵ Dans les territoires dans lesquels le Code Napoléon était en vigueur, les juges allemands – contrairement à leurs homologues français – appliquaient tout simplement à l'Administration les dispositions de l'art. 1384 al. 3 du Code civil concernant la responsabilité du commettant, et ce aussi dans les cas de non-respect du principe de légalité.¹⁶

¹¹ Reichsgericht, 5. 5. 1893 – III 42/93 – RGZ 31, 246, 248 ss.; Reichsgericht, 19. 12. 1899 – III 245/99 – RGZ 45, 168, 169; Reichsgericht, 25. 10. 1900 – VI 158/00 – RGZ 47, 241, 242 s.; Reichsgericht, 17. 12. 1900 – VI 359/00 – RGZ 47, 328, 329; Reichsgericht, 4. 2. 1901 – VI 309/00 – RGZ 48, 297, 298.

¹² Reichsgericht, 8. 4. 1884 – III 367/83 – RGZ 11, 206, 211; Reichsgericht, 5. 11. 1891 – VI 118/91 – RGZ 28, 335, 348; Reichsgericht, 22. 4. 1902 – VII 51/02 – RGZ 51, 219, 220.

¹³ *Curt Kirbach*, Die Haftung des Beamten nach BGB. § 839, 1907, p. 6.

¹⁴ Cf. l'étude générale de *Werner Freund*, Die Verantwortlichkeit des Beamten für die Gesetzmäßigkeit seiner Handlungen, AöR I (1886), pp. 355 ss.

¹⁵ Cf. surtout OLG Dresden, Annalen des kgl. Sächs. Ober-Landes-Gerichts, Tome 6, pp. 533, 537 ss. ; OLG Dresden, Annalen des kgl. Sächs. Ober-Landes-Gerichts, Tome 21, pp. 414, 417 ; *H. Delius*, Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reiches und der Länder, 4^{ème} éd. 1929, p. 59.

¹⁶ Reichsgericht, 1. 7. 1881 – III 438/81 – RGZ 5, 48 ss.; Reichsgericht, 17. 11. 1896 – II 205/96 – RGZ 38, p 371 ss.

b) Il est nécessaire de souligner que la jurisprudence concernant la non-existence d'un principe général de responsabilité administrative n'était pas fondée sur l'idée selon laquelle « the king can do no wrong », mais sur la théorie de l'incapacité délictuelle de toute personne morale, théorie déduite du droit romain,¹⁷ bien qu'en doctrine il existait aussi une tendance à chercher des raisons spécifiques de droit public pour expliquer pourquoi l'État ne pouvait pas être tenu pour responsable des actions illégales de ses fonctionnaires.¹⁸ Pourtant, il est étonnant que la jurisprudence n'ait jamais expliqué pourquoi, concernant « l'obligation d'assurer la sécurité de circulation », elle suivait la « théorie d'organe » d'*Otto von Gierke*, reconnaissant la capacité des personnes morales de commettre des délits, alors qu'en matière de responsabilité administrative pour l'exercice de la puissance publique, elle appliquait la « théorie de représentation » de *Friedrich Carl von Savigny*, entraînant la non-responsabilité de l'Administration pour les fautes commises par ses fonctionnaires.

c) La raison de cette apparente contradiction est peut-être simple :¹⁹ L'argument selon lequel il faut traiter de manière égale les personnes morales et les personnes physiques ne pouvait convaincre que dans les cas où une personne morale agit (par le truchement de ses organes) comme une personne physique, p. ex. en ouvrant des terrains ou des locaux au public. Or aucune personne physique ne dispose de la puissance publique. Quand l'Administration met en œuvre la puissance publique, elle n'est alors pas comparable aux personnes privées et il ne va donc pas de soi qu'elle soit responsable des fautes commises dans ce contexte selon les règles de la responsabilité délictuelle de *droit commun*. Ainsi, le principe « *fiscus iure privato utitur* », qui oblige à soumettre l'Administration au droit civil quand elle se comporte comme une personne privée, ne peut pas être invoqué ici.

d) Ceci dit, la responsabilité administrative pour exercice de la puissance publique était assez tôt reconnue comme une matière de droit public, ce qui amenait la doctrine à essayer de trouver un fondement différent pour cette responsabilité. Aujourd'hui encore, il semble p. ex. convaincant qu'*Otto Mayer* ait essayé de légitimer une telle responsabilité par l'idée de l'équité : Selon *Mayer*, chaque atteinte de l'Administration aux droits du citoyen ne peut être équitable que si cette atteinte pèse de manière égale sur tous les citoyens. Quand un acte illégal de l'Administration lèse un (seul) citoyen, l'unique moyen de rétablir l'équité est alors l'indemnisation du citoyen concerné sur des moyens du trésor public, auquel chaque

¹⁷ Cf. p. ex. *Edgar Loening*, *Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht*, 1879, pp. 7 ss. Pour une étude approfondie v. *Jürgen Kohl*, *Die Lehre von der Unrechtsunfähigkeit*, 1977, pp. 93 ss.

¹⁸ Cf. *Loening* (note 17), pp. 93 ss.; pour une étude approfondie v. *Kohl* (note 17), pp. 78 ss.

¹⁹ Cf. *U. Stelkens* (note 8), pp. 102 ss.

contribuable contribue de manière égale.²⁰ Ce fondement de la responsabilité administrative semble également assez répondu dans d'autres États européens.²¹

e) Finalement, il faut chercher à savoir pourquoi le juge ordinaire se déclarait compétent pour les litiges concernant une telle responsabilité administrative, en principe reconnue comme émanant du droit public. Il est vrai que concernant l'État et les autres entités du droit public, le juge ordinaire n'était en théorie compétent que pour les litiges relevant du droit civil. Pourtant, il était admis que la justice ordinaire pût être compétente pour certains litiges « patrimoniaux », même si ces derniers étaient en principe des litiges de droit public.²² Cela concernait surtout des demandes d'indemnisation ou de dommages-intérêts en argent : Dans ces cas, on considérait qu'un jugement condamnant l'Administration à payer de l'argent ne pouvait être qualifié d'« immixtion » du juge ordinaire dans les affaires de l'Administration²³ et qu'il faisait plus au moins partie du droit coutumier que l'Administration se soumit au juge ordinaire quand il ne s'agissait « que d'argent ».²⁴

B) La responsabilité administrative en Allemagne depuis l'entrée en vigueur du Code Civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch)

La différenciation entre la responsabilité délictuelle de l'État selon les règles du droit civil et la responsabilité administrative pour exercice de la puissance publique a dû être « importée » dans le Bürgerliche Gesetzbuch pour une raison évidente : Le Reich ne disposait que de la compétence législative en matière de droit privé, ce qui incluait la réglementation des rapports juridiques entre les citoyens et les administrations des États fédérés comparables aux rapports de droit entre personnes privées. Par contre, les rapports de droit entre les citoyens et les administrations des États fédérés non comparables aux rapports de droit entre personnes privées ne pouvaient être réglés par le Reich, mais relevaient en tant que droit administratif de la seule compétence législative des États fédérés.²⁵

²⁰ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* II, 1^{re} éd. 1896, pp. 345 ss. et pp. 358 ss. ; voir à ce sujet *Höfling* (note 2), § 51 n°17 s.

²¹ Cf. *Athanasios Gromitsaris*, *Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht*, 2006, pp. 17 ss.

²² Cette « compétence par tradition » est clairement décrite dans un jugement du Reichsgericht datant du 12. 3. 1918 – III 296/17 – RGZ 92, 310 ss. ; v. également *U. Stelkens* (note 8), pp. 98 ss.

²³ V. p. ex. Reichsgericht, 6. 6. 1899 – II 144/99 – RGZ 44, 225, 227.

²⁴ Cf. Reichsgericht, 10. 3. 1941 – V 35/40 – RGZ 166, 218, 227 ss.; v. aussi *Gerhard Lassar*, *Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht*, 1921, pp. 61 ss.; *U. Stelkens* (note 8), pp. 91 ss.

²⁵ Pour une étude approfondie concernant notamment l'évolution du Code de procédure civile (ZPO) et du Code civil (BGB) v. *U. Stelkens* (note 8), pp. 53 ss. et 82 ss.

1. La responsabilité administrative dans le BGB

a) Pour cette raison de répartition des compétences législatives, le BGB ne contient pas de dispositions concernant la responsabilité administrative pour exercice de la puissance publique. Au contraire, l'art. 77 EGBGB précise de manière déclaratoire que la responsabilité de l'État et des autres entités publiques relève à cet égard d'une réglementation spéciale de droit public. Le § 89 al. 1 et le § 31 BGB codifiaient par contre le principe selon lequel l'Administration, dans les cas où elle se comporte comme une personne privée, doit répondre aux dommages causés aux tiers par ses organes comme une personne morale de droit privé.²⁶ Le § 839 BGB stipulait en plus – comme protection minimale – une responsabilité délictuelle personnelle *du fonctionnaire* pour violation de ses obligations professionnelles envers un tiers quand l'obligation violée avait pour but de protéger les intérêts des tiers. S'agissant d'une norme réglant uniquement des relations entre personnes privées, elle appartenait incontestablement au droit privé, même quand l'action fautive engageant la responsabilité du fonctionnaire consistait en l'exercice de la puissance publique. Mais pour protéger les fonctionnaires, leur responsabilité était limitée : Sauf en cas d'action volontaire, le fonctionnaire ne pouvait être condamné au paiement de dommages-intérêts que s'il n'existait aucune autre possibilité pour la victime d'obtenir une réparation de la part d'un tiers. En plus, toute réparation était exclue si le sinistré avait manqué d'exercer contre l'action nuisible un recours direct prévu par la loi.

c) Par la suite, une partie des Länder a codifié une responsabilité administrative pour exercice de la puissance publique.²⁷ Mais jusqu'en 1919, ce n'était pas le cas dans les États de *Brême*, *Hambourg*, *Lippe*, *Mecklenburg-Schwerin*, *Mecklenburg-Strelitz*, *Saxe-Altenbourg*, *Saxe-Meiningen*, *Schaumburg-Lippe* et *Schwarzburg-Rudolfstadt*. Pourtant, dans le Royaume de la *Saxe*, le Reichsgericht reconnaissait encore l'existence d'un droit coutumier (de droit public) en matière de responsabilité administrative.²⁸ Et dans les territoires dans lesquels le Code Napoléon avait été applicable, l'art. 1384 al. 3 de ce même Code était considéré comme toujours en vigueur – mais seulement en tant que règle de droit public concernant la responsabilité administrative.²⁹ La construction de la responsabilité administrative pour exercice de la puissance publique a pourtant été différente dans les Länder qui édictaient des

²⁶ Cf. les citations dans l'arrêt Bundesverfassungsgericht, 19. 10. 1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149, 177 ss.; *Susanne Pfab*, Staatshaftung in Deutschland, 1997, p. 5 s. ; *U. Stelkens*, Verwaltungs- haftungsrecht, 1998, pp. 137 ss.

²⁷ Cf. *Delius* (note 15), p. 4, p. 47 ss.; *W. Kröner*, Die Beamten-Haftpflicht im Reich und in den Bundes- staaten, 1911, pp. 24 ss.

²⁸ Reichsgericht, 15. 10. 1903 – VI 214/02 – RGZ 55, 365 ss.

²⁹ Reichsgericht, 16. 2. 1903 – VI 372/02 – RGZ 54, 19, 21 s.

lois nouvelles en la matière. Conformément aux termes de l'art. 77 EGBGB, ces lois nouvelles embrayaient sur la responsabilité personnelle du fonctionnaire selon le § 839 BGB. Cette construction juridique a établi une référence au droit de la fonction publique, référence qui a pris de plus en plus d'importance, de manière à faire apparaître par moments la question de la responsabilité administrative comme une problématique propre au droit de la fonction publique. La raison politico-juridique de cette isolation était le souhait de faire aussi profiter l'État des privilèges des fonctionnaires stipulés au § 839 BGB, notamment pour des raisons fiscales. Ainsi, on a parfois conclu à une responsabilité seulement subsidiaire de l'État, qui prenait la relève si la saisie-exécution du patrimoine du fonctionnaire responsable selon la règle du § 839 BGB restait sans succès.³⁰

d) Dans d'autres États fédérés par contre, la responsabilité administrative fonctionnait déjà selon le modèle opposé, toujours en vigueur de nos jours, de la *responsabilité administrative indirecte*. D'après ce modèle, l'État se charge envers la personne lésée de la responsabilité du fonctionnaire établie par le § 839 BGB, tout en gardant la possibilité d'une action récursoire contre le fonctionnaire.³¹ Par le biais d'une cession de dettes, ce modèle ne remplace que le débiteur du § 839 BGB.³² La loi du 1^{er} août 1909 « sur la responsabilité de l'État et d'autres personnes morales de droit public » pour des manquements professionnels de fonctionnaires lors de la mise en œuvre de la puissance publique³³ introduisit la responsabilité administrative selon ce modèle dans toutes les provinces *prussiennes*. Le Reich instaura cette forme de responsabilité administrative pour ses fonctionnaires par la loi du 22 mai 1910 sur la responsabilité du Reich³⁴. Ce modèle de la responsabilité administrative indirecte a également pour conséquence de faire profiter de manière indirecte le trésor public, qui « se charge de cette responsabilité », des privilèges de responsabilité des fonctionnaires selon le § 839 BGB. Ceci était d'ailleurs probablement la seule motivation de cette construction juridique.³⁵

2. Responsabilité administrative et constitution

a) Lors de l'élaboration de la Constitution de Weimar (Weimarer Reichsverfassung – WRV) en 1918, un groupe de députés se prononça en faveur du règlement de la question de la

³⁰ Comme p. ex. en *Alsace-Lorraine, Hesse, Reuß ältere Linie, Saxe-Weimar et Schwarzburg-Sondershausen*: cf. *Pfab* (note 26), p. 10.

³¹ En *Anhalt, Bavière, Bade, Braunschweig, Lübeck, Oldenbourg, Reuß jüngere Linie, Saxe-Coburg-Gotha, Waldeck et Wurtemberg*.

³² Cf. seulement *Ossenbühl* (note 1), p. 10 s.

³³ GS p. 691. Ce dispositif fut étendu aux professeurs par le Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes vom 1. August 1909 vom 14. Mai 1914 (GS p. 117).

³⁴ RGBl S. 798.

³⁵ Cf. *U. Stelkens* (note 26), pp. 141 s.

responsabilité administrative dans la constitution du Reich, afin de garantir enfin une responsabilité administrative pour l'exercice de la puissance publique dans tous les Länder.³⁶ La Constitution de Weimar du 11 août 1919 garantit alors comme *droit fondamental* en son art. 131 al. 1 que

« *Lorsqu'un fonctionnaire, dans l'exercice de la puissance publique dont il est investi, viole ses obligations de fonction envers un tiers, la responsabilité incombe par principe à l'Etat ou à la collectivité au service de laquelle il se trouve. L'action récursoire demeure possible. Le recours devant les tribunaux ordinaires ne doit pas être exclu.* »

Le modèle de la « responsabilité administrative indirecte » était alors devenu le modèle constitutionnel. D'autres modèles ne furent pas discutés. La dernière phrase de l'article cité ci-dessus s'explique encore par le fait que la Constitution de Weimar ne garantissait pas un recours juridictionnel contre l'Administration. En revanche, selon la tradition, les tribunaux ordinaires devaient être compétents pour les questions de responsabilité administrative, sans que les Länder pussent exclure cette possibilité de recours.

b) Par la suite, le Reichsgericht a assez rapidement reconnu que l'art. 131 de la Constitution de Weimar était directement applicable et ne pouvait être limité par la législation des Länder.³⁷ De plus, le tribunal élargit le champ d'application de cette disposition en définissant comme « fonctionnaire » au sens de l'art. 131 al. 1 de la Constitution de Weimar « toute personne 'enrobée' par l'État de puissance publique, qui contrevient à ses obligations lors de la mise en œuvre de cette dernière », sans exiger que cette personne soit nécessairement fonctionnaire au sens de la législation sur la fonction publique.³⁸ Néanmoins, le Reichsgericht a aussi clairement tracé les limites des prestations en dommages-intérêts : En principe, selon le § 249 BGB, celui qui doit des dommages-intérêts est tenu à une restitution en nature. Concernant la responsabilité selon le § 839 BGB, ce principe aurait pu aboutir p. ex. à une demande de retrait d'un acte administratif illégal. Le Reichsgericht a pourtant décidé qu'une telle demande ne pouvait être fondée sur l'art. 131 de la Constitution de Weimar, puisqu'une condamnation y donnant suite aurait constitué une atteinte au principe de séparation des pouvoirs.³⁹

c) Après la guerre, la disposition de l'art. 131 al. 1 de la Constitution de Weimar a été reprise à l'art. 34 de la Loi fondamentale (LF), tout en perdant – pour des raisons peu élucidées⁴⁰ –

³⁶ Cf. *Pfab* (note 26), p. 11 ss.; *U. Stelkens* (note 26), pp. 147 s.

³⁷ Reichsgericht, 29. 4. 1921 – III 373/20 – RGZ 102, 166, 177 ss.

³⁸ Reichsgericht, 3. 11. 1922 – III 201/22 – RGZ 105, 334, 335; pour un aperçu de l'évolution de la jurisprudence à cet égard v. *Ulrich Stelkens*, *Amtshaftung und Regress bei Schädigungen durch Verwaltungshelfer*, JZ 2004, p. 656, 659 s.

³⁹ Reichsgericht, 10. 7. 1934 – III 32/48/34 – RGZ 145, 137, 140.

⁴⁰ Cf. *Pfab* (note 26), p. 15 ss.; *U. Stelkens* (note 26), pp. 186 ss.

son statut formel de droit fondamental, étant désormais placée d'un point de vue systématique dans le titre concernant les relations entre la Fédération et les Länder. De plus, la disposition de l'art. 34 de la Loi fondamentale a subi quelques modifications par rapport à l'art. 131 de la Constitution de Weimar, modifications qui avaient pour but de « sanctionner » l'élargissement du champ d'application de cette disposition par la jurisprudence du Reichsgericht. De plus, l'art. 34 LF contient certaines précisions concernant l'action récursoire, que je ne peux pas traiter ici.⁴¹

Art. 34 LF : « Lorsqu'une personne, dans l'exercice d'une fonction publique dont elle est investie, viole ses obligations de fonction envers un tiers, la responsabilité incombe par principe à l'Etat ou à la collectivité au service de laquelle elle se trouve. L'action récursoire demeure possible en cas de faute intentionnelle ou de négligence grossière. Le recours devant les tribunaux ordinaires ne doit pas être exclu pour l'action en dommages-intérêts ni pour l'action récursoire. »

d) Malheureusement, ces dispositions de l'art. 34 de la Loi fondamentale ne tiennent pas compte de l'introduction d'une vraie justice administrative en Allemagne, introduction fondée sur l'art. 19 al. 4 de la Loi fondamentale selon lequel quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel. Cet article garantit à la fois l'effectivité et l'exhaustivité de la protection juridictionnelle contre les actes du pouvoir exécutif.⁴² Pourtant, la garantie du recours devant les tribunaux ordinaires pour l'action en dommages-intérêts fut conservée à l'art. 34 de la Loi fondamentale, rapprochant ainsi le droit de la responsabilité administrative du droit civil, ce qui provoque depuis lors des confusions en doctrine et jurisprudence.

II. Problèmes actuels – et une solution par réorientation ?

Pour donner un aperçu des problèmes actuels de la responsabilité administrative en Allemagne, il faut d'abord souligner qu'il ne fait aucun doute que l'existence d'une responsabilité administrative pour des actes illégaux est une exigence de l'État de droit.⁴³ Mais en conclure que seule une responsabilité administrative qui accorde des dommages-intérêts indépendamment de l'existence d'une faute personnelle des personnes responsables⁴⁴ correspond à ces exigences, est toujours resté une simple affirmation sans preuve valable. La Cour constitutionnelle fédérale a au contraire affirmé que la Loi fondamentale garantit en son art. 34 seulement une responsabilité administrative en cas de faute et donc justement pas une

⁴¹ Pour les problèmes concernant l'action récursoire v. *U. Stelkens* (note 38), pp. 660 s.

⁴² Cf. *Christian Autexier*, Introduction au droit public allemand, 1997, n°315.

⁴³ Cf. seulement *Maurer* (note 2), § 25 n°9.

⁴⁴ P. ex. *Höfling* (note 2), § 51 n°21; *Katharina Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, p. 234.

« responsabilité administrative complète ». ⁴⁵ Si l'on décide de considérer cela comme donné, je peux maintenant me concentrer sur les contradictions et dissensions, voire les grotesques absurdités, qui caractérisent actuellement le droit allemand de la responsabilité administrative (A). Ensuite, je présenterai une nouvelle conception de la responsabilité administrative, développée par la « jeune » doctrine allemande sur la base des anciennes dispositions interprétées à la lumière du droit public (B).

A) Les problèmes actuels

Les problèmes actuels trouvent leur origine surtout dans le fait qu'au siècle dernier, la jurisprudence a essayé de créer de nouvelles bases juridiques de la responsabilité administrative plus favorables au citoyen en établissant des analogies pourtant convaincantes uniquement en apparence. Je veux vous en donner deux exemples :

1. Des analogies douteuses

a) Tout d'abord, il est important de savoir qu'en droit civil allemand, la responsabilité contractuelle est plus favorable à la partie lésée que la responsabilité délictuelle, notamment puisqu'elle présume une faute si l'auteur du dommage n'arrive pas à prouver le contraire (cf. § 280 al. 1 phrase 2 BGB). Pour cette raison, la jurisprudence a assez tôt admis le concept d'une responsabilité administrative quasi-contractuelle. L'idée qui fonde ce concept est que certains rapports de droit public entre l'Administration et l'administré sont tellement comparables aux rapports contractuels entre personnes privées, qu'il est justifié d'y appliquer par analogie les règles de droit civil sur la responsabilité contractuelle entre les parties. Ont p. ex. été qualifiées de rapports quasi-contractuels les relations entre un fonctionnaire et son employeur, les relations entre un écolier et l'École, les relations entre un usager et un service public, etc. ⁴⁶ Pourtant, la jurisprudence n'a jamais réussi à établir clairement les critères selon lesquels un rapport de droit public entre l'Administration et l'administré doit être considéré comme quasi-contractuel. ⁴⁷ Et souvent, on se demande pourquoi le seul fait qu'une relation de droit public entre l'administré et l'Administration soit comparable d'une quelconque manière à un contrat de droit civil peut justifier une responsabilité administrative plus favorable que lors d'autres relations de droit administratif, souvent beaucoup plus « dangereuses » pour l'administré.

⁴⁵ Bundesverfassungsgericht, 19. 10. 1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149, 198 ; Bundesverfassungsgericht, (3^{ème} Chambre du 1^{er} Sénat), 20.11.1997 – 1 BvR 2068/93 – NVwZ 1998, 271 (272).

⁴⁶ Cf. *Thomas Meysen*, *Die Haftung aus Verwaltungsverhältnis*, 2000, p. 19 ss.

⁴⁷ Cf. *Maurer* (note 2), § 29 n°3.

b) Le deuxième exemple d'analogie douteuse est encore plus important : Pour contourner l'exigence d'une faute au sens du § 839 BGB en rapport avec l'art. 34 de la Loi fondamentale, la jurisprudence a de plus essayé de construire une responsabilité administrative en cas d'illégalité par analogie avec les dispositions de l'art. 14 al. 3 de la Loi fondamentale sur l'indemnisation en cas d'expropriation. L'idée était que si l'exproprié a droit à une indemnisation même en cas d'expropriation légale, il a – à fortiori – droit à une indemnisation en cas d'expropriation illégale. Par contre, la jurisprudence civile a considéré comme expropriation illégale non seulement une expropriation sans base légale, mais aussi toute lésion directe (et n'ayant pas seulement le caractère d'un simple accident) de la propriété par l'Administration. Ainsi, chaque atteinte illégale à la propriété pouvait être considérée comme expropriation illégale ouvrant droit à indemnisation. Or selon la Cour constitutionnelle fédérale, cette argumentation ne peut trouver sa base dans l'art. 14 de la Loi fondamentale.⁴⁸ Le Bundesgerichtshof a donc changé son argumentaire, se référant désormais au droit coutumier comme base légale, sans que cela change grand-chose au résultat.⁴⁹ Pourtant, il se pose la question de savoir pourquoi seule la propriété est protégée par cette jurisprudence, tandis que les autres droits fondamentaux, notamment le droit à la vie et à l'intégrité physique ainsi que la liberté professionnelle, ne sont pas protégés de cette manière. En doctrine, il y a désormais des tendances qui souhaitent élargir la jurisprudence décrite ci-dessus à toute atteinte directe aux droits fondamentaux.⁵⁰ Mais dans cette discussion, il ne faut pas oublier qu'il existe une série de dispositions du droit écrit sur l'indemnisation des personnes victimes d'une arrestation ou d'une détention illégales (notamment l'art. 5 al. 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme) ou d'autres actions illégales de la part des polices judiciaire et administrative.⁵¹ La création d'un principe général de droit non-écrit selon lequel chacun a droit à une indemnisation en cas de lésion de ses droits fondamentaux par l'Administration doit alors tenir compte des diverses règles spéciales du droit écrit basées sur un tel principe, tout en le concrétisant de manière différente.

2. Fixation inadéquate sur les termes du droit écrit

a) Il n'y a pas que l'ambition prétorienne visant à « compléter » la responsabilité administrative qui pose problème, mais aussi le fait qu'à certains égards, la jurisprudence

⁴⁸ Bundesverfassungsgericht, 15. 7. 1981 – 1 BvL 77/78 – BVerfGE 58, 300 ss. ; pour une analyse v. *Maurer* (note 2), § 27 n°33 ss.

⁴⁹ Pour une analyse du développement de la jurisprudence v. *Ossenbühl* (note 1), p. 213 ss.

⁵⁰ Cf. *Höfling* (note 2), § 51 n°90 ss.

⁵¹ Cf. *Manfred Baldus/Bern Grzeszick/Sigrud Wienhues*, *Staatshaftungsrecht*, 3^{ème} ed. 2009, n°244 ss.

semble être fixée sur les termes et la construction de l'art. 34 de la Loi fondamentale et ses prédécesseurs tout en perdant de vue le sens de ces règles. Je veux vous en donner deux exemples aussi :

b) Le premier concerne la question – plutôt banale – de la responsabilité administrative pour de simples accidents (de la route). Ici, il est important de savoir que l'art. 77 EGBGB et l'art. 131 de la Constitution de Weimar utilisent le terme « Öffentliche Gewalt » pour décrire le champ d'application de la responsabilité administrative de droit public. Ce terme, qu'on doit traduire correctement par « puissance publique », comme je l'ai fait jusqu'ici, doit littéralement être traduit par « force publique ». Le Reichsgericht déjà en a déduit que l'armée et la police, même quand elles circulent tranquillement sur les routes, exercent toujours la force publique vis-à-vis des tiers, peut-être parce que l'idée d'une armée circulant avec ses véhicules sur les routes comme un simple citoyen était inconcevable à l'époque wilhelmienne. Par la suite, la jurisprudence a développé des critères plus ou moins délirants – on ne peut les caractériser autrement –, pour déterminer si l'Administration exerce la puissance publique en participant à la circulation routière.⁵² Pour garantir l'égalité de traitement de tous les usagers de la route, la jurisprudence a pourtant appliqué directement la législation spéciale sur la responsabilité en cas d'accidents de la circulation, ce qui donne un pêle-mêle de droit civil et de droit public peu compréhensible.⁵³ Cet exemple montre qu'une partie du chaos dans le droit de la responsabilité administrative est due au fait qu'on n'a pas trouvé jusqu'alors des critères convaincants pour distinguer les cas dans lesquels l'Administration est responsable selon le droit commun des délits (§ 89, § 31 en rapport avec les §§ 823 ss. BGB) des cas où s'applique la responsabilité codifiée au § 839 BGB en rapport avec l'art. 34 de la Loi fondamentale.

c) Le deuxième exemple concerne plutôt une question de principe : Comme je l'ai déjà énoncé dans l'introduction, la garantie du recours devant les tribunaux ordinaires pour l'action en dommages-intérêts a depuis toujours empêché et empêche encore à l'heure actuelle la réforme et l'harmonisation de la protection juridique primaire et secondaire en matière de responsabilité administrative. La jurisprudence administrative a p. ex. assez tôt reconnu quelle peut – grâce au principe de l'exhaustivité de la protection juridictionnelle contre les actes du pouvoir exécutif – condamner l'Administration à fournir toutes sortes de prestations, donc aussi des prestations ayant un caractère de dommages-intérêts sous forme de prestation en nature. Mais puisque les actions en dommages-intérêts contre l'Administration relèvent en

⁵² Cf. l'analyse de la jurisprudence par *U. Stelkens* (note 8), pp. 534 ss.

⁵³ Cf. l'analyse de la jurisprudence par *U. Stelkens* (note 8), pp. 545 ss.

principe de la compétence du juge ordinaire, la justice administrative s'est sentie obligée de limiter son pouvoir en décidant qu'en cas de violation de droits subjectifs, le juge administratif ne peut condamner l'Administration qu'à la cessation de cette violation et – le cas échéant – au rétablissement de la situation d'*avant la violation* ou bien d'une situation équivalente. Par contre, le juge administratif ne peut condamner l'Administration à établir une situation qui aurait existé si la violation n'était jamais intervenue.⁵⁴

De l'autre côté, le Bundesgerichtshof reste fidèle à la conception selon laquelle, sur la base du § 839 BGB en rapport avec l'art. 34 de la Loi fondamentale, on ne peut obtenir que des dommages-intérêts en argent. En effet, il a décidé que l'art. 34 de la Loi fondamentale n'a pas changé la construction de la responsabilité administrative comme responsabilité indirecte, et que cette dernière disposition est donc à interpréter à la lumière de la responsabilité *personnelle* du fonctionnaire instaurée par le § 839 BGB, qui est seulement *transférée* à l'Administration. C'est la raison pour laquelle on ne peut invoquer l'art. 34 LF pour demander des prestations que le fonctionnaire pourrait fournir à titre personnel ; comme le fonctionnaire en tant que personne physique ne dispose pas de la puissance publique (qu'il exerce seulement au nom de l'Administration), l'Administration ne peut être condamnée sur la base de l'art. 34 LF à une restitution en nature, mais seulement au paiement de dommages-intérêts en argent.⁵⁵ Ainsi, ni devant les tribunaux administratifs ni devant les tribunaux ordinaires, on ne peut demander une restitution en nature qui restituerait la situation qui aurait existé si l'acte illégal n'était jamais intervenu : C'est une limitation de la responsabilité administrative qui peut s'avérer importante dans certains cas.

B) La nécessaire « publicisation » du droit de la responsabilité administrative

Les problèmes actuels du droit de la responsabilité administrative ont donc un caractère assez hétérogène, qui est peut-être aussi dû au fait qu'il s'agit là de la branche la plus vieille du droit administratif allemand, branche qui a été dès le début abandonnée à la jurisprudence des tribunaux ordinaires. Cette jurisprudence s'est développée pendant environ 140 ans comme un long fleuve tranquille : Au départ, chaque pas pouvait s'expliquer, mais avec le temps la jurisprudence s'est de plus en plus détachée des sources du droit écrit, de la doctrine et le plus souvent aussi du sens de la responsabilité administrative. Pour une réforme, il ne suffit donc pas de codifier simplement la jurisprudence : Il faut repenser le système complet, ce qui

⁵⁴ Cf. pour cette différenciation *Baldus/Grzeszick Wienhues* (note 51), n°20 s.

⁵⁵ Bundesgerichtshof (Grande Chambre civile), 19. 12. 1960 – GSZ 1/60 – BGHZ 34, 99, 104; *Höfling* (note 2), § 51 n°21.

entraîne une « publicisation » définitive de la matière, susceptible de résoudre beaucoup de problèmes.

1. La découverte de liens entre responsabilité administrative et droits fondamentaux

a) Une approche nouvelle de la responsabilité administrative consiste à la concevoir au sens *matériel* en tant que droit fondamental ou plus précisément en tant que complément nécessaire à la mise en œuvre des droits fondamentaux, comparable à la garantie du droit à un recours juridictionnel⁵⁶. Les éléments historiques, notamment l'art. 131 de la Constitution de Weimar, ainsi que les influences européennes peuvent en effet mener à cette conclusion. Concernant les influences européennes,⁵⁷ il faut d'abord prendre en compte que l'art. 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est clairement basé sur une telle conception de la fonction de la responsabilité administrative. Cette disposition garantit en son alinéa 3 en tant que *partie intégrante* du « droit à une bonne administration » à chaque personne un droit à indemnisation en cas d'action illégale des organes communautaires.⁵⁸ Le traitement de la responsabilité administrative dans le domaine du Conseil de l'Europe semble encore plus explicite. Cela concerne en premier lieu le rôle tout à fait prééminent que confère la Convention européenne des droits de l'homme aux prestations indemnitaires en tant que parachèvement de la protection des droits de l'homme. Ici, l'on peut d'abord mentionner l'art. 5 al. 5 CEDH, qui garantit explicitement à toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention contraires aux droits de l'homme un droit à indemnisation, immédiat et sans condition de faute, qui fait intégralement partie du droit à la liberté et à la sûreté,⁵⁹ et qui implique le droit à des dommages-intérêts.⁶⁰ S'y ajoute l'art. 41 CEDH, qui habilite la CourEDH lors de violations de la Convention à accorder à la personne lésée une « satisfaction équitable ». Cette disposition implique également que le devoir d'indemnisation lors de violations des droits de l'homme est une compensation minimale qui fait intégralement partie des droits de l'homme eux-mêmes.⁶¹

⁵⁶ Cf. p. ex. *Michael Sachs*, in: *Klaus Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1988, § 67 V 4, p. 748.

⁵⁷ Cf. *Ulrich Stelkens*, Staatshaftungsreform im Mehrebenensystem, DÖV 2005, pp. 770, 772 ss.

⁵⁸ Cf. *Siegfried Magiera*, in: Jürgen Meyer (Dir.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2^{ème} éd. 2005, Art. 41 n°18; *Ralf Bauer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, p. 140.

⁵⁹ Bundesgerichtshof, 10.1.1966 – III ZR 70/64 – BGHZ 45, 46, 49 ss.; Bundesgerichtshof, 31.1.1966 – III ZR 118/64 – BGHZ 45, 58, 65 ss.

⁶⁰ Bundesgerichtshof, 29.4.1993 – III ZR 3/92 – BGHZ 122, 268 (279 ss.).

⁶¹ Vgl. *Ossenbühl* (note 1), p. 530.

b) Cet ancrage explicite du rôle protecteur de la responsabilité administrative envers les citoyens, qui s'exprime dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne et la CEDH, doit aussi être pris en compte lors de l'interprétation de la Loi fondamentale : En effet, l'importance que ces textes accordent à la responsabilité administrative est, dans le cadre de *l'union constitutionnelle européenne* et comme le soutient une doctrine récente, un argument décisif en faveur d'un ancrage de la responsabilité administrative directement dans les droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale. Ce faisant, on confère aux droits fondamentaux, outre leur fonction défensive originaire, une fonction compensatoire ou indemnitaire lors de violations qui ne peuvent être réparées autrement.⁶² Ainsi, indépendamment de l'art. 34 LF, du moins la responsabilité pour les violations des droits fondamentaux par l'Administration n'est plus à la disposition du législateur ordinaire. Ceci signifie que des restrictions législatives et jurisprudentielles de la responsabilité administrative ne doivent pas seulement respecter la disposition plutôt insignifiante de l'art. 34 LF, mais aussi les droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale. Et en effet, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, on trouve des premiers indices qui laissent penser que la Cour adhère à cette conception des choses.⁶³

2. Les conséquences d'une « publicisation » de la responsabilité administrative

a) Cette réorientation n'est pas sans conséquences pratiques. Pour en donner un exemple, je vais quitter le domaine du droit matériel de la responsabilité administrative, parce qu'en droit de la responsabilité administrative comme dans tous les domaines juridiques, le droit matériel ne vaut que pour autant qu'il puisse s'imposer d'un point de vue procédural. Ainsi, il se pose la question de savoir quelles dispositions permettent concrètement la mise en œuvre de demandes indemnitaires en matière de responsabilité administrative. En pratique, on semble d'avis qu'il revient au final aux tribunaux de donner la réponse à cette question. Ainsi, selon cette conception, l'Administration peut naturellement donner suite à une telle demande, mais elle n'y est obligée que quand la victime a fait reconnaître sa réclamation en justice et peut donc se prévaloir de l'autorité de la chose jugée. Mais jusque-là, l'Administration peut ne pas

⁶² Cf. avant tout *Bernd Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, pp. 186 ss.; *Daniel Röder*, Haftungsfunktion der Grundrechte, 2002, pp. 150 ss., 199 ss.; cf. aussi *Höfling* (note 2), § 51 n°83 ss.; *Friedrich Schoch*, Effektivierung des Sekundärrechtsschutzes, Die Verwaltung 34 (2001), pp. 261, 274, 278 ss.; *Johannes Unterreitmeier*, Grundrechtsverletzung und Geldentschädigung – kein zwingendes Junktim?, DVBl 2005, 1235 (1237 ss.); pour un avis plus réticent v. *Athanasios Gromitsaris* (note 21), pp. 91 ss.; *Sachs* (note 56), § 66 III 2, pp. 683 ss.

⁶³ Cf. Bundesverfassungsgericht (1^{re} chambre du 1^{er} sénat), 26. 8. 2002 – 1 BvR 947/01 – NJW 2003, 125 (126); Bundesverfassungsgericht (2^e chambre du 1^{er} sénat), 27. 12. 2005 – 1 BvR 1359/05 – NJW 2006, pp. 1581 ss.

reconnaître son tort et espérer que la victime s'abstiendra d'agir en justice. Cette vision des choses semble découler du fait que – en raison de la compétence des tribunaux ordinaires en matière de responsabilité administrative – on assimile toujours le droit de la responsabilité administrative au droit civil.⁶⁴

b) Pourtant : Si le droit d'obtenir des dommages-intérêts en matière de responsabilité administrative revêt le caractère d'un droit subjectif de droit public, la décision concernant la reconnaissance de droits indemnitaires en matière de responsabilité administrative devient une compétence liée de l'Administration.⁶⁵ Il en découle que l'Administration agit de manière illégale si elle refuse de donner suite à une demande indemnitaire fondée en matière de responsabilité administrative. Le refus d'une telle demande par principe est alors une violation des obligations de fonction du fonctionnaire responsable de la décision, susceptible d'entraîner des sanctions disciplinaires. De la même manière, il devrait aller de soi qu'il fait partie des fonctions de tutelle administrative de veiller à ce que des demandes indemnitaires fondées en matière de responsabilité administrative ne soient pas illégalement refusées.

c) De plus, si l'on envisage la responsabilité administrative comme ancrée dans les droits fondamentaux, il convient de tenir compte en cette matière aussi du concept de la protection des droits fondamentaux par des moyens de procédure. Pour cela, il faut tout d'abord concevoir la situation, dans laquelle une victime approche l'Administration pour faire valoir une demande indemnitaire, en tant que procédure administrative non contentieuse. Ainsi, le principe de légalité de l'Administration devrait impliquer que l'administration en question soit obligée, le cas échéant, d'établir d'office, conformément au § 24 al. 2 VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz – Loi sur la procédure administrative non contentieuse), le fondement éventuel d'une demande indemnitaire. Ce faisant, elle est notamment tenue, conformément au § 24 al. 2 VwVfG, de prendre en compte d'office aussi les circonstances *favorables* au demandeur.

d) Ainsi, il est tout à fait cohérent que le Tribunal administratif supérieur (Oberverwaltungsgericht – OVG) de Rhénanie du Nord-Westphalie a dans une telle procédure reconnu au demandeur le droit d'accès aux dossiers sur la base de la Loi sur la liberté

⁶⁴ Cf. p. ex. Bundessozialgericht, 12.11.2003 – B 8 KN 1/02 U R. – BSGE 91, 269 (272).

⁶⁵ Pour les développements suivants v. *U. Stelkens* (note 57), pp. 778 s.; *U. Stelkens*, Zum Erfordernis einer Staatshaftung gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts, DVBl 2003, 22 (23 s.); de manière explicite en ce sens aussi BVerfG (1^{re} chambre du 1^{er} sénat), Beschl. v. 26.8.2002, NJW 2003, 125 (126). *Thoma* (in: Nipperdey [Dir.], Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 1929, p. 27 s.) va dans le même sens en comprenant l'art. 131 WRV en tant que *droit de prestation*.

d'information (Informationsfreiheitsgesetz) du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie.⁶⁶ En effet, cela permet au demandeur de vérifier si l'Administration ne dissimule pas des informations dont la connaissance est nécessaire pour la mise en œuvre de sa demande indemnitaire. À l'inverse, il n'est pas justifiable que le § 3 n° 1 lit. g de la Loi fédérale sur la liberté d'information (Informationsfreiheitsgesetz – IFG⁶⁷) semble vouloir exclure dans ces cas le droit à l'information et à l'accès aux dossiers.⁶⁸ Pourquoi serait-ce « désavantageux » au sens du § 3 n° 1 IFG pour une administration d'accorder le droit d'accès aux dossiers à un demandeur, lui permettant ainsi de fonder sa demande indemnitaire, si elle remplit par là-même son obligation, découlant du principe de légalité de l'Administration, de donner suite à des demandes indemnitaires fondées en matière de responsabilité administrative ? La rétention consciente d'informations nécessaires pour fonder des demandes indemnitaires en matière de responsabilité administrative est en tout cas tout simplement inconciliable avec les principes d'un État de droit.

e) Le fait de se concentrer de cette manière sur le renforcement des droits de la victime dans la procédure administrative non contentieuse en matière de responsabilité administrative a une autre conséquence susceptible de simplifier une réforme du droit en vigueur, à savoir de désamorcer la question de la compétence de juridiction ! En effet, cette question perd son caractère primordial si, en amont de la procédure contentieuse, s'appliquent les droits bien connus de la procédure administrative non contentieuse. Ceci aurait également pour conséquence que le comportement de l'administration concernée en amont du procès, p. ex. la façon de rejeter une demande ou le manque de justification d'un tel rejet, pourrait justifier une simplification ou un renversement de la charge de la preuve en faveur du demandeur dans un litige devant les tribunaux ordinaires.

Conclusion

Une réforme du droit allemand de la responsabilité administrative ne peut avoir du succès si elle se limite soit à quelques retouches plus ou moins importantes, soit à la codification d'une jurisprudence somme toute incohérente. En effet, pour concevoir un projet de réforme valable, il faut analyser les raisons de la situation actuelle, en cherchant à savoir si ces raisons sont fondées ou si elles ont plutôt un caractère accidentel. Mais surtout, le droit de la responsabilité

⁶⁶ OVG NRW, 8.5.2002 – 21 E 349/02 – NWVBI 2003, 23; OVG NRW, 19.6.2002 – NVwZ-RR 2003, 800 – NVwZ-RR 2003, 800, 801.

⁶⁷ Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) v. 5.9.2005 (BGBl I 2722).

⁶⁸ Cf. pourtant *Heribert Schmitz/Serge-Daniel Jastrow*, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, NVwZ 2005, 984, 992.

administrative doit être restructuré en fonction de critères de droit public et non plus de droit civil. La reconnaissance de la responsabilité administrative comme exigence de l'État de droit ancrée dans les droits fondamentaux facilite la mise en œuvre d'une telle conception.