

Réparer les atteintes aux libertés économiques durant la crise sanitaire de la covid-19 ? Les impasses de la responsabilité extracontractuelle de la puissance publique en droit français

MAXIME TOURBE¹

RÉSUMÉ

Tandis que se sont multipliées les atteintes aux libertés économiques durant la crise sanitaire de la covid-19, l'hypothèse de leur indemnisation par la voie de la responsabilité de la puissance publique se révèle être une impasse en droit français. Aucun de ses mécanismes ne paraît pouvoir être invoqué pour assurer la réparation des pertes d'exploitation consécutives aux mesures de restriction de l'activité économique, adoptées au nom de la protection de la santé publique. La présente étude n'en conclut pas pour autant que les libertés économiques aient subi un traitement défavorable et particulier ; elle suggère que l'impasse ainsi identifiée doit notamment au pragmatisme du juge.

Mots-clés : responsabilité de la puissance publique, libertés économiques, état d'urgence sanitaire, covid-19, protection de la santé publique, pertes d'exploitation.

1 Professeur de droit public, Université Paris 8 Vincennes Saint-Denis, Saint-Denis, France. Docteur en droit public de l'Université Paris VIII-Vincennes Saint-Denis, Saint-Denis, France. Lien ORCID : <https://orcid.org/0009-0003-1761-7015>. Courriel : maxime.tourbe@univ-paris8.fr. Fecha de recepción: 1.º de julio de 2023. Fecha de modificación: 1.º de septiembre de 2023. Fecha de aceptación: 9 de octubre de 2023. Para citar el artículo: Tourbe, Maxime, « Réparer les atteintes aux libertés économiques durant la crise sanitaire de la covid-19 ? Les impasses de la responsabilité extracontractuelle de la puissance publique en droit français », *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 31, 2024, pp. 9-29. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n31.02>

¿Reparar la vulneración de las libertades económicas durante la pandemia del covid-19? Las lagunas del derecho francés en materia de responsabilidad extracontractual

RESUMEN

Mientras se multiplicaron las vulneraciones de las libertades económicas durante la pandemia de covid-19, el sistema francés de responsabilidad extracontractual de la administración pública no apareció adecuado para reparar estos daños. De hecho, ninguno de los aspectos de este tipo de responsabilidad permite remediar las pérdidas de explotación resultando de la restricción de la actividad económica fundada sobre la protección de la salud pública. Según este artículo, esta situación no resulta tanto de un tratamiento desfavorable o peculiar de las libertades económicas, sino más bien del pragmatismo del juez.

Palabras clave: responsabilidad de la administración pública, libertades económicas, Estado de emergencia sanitaria, covid 19, protección de la salud pública, pérdidas de explotación.

The Question of Compensating for Wrongs Caused to Economic Liberties during the Covid-19 Pandemic: The Impasses of Governmental Non-Contractual Liability in French Law

ABSTRACT

While violations of economic liberties multiplied during the covid-19 pandemic, the French system of non-contractual liability of the public administration did not appear adequate to remedy these damages. In fact, none of its mechanisms could claim to provide sufficient compensation for economic losses incurred due to restrictions that were imposed upon economic activity in the name of public health protection. This paper nonetheless reaches the conclusion that economic liberties have not suffered any unfavourable or discriminatory treatment, rather, it suggests that the consequences can be explained by a degree of pragmatism applied by various judges.

Keywords: Governmental Liability, Economic Liberties, Sanitary State of Emergency, Covid-19, Public Health Protection, Economic Losses.

INTRODUCTION

Les mesures adoptées par la puissance publique pour endiguer la propagation du virus à l'origine de la pandémie de 2020 ont porté atteinte à de nombreuses libertés fondamentales, dans des proportions sans doute inconnues jusqu'alors. Au gré des vagues successives de contaminations, l'ampleur des restrictions imposées par de nombreux pays parmi lesquels la France, objet de la présente étude, a pu varier : de l'interdiction permanente de s'éloigner de son domicile à l'instauration d'un simple « couvre-feu » empêchant les déplacements le soir et la nuit, de la fermeture de la plupart des commerces et services à la réouverture progressive et limitée de certains d'entre eux, etc. En France, l'ensemble de ces mesures s'est principalement appuyé sur un régime juridique exceptionnel que le législateur avait qualifié d'« état d'urgence sanitaire », créé par la loi du 23 mars 2020, modifié à plusieurs reprises, et auquel il a été mis un terme par la loi du 31 juillet 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19².

Parmi les libertés dont l'exercice a été limité ou suspendu, les libertés économiques ont payé un lourd tribut, du fait des restrictions considérables imposées à l'activité économique. On songe tout particulièrement à deux de ces libertés, qui occupent une place singulière en droit français et entretiennent d'évidents liens : la liberté du commerce et de l'industrie, qui prend sa source dans certains textes fondamentaux adoptés durant la Révolution française tels que le décret d'Allarde de 1791 et forme l'un des principes classiques de la jurisprudence administrative ; la liberté d'entreprendre, dont la promotion a notamment résulté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel³. La question n'est pas ici de discuter de la nature exacte des rapports entre ces deux libertés, qui fait aujourd'hui encore l'objet de débats, mais plutôt de souligner que ce qu'elles impliquent, à savoir le libre exercice de l'activité économique légale, a subi des atteintes inédites dans le cadre des régimes juridiques d'exception consacrés durant la crise sanitaire. L'occasion nous est ainsi offerte, avec le recul dont nous commençons à bénéficier vis-à-vis de cette période, de nous interroger sur le statut de ces libertés et le degré de protection dont elles font l'objet.

2 Pour une présentation détaillée de l'évolution du cadre législatif durant cette période, v. CE. *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes*, Étude annuelle 2021, Paris : La Documentation française, Les rapports du Conseil d'État (coll.), pp. 55-59.

3 Sur ces deux libertés, v. Stéphane Braconnier, *Droit public de l'économie*, Paris : PUF, Thémis (coll.), 3^e éd., 2021, pp. 16-41. « En substance, écrit-il p. 17, la liberté du commerce et de l'industrie empêche les personnes publiques d'entraver l'initiative privée, soit par un encadrement excessif de l'activité économique, soit par la création d'activités économiques publiques susceptibles de venir concurrencer l'initiative privée. La liberté d'entreprendre protège, pour sa part, les opérateurs économiques contre les incursions publiques excessives dans la gestion, l'organisation et la direction des entreprises privées ».

La question nous paraît d'autant plus intéressante qu'elle intervient dans un contexte favorable à ces libertés en droit français, lequel semble d'une part avoir promu la liberté d'entreprendre au statut d'une véritable liberté de premier rang⁴, et d'autre part a conféré à la liberté du commerce et de l'industrie le caractère de « liberté fondamentale »⁵. Dans cette perspective, la crise sanitaire de 2020 apparaît en quelque sorte, si l'on peut dire, comme un *crash test* permettant d'évaluer l'étendue et la solidité du statut protecteur acquis par ces libertés à caractère économique. Une telle crise figure en effet au nombre de ces « circonstances exceptionnelles » qui agissent à la manière d'un révélateur de l'ampleur des restrictions aux libertés qu'un système juridique est susceptible d'admettre⁶.

La réflexion que nous nous proposons de développer ici, afin d'évaluer ce degré de protection, sera menée sous un angle qui présente une double originalité. Originalité qui tient, en premier lieu, au choix de l'instrument de mesure de cette protection, à savoir la mise en jeu de la responsabilité extracontractuelle de la puissance publique. Dans la panoplie des mécanismes destinés à assurer la protection des libertés, celui de la responsabilité administrative n'est pas, en effet, celui qui vient le plus spontanément à l'esprit⁷. D'autres outils sont traditionnellement privilégiés, au premier rang desquels se situe le contrôle juridictionnel de légalité et de constitutionnalité. Cela est bien compréhensible au regard de l'impératif de neutraliser les atteintes aux libertés à leur source, que celle-ci réside dans un acte positif ou une abstention d'agir de la part des pouvoirs publics. Du reste, l'effort du législateur à l'époque contemporaine a consisté à renforcer les moyens permettant au juge administratif d'intervenir au plus tôt pour préserver la légalité, par la voie des

4 V. à ce propos Philippe Terneyre, dans *Les libertés économiques*, Paris : Éditions Panthéon-Assas, Droit public (coll.), 2003, p. 16 ; Victor Audubert, « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », *La revue des droits de l'homme*, n.° 18, 2020, <https://doi.org/10.4000/revdh.9921>.

5 V. Stéphane Braconnier, *Droit public de l'économie*, *op. cit.*, pp. 40-41.

6 La théorie des « circonstances exceptionnelles », classique en droit administratif français, est tirée de décisions du Conseil d'État rendues dans le contexte de la Première Guerre mondiale, telles que l'arrêt *Heyriès* du 28 juin 1918, ou encore l'arrêt *Dames Dol et Laurent* du 28 février 1919, dans lequel le juge distingue alors « le temps de paix » de « la période de guerre », laquelle permet l'adoption de mesures de police plus rigoureuses (le texte et un commentaire de ces décisions figurent dans : Marceau Long *et al.*, *les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris : Dalloz, Grands arrêts (coll.), 23^e éd., 2021, n.° 29 et 31). Cette théorie des circonstances exceptionnelles a d'ailleurs été appliquée à la crise sanitaire (v. CE, 22 décembre 2020, n.° 439804), avant que ne soit rapidement adoptée la loi créant l'état d'urgence sanitaire, qui tout en conservant son esprit s'y est substituée pour justifier les restrictions aux libertés.

7 Ainsi Patrick Wachsmann considère-t-il que « la possibilité de demander réparation du préjudice subi est dérisoire pour le requérant comme pour la cause des libertés » (*Libertés publiques*, Paris : Dalloz, 9^e éd., 2021, p. 294).

procédures d'urgences dont l'illustration la plus emblématique a été la création du « référé-liberté »⁸. Comparé à un tel contrôle *ab initio*, le mécanisme de la responsabilité de la puissance publique présente d'évidents inconvénients : il n'est susceptible d'intervenir, en principe, que lorsque le mal est fait et que des préjudices ont été causés. Il n'en reste pas moins nécessaire et complémentaire, l'action indemnitaire comptant indéniablement parmi les instruments de protection des droits et libertés, par sa triple fonction punitive, pédagogique et réparatrice⁹. De manière plus générale, le droit de la responsabilité « signale ce que notre société considère comme digne d'une protection particulière et, à l'inverse, ce qu'elle tient pour devant être enduré sans contrepartie »¹⁰. Ainsi permet-il, à n'en pas douter, de mesurer pour ce qui nous intéresse le seuil d'acceptation des atteintes aux libertés durant la crise sanitaire.

L'originalité de notre approche tient, en second lieu, au fait que les mises en cause de la responsabilité de la puissance publique dans le cadre de la crise sanitaire ont jusqu'ici plutôt visé les carences de l'État dans la protection de la santé publique, et non les atteintes aux libertés économiques. Autrement dit, c'est l'insuffisance de précautions qui a principalement été discutée au contentieux, et non l'excès de précautions d'un État (trop ?) protecteur. Ainsi le tribunal administratif de Paris a-t-il jugé l'État fautif de n'avoir pas prévu de *stock* suffisant de masques de protection et d'avoir communiqué des informations erronées sur l'utilité du port de tels masques au début de l'épidémie¹¹. La recherche à tout prix de responsabilités sur de semblables fondements s'est même prolongée, au-delà du cadre strict de la responsabilité administrative, par la mise en cause personnelle et pénale de membres du Gouvernement¹². En inversant la perspective, il n'est pourtant

8 Cette procédure, créée par la loi du 30 juin 2000 et prévue à l'art. L. 521-2 du Code de justice administrative, permet au juge, lorsque l'urgence le justifie et dans un délai de 48 heures, d'« ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté [...] une atteinte grave et manifestement illégale ».

9 V. en ce sens Hafida Belrhali, *Responsabilité administrative*, Paris : LGDJ, 2^e éd., 2020, pp. 60-62.

10 Denys de Béchillon, « Rapport introductif. Les fonctions de la responsabilité administrative », dans *La responsabilité administrative*, Paris : LexisNexis, Colloques & débats (coll.), 2013, p. 6.

11 TA Paris, 28 juin 2022, n.° 2012679/6-3.

12 Démarche qui apparaît toutefois comme une judiciarisation contestable de l'action gouvernementale – v. à ce propos Eleonora Bottini, « Juger les responsables politiques en période d'urgence. Retour sur un casse-tête des régimes parlementaires », *RDP*, hors-série, *Les états d'exception*, octobre 2021, p. 291. L'annulation récente de la décision de mise en examen de l'ancienne ministre de la santé Agnès Buzyn illustre d'ailleurs bien la difficulté de traduire dans le langage du droit pénal de prétendus manquements de nature politique (Cass. Crim., 20 janvier 2023, n.° 22-82.535).

pas illégitime de se demander si l'action des pouvoirs publics n'a pas, d'une manière ou d'une autre, créé par un excès de restrictions des préjudices de nature économique qui pourraient faire l'objet d'une réparation. Si elle n'a pas, semble-t-il, fait l'objet d'une étude spécifique, ni à notre connaissance suscité pour l'heure de jurisprudence, la question n'en a pas moins été posée au moment où la crise sanitaire est apparue et les premières restrictions à l'activité économique adoptées, tant par des spécialistes de droit public économique¹³ que de droit de la responsabilité administrative¹⁴.

La réparation par la puissance publique des atteintes aux libertés économiques durant la crise sanitaire apparaît donc tout à fait concevable, d'autant plus à une époque qui est celle de l'extension continue de la couverture des risques sociaux au moyen des mécanismes de la responsabilité publique et de la solidarité nationale¹⁵. Du reste, l'existence même d'un régime législatif d'exception, qui étend certes de manière spectaculaire les pouvoirs de police de l'administration, ne constitue pas un obstacle dirimant à la reconnaissance de la responsabilité de celle-ci : l'avis contentieux rendu par le Conseil d'État en 2016 dans le cadre de l'état d'urgence lié à la menace terroriste le montre, en fixant les conditions de reconnaissance d'une telle responsabilité en matière de perquisitions administratives¹⁶.

Savoir si les atteintes aux libertés économiques durant la crise sanitaire de la covid-19 peuvent conduire à la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique implique, en tout état de cause, de se référer aux critères de cette mise en jeu. La réparation du dommage suppose d'abord d'établir un préjudice réel et certain. Ce ne serait pas là, sans doute, un obstacle absolument insurmontable pour un certain nombre d'opérateurs économiques, s'agissant notamment des pertes d'exploitation et de revenus consécutifs aux mesures prises par les pouvoirs publics¹⁷. Établir, ensuite, le caractère direct du lien de causalité entre de tels dommages et les périodes de restrictions imposées par les pouvoirs publics, ne présenterait pas non plus, nous le croyons, les mêmes difficultés que pour établir le lien plus discutable entre

13 V. Arnaud Sée, « Les libertés économiques en période de crise sanitaire : un premier état des lieux », *RDLF*, 2020, chron. n.º 21 (<https://revuedlf.com>).

14 Hafida Belrhali s'interrogeait ainsi (*Responsabilité administrative, op. cit.*, p. 471), en écrivant au début de la crise sanitaire, sur la mise en jeu de la responsabilité de l'État du fait de l'impact économique de ses décisions.

15 Sur ce phénomène, v. CE, *Rapport public 2005*, « Responsabilité et socialisation des risques », *EDCE* n.º 56, pp. 197 et suiv.

16 CE, Ass., 6 juillet 2016, *Napol et autres, Thomas et autres*, n.º 398234, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, n.º 114. L'état d'urgence dont il est ici question, fondé sur une loi de 1955, est à distinguer de « l'état d'urgence sanitaire » créé en 2020, lequel s'en est toutefois inspiré.

17 Olivier Péronnet et Vincent Collot, « Comment évaluer les pertes d'exploitation dues au covid-19 ? », Blog « Le club des juristes », 24 mai 2020 (<https://blog.leclubdesjuristes.com>).

une contamination au virus et les manquements de l'État dans la gestion des stocks de masques¹⁸. Tout compte fait, c'est sans nul doute la démonstration d'un fait générateur de responsabilité de la puissance publique qui semble la plus complexe à réaliser, que ce fait générateur résulte ou non d'une faute, ce qui explique certainement que les requérants ne se soient manifestement pas essayés à cette voie juridique. Les raisons d'une telle difficulté, nous le verrons, tiennent aux principes mêmes du droit de la responsabilité publique. Mais si la porte paraît étroite, il n'est pas acquis qu'elle était vouée à rester complètement fermée. Il se pourrait bien, dès lors, que ce verrou ne s'explique pas par la seule technique juridique, et qu'une forme de pragmatisme, à commencer par le montant des ressources budgétaires nécessaires à l'indemnisation de tels préjudices, ait conduit tant le juge que le législateur à œuvrer pour que la porte ne s'entrouvre pas¹⁹. En définitive, les dommages causés par les atteintes aux libertés économiques durant la crise sanitaire de la covid-19 semblent bel et bien faire partie de ces « zones » ou « îlots » d'irresponsabilité de la puissance publique qui subsistent çà et là, en partie pour des motifs d'opportunité²⁰.

Au total, les impasses du droit de la responsabilité administrative pour assurer une indemnisation des dommages causés par les restrictions à l'activité économique durant la crise sanitaire se traduisent par le caractère inadapté du régime de la responsabilité sans faute (1), l'improbabilité de la reconnaissance d'une faute de l'administration (2), et par l'absence de mécanisme d'indemnisation spécifique fondé sur la solidarité nationale (3).

1. LE CARACTÈRE INADAPTÉ DE LA RESPONSABILITÉ SANS FAUTE

Il est admis depuis longtemps que la responsabilité publique peut être engagée du fait de son activité, même lorsqu'aucune faute n'a été commise, pour des

18 Dans le jugement précité du TA de Paris du 28 juin 2022, c'est l'absence d'un tel lien de causalité suffisamment direct qui a conduit au rejet de la demande d'indemnisation de la requérante, malgré la reconnaissance de fautes commises par l'État.

19 Tout en constatant un changement de perspective dans le droit de la responsabilité administrative, « de l'obligation de réparer vers un droit de la victime à réparation », Didier Truchet pose en ce sens une question bien légitime : cette « générosité nouvelle [...] n'excèdera-t-elle pas un jour les moyens financiers de notre pays ? » (« Le changement de la responsabilité administrative ? », *Revue de droit d'Assas*, février 2015, pp. 227-228).

20 En ce sens, v. les réflexions de Christophe Guettier, « Irresponsabilité de la puissance publique : régimes juridiques », *Rép. Resp. puiss. pub.*, Dalloz, octobre 2012, pour qui lorsque la victime n'a pas droit à réparation, c'est non seulement parce que les conditions d'engagement de la responsabilité ne sont pas remplies, mais aussi (et parfois surtout ?) « parce qu'il a été jugé opportun de ne pas transférer la charge financière du dommage ».

motifs liés à une certaine équité. Tel est notamment le cas lorsqu'une mesure prise par la puissance publique, pourtant parfaitement régulière, a créé une « rupture de l'égalité devant les charges publiques »²¹. La formule signifie que certains dommages, lorsqu'ils excèdent ce que chacun doit normalement subir en raison des contraintes de la vie en société, peuvent être indemnisés au titre de la responsabilité publique. Autrement dit et comme l'énonce généralement la jurisprudence, un telle forme de responsabilité vise à réparer les préjudices qui ne peuvent être regardés comme une charge incombant normalement à certaines personnes, quand bien même elle serait justifiée par l'intérêt général. On devine ce qu'un tel critère revêt de subjectif dans sa mise en œuvre, même s'il est vrai que le juge en a précisé certains contours. La question qui se pose, dans le cadre de notre propos, est de savoir si cette forme de responsabilité pourrait être engagée afin de réparer les préjudices subis par certains acteurs économiques du fait des restrictions imposées à leur activité durant la crise sanitaire. L'état du droit, nous allons le voir, paraît sans nul doute conduire à une réponse négative, ce qui n'interdit pas de s'interroger sur la latitude du juge dans la mise en œuvre de la responsabilité sans faute et sur les considérations qui peuvent parfois le guider.

L'existence d'une activité de la puissance publique susceptible d'engager sa responsabilité sans faute ne fait sans doute pas défaut dans le cadre de la crise liée à la covid-19. L'adoption de mesures ayant créé des préjudices à caractère économique est en effet indiscutable. Tant les lois successives à partir de celle du 23 mars 2020, que les actes exécutifs pris en application ou indépendamment de celles-ci, sont directement à l'origine de pertes d'exploitation. Il n'y aurait d'ailleurs rien d'inédit à l'engagement d'une responsabilité sans faute du fait d'une réglementation portant atteinte à la liberté du commerce²².

C'est toutefois dans la caractérisation du préjudice que résiderait vraisemblablement le principal obstacle à la mise en jeu de la responsabilité sans faute de la puissance publique. De manière classique, le juge exige en effet l'existence d'un préjudice « grave et spécial » en la matière. Ces deux critères cumulatifs comportent nécessairement une part de subjectivité, mais la jurisprudence est généralement assez stricte. La gravité du préjudice ne serait

21 La mesure en cause peut être une loi, sur le fondement de la jurisprudence CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »* (*Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., n.º 46). Elle peut aussi résulter d'un acte administratif, dont l'illustration classique est l'arrêt CE, sect., 22 février 1963, *Commune de Gavarnie c/ Benne, Lebon* p. 113.

22 Dans l'affaire *Commune de Gavarnie* précitée, c'est en effet « l'atteinte [...] portée au principe de la liberté du commerce » et la perte de clientèle d'un commerçant, consécutive à un arrêté de police municipale restreignant l'accès des piétons à la voie menant à son magasin, qui ont justifié l'engagement de la responsabilité de l'administration.

peut-être pas impossible à établir pour un commerce ayant subi de lourdes pertes d'exploitation²³. En revanche, il paraît assez évident que le critère de la spécialité ferait défaut dans le cadre des restrictions imposées durant la crise sanitaire. L'exigence d'un préjudice « spécial » signifie de manière habituelle qu'il ne doit affecter qu'un groupe restreint de personnes ; sans une telle spécialité, pas de rupture de l'égalité devant les charges publiques, car celles-ci pèsent alors sur un groupe de personnes suffisamment large pour que leurs conséquences dommageables soient considérées comme « normales » au regard des contraintes de la vie en société. Ainsi, le caractère général des mesures de restrictions à l'activité économique durant la crise sanitaire rend hypothétique l'identification d'une catégorie restreinte de victimes qui auraient subi un préjudice spécial.

Doit-on cependant exclure en toute hypothèse l'existence d'un préjudice spécial dans le cadre des restrictions à l'activité économique liées à l'épidémie ? La situation n'est certes pas comparable à celle d'autres affaires dans lesquelles les mesures en cause n'affectaient qu'une seule personne, qu'elles résultent d'une décision individuelle de fermeture administrative²⁴, ou même d'un acte réglementaire²⁵. La notion de *préjudice spécial* présente toutefois un caractère malléable, et sa rigueur paraît s'atténuer dans certains cas, dans la mesure où le Conseil d'État admet que, « lorsqu'un ensemble important de personnes subit un dommage, une catégorie particulière ou, à tout le moins, un groupe particulier peut, au sein de cet ensemble, être plus spécialement atteint »²⁶. Pour ne prendre qu'un exemple qui atteste du caractère potentiellement équivoque de certaines situations, ne pourrait-on pas considérer que certains magasins situés dans les centres commerciaux de plus de 20 000 m², contraints à fermer en janvier 2021 en raison de la concentration de personnes dans ces centres, ont subi un préjudice spécial

23 Sur la prise en compte de l'importance des pertes commerciales pour apprécier la gravité du préjudice, v. François Séners et Florian Roussel, « Préjudice réparable », *Rep. Resp. puiss. pub.*, Dalloz, juillet 2019, n.º 229.

24 L'exploitant d'un camping qui a fait l'objet d'un arrêté préfectoral de fermeture dans un but de sécurité publique « est fondé à demander l'indemnisation du dommage qu'il a subi de ce fait lorsque, excédant les aléas que comporte nécessairement une telle exploitation, il revêt un caractère grave et spécial et ne saurait, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé » (CE, 25 juillet 2007, n.º 278190).

25 Arrêt *Commune de Gavarnie* précité, dans lequel la mesure réglementaire ne cause de préjudice qu'au commerçant requérant.

26 François Séners et Florian Roussel, « Préjudice réparable », préc., n.º 216. Ainsi et comme l'écrit Christophe Guettier (« Irresponsabilité de la puissance publique : régimes juridiques », préc., n.º 128), « la notion de spécialité ne s'apprécie pas nécessairement par rapport au nombre de personnes concernées, mais plutôt par rapport à l'existence ou non d'une catégorie de personnes bien spécifique, celle-ci pouvant comprendre alors un grand nombre de personnes ».

en comparaison des magasins situés en dehors de tels centres, alors autorisés à ouvrir²⁷ ? Une chose paraît en tout cas certaine : le requérant cherchant à engager la responsabilité sans faute de la puissance publique devrait faire preuve de créativité et se montrer particulièrement convaincant à l'égard d'un juge qui « utilise aussi les caractères du préjudice comme un verrou pour endiguer cette responsabilité dans une limite raisonnable »²⁸.

Ajoutons que ce même requérant, franchirait-il l'obstacle de la démonstration d'un préjudice grave et spécial, se heurterait alors vraisemblablement à une politique jurisprudentielle équivoque du Conseil d'État, relative au but poursuivi par la réglementation à l'origine du dommage. On souligne généralement l'assouplissement de la jurisprudence relative à la responsabilité sans faute du fait des lois, qui à partir de l'arrêt *Ax'ion* de 2005 aurait cessé d'exclure une telle responsabilité « lorsque la loi a eu pour objet de satisfaire des intérêts tout à fait généraux et prééminents, tels que ceux de la santé publique, de la protection de la nature, de la défense nationale dans son ensemble et des finances publiques »²⁹. Tel était « le critère tiré de la volonté du législateur [de ne pas permettre d'indemnisation] inférée par l'objet de la loi » que le commissaire du gouvernement Mattias Guyomar avait appelé à abandonner à l'occasion de l'arrêt de 2005, dans ses conclusions alors suivies par le juge³⁰. Or le même Conseil d'État a rendu quelques années plus tard une décision s'inscrivant à contre-courant de cette évolution en réhabilitant l'un de ces buts d'intérêt général excluant toute responsabilité, qui est précisément celui de la santé publique : dans une affaire mettant en cause un règlement ordonnant la suspension de l'emploi de farines de poissons dans l'alimentation d'animaux destinés à la consommation humaine, la responsabilité sans faute de l'État a en effet été exclue « eu égard aux objectifs de protection de la santé publique poursuivis »³¹. Tout laisse donc à penser qu'une telle jurisprudence pourrait opportunément être invoquée pour exclure, en tout état de cause, ce type de responsabilité dans le cadre de la crise liée au covid-19.

27 Cette différence de traitement a en effet été jugée légale par le CE (16 décembre 2021, *Rassemblement des opticiens de France*, n.° 449855).

28 Hafida Belrhali, *Responsabilité administrative*, op. cit., p. 249 ; v. également p. 283 sur la rareté des préjudices indemnisés au titre du préjudice anormal.

29 René Chapus, cité par Patrick Wachsmann, « But d'intérêt général visé, exigence de proportionnalité et responsabilité de l'État du fait des lois », dans *L'intérêt général*. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Paris : Dalloz, 2015, p. 680.

30 V. le texte de ces conclusions reproduit avec l'arrêt CE, 2 novembre 2005, *Coopérative agricole Ax'ion*, RFDA, 2006, p. 349.

31 CE, 20 octobre 2014, *Société Sopropêche*, n.° 361686.

2. L'IMPROBABILITÉ DE LA RESPONSABILITÉ POUR FAUTE

Ce que le régime de la responsabilité sans faute ne permettrait vraisemblablement pas d'obtenir, celui de la responsabilité pour faute de la puissance publique le pourrait-il ? Rien n'est moins sûr, tant ses conditions paraissent tout aussi difficiles à remplir dans notre cas. De manière générale, la faute de la puissance publique peut être reconnue dans diverses hypothèses, et correspond à l'idée suivant laquelle l'administration ne s'est pas conformée au comportement qui était attendu d'elle, qu'il s'agisse d'un défaut d'organisation du service, d'une carence dans l'exercice de ses pouvoirs, d'une action illégale, etc.

Avant même d'envisager la matérialité d'une telle faute, une question paraît devoir être abordée d'emblée : le caractère exceptionnel de la pandémie pourrait-il conduire à lui attribuer le caractère de force majeure, ayant privé la puissance publique de toute liberté d'action, ce qui aurait pour effet de l'exonérer en tout état de cause de sa responsabilité ? L'idée paraît séduisante compte tenu de l'ampleur de la crise sanitaire dont la survenance lui a naturellement été extérieure ; mais la force majeure n'est admise que de manière très exceptionnelle dans la jurisprudence administrative. Parmi ses trois conditions cumulatives d'extériorité, d'irrésistibilité et d'imprévisibilité, c'est cette dernière qui semble la plus difficile à faire admettre par le juge. Le moins que l'on puisse dire, à cet égard, est qu'une pandémie telle que celle résultant de la covid-19, faisant notamment suite à d'autres menaces similaires dans un passé récent (virus SARS-Cov-1 en 2002, grippe H1N1 en 2009), n'avait rien d'imprévisible au sens de la jurisprudence³². Ce que l'on peut d'ailleurs faire ressortir sans difficulté du jugement précité du tribunal administratif de Paris du 28 juin 2022, lequel rappelait, en caractérisant la faute de l'État de n'avoir pas constitué un *stock* suffisant de masques, que « le risque d'émergence d'un agent pathogène respiratoire à l'origine d'une pandémie était connu par la communauté scientifique et par les autorités sanitaires françaises ».

La force majeure écartée, quelles sont les fautes qui pourraient être imputées à la puissance publique et invoquées par les acteurs économiques ayant subi des restrictions à leur activité ? Cela pourrait-il être l'impréparation de l'État ? Celle-ci présente l'avantage d'avoir déjà été qualifiée de fautive par le tribunal administratif de Paris, mais il paraît hasardeux de considérer qu'elle pourrait être reconnue comme la cause directe de préjudices de

32 « Pour relative qu'elle soit, la conception de l'imprévisible que se fait le Conseil d'État n'aboutit pas moins à une grande sévérité ; on peut se demander si le fait qu'un événement se soit déjà produit, même dans un passé lointain, ne le rend pas prévisible pour le reste des temps » (Marc Fornacciarri et Didier Chauvaux, « Exonérations ou atténuations de responsabilité », *Rép. Resp. puiss. pub.*, Dalloz, octobre 2011, n.° 20).

nature économique ; le lien de causalité avec la contamination de la requérante ayant été rejeté dans cette affaire, on voit mal le tribunal reconnaître un tel lien avec les pertes d'exploitation subies, dont rien ne dit que comme les fermetures, elles auraient pu être évitées si l'État avait constitué un *stock* suffisant de masques.

L'hypothèse la moins inconcevable, à défaut d'être la plus plausible, consisterait à viser une mesure de restriction des libertés économiques à raison de son caractère excessif, et par conséquent de son illégalité. En vertu d'une jurisprudence constante, toute illégalité est effectivement fautive et donc susceptible d'engager la responsabilité publique³³. Il faut dès lors se demander quelle serait la propension du juge à admettre de telles illégalités. À cet égard, l'abondante jurisprudence développée par le Conseil d'État durant la crise sanitaire dans le cadre du contrôle de légalité et, surtout, des référés d'urgence, peut nous renseigner. Mais si l'on doit admettre que l'attitude du juge au cours de cette période a évolué dans le sens d'un contrôle progressivement plus exigeant de l'action de la puissance publique, il reste que celui-ci a globalement été assez peu contraignant³⁴. En matière économique, la seule décision significative de suspension d'une mesure portant spécifiquement atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie fut la suspension d'une décision locale du maire de Nice d'interdire les locations touristiques de courte durée³⁵. Et l'on ne compte pas le nombre de mesures de restriction admises par le juge alors même que ce dernier reconnaissait dans le même temps la gravité de l'atteinte aux libertés économiques³⁶. Du reste et plus généralement, même lorsque le fondement législatif a fait défaut, la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles a pu apposer son sceau de légalité aux mesures gouvernementales³⁷.

Reconnaissons toutefois que la pusillanimité du juge de la légalité ne s'impose pas obligatoirement au juge de la responsabilité. L'action indemnitaire est en effet indépendante des recours en appréciation de légalité, et rien n'empêche le juge de plein contentieux qui en est saisi de qualifier

33 Ce qui ne suffit pas pour obtenir réparation, car il reste alors à prouver l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité entre ce dernier et la faute, ce qui n'est pas toujours une mince affaire.

34 V. Hélène Pauliat, « Le Conseil d'État, gardien de l'état d'urgence ou des libertés ? », *RDP*, hors-série, *Les états d'exception*, octobre 2021, pp. 247 et suiv.

35 CE, ord., 16 février 2021, n.° 449605, *AJDA* 2021, p. 1289, note Julien Martin.

36 Par exemple : CE, ord., 23 décembre 2020, n.° 447698 (fermeture des cinémas, théâtres et salles de spectacle) ; CE, ord., 14 avril 2021, n.° 451085 (fermeture des galeries d'art) ; CE, ord., 21 mai 2021, n.° 452294 (fermeture des discothèques).

37 V. CE, ord., 26 juillet 2021, n.° 454754 (extension de l'exigence de présentation d'un « passe sanitaire » aux lieux réunissant au moins 50 personnes, sous l'empire d'une loi qui ne prévoyait l'application d'une telle mesure qu'aux « grands rassemblements de personnes », compte tenu selon le juge de la « reprise de l'épidémie »).

d'illégal un acte dont la légalité, soit n'aurait pas été préalablement contestée, soit aurait été validée par le juge de l'excès de pouvoir ou incontestée par le juge des référés. Une telle politique jurisprudentielle pourrait d'autant plus se déployer que les enjeux ne sont pas les mêmes : une chose est de veiller à ne pas entraver l'action publique au cours de la crise, une autre est d'examiner avec un certain recul et en vue d'une réparation si telle ou telle mesure se justifiait réellement. Il n'est pas jusqu'au Conseil d'État qui ne l'admette lui-même, soulignant dans son étude sur les états d'urgence que ces derniers « sont par nature temporaires » et que « le moment de la reddition des comptes est toujours situé dans un avenir prévisible », citant à l'appui Dickey qui « voyait dans ce contrôle rétrospectif du juge, "siégeant dans le calme et la sécurité après qu'on a mis fin à l'émeute", une garantie de premier ordre contre les abus que les pouvoirs publics seraient tentés de commettre pendant l'état d'exception »³⁸.

L'audace serait-elle, dans cette perspective, susceptible de saisir le juge administratif ? De sérieuses raisons permettent d'en douter : quoi qu'on en dise, déclarer fautif dans le cadre d'une action indemnitaire un acte non censuré ou suspendu préalablement aurait quelque chose de vexatoire pour le juge de la légalité, ce qui explique que ce désaveu théoriquement possible ne se rencontre guère dans la pratique³⁹. Par ailleurs, et peut-être surtout, le juge ne saurait ignorer les conséquences potentiellement dévastatrices pour les finances publiques de la reconnaissance d'une faute en matière de restrictions à l'activité économique, et l'afflux de recours que pourrait susciter une telle ouverture du droit à réparation. On peut aisément le comprendre. Reste que les opérateurs économiques touchés par de telles restrictions apparaissent bien démunis, d'autant plus que les mécanismes qui agissent parfois au secours d'une responsabilité publique difficile à mettre en œuvre paraissent eux aussi faire défaut.

3. L'ABSENCE DE MÉCANISME SPÉCIFIQUE D'INDEMNISATION FONDÉ SUR LA SOLIDARITÉ NATIONALE

Les fondements classiques des régimes de responsabilité publique, dont il a jusqu'ici été essentiellement question, sont insuffisants à rendre compte de l'évolution et de la diversification des mécanismes utilisés, ainsi que de la pluralité des acteurs mobilisés pour assurer la couverture des risques sociaux

38 CE, *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes*, op. cit., p. 202.

39 V. pour une illustration l'arrêt CE, 25 septembre 2015, *Planet Bloo*, n.° 376431, et son commentaire par Alice Minet-Leleu, *AJDA*, 2016, p. 450.

en tous genres. L'époque contemporaine est en effet marquée par le phénomène de la « la socialisation des risques », du titre du rapport public du Conseil d'État de 2005 consacré à la question. Cette socialisation des risques consiste dans l'extension continue du périmètre des dommages susceptibles d'être indemnisés d'une manière ou d'une autre, qu'ils tirent ou non leur origine dans l'action des pouvoirs publics ; elle se présente en outre comme « l'œuvre commune du législateur, le cas échéant inspiré ou relayé par les partenaires sociaux, du juge et des assurances ou mutuelles »⁴⁰. Elle illustre, en définitive, l'évolution des fonctions de la responsabilité administrative, qui fait aujourd'hui en grande partie de l'État le « garant des risques sociaux, qu'ils soient engendrés par l'activité des particuliers ou des collectivités publiques, sur le fondement de la solidarité nationale »⁴¹.

Ce que révèle une telle évolution, c'est que lorsque les mécanismes juridiques traditionnels sont impuissants à assurer l'indemnisation de dommages que la société juge nécessaire de réparer, le relais peut être pris par des mécanismes complémentaires relevant de ce que l'on appelle ainsi la solidarité nationale. Qu'en est-il, de ce point de vue, des dommages consécutifs aux restrictions aux libertés économiques durant la crise de la covid-19 ? Faisant le constat, dès les premiers jours de l'épidémie, des difficultés potentielles pour mettre en jeu la responsabilité de l'État, Camille Broyelle en tirait la conclusion que de manière générale, « [d]ans de telles situations, qui atteignent la population tout entière, le traitement indemnitaire et individuel est inadapté ; la réponse doit être collective et fondée sur la solidarité nationale »⁴².

D'une certaine manière, les aides publiques diverses et massives versées sous diverses formes à un large nombre d'acteurs économiques ont participé de cet effort de solidarité, et ont eu pour effet d'atténuer les conséquences dommageables des atteintes aux libertés économiques⁴³. Elles n'avaient cependant pas pour fonction d'assurer une indemnisation intégrale, ce dont le Conseil d'État n'a pas disconvencu comme le révèle l'une de ses décisions portant sur une mesure de fermeture nationale des bars et restaurants, reconnaissant que « ni le maintien de l'autorisation de vente à distance et de vente à emporter ni l'élargissement et le renforcement des mesures de soutien aux entreprises, mis en œuvre par le gouvernement, ne sont de nature à compenser les pertes de revenus subis par les restaurateurs »⁴⁴.

40 CE, *Rapport public 2005*, « Responsabilité et socialisation des risques », préc., p. 205.

41 Danièle Lochak, « Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative », dans Curapp, *Le droit administratif en mutation*, Paris : PUF, 1993, p. 286.

42 « La responsabilité des ministres et de l'État dans la gestion de la crise du Coronavirus », Blog « Le club des juristes », 23 mars 2020 (<https://blog.leclubdesjuristes.com>).

43 Pour une présentation détaillée de ces aides déployées durant la crise sanitaire, v. Stéphane Braconnier, *Droit public de l'économie*, op. cit., pp. 416-420.

44 CE, ord., 8 décembre 2020, n° 446715.

Face à une telle situation et à l'ampleur des dommages, l'un des principaux instruments de la solidarité nationale qui pourrait être mis en œuvre est celui d'un fonds d'indemnisation, que seul le législateur est habilité à créer. Ce type de mécanisme, qui connaît une certaine vogue à l'époque contemporaine et se trouve en réalité au carrefour de la solidarité et de l'assurance, est destiné à couvrir certains préjudices particuliers, là où les règles classiques de la responsabilité publique ne le permettent pas toujours, ou que le montant des dommages à réparer rend nécessaire un financement spécifique⁴⁵. Une telle solution, qui vise à assurer aux victimes une indemnisation la plus immédiate et automatique, a été adoptée dans certains domaines tels que les calamités agricoles, les accidents médicaux, les actes de terrorisme et infractions pénales, ou encore les dommages causés par l'amiante⁴⁶. C'est donc par un réflexe compréhensible que, durant les premières semaines de la crise sanitaire de la covid-19, certains parlementaires ont déposé au Sénat une proposition de loi visant notamment à la création d'un « fonds d'aide à la garantie des pertes d'exploitation consécutives aux menaces et crises sanitaires graves », abondé à hauteur d'un minimum de 500 millions d'euros par an et financé par une cotisation prélevée sur les contrats d'assurance de biens professionnels. Ainsi souhaitaient-ils mettre en place un « paratonnerre économique » qui protégerait les entreprises de telles pertes d'exploitation, même s'il ne paraissait pas prévu de lui attribuer un caractère rétroactif⁴⁷. Adoptée en première lecture par le Sénat quelques semaines plus tard, la proposition n'a pas été discutée par l'Assemblée nationale et reste pour l'heure lettre morte.

Les acteurs économiques qui ont subi des pertes d'exploitation au nom de la lutte contre l'épidémie ne bénéficieront donc pas, quoi qu'il en soit, d'un mécanisme général d'indemnisation organisé par la puissance publique, ce qui invite à la réflexion sur les rapports entre les systèmes relevant respectivement de la solidarité nationale et de l'assurance classique. Ne pas avoir adopté dans la précipitation cette proposition de loi exprimant les meilleures intentions relève peut-être d'une forme de sagesse. L'enfer est en effet pavé de ces bonnes intentions, et l'on ne doit pas occulter le risque

45 Comme le souligne le Conseil d'État dans son rapport public 2005 (préc., p. 250), « L'intérêt des fonds est souvent de permettre des financements croisés combinant mutualisation élargie et solidarité nationale, voire de reconstituer une forme d'assurance par un financement des assurés ou des responsables ».

46 V. à ce propos les développements de ce même rapport public, pp. 246 et suiv. (présentation à laquelle on peut aujourd'hui ajouter le fonds d'indemnisation des victimes de pesticides créé par la loi du 24 décembre 2019).

47 V. la proposition de loi tendant à définir et à coordonner les rôles respectifs des assurances et de la solidarité nationale dans le soutien des entreprises victimes d'une menace ou d'une crise sanitaire majeure du 16 avril 2020, Sénat, n.° 402, et son exposé des motifs ; v. également pour un bref commentaire : Cédric Coulon, *Responsabilités civile et assurances*, n.° 6, juin 2020, veille n.° 15.

« d’empiètement sur le rôle des assureurs par la création de fonds sous la pression de l’opinion publique face à des événements lourds »⁴⁸. Il n’est ainsi pas interdit de considérer que la charge de l’indemnisation des acteurs économiques, qui n’a donc pas été transférée vers l’État par la création d’un fonds d’indemnisation, continue de peser sur les assureurs privés suivant les conditions prévues par leurs contrats, dont beaucoup disposent d’une clause « pertes d’exploitation » en cas d’épidémie⁴⁹. Devant les efforts déployés par les assureurs privés pour échapper à leurs obligations consécutives à la crise sanitaire, en invoquant opportunément certaines clauses d’exclusion de garantie, c’est devant le juge judiciaire que s’est formé un contentieux de masse pour obtenir l’indemnisation des pertes d’exploitation. Or la Cour de cassation, dans une série de décisions très discutées, a donné raison aux assureurs⁵⁰. Cela incitera-t-il certains acteurs économiques ainsi lésés à se tourner en désespoir de cause vers le juge administratif au titre de la responsabilité de la puissance publique ? Ils n’auraient alors que peu de chances, nous l’avons vu, d’obtenir satisfaction, tant il apparaît que la crise sanitaire de la covid-19 ne semble pas devoir faire partie de ces menaces et drames humains qui « [poussent] le droit de la responsabilité administrative dans ses derniers retranchements »⁵¹.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, deux séries de réflexions conclusives nous paraissent devoir être formulées : remettant quelque peu en question l’intuition qui avait inspiré notre recherche, nous pensons que les obstacles à la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique en matière d’atteintes aux libertés économiques durant la crise sanitaire ne révèlent pas un quelconque statut inférieur de ces libertés par rapport aux autres libertés fondamentales ; tout bien considéré, ce qu’illustre essentiellement notre sujet est le pragmatisme du juge, et plus généralement du droit de la responsabilité publique.

48 CE, *Rapport public 2005*, préc., pp. 323-324.

49 V. Rodolphe Bigot, Amandine Cayol et Arthur Charpentier, « Risque de pandémie, pertes d’exploitation et incertitudes des garanties assurantielles », *Responsabilité civile et assurances*, n.° 6, juin 2022, pp. 13-17.

50 Cass. 2^e civ., 1^{er} décembre 2022 (4 espèces), comm. Agnès Pimbert, *JCP G*, n.° 5, 6 février 2023, note 160 ; Antoine Touzain, *JCP E*, n.° 3, 19 janvier 2023, note 1020 ; Laurent Bloch, *Responsabilité civile et assurances*, n.° 1, janvier 2023, étude n.° 1. Dans le même sens, v. Cass. 2^e civ., 19 janvier 2023, n.° 21-21516, comm. Julien Delayen, *Dalloz actualité*, 2 février 2023.

51 Jean-Bernard Auby, « Le droit administratif dans la société du risque. Quelques réflexions », dans CE, *Rapport public 2005*, préc., p. 355.

Le statut des libertés économiques est une question débattue de longue date. Certains auteurs font valoir la singularité de ces libertés, en ce qu'elles seraient « appréhendées par une jurisprudence animée à la fois de la volonté de "normaliser" les libertés économiques et de préserver de larges possibilités d'intervention de la puissance publique »⁵². D'autres observateurs considèrent au contraire qu'à la faveur du développement d'outils tels que le référé-liberté, « il n'est plus possible de parler d'une "inadaptation du droit administratif à l'économique" ni de soutenir qu'il accorde à la liberté d'entreprendre "une protection plus faible qu'à d'autres libertés" »⁵³. Au regard de notre sujet, il était tentant d'accréditer l'idée selon laquelle les atteintes aux libertés économiques durant l'état d'urgence sanitaire n'ont pas bénéficié de la même sollicitude que les atteintes à d'autres droits durant l'état d'urgence « sécuritaire » de 2015-2016, tels que le respect de la vie privée ou l'inviolabilité du domicile ; on rappellera en effet que celles-ci avaient justifié en 2016 la production d'un avis important du Conseil d'État, déterminant avec minutie les conditions de mise en jeu de la responsabilité publique⁵⁴. Cependant et à la réflexion, la différence de traitement des atteintes à ces deux séries de libertés s'explique selon nous, moins par une question de principe que pour une raison qui tient à l'échelle de ces mêmes atteintes. Pour le dire autrement, l'engagement de la responsabilité de la puissance publique à raison d'atteintes circonscrites à certains lieux et personnes (dans le cas des perquisitions administratives) est sans doute plus praticable que dans le cas des atteintes généralisées (durant l'état d'urgence sanitaire). Cette hypothèse est corroborée par le fait qu'à l'occasion de la crise de la covid-19, le traitement réservé aux libertés économiques n'a rien eu de particulier par rapport à l'ensemble des autres libertés fondamentales tout autant malmenées, que l'on songe par exemple aux libertés d'aller et venir, à la liberté de réunion et de manifestation, ou encore à la liberté de culte⁵⁵. Au total, c'est l'État de droit dans son ensemble qui pourrait bien avoir été mis en quarantaine à cette occasion⁵⁶.

52 Étienne Muller, « La singularité des libertés économiques », dans *Défendre les libertés publiques*. Mélanges en l'honneur de Patrick Wachsmann, Paris : Dalloz, 2021, p. 396.

53 Christophe Laurent, « Le référé-liberté et la liberté d'entreprendre », dans *Florilèges du droit public. Recueil de mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin*, Paris : Éditions La Mémoire du Droit, 2012, p. 112.

54 CE, Ass., 6 juillet 2016, *Napol et autres*, préc.

55 V. le bilan de la jurisprudence du Conseil d'État proposé par Hélène Pauliat, dans « Le Conseil d'État, gardien de l'état d'urgence ou des libertés ? », art. préc., qui révèle combien le juge n'a que très progressivement et timidement remis en cause les restrictions apportées aux libertés dans leur ensemble. V. également les réflexions de Sébastien Brameret, pour qui « les libertés économiques connaissent autant que les autres les vicissitudes de la gestion administrative de la crise sanitaire » (« Les libertés économiques enfin admises au pays des droits fondamentaux ? », *AJDA*, 2021, p. 761).

56 Du titre de la note d'Hélène Pauliat sous l'arrêt CE, 3 avril 2020, n.° 439894 : « Déten-

Ces constatations nous ramènent à un trait classique du droit administratif et de sa dimension jurisprudentielle, qui tient au pragmatisme dont fait preuve un juge soucieux de ne pas se prononcer sur la foi de la seule abstraction des concepts juridiques. Il n'y a là rien de nouveau ; notre sujet ne permet pas de le découvrir, mais plus modestement de l'illustrer. La logique juridique, nous l'avons vu, n'exclurait pas par principe la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique pour réparer certaines atteintes aux libertés économiques durant la crise sanitaire ; cela reste intellectuellement concevable. Mais il est un mode de raisonnement qui occupe une place essentielle dans la jurisprudence administrative : le raisonnement finaliste, qui vise à « assurer la concordance des solutions juridictionnelles et de la vie ». « Non pas qu'il remplace les raisonnements logiques », comme l'avait constaté Yves Gaudemet dans sa thèse devenue classique ; « il les domine, mais en souverain sage qui respecte ceux qui reconnaissent sa suzeraineté »⁵⁷. La volonté de ne pas paralyser l'action de l'État, mais aussi la prise en compte des conséquences financières, sont des préoccupations dont on ne peut pas penser qu'elles échappent à l'esprit du juge comme du législateur pour ce qui concerne la crise sanitaire ; elles expliquent sans doute en partie la faible probabilité que soit mise en jeu la responsabilité de la puissance publique. De telles préoccupations ne sont d'ailleurs pas propres au juge administratif français, comme l'illustre la décision du Tribunal constitutionnel espagnol du 14 juillet 2021 qui, tout en censurant la mise en œuvre durant la crise sanitaire du régime juridique de l'état d'alarme prévu par la Constitution, s'empresse d'ajouter que « l'inconstitutionnalité constatée [...] ne constituera pas en elle-même un titre permettant la recherche de la responsabilité [de l'administration] »⁵⁸. Du reste et pour revenir en France, dans un contexte où les frontières entre responsabilité publique, solidarité nationale et assurance privée se brouillent, la position du juge judiciaire lui-même, très défavorable aux entreprises ayant subi des pertes d'exploitation, s'explique en grande partie par les menaces pesant sur la viabilité économique du secteur de l'assurance, c'est-à-dire par des considérations d'opportunité bien plus que par la rigueur juridique⁵⁹. *Summa jus, summa injuria* ?

tion provisoire prolongée de plein droit : l'État de droit en quarantaine ? », *JCP A*, n.° 17, 2020, comm. n.° 2129.

57 Yves Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, Paris : LGDJ, 1972, rééd. Anthologie du Droit (coll.), 2014, p. 67.

58 Décision citée par Hubert Alcaraz, dans « Le Tribunal constitutionnel espagnol censure l'état d'alarme : vice juridique ou erreur politique ? », Blog « Le club des juristes », 2 août 2021 (<https://blog.leclubdesjuristes.com>).

59 V. à cet égard les commentaires précités des décisions de la Cour de cassation de décembre 2022 et janvier 2023, notamment celui de Julien Delayen, qui regrette que les juges soient « prisonniers d'un débat en opportunité qui ne rend pas justice à la règle de droit ».

BIBLIOGRAPHIE

- Alcaraz, Hubert. « Le Tribunal constitutionnel espagnol censure l'état d'alarme : vice juridique ou erreur politique ? », Blog « Le club des juristes », 2 août 2021, <https://blog.leclubdesjuristes.com>.
- Auby, Jean-Bernard. « Le droit administratif dans la société du risque. Quelques réflexions », dans CE, *Rapport public 2005*, pp. 351-357.
- Audubert, Victor. « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », *La revue des droits de l'homme*, n.º 18, 2020.
- Beaud, Olivier, Rebut, Didier et Broyelle, Camille. « La responsabilité des ministres et de l'État dans la gestion de la crise du Coronavirus », Blog « Le club des juristes », 23 mars 2020, <https://blog.leclubdesjuristes.com>.
- Belrhali, Hafida. *Responsabilité administrative*, Paris : LGDJ, 2^e éd., 2020.
- Bigot, Rodolphe, Cayol, Amandine et Charpentier, Arthur. « Risque de pandémie, pertes d'exploitation et incertitudes des garanties assurantielles », *Responsabilité civile et assurances*, n.º 6, juin 2022, pp. 13-17.
- Bottini, Eleonora. « Juger les responsables politiques en période d'urgence. Retour sur un casse-tête des régimes parlementaires », *RDP*, hors-série, *Les états d'exception*, octobre 2021, pp. 291 et suiv.
- Braconnier, Stéphane. *Droit public de l'économie*, Paris : PUF, Thémis (coll.), 3^e éd., 2021.
- Brameret, Sébastien. « Les libertés économiques enfin admises au pays des droits fondamentaux ? », *AJDA*, 2021, p. 761.
- Conseil d'État. *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes*, Étude annuelle 2021, Paris : La Documentation française, Les rapports du Conseil d'État (coll.).
- Conseil d'État. *Rapport public 2005*, « Responsabilité et socialisation des risques », *EDCE* n.º 56, pp. 197-338.
- Delayen, Julien. « *Bis repetita* en matière d'assurance pertes d'exploitation sans dommages : les juges au carrefour des opportunités », *Dalloz actualité*, 2 février 2023.
- Drago, Guillaume et Lombard, Martine. *Les libertés économiques*, Paris : Éditions Panthéon-Assas, Droit public (coll.), 2003.
- Fornacciari, Marc et Chauvaux, Didier. « Exonérations ou atténuations de responsabilité », *Rép. Resp. puiss. pub.*, Dalloz, octobre 2011.

- Gaudemet, Yves. *Les méthodes du juge administratif*, Paris : LGDJ, 1972, rééd. Anthologie du Droit (coll.), 2014.
- Guetter, Christophe. « Irresponsabilité de la puissance publique : régimes juridiques », *Rép. Resp. puiss. pub.*, Dalloz, octobre 2012.
- Laurent, Christophe. « Le référé-liberté et la liberté d'entreprendre », dans *Florilèges du droit public. Recueil de mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin*, Paris : Éditions La Mémoire du Droit, 2012, pp. 101-112.
- Lochak, Danièle. « Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative », dans Curapp, *Le droit administratif en mutation*, Paris : PUF, 1993, pp. 275-316.
- Long, Marceau et al., *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris : Dalloz, Grands arrêts (coll.), 23^e éd., 2021.
- Muller, Étienne. « La singularité des libertés économiques », dans *Défendre les libertés publiques. Mélanges en l'honneur de Patrick Wachsmann*, Paris : Dalloz, 2021, pp. 389-401.
- Pauliat, Hélène. « Détention provisoire prolongée de plein droit : l'État de droit en quarantaine ? », *JCP A*, n.° 17, 2020, comm. n.° 2129.
- Pauliat, Hélène. « Le Conseil d'État, gardien de l'état d'urgence ou des libertés ? », *RDP*, hors-série, *Les états d'exception*, octobre 2021, pp. 247 et suiv.
- Péronnet, Olivier et Collot, Vincent. « Comment évaluer les pertes d'exploitation dues au covid-19 ? », Blog « Le club des juristes », 24 mai 2020, <https://blog.leclubdesjuristes.com>.
- Sée, Arnaud. « Les libertés économiques en période de crise sanitaire : un premier état des lieux », *RDLF*, 2020, chron. n.° 21, <https://revuedlf.com>.
- Sénors, François et Roussel, Florian. « Préjudice réparable », *Rép. Resp. puiss. pub.*, Dalloz, juillet 2019.
- Tesson, Fabien. « Les libertés économiques pendant la pandémie, un révélateur des priorités de l'action publique », *Politeia*, n.° 40, 2021, pp. 99-110.
- Truchet, Didier. « Le changement de la responsabilité administrative ? », *Revue de droit d'Assas*, février 2015, pp. 225-232.
- Videlin, Jean-Christophe (dir.), « Chronique de droit public économique 2021 », *JCP A*, n.° 17, 2 mai 2022, chronique n.° 2144.

Wachsmann, Patrick. « But d'intérêt général visé, exigence de proportionnalité et responsabilité de l'État du fait des lois », dans *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris : Dalloz, 2015, pp. 679-688.

Wachsmann, Patrick. *Libertés publiques*, Paris : Dalloz, 9^e éd., 2021.