

# DROIT ADMINISTRATIF (Semestre 1)

## Introduction

### § 1 – Historique du droit administratif français

L'idée courante est de dire que le droit administratif est né de la révolution française, mais il est en réalité beaucoup plus ancien que cela. Le droit administratif est beaucoup plus ancré dans la culture française qu'il n'y paraît.

Sous l'Ancien Régime, il existait une juridiction spéciale que l'on nommait « Conseil du Roi » qui est un peu l'ancêtre du Conseil d'Etat. Ce Conseil du Roi a été marqué par son action au 18<sup>e</sup> siècle car personne mieux qu'un administrateur connaît les problèmes liés à l'administration. Cette administration nécessite donc une juridiction spécialisée du fait de sa spécificité. Cette spécificité de l'approche par un organe spécifique du droit administratif est très ancrée dans la culture française. La séparation des autorités administratives et judiciaires est l'une des conséquences du principe de séparation des pouvoirs. Le droit administratif va se forger à partir d'une certaine lecture des lois du 16 et 24 août 1790 « *les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives [...]* ». Il apparaît de toute évidence dans ce texte la volonté de se prémunir du juge judiciaire (cette peur est apparue car la révolution est fondée sur cette peur du juge judiciaire, juge qui a avant la révolution particulièrement soutenu par son action le pouvoir royal, qui a essayé de sauvegarder les biens royaux, la propriété royale. Le juge constituait donc une menace dans certaines matières administratives).

Dans l'histoire du droit administratif français, le régime Napoléonien a été l'un des fondateurs de l'institution et de la spécificité du droit administratif. C'est lui qui va former institutionnellement ce droit administratif. A la fin de la période révolutionnaire, l'examen des réclamations des administrés se trouvait mélangé au sein de la fonction administrative ; les ministres cumulaient les responsabilités de l'administration et des jugements des contestations. Les ministres étaient à la fois administrateur et juge. La constitution du 22 frimaire an 8 va rompre avec cette fusion des fonctions en créant une juridiction : le Conseil d'Etat.

La réforme administrative engagée par Napoléon sera complétée par la loi du 28 pluviôse an 8 (17 février 1800). Cette loi va compléter la réforme en instituant auprès de chaque département ce que l'on appellera un Conseil de Préfecture (qui deviendra plus tard le tribunal administratif) chargé de résoudre les litiges qui étaient portés auparavant devant un corps d'administrateur pur.

Cela dit, on parlera à cette époque de « justice retenue », car effectivement le Conseil d'Etat n'était pas libre du fait qu'il devait présenter au chef de l'exécutif tous ses projets de décision qui validait (ou pas). C'est ce qu'on appelait la technique du ministre-juge.

On parle également de justice déléguée instaurée avec la loi du 24 mai 1872 (article 9 qui précise que le conseil d'Etat est indépendant en rendant des décisions de façon souveraines), et qui fait que le Conseil d'Etat devient une juridiction à part entière. Cette loi a également permis la création du Tribunal des Conflits.

Le droit administratif est un droit jurisprudentiel. Pendant longtemps, le droit administratif a reposé pendant très longtemps sur les décisions du juge administratif. La position du CE était d'écarter le code civil dans l'utilisation des sources pour rendre ses décisions et dans une fameuse affaire de 1855 (**affaire Rothschild**) où le Conseil d'Etat va exprimer que le code civil ne devait pas être utilisé (à l'heure actuelle, il peut être amené à l'utiliser mais avec une interprétation différente).

Le Tribunal des Conflits va aussi établir une spécificité du droit administratif (et également de la responsabilité), du **8 février 1873 avec l'arrêt Blanco** où il sera bien perçut que le droit administratif est un droit spécifique.

Ce droit administratif est spécifique et a connu une évolution remarquable. Il y a également eu une évolution des juridictions administratives. Ces dernières vont connaître des réformes assez importantes :

- Réforme de 1853 concernant les tribunaux administratifs.
- Réforme du Conseil d'Etat en 1872.
- Réforme de 1997 qui rapproche la structure juridictionnelle de celle des juridictions privées (réforme des cours administratives d'appel).

Cette juridiction de part cette structure devient de plus en plus indépendante à tel point que le conseil constitutionnel a déclaré notamment dans un arrêt de 1980 et du 23 janvier 1987 où il sera consacré l'indépendance de la juridiction administrative. Cette indépendance a une valeur constitutionnelle (le juge a rappelé que c'était une spécificité française : la séparation des pouvoirs).

Des interrogations sont apparues ces dernières années sur certains aspects de l'organisation du Conseil d'Etat où on s'interroge de la comptabilité de cette organisation avec des principes européens (la Cour Européenne des Droits de l'Homme). La cour européenne des droits de l'homme, aux environs des années 1990, est intervenue sur le Conseil d'Etat Luxembourgeois. Et cette cour européenne rend une décision importante le 28 septembre 1995 (décision Procola c/ Luxembourg) où il sera jugé incompatible avec la convention (de l'article 6) la double fonction (administrative et juridictionnelle) des membres du Conseil d'Etat Luxembourgeois. Après cette décision, le Conseil d'Etat Française vivait sous une certaine menace du fait que la jurisprudence de la CEDH se veut être assez sévère et qui se fie aux apparences.

Arrêt du 7 juin 2001 de la CEDH va frapper le CE Français (**Kress c/ France**) où elle va remettre en cause la fonction la plus importante (voire sacrée) du commissaire du gouvernement. La CEDH a déclaré que la seule présence du commissaire durant la délibération du Conseil d'Etat était une atteinte à liberté.

## **§ 2 – Définition du droit administratif**

Ce droit était difficile à percevoir en tant que tel et donc la doctrine s'est penchée très tôt sur des questions telles que les critères du droit administratif. Cette définition du droit administratif évolue continuellement.

La définition de puissance publique, jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, caractérise le droit administratif. Très vite, la fin de la 1<sup>ère</sup> Guerre Mondiale met en lumière le fait que l'Etat se doit d'intervenir dans l'économie du pays. Cet interventionnisme changera la vision que l'on peut avoir du droit administratif. On distingue de plus en plus les actes de puissance publique et les actes de gestion. L'Etat ne va pas agir exclusivement en qualité de puissance publique, il va se comporter comme un simple particulier en créant des entreprises, en passant des contrats et va jusqu'à se comporter en administré. On pourrait se demander s'il ne faudrait pas le traiter en égal des particuliers. La doctrine révèle que lorsque l'Etat agit comme acteur économique, le droit administratif ne s'applique plus.

Le premier auteur à intervenir sur la question est Maurice Hauriou. Il va essayer de synthétiser le droit administratif en fonction de ce qu'il constate lui-même autour de la

puissance publique. Il va considérer que lorsque le service public est géré par des procédés de gestion privé, on aura affaire à l'administration judiciaire. Il va s'opposer aux théoriciens qui vont constater l'évolution du droit administratif. Ces derniers vont mettre en avant le critère du service public pour définir le droit administratif. L'école de Bordeaux (Léon Duguit) s'oppose à l'école de Toulouse (Maurice Hauriou).

Le service public est défini par une activité d'intérêt général géré par la puissance publique. Cette définition va rapidement subir une crise.

On assiste donc à une extension de la compétence judiciaire dans le service public : on parlera ici d'une crise qui se manifeste par une pénétration du droit privé dans la gestion publique. On a dû faire intervenir un autre critère pour expliquer cette complexification. Pour expliquer la limitation du droit administratif dans les affaires publiques, le régime administratif n'apparaît que lorsque l'activité du service public concerne les affaires publiques.

Le doyen Georges Vedel s'est fait connaître par le développement de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif. Il va dire que il n'est pas concevable que ce droit soit défini indépendamment de la constitution. Il s'avère que l'inconstitution tient compte d'une distinction organique des services publics. C'est à partir de considérations organiques et non matérielles qu'il convient de partir pour définir le service public. Il va opérer plusieurs formes de délimitations. La première va exclure de l'administration tout ce qui relève du Parlement et va la rattacher au seul gouvernement. Cependant, tout ce qui relève du gouvernement n'est pas rattachable à l'administration. Il va exclure ce qui dans l'activité du gouvernement ne présente pas un caractère administratif. Par exemple, l'activité diplomatique relève de la politique et non de l'administration. Il exclut les éléments qui relèvent de la gestion privée.

Cela va l'amener à définir l'administration de la façon suivante : « *l'ensemble des activités du gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internationales et de la conduite des pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique* ».

Marcel Waline a introduit un élément intéressant dans sa définition du droit administratif : l'intérêt général.

Pour avoir la définition la plus moderne, il faut regarder du côté de René Chapus. Il va mélanger la notion de service public et de puissance publique. Il va amalgamer Hauriou et Duguit. Il dit qu'il existe en réalité plusieurs définitions du droit administratif.

Selon la définition large, le droit administratif serait défini par « *l'ensemble des règles juridiques, qu'elles soient privées ou publiques, pouvant s'appliquer à l'administration* ». Pour lui, le droit administratif peut aussi se définir de façon plus stricte : ce pourrait être « *l'ensemble des règles juridiques sanctionnées par le seul juge administratif* ».

### **§ 3 – Les caractères du droit administratif**

Le droit administratif présente une première caractéristique : de régir des relations déséquilibrées. Lorsque l'administration agit, elle se situe en situation de supériorité par rapport à l'administré, les rapports sont donc déséquilibrés. Il y a d'un côté une administration impersonnelle, infaillible et puissante agissant au nom de l'intérêt général et une entreprise privée par exemple. La notion d'équité sera très importante dans la jurisprudence administrative. Le rapport de force entre la volonté générale et la volonté privée est permanent.

C'est un droit autonome. Il appelle à des règles et à des juridictions spécifiques. Cette autonomie est cependant relative dans la mesure où la distinction droit privé et droit public a tendance à s'effacer et le juge administratif évoque souvent des articles du code civil. Les règles spéciales du droit administratif sont parfois moins favorables à l'administration que les règles civiles afin de rétablir un certain équilibre.

C'est un droit d'origine jurisprudentielle. Son évolution est jurisprudentielle. Cette caractéristique est cependant à nuancer. On a mis en avant ces derniers temps une politique de codification administrative dès 1989. On a tenté de réorganiser cet ensemble de textes. Ce ne sont pas des codes de créations mais d'organisation. Le législateur va donner une habilitation au gouvernement à agir dans des matières administratives. Ces codes seront souvent mis en place par voie d'ordonnances sous le contrôle du Parlement. Le conseil constitutionnel a jugé ces pratiques constitutionnelles. La politique correspondait à l'objectif d'accessibilité du droit administratif (16 décembre 1999).

C'est un droit évolutif. Les rapports au cours des 50 dernières années entre l'administration et les individus ont évolués. Ceci est révélateur de l'évolution des rapports entre l'Etat et les individus.

## **Chapitre 1 – L'acte administratif unilatéral**

C'est l'outil qui incarne le mieux la puissance publique, c'est le mode d'action administrative de droit commun, ce mode traditionnel est de plus en plus concurrencé par le mode contractuel plus souple. Très souvent l'autorité administrative n'a pas le choix d'action, elle sera obligée par les textes.

Le juge administratif va s'attacher à vérifier que l'administration agit bien selon la conformité avec les textes. De plus en plus d'actes aujourd'hui ont l'apparence contractuelle. Mais le juge va requalifier les actes.

### **Section 1 – Le principe de légalité**

Lorsque l'on parle de la légalité, on peut se demander à quoi fait référence cette légalité. On va tenter de comprendre pourquoi des actes ne sont pas susceptibles de contrôles.

#### **§ 1 – Les sources de la légalité**

Les actes de l'administration doivent respecter les normes qui leurs sont supérieures. Le juge administratif va comparer les normes et vérifier leurs compatibilités. La constitution, comme étant une norme juridique supérieure, est une notion moderne du droit. Le Parlement était traditionnellement la juridiction souveraine et subit aujourd'hui une baisse d'influence dans la mesure où elle est soumise à la norme constitutionnelle. Cela va bouleverser la notion de légalité.

Aujourd'hui, cette légalité doit s'entendre d'une façon beaucoup plus large car elle ne fait pas forcément que référence à la loi mais aussi à des normes qui peuvent être par exemples constitutionnelles ou internationales.

#### **A. La norme constitutionnelle**

Les normes constitutionnelles sont aujourd'hui regroupées dans le bloc de constitutionnalité qui implique qu'un certain nombre de normes constitutionnelles contribuent à un encadrement de l'action de l'administration. La Constitution elle-même comporte un certain nombre de règles :

- Les articles de la Constitution concernant les interventions du Président de la République, ses compétences et leurs répartitions entre le président et le premier ministre (articles 13 et 21). Ces textes comportent un certain nombre de contreseings, de signatures. La règle du contreseing est réglée par la Constitution par les articles 19 et 22. Elle établit aussi une distinction entre le domaine de la loi et du règlement à travers les articles 34 et 37.
- Les actes des collectivités territoriales. Ces dernières s'administrent librement et peuvent prendre des actes réglementaires. Le juge va très souvent se référer aux articles de la constitution pour annuler par exemple un acte administratif. Cette méthode a été mise en place en 1960 dans un **arrêt « Société Eky »**.
- Les principes énoncés par le préambule de la Constitution qui renvoient à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui renvoie également au préambule de la Constitution de 1946.

La violation de toutes ces dispositions constitue un motif d'annulation d'un acte administratif. Le juge administratif va utiliser ce bloc afin de contrôler l'action de l'administration. Il utilise aussi des principes découlant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Les PFRLR sont également des sources de la légalité administrative.

Le Conseil d'Etat a utilisé cette référence en 1992, dans un **arrêt du 29 mai 1992, Association amicale des professeurs titulaires du musée national d'histoire naturelle**. En 1984, le Conseil Constitutionnel avait reconnu l'indépendance des professeurs d'université comme un PFRLR.

Le Conseil d'Etat va lui-même dégager un PFRLR selon lequel l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger lorsque celle-ci est demandée pour un motif politique, il se substitue à la carence du Conseil Constitutionnel. **Arrêt d'assemblée du 3 juillet 1996, « Koné »** dans lequel le juge va utiliser les méthodes du conseil pour protéger un administré.

Le préambule de 1946 a une connotation économique et sociale, cela va constituer des principes très intéressants pour l'administration.

Dans cette liste de principes certains sont plus précis que d'autres, certains ont un caractère tel qu'ils ne peuvent pas créer des droits au profit de l'administré (droit à la santé, droit à l'emploi). On ne peut en dégager une norme prescriptive. Mais cela peut intervenir comme limite.

A l'égard d'autres principes le Conseil d'Etat va estimer que certains de ces principes dégagent de véritables normes (d'autres sont de simples directives). Préambule de 1946, (...nécessaire à leur développement) le juge va utiliser un principe pour annuler un texte pour limiter le regroupement familial des travailleurs étrangers (**arrêt d'assemblée, 8 décembre 1978, affaire Gisti**).

Il y a aussi la Charte de l'environnement qui est une nouvelle norme constitutionnelle. Certains articles ne dégagent pas de normes, certains dégagent des normes prescriptives.

S'agissant du contrôle des actes administratifs, on a beaucoup parlé ces dernières années du développement du contrôle de constitutionnalité des actes administratifs. Cela nous ramène à la hiérarchie classique des normes. De façon traditionnelle, on considère que le conseil constitutionnel est compétent pour apprécier la conformité d'une loi à la constitution. Cette compétence est limitée en France car ce contrôle ne peut intervenir qu'avant la promulgation de la loi.

De cette spécificité, on va tirer la spécialité du Conseil Constitutionnel afin de vérifier la conformité des lois. En principe, le juge administratif va considérer que la loi fait écran et

qu'il ne peut aller au-delà de cette loi pour contrôler l'acte administratif (théorie de la loi écran).

**Arrêt du Conseil d'Etat du 28 janvier 1972, « Conseil transitoire de la faculté de lettre de Paris »** : le juge administratif se présente comme serviteur de la loi et ne peut pas donc s'y opposer. Il utilise la théorie de la loi écran. Le juge administratif est limité dans l'application des normes constitutionnelles. Cette théorie a une portée aujourd'hui beaucoup plus limitée. Le juge tient compte dans sa jurisprudence de l'intégralité de la jurisprudence du conseil constitutionnel. Le juge constitutionnel émet des réserves d'interprétation. Le juge administratif se réfère à ces dernières pour mesurer la portée exacte du texte de loi et éventuellement censurer une norme administrative qui serait une norme d'application d'une loi qui aurait fait l'objet d'une réserve d'interprétation. Le juge passe outre la loi écran et peut considérer que la norme en question n'est pas constitutionnelle.

## **B. Les normes internationales et le droit communautaire**

### **1. Les traités internationaux**

La norme constitutionnelle qui traite des traités internationaux est l'article 55. Il leur reconnaît une portée supérieure à celle des lois sous réserve de réserve d'interprétation. L'article 55 amène le juge à un travail de recherche. Le juge va devoir tenir compte des arguments du requérant en vérifiant si la France a bien ratifié tel ou tel traité international.

Il va vérifier l'acte de ratification. C'est une difficulté pour le juge qui va tenter de se dégager de cette charge en se déclarant incompétent pour vérifier le traité de ratification et en transférant la question au ministre des affaires étrangères. Il va faire un revirement de cette position : le juge va estimer que désormais il lui appartient de vérifier la régularité de l'acte d'approbation d'un traité international (**CE, 18 décembre 1998, SARL du parc d'activité de Blotzheim**). Il va pouvoir à utiliser la voie d'exception s'agissant d'un litige concernant l'application d'un traité international (**CE, 5 mars 2003, Mr Aggoun**).

La condition de réciprocité est elle remplie ? C'est le ministre des affaires étrangères qui est sensé vérifier la bonne application du traité par les Etats signataires. Cette position est source de difficulté contentieuse car le juge est amené à saisir le ministre des affaires étrangères et ainsi perd une partie de sa souveraineté (**CE, 29 mai 1981, affaire Rekhou**). Le juge a abandonné cette pratique au regard du droit européen car elle n'est pas conforme avec certains principes de la CEDH dans la mesure où elle porte atteinte au droit d'accès au tribunal. Un tribunal doit s'estimer compétent pour traiter les questions relatives aux traités.

Concernant l'interprétation du traité, jusqu'à la fin des années 80, le CE interrogeait également le Ministre des Affaires Etrangères. Après une grande **décision du 29 juin 1990 du Conseil d'Etat**, le juge va pouvoir interpréter lui-même un traité international. La jurisprudence a été abandonnée sous l'effet de la jurisprudence de la CEDH selon laquelle le juge, en confiant la question au ministre, cela portait atteinte à l'accès l'autonomie.

### **2. La loi et les coutumes internationales**

Il existe une source du droit particulière : la coutume. Il n'y a pas de hiérarchie entre la coutume internationale et la loi française (**CE assemblée, 6 juin 1997, Aquarrone**). Le juge n'a pas à considérer la coutume internationale supérieure aux lois françaises (28 juillet 2000). Le droit communautaire prévoit la primauté de l'ensemble de ce droit : toutes les normes

communautaires prévalent sur les lois nationales (**CE, 3 décembre 2001, Syndicat National de l'industrie pharmaceutique**).

La question du rapport entre le traité international et la constitution a beaucoup fait couler d'encre.

### **3. Le traité international et la Constitution**

#### Primauté de la Constitution sur les traités :

Il a fallu attendre longtemps pour que cette question soit abordée. Le Conseil d'Etat va dans un grand arrêt affirmer de façon assez audacieuse que dans l'ordre interne le traité international ne peut prévaloir sur la Constitution (**CE, 30 octobre 1998, Sarran**).

Cette position sera confirmée par la Cour de Cassation le 2 juin 2000 « Pauline Fraisse » qui confirme la position du Conseil d'Etat.

(CC, 10 juin 2004, décision de conformité (DC) de l'article 88-1).

#### Primauté des PFRLR sur les traités :

Les PFRLR qui ont une valeur constitutionnelle, prévalent sur les stipulations du traité international (**affaire Koné, 3 juillet 1996**).

Cet arrêt n'est pas conforme avec les décisions de la CJCE car normalement les normes communautaires doivent prévaloir sur les normes nationales.

#### Conformité des traités à la constitution :

Se pose la question du contrôle de constitutionnalité des traités (article 54 de la Constitution), elle est assurée par un contrôle préventif : le Conseil Constitutionnel se prononce sur une éventuelle compatibilité du traité avant la ratification. La France doit modifier la Constitution avant de ratifier le Traité en 1992 pour Maastricht pour la première fois, puis Amsterdam et Traité de Rome.

### **4. Le contrôle de conventionalité des actes administratifs**

Cette question a fait l'objet d'une jurisprudence conséquente. Le juge annule les actes administratifs contraires aux traités. Dans l'**arrêt Kirkwood, du Conseil d'Etat du 30 mai 1952**, le juge considère l'acte international comme norme de référence. La difficulté va se poser à propos de l'utilisation de cette norme selon qu'elle est antérieure ou postérieure à une loi française. Lorsque la loi française est antérieure, on considère que le traité est ratifié et entré en vigueur abroge cette loi antérieure.

Concernant une loi postérieure à un traité ratifié et validé en France, on se pose la question de la primauté de cette loi par rapport à ce traité. La Cour de Cassation a rapidement répondu en reconnaissant la primauté du traité sur la loi postérieure dans l'**arrêt Société des Cafés Jacques Vabre, du 24 mai 1975**. La CJCE a jugé que le juge national doit laisser inappliqué toute norme nationale contraire à un traité. L'**arrêt Simmental, du 9 mars 1978** consacre la primauté du droit communautaire par sa nature sur les droits nationaux. Le Conseil constitutionnel estime qu'il n'est pas habilité de contrôler la conformité d'une loi aux traités, il ne peut le faire que par rapport à la Constitution et relègue cette compétence au juge ordinaire. Le Conseil d'Etat a réagi à cette jurisprudence une dizaine d'années plus tard, sa position a été édictée par une jurisprudence qu'il a eu du mal à faire évoluer. L'**affaire du Syndicat national des fabricants de semoule** est fondée sur une vision traditionnelle selon

laquelle les principes du droit public interdisent au juge administratif d'être un juge de la loi. Cependant, dans un système communautaire, cela posait problème car il n'avait aucun recours. Cette position traditionnelle par laquelle le Conseil d'Etat refuse de contrôler la loi et de vérifier la conventionalité a été abandonnée par l'arrêt **Nicolo**. C'est à travers l'article 55 de la constitution qu'elle prend le pouvoir de contrôler la conventionalité d'une loi. En pratique, cela n'a aucune conséquence mais nous voyons que la logique affichée par les juridictions judiciaire et celle du Conseil d'Etat n'est pas la même.

Cette portée ne se limite pas à la question de la loi postérieure. A la suite de l'**arrêt Nicolo (20 octobre 1989)**, le Conseil d'Etat va étendre cette jurisprudence aux autres normes comme les règlements communautaires lors de l'**affaire Boisdet**, les directives dans l'**affaire Rothmans le 28 février 1992**, l'**arrêt de l'affaire de l'Association Ornithologique et Mammologique de Saône et Loire**, la jurisprudence de la Cour de Justice dans l'**arrêt de la Société Klockner France**.

Le juge s'autorise à écarter la loi non-conforme à la norme communautaire. Cela a été difficile pour lui de passer outre la primauté de la loi et reconnaître la primauté de la norme communautaire. Il ne l'écarte cependant que sur le fondement de l'article 55 de la constitution au lieu de reconnaître le poids fondamental de la primauté de la norme internationale.

### **C. La loi et le règlement**

Deux aspects méritent un examen : le domaine de la loi et du règlement et la question de la hiérarchie entre la loi et le règlement.

#### **1. Le domaine de la loi et du règlement**

Jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle prévalait la conception de la loi intouchable, expression de la volonté générale, toute puissante qui met le Parlement comme représentant le peuple et véritable souveraineté. Elle est donc susceptible d'intervenir dans tous les domaines.

A partir du moment (1946) où le Parlement s'avère impuissant durant la IV<sup>e</sup> République, il ne va plus réussir à assumer cette tâche qui consiste à légiférer dans tous les domaines. Il va autoriser le gouvernement à agir. Il va déléguer au gouvernement ce qu'il ne peut plus faire lui-même. Il va se résigner à n'intervenir que dans quelques matières. Cette séparation de la loi et du règlement se fait sous la pratique. Dans l'article 13, l'assemblée nationale vote seule la loi, cet article ne sera plus appliqué.

La Constitution de 1958 corrigera le problème et va consacrer cette séparation du domaine de la loi et du règlement. Elle va définir de façon limitative la marge de manœuvre du Parlement qui était tout puissant dans le passé dans les articles 34 et 35.

Les grandes matières qui sont considérées comme relevant du domaine de la loi sont divisées en deux parties :

- Les matières dont la loi fixe les règles : l'exercice de la liberté publique, les matières pénales, les matières fiscales, le statut des fonctionnaires, les nationalisations et les privatisations.
- Les matières dont la loi détermine les principes fondamentaux : la défense nationale, l'organisation administrative française, l'enseignement, le régime de la propriété publique ou privée, le droit du travail et le droit de la sécurité sociale.

Le règlement joue un rôle d'exécutant. Relève du règlement toutes les matières ne relevant pas de la loi selon l'article 34 de la Constitution. Le constituant prévoit des



procédures destinées à éviter un débordement du législateur dans son domaine. Pour protéger le pouvoir réglementaire le Conseil Constitutionnel peut être saisi et trancher sur la question de la compétence (article 41).

## **2. La hiérarchie des lois et des règlements**

Le juge va devoir tenir compte de la hiérarchie entre les lois elles même. Il existe les lois organiques soumises au Conseil Constitutionnel, les lois référendaires (le juge administratif refuse de vérifier la conformité de la loi référendaire à la Constitution). Si le règlement ne fait référence à aucune loi, purement réglementaire, peut être contrôlé sur la base d'un autre texte. Il s'avère qu'un règlement, même autonome, reste un acte administratif et le juge peut vérifier sa compatibilité avec une norme supérieure. Le juge administratif va devoir contrôler la légalité de ce règlement, en vérifiant sa conformité à la loi. S'il n'est pas conforme, le réglementaire a empiété sur le législatif et le juge va annuler le règlement. Le pouvoir réglementaire a une obligation d'agir afin que la loi entre en vigueur et soit appliquée.

Lorsque le juge contrôle le pouvoir réglementaire, il contrôle aussi son défaut d'action en défaut de l'article 21 de la Constitution. Selon l'**arrêt du Conseil d'Etat du 28 juillet 2000, Association France Nature Environnement**, en cas d'inertie ou non respect de cette obligation, l'Etat engage sa responsabilité et va donc annuler cette décision. Le juge administratif a les moyens de contraindre l'administration à agir.

Le législateur peut prévoir que des décrets soient pris après avis du Conseil d'Etat. Si l'administration agit dans soumettre le décret au Conseil d'Etat, elle commettra une erreur juridique. Le décret sera entaché d'incompétence, ce qui constitue un vice grave qui amènera à son annulation.

La loi peut prévoir que certains décrets soient pris après avis du conseil des ministres et signés par le Président de la République. L'article 37 confère au 1<sup>er</sup> ministre un pouvoir réglementaire général. Ce dernier est celui dont dispose le chef de l'exécutif pour prendre des mesures de police à l'échelon national (**CE, 8 août 1963, arrêt Labonne**).

En principe, seul le 1<sup>er</sup> ministre dispose du pouvoir réglementaire. Par dérogation, le ministre, statuant pour l'organisation de son service, peut prendre des actes réglementaires en tant que chef de service.

La loi peut donner le pouvoir réglementaire à des autorités administratives indépendantes comme le Conseil National de l'Audiovisuel.

Dans le domaine de la décentralisation, renforcée par une loi constitutionnelle récente dans l'article 72 qui comporte un nouvel alinéa sur les collectivités territoriales, les collectivités territoriales disposent d'un pouvoir réglementaire. Le maire en dispose également car il est une autorité de police municipale.

## **D. Les ordonnances**

Le législateur peut autoriser le gouvernement à agir dans des matières législatives par l'intermédiaire d'ordonnances. Le législateur, débordé par des questions d'urgence, autorise le gouvernement à déborder des ses fonctions. Les ordonnances sont contrôlées par le juge a posteriori. Il en existe trois catégories :

- Celle de l'article 92 de la constitution : elle concerne les ordonnances prises dans la transition entre la IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> république.
- Celles de l'article 16 : ce régime a été mis en place en 1961 dans le cadre de la guerre d'Algérie où les institutions de la République étaient menacées. Il permet au Président de prendre des mesures dans le domaine législatif et prendre des actes réglementaires ainsi décréter l'Etat d'urgence. Au-delà de cette affaire, l'**arrêt Canal**, où Mr Canal fut

condamné à mort, le Conseil d'Etat va annuler l'organisation de ce tribunal et va prétendre que la décision de condamner à mort ne pouvait être prise que par acte réglementaire du Président de la République.

- Celles de l'article 38 : cet article permet au Parlement d'autoriser le parlement à prendre des mesures dans un temps limité qui relèvent normalement de la loi.

### **1. Le contrôle sur les lois d'habilitation**

Le Conseil Constitutionnel va porter son contrôle sur plusieurs éléments. Il va d'abord porter sur l'obligation d'indiquer avec précision au Parlement la finalité des mesures qu'ils se proposent de prendre par voie d'ordonnance, il faut préciser le domaine d'intervention. L'urgence va être souvent un argument pur justifier une loi d'habilitation que le Conseil Constitutionnel accepte volontiers. Le Conseil Constitutionnel contrôlera aussi la limitation dans le temps de la délégation au gouvernement.

Que se passe-t-il si le délai est expiré et si le législateur n'a pas ratifié l'ordonnance ? Le gouvernement dépose le projet de loi de la ratification de l'ordonnance en question. Le législateur ratifie suite à la date ou bien ne le fait jamais. Si la ratification n'intervient pas, l'ordonnance reste en vigueur et le pouvoir réglementaire peut continuer à agir malgré le délai.

### **2. Le contrôle du Conseil d'Etat**

Le Conseil d'Etat pourra être saisi d'un recours fondé sur la non-conformité d'une ordonnance avec une norme supérieure comme par exemple une disposition du traité de Rome (**arrêt Société Baxter et autres**). S'agissant d'actes réglementaires, les ordonnances sont soumises aux principes généraux du droit (**4 novembre 1996, Association de Défense des Sociétés de Course des Hippodromes de Provinces**).

A partir du moment où le législateur ratifie, il donne rétroactivement valeur législative au texte réglementaire (**CE, 12 février 1997, Syndicat National des Inspecteurs des Affaires Sanitaires et Sociales**).

Le juge fait un contrôle en rapport avec l'article 6 de la CEDH (**CE, 8 novembre 2000, Hokfer**).

## **E. Les principes généraux du droit**

Ce sont des principes qui sont utilisés par le juge, et pour lequel le juge estime qu'ils sont applicables sans texte. Ces principes ont une valeur importante et s'imposent au pouvoir réglementaire. Quand un règlement porte atteinte à des normes supérieures, le juge pourra dégager un principe général du droit pour l'annuler. Il sort une norme qu'il n'a pas sous les yeux en vue de censurer une norme.

### **1. La teneur des principes généraux du droit**

Depuis quand le juge utilise-t-il cette technique ? Le juge a pris conscience assez tardivement et cela va se développer au fur et à mesure et ceci va constituer une source de droit et de contrôle.

- Le principe du respect du droit à la défense (**décision Aramu**). Le juge cherche ces principes dans des textes généraux qui inspirent la République. Pour consacrer ce

principe, le législateur va s'inspirer d'une loi de 1905 qui prévoyait que le dossier du fonctionnaire devait être communiqué à l'intéressé qui devait subir une sanction administrative. Ce principe va être généralisé à propos de l'ensemble des hypothèses dans lesquelles une décision administrative prend le caractère d'une sanction (**5 mai 1944, décision Trompier et Gravier**).

- Le principe du respect de la dignité de la personne humaine (jurisprudence du lancer de nains).
- Le principe du respect de la dignité de la personne humaine post mortem.
- Le principe d'égalité
- La sécurité juridique (principe de non rétroactivité des lois) : **CE, 25 juin 1948, Société du Journal l'Aurore**. **CE, 17 février 1950, Ministre de l'Agriculture contre dame Lamotte**, une autorité administrative est obligée d'abroger un règlement illégal (**CE, 3 février 1989, Compagnie Alitalia**).
- Principes du droit du travail comme l'indépendance des inspecteurs du travail ou le non renvoi d'une femme enceinte.

## **2. Les principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes**

Beaucoup de ces principes généraux sont inspirés d'une loi dans un domaine parfois particulier. Le juge retire ce principe pour le généraliser à l'ensemble des actions de l'administration. Quelle est la valeur de ce principe ? A-t-elle une valeur législative ? Inférieure à la loi ? Supérieure au règlement ?

Les conseillers d'Etat prétendent qu'à partir du moment où ce texte s'impose au pouvoir législatif (**26 juin 1959, Syndicat Général des Ingénieurs Conseils**), ces principes ont une valeur législative supérieure. Pour Chapus, sa valeur est infra législative.

Les principes généraux ont au moins une valeur législative, voire supra législative. L'**affaire Koné**, le Conseil d'Etat dégage un PFRLR qui est celui de l'obligation de l'Etat de refuser l'extradition d'un étranger pour des raisons politiques en l'absence de décisions de CC. Le Conseil d'Etat le fait à sa place. Ce principe doit s'imposer au législateur.

Dans certains cas, se pose la question de savoir si les normes sont des normes de référence, si ce sont des actes administratifs.

### **F. Les actes non réglementaires**

Ce sont des actes qui semblent avoir une portée générale, mais qui ne sont pas susceptibles de faire grief. On étudiera les circulaires et les directives.

#### **1. Les circulaires**

C'est un texte qui édicte les prescriptions générales, qui émanent d'un chef de service (ministre) et qui est destiné aux fonctionnaires placés sous son autorité et qui permet l'interprétation et l'application d'une loi, d'un texte. A l'égard des fonctionnaires, la circulaire a un caractère obligatoire. La portée de la circulaire sera différente à l'égard des administrés, ils ne sont pas contraints par cette circulaire, elle n'a valeur que d'information.

Elle n'a pas un caractère obligatoire envers les administrés, car c'est un texte explicatif, d'interprétation, de clarification d'un texte existant. On comprend ainsi la position traditionnelle du Conseil d'Etat qui distinguait les recours formés par les fonctionnaires et les recours formés par les particuliers. Le juge admettait comme recevable les recours formés par les fonctionnaires. Les fonctionnaires pouvaient revendiquer une inégalité.

Dans les années 50, la jurisprudence a évolué, en abandonnant cette distinction de destinataires des circulaires. Elle a changé le critère en prévoyant la possibilité qu'une circulaire n'en soit pas une, qu'elle puisse faire l'objet d'un recours car comprenant une norme réglementaire. On admet qu'une circulaire puisse être attaquant. On différencie les circulaires interprétatives et les circulaires réglementaires (**CE, 29 janvier 1954, Institution Notre Dame du Kreisker**). La loi Falou concernait la possibilité pour les collectivités territoriales d'accorder des subventions aux établissements privés d'enseignement. Cette séparation de l'éducation du secteur privé et public, le juge distingue circulaire interprétative et circulaire réglementaire.

Cette évolution a été préparée, on passe du critère de circulaire interprétative et de circulaire réglementaire, à une prise en considération dans les années 90 du caractère impératif d'une circulaire (**CE, 18 juin 1993, Institut français d'opinion publique**). Changement de perception : réglementaire → impératif. Présentent un caractère interprétatif les circulaires qui se bornent à analyser un texte, sont interprétatives les circulaires par lesquelles le ministre adresse à ses subordonnés des directives dans une matière déterminée. Seront considérés comme réglementaire, les circulaires qui créent une véritable norme de droit opposable aux intéressés (**arrêt d'assemblée, 28 juin 2002, arrêt Villemain**).

Caractère relatif de la distinction qui apparaît dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat n'est pas très objectif dans cette jurisprudence, dans certains arrêts, l'examen de la circulaire fait apparaître que le ministre a posé des règles juridiques nouvelles. Il y a eu un déplacement des problématiques des circulaires.

On est passé de la distinction entre circulaires réglementaires et interprétatives, à la distinction entre circulaires impératives et non impératives.

(**CE section, 18 décembre 2002, arrêt Duvigneres**), une circulaire ne peut faire grief que si elle possède un caractère impératif. Le Conseil d'Etat est plus soucieux de la recherche d'un équilibre entre l'admission d'un recours et la question de savoir si on doit considérer qu'une circulaire doit être exclue de ce contrôle. Si on admet toutes les circulaires, cela conduit à un engorgement des tribunaux. Sans pour autant restreindre ce recours à l'égard des circulaires. La circulaire réglementaire n'est plus une anomalie. La circulaire impérative conduit à dire d'une circulaire peut avoir une norme réglementaire. Désormais la circulaire n'est plus inégale car elle est réglementaire, le juge contrôle la légalité des dispositions contestées en elles-mêmes. Il existe deux formes d'inégalité d'une circulaire :

- Soit elle fixe une règle nouvelle (inégalité pour incompétence, **1936, affaire Jamart** ; soit une inégalité pour d'autres motifs).
- Soit une circulaire qui ne ferait que réitérer une règle existante mais illégale.

## **2. Les directives**

C'est un document par lequel l'administration dans les domaines où elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire, l'administration se fixe elle-même par avance une ligne de conduite qu'elle doit respecter. Généralement, lorsqu'il y a un besoin d'adapter au cas par cas des situations ou règles juridiques. Le problème c'est que la pratique des directives semble contraire à un principe selon lequel, l'administration ne peut renoncer à son pouvoir discrétionnaire. Mais si on accepte la directive, cela peut représenter pour l'administré des avantages.

On trouve des directives en matière sociale, d'intervention publique. Le régime juridique des directives est précisé par l'arrêt : **11 décembre 1970, Crédit foncier de France**. L'intérêt de cet arrêt c'est de reconnaître la pratique des directives comme une pratique régulière. Pour que l'administration s'autolimite, il faut qu'elle respecte certaines conditions :

- D'une part, il faut que la directive « *ne soit pas inadaptée aux buts visés par la réglementation appliquée* ».
- D'autre part, il faut que l'administration n'exclue pas la possibilité de déroger à ses propres directives, sinon elle n'a plus un pouvoir discrétionnaire.

Il faut faire la même distinction que pour les circulaires (**arrêt Duvigneres**).

### **G. Les mesures d'ordre intérieur**

Désigne des mesures dont l'objet se situe à l'intérieur de l'administration. Elles ne vont pas être contrôlées par le juge car il estime qu'elle ne s'adresse pas aux administrés. Hauriou disait que les mesures d'ordre intérieur sont la manifestation d'une vie intérieure à l'administration publique.

Une mesure d'ordre intérieur est une mesure interne à l'administration et qui n'a aucune conséquence à l'extérieur de l'administration. C'est une mesure sans effet sur la situation juridique de ceux qui la subissent. C'est une mesure purement gracieuse, quand la mesure ne résulte d'aucuns textes législatifs ou réglementaires.

Si la mesure d'ordre intérieure est fautive, elle doit pouvoir engager la responsabilité de l'administration.

- Les ordres hiérarchiques donnés aux subordonnés.
- Une mesure qui aménage un service. Parfois l'administré est concerné même si à la base il n'est pas concerné, il est touché par ricochet.
- Les mesures individuelles (personnelles) concernant les fonctionnaires à certaines occasions : les cadeaux de Noël... Le refus est impossible.
- Décision d'hospitalisation d'un soldat a été jugée comme d'ordre intérieur.
- La décision de transférer un détenu d'une prison à l'autre (**CE, 23 février 2000, Glaziou**)
- La décision de refuser de la part du directeur d'acheminer le courrier d'un détenu (**CE, 2000, Mr Frerot**).

La tendance de la jurisprudence est à la restriction de cette catégorie juridique. Le juge a tendance à ouvrir le recours. Le Conseil d'Etat a étendu son contrôle aux mesures d'ordre intérieur sur ce qui concerne les administrés.

Les mesures disciplinaires illustrent assez bien cette évolution, ce sont des mesures individuelles. Dans la mesure où ces punitions sont susceptibles d'affecter les droits des administrés, sont susceptibles d'un recours d'excès de pouvoir notamment au regard des droits de l'Homme (**affaire Hardouin**). Le Conseil d'Etat va accepter de faire un contrôle restreint sur les punitions disciplinaires concernant les militaires, celles qui consistent à porter atteinte aux libertés d'aller et venir. **Arrêt Marie**, le Conseil d'Etat statue sur les punitions prises dans les prisons. Le Conseil d'Etat va juger que us égard à la nature et la gravité, la punition peut être déférée devant un juge. La question dans les prisons de la mise en isolement des détenus : traditionnellement le Conseil d'Etat considérait que cette action constituait une mesure d'ordre intérieure (**28 février 1996, Fauqueux**).

Les CAA sont beaucoup plus réformistes que le Conseil d'Etat. La CAA de Paris a jugé en 2002 que la décision de mettre un détenu en isolement ne peut pas constituer une mesure d'ordre intérieur (**CAA de Paris, 5 novembre 2002, Mr Remli**). Le Conseil d'Etat va finalement reconnaître l'analyse de la CAA.

Concernant les règlements intérieurs des assemblées locales des collectivités territoriales sont considérés comme des mesures d'ordre intérieur. La loi du 6 février 1992 va

généraliser une évolution déjà amorcée. Le Conseil d'Etat va se plier à cette disposition du législateur et effectue un contrôle (**10 février 1995, affaire RIEHL**).

## **H. Les actes de gouvernement**

C'est une catégorie d'acte qui a évolué dans le même sens que les mesures d'ordre intérieur. Les actes de gouvernement sont des actes insusceptibles de recours, de plus en plus ils seront contestables. La réduction du nombre d'actes du gouvernement est accompagnée d'une évolution de la définition.

Initialement le juge administratif refusait d'effectuer un contrôle sur ces actes car considérés comme politique. Cela revient à se prononcer sur l'opportunité de la mesure, le juge administratif n'a pas à se prononcer sur des actes politiques.

**L'arrêt du 19 février 1875, Prince Napoléon.** Le juge administratif annonce une réduction des actes du gouvernement. C'est en considération de leur objet, et non plus du motif, que ces actes vont être définis progressivement. Aujourd'hui, l'acte de gouvernement a pratiquement disparu de la plupart des matières où il était consacré. Il ne s'applique plus aujourd'hui que dans 2 domaines :

- Actes qui concernent les rapports entre les institutions publiques.
- Actes qui concernent la conduite des relations internationales de l'Europe.

### **1. Les actes touchant les rapports publics constitutionnels**

Impossibilité de faire recours.

#### Exemple :

- La décision par laquelle le Président de la République va promulguer une loi.
- La décision du PDR de mettre en œuvre l'article 16 de la constitution.
- La décision de proposer au parlement l'inscription de nouveaux crédits au budget.
- La décision de dissolution de l'assemblée nationale.

En revanche, un arrêt récent marque un recul considérable qui concernait le refus du 1<sup>er</sup> ministre d'engager la procédure de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution qui vise à déclasser une mesure législative en mesure réglementaire. En l'occurrence, cet arrêt fut très remarqué car le juge a estimé que le refus du 1<sup>er</sup> Ministre n'était pas un acte de gouvernement et que par conséquent l'acte était susceptible de faire recours (**3 décembre 1999, Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire ; et arrêt Association France Nature Environnement**). Le gouvernement va essayer de se protéger en prenant le législateur comme bouclier et il va refuser de modifier cet acte.

Exemple de recours possible : un décret par lequel le 1<sup>er</sup> Ministre avait chargé un parlementaire d'une mission. Ce décret du 1<sup>er</sup> Ministre a été jugé détachable des rapports du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif tel qu'il est perçut par la constitution (**CE Section, 25 septembre 1998, M. Mégret**).

En revanche, exemple récent où le juge conserve cette notion d'acte de gouvernement : à propos d'une décision du Président de la République qui nommait un membre du Conseil Constitutionnel. Le juge va estimer que cet acte de nomination n'était pas un acte administratif susceptible d'un recours, il ne dit à aucun moment que c'est un acte de gouvernement (**CE, 9 avril 1999, M<sup>me</sup> Ba**).

## **2. Les actes non détachables de la conduite des relations internationales de la France**

Ce sont des actes qui concernent les relations internationales, et l'approche du juge est de dire « ce sont des actes non détachables de la conduite des relations internationales de la France ». La jurisprudence conserve ses actes du gouvernement sous un angle de la détachabilité des relations internationales. La détachabilité s'observe au cas par cas. On ne peut percevoir l'acte du gouvernement de ce type qu'à travers des exemples.

Constituent des actes de gouvernement : la ratification ou l'approbation d'un accord international (**CE, 5 février 1926, Madame Caraco**), la question de l'exercice du droit de protection diplomatique et ressortissants nationaux (**CDC, 2 décembre 1991, Coface**), la guerre en Irak, les autorités françaises avaient décidé de laisser passer en France les avions militaires anglais et américains et cette décision a été contestée par un comité contre la guerre, et le juge administratif a décidé de ne pas contrôler cela (**30 décembre 2003, Comité contre la guerre en Irak**).

On observe une réduction des actes du gouvernement qui concernent ce domaine, mais la notion subsiste (**CE, 15 octobre 1993, RU et gouverneur de la colonie de HongKong**) où une demande d'extradition a été rejetée (c'est ce rejet qui a été contesté et le juge qui considérait ces actes comme acte de gouvernement a considéré que cette décision était détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France dont émane cette demande. Par conséquent, cette décision est susceptible de contrôle pour excès de pouvoir). Il y a une extension du contrôle du juge dans le sens du domaine des relations internationales. Il y a une certaine ambiguïté du juge qui parfois préfère se retirer quand bien même cela le concerne.

Engagement des forces aériennes françaises : acte administratif détachable susceptible de contrôle (**8 décembre 1995, Association pour le désarmement nucléaire**).

L'acte de gouvernement continue à être utilisé par le Conseil d'Etat. Exemple en 1995 où lorsque Chirac décide de reprendre les essais nucléaires. Le Conseil d'Etat saisi par Greenpeace a préféré déclarer cette décision comme un acte non détachable des relations internationales et a donc refusé de contrôler cette décision (mais légalement il pouvait l'annuler du fait que la France s'était engagée dans des traités) (**CE, 29 septembre 1995, association Greenpeace c/ France**).

Exemple : l'Etat français s'était opposé à ce qu'un membre du personnel d'une mission diplomatique séjourne en France. Cette décision de refus n'a pas été contrôlée par le juge (**CE du 16 novembre 1998, Lombo**).

La question du contrôle de ces actes, quelles sont les outils qu'il dispose pour annuler un acte ? Comment le juge travaille face à un acte administratif ?

### **§ 2 – Les vices susceptibles d'affecter la légalité des actes administratifs**

Ces vices seront mis en avant lorsque le juge sera saisi d'un recours en annulation ; dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Cette demande est ouverte en principe à tout individu qui justifie que l'acte administratif lui fait grief. Ce recours en annulation est un recours qui est prévu de plein droit. Le recours en annulation constitue un principe général du droit (**CE, 17 février 1950, Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte**).

Le procès fait à l'acte administratif est un procès objectif (on conteste l'acte en lui-même en dehors de la qualité de l'auteur). Pour contrôler cet acte et éventuellement l'annuler, le juge va s'interroger sur les vices qui seraient susceptibles d'affecter la légalité de cet acte. Ces vices sont ce qu'on appelle des cas d'ouverture de recours pour excès de pouvoir (notion intégrée dans le système juridictionnel à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle). La systématisation d'ouverture est dû à un auteur célèbre : Edouard Laferrière qui a écrit un traité dans lequel (en 1887) où il va faire une distinction entre différents vices susceptibles d'affecter la légalité d'un acte administratif. Il va distinguer :

- Vice de forme.
- Incompétence.
- Violation de la loi.
- Le détournement de pouvoir.

La jurisprudence a regroupé ces vices autour de 2 catégories :

- Les vices de légalité externe.
- Les vices de légalité interne.

### **A. La légalité externe**

Au sens du Conseil d'Etat, ces vices sont constitués en 2 catégories :

- L'incompétence.
- Le vice de procédure.
- Le vice de forme.

#### **1. L'incompétence**

L'incompétence est quelque chose de grave et particulièrement dans la vie administrative car cela signifie qu'un acte est pris par une autorité non légitime. On comprend que cette incompétence puisse être contrôlée de façon très large par le juge (elle peut être invoquée à tout moment de la procédure, elle peut même être invoquée par le juge lui-même).

On va dire que l'incompétence sera constituée si l'autorité qui a pris la décision n'avait aucun pouvoir dans le domaine où cette décision est intervenue. On distinguera 3 formes d'incompétences :

- L'incompétence matérielle : dans une matière étrangère à ses attributions.
- L'incompétence territoriale : décision sur un territoire où il n'a pas compétence.
- L'incompétence temporelle : elle n'était plus compétente. Exception : théorie du fonctionnaire de faits : pour des raisons de stabilité juridique, le juge admet que les actes accomplis par un agent dans les formes légales par un fonctionnaire dont on pouvait croire, en apparence, qu'il était un fonctionnaire compétent, le juge estime que l'administré avait une légitimité à croire en la validité de l'acte. Cette théorie (de l'apparence) a été consacrée dans une décision qui concernait les mariages célébrés par un conseiller municipal qui avait irrégulièrement des compétences pour le faire : ces mariages restaient légaux. Le Conseil d'Etat va transposer cette situation aux fonctionnaires (théorie des fonctionnaires de fait : **CE, 2 novembre 1923, Association des Fonctionnaires de l'administration centrale des postes et télégraphes**).

Un acte, bien qu'entaché de compétence, continue à s'appliquer. Cela correspond à des situations particulières : exemple de la **décision de section de 2001, Préfet de Police c/ Mtimet**.



Si le gouvernement prend des décrets sans tenir compte de l'avis du Conseil d'Etat, il y a un vice que le juge administratif qualifie « d'incompétence ».

Il y a également l'expression « d'incompétence négative » (du législateur par exemple) : l'incompétence négative est la situation où l'autorité a refusé, à tort, d'exercer sa compétence. En réalité, l'incompétence négative entrera rarement sous le coup de l'incompétence ; l'acte entaché d'incompétence négative sera plutôt considéré comme une erreur de droit.

## **2. Le vice de procédure**

Ce qu'il faut préciser, c'est que tout manquement aux règles de procédure n'entraîne pas nécessairement l'annulation de l'acte. Encore faut-il que ce vice de procédure est un impact sur le sens de la décision.

L'irrégularité substantielle va entraîner l'irrégularité de l'acte. En revanche, la simple irrégularité ne fera pas l'objet d'une annulation de l'acte (le juge va dispenser à l'administration de corriger une simple irrégularité de forme ou de procédure).

## **3. Le vice de forme**

Les annulations pour vice de forme sont assez peu fréquentes, le juge administratif refuse d'imposer à l'administration des formalismes qui seraient susceptibles d'entraver son action. Sauf si l'administration est obligée de respecter certaines formes qui lui ont été imposées par la loi pour des raisons supérieures (transparence d'une prise d'acte, ...). Exemple d'une loi du 11 juillet 1979 qui implique que l'administration donne ses raisons quand il y eût une décision négative.

### **B. Les vices de légalité interne**

On va distinguer suivant 3 catégories ;

- Violation de la loi et de l'erreur de droit.
- Erreur de fait.
- Détournement de pouvoir.

#### **1. La violation de la loi et l'erreur de droit**

La violation de la loi vise toute méconnaissance par l'administration du principe de légalité. L'autorité administrative doit en principe lorsqu'elle prend une décision respecter les normes supérieures (bloc de constitutionnalité, article de la constitution, jurisprudence du conseil constitutionnel).

En ce qui concerne l'erreur de droit : elle sera invoquée par le juge administratif lorsque l'administration se fonde sur une norme non applicable, mal interprétée.

Donc 2 erreurs :

- Applicabilité.
- Interprétation.

Lorsque l'administration utilise un texte au lieu d'un autre, le juge administratif peut parfois lui-même procéder à une correction ; il se réserve le pouvoir d'une substitution de base légale. Volonté de ne pas paralyser, de la part du juge administratif, l'administration (**arrêt de Section, 3 décembre 2003, Préfet de la Seine Maritime contre El Bahi**).

## **2. L'erreur de fait et l'erreur dans la qualification juridique des faits**

L'administration peut très bien se tromper, prendre une décision fondée sur une erreur dans l'appréciation qu'elle a eu des faits. S'il s'avère que l'administration s'était fondée sur des faits inexacts : une erreur sur les faits peut conduire à annuler une décision administrative du fait que cette décision aurait pu être tout à fait différente si les faits avaient été exacts. Ce contrôle de la matérialité des faits est un contrôle effectué depuis longtemps par le juge (**CE, 14 janvier 1916, Camino**).

Maintenant, si ces faits ont été constatés comme justes mais que l'administration donne une mauvaise interprétation ou une mauvaise portée : l'administration doit être corrigée.

Il y a également le contrôle de la matérialité des faits mais il faut aussi pouvoir contrôler la façon dont l'administration qualifie juridiquement les faits (**CE, 4 avril 1914, Gomel**).

Si l'administration s'est fondée sur plusieurs faits et que le juge constate que l'un de ces faits est inexact/improprement qualifié : l'annulation sera prononcée par le juge s'il apparaît que l'administration aurait prit une autre décision si elle avait apprécié de façon exact. (Est-ce que l'administration aurait agi différent si elle avait tenu compte de la réalité des faits à l'origine de la décision ?).

Cela va nous amener à la question de la substitution des motifs et la façon dont le juge réagit face à cette motivation : jusqu'il y a quelques années, la substitution de motif n'était possible pour le juge administratif que lorsque l'autorité administrative n'avait pas le choix dans la prise de décision. La substitution de motif était exclue lorsque l'administration disposait d'un pouvoir discrétionnaire : le juge se plaçait en retrait, il estimait qu'il ne pouvait pas substituer les motifs de l'action de l'administration dans la mesure où cela aurait conduit à se substituer à l'administration elle-même. Les choses ont changé récemment grâce à une décision du Conseil d'Etat (**CE section, 6 février 2004, Mme Hallal**) dans la mesure où le Conseil d'Etat admet aujourd'hui (de façon plus souple) que lorsque l'administration s'est fondée, pour rendre sa décision, sur un motif motivé, elle peut justifier cette décision sur un autre motif susceptible de justifier légalement cette décision.

## **3. Le détournement de pouvoir**

C'est le cas d'ouverture le plus connu mais pas le plus efficace. C'est celui qui frappe le plus les esprits car il a mit en avant des comportements administratifs choquants.

Le détournement de pouvoir sera constitué lorsque l'administration a bien poursuivi un objectif mais ce n'est pas un de ceux qui lui ont été conférées par les textes (**arrêt du 26 novembre 1975, arrêt Pariset et arrêt Aumonier-Carriol**).

- Le préfet avait utilisé des pouvoirs de police pour fermer un établissement alors qu'il doit utiliser en principe dans d'autres situations ; il y a eu détournement de pouvoir parce que bien que la mesure soit une mesure de police, cette mesure était sans rapport avec les pouvoirs de police conféré au préfet au titre d'une police spéciale. En l'occurrence, la loi établissait au profit de l'Etat ce monopole pour récupérer l'établissement, le préfet avait choisi d'utiliser le motif que l'établissement était dangereux. Il y a une volonté volontaire d'échapper à certaines règles.

- Autre exemple : un maire avait interdit aux baigneurs (dans les années 20) de se déshabiller/s'habiller sur la plage au motif qu'il existait des cabinets municipaux de bain qui étaient payantes. Le juge va estimer qu'il y avait détournement de pouvoir.
- Exemple : un conseil municipal avait utilisé un pouvoir qu'il détenait d'attribuer des secours à certaines familles : il avait attribué ce pouvoir général d'assistance pour faire bénéficier à une catégorie de contribuable d'une diminution d'impôt (**23 mars 1988, ville de Puteaux**).

Plus choquant mais extrêmement rare ; il y aura détournement de pouvoir lorsque l'acte administratif est prit dans un but étranger à tout intérêt public : un maire qui prend des mesures de suspension à l'égard d'un agent de la commune juste par soucis de vengeance.

Il y eût également des détournements de pouvoir pour raison politique : un maire qui licencie un agent car celui-ci ne faisait pas partie de son équipe municipale.

2 remarques sur ce détournement de pouvoir :

- Les actes entachés de détournement de pouvoir proviennent souvent des autorités locales mais il y a également des cas où un détournement de pouvoir a été constaté pour la nomination des fonctionnaires d'Etat (un décret a été annulé par le Conseil d'Etat car il modifiait les conditions de nomination de fonctionnaire cela dans le seul but de permettre la nomination d'une personne déterminée : **CE, 13 janvier 1995, Syndicat Autonome des Inspecteurs Généraux et Inspecteur de l'administration**).
- Le détournement de pouvoir se rapproche quelque peu du détournement de procédure ; très souvent, l'administration va utiliser une procédure inadaptée pour éviter de respecter certaines règles qui ne lui auraient pas permis de prendre sa décision, il y a une volonté d'échapper à certains contrôles. Exemple d'un directeur qui abaisse les notes d'un élève afin de procéder à une exclusion pour motif disciplinaire. Le directeur commet un détournement de procédure puisqu'il aurait du engager une procédure d'exclusion pour motif disciplinaire. Son intention était d'échapper aux garanties découlant de cette procédure.

### § 3 – L'étendu du contrôle juridictionnel

Le juge fait varier son contrôle en fonction du pouvoir dont dispose l'administration et il va plus ou moins pousser son contrôle dans certaines situations. C'est très souvent lié aux types de pouvoir dont dispose l'administration pour rendre sa décision. Pour comprendre le degré d'implication du juge dans la décision, il faut voir si l'administration disposait d'un pouvoir plus ou moins étendu.

#### A. Le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée de l'administration

L'administration n'agit pas mécaniquement ; lorsqu'elle agit, elle applique un texte mais elle doit pouvoir posséder aussi une certaine marge de manœuvre. Elle place toujours son action par rapport aux tests qui doivent lui laisser cette marge.

Une autorité administrative dispose d'un pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle a la faculté de choisir en plusieurs décisions qui toutes sont conforme à la légalité. L'administration sera libre d'apprécier au cas par cas la solution qui lui semble mieux adaptée par rapport à la situation qui se présente à elle.

L'administration sera dite en situation de compétence liée lorsqu'elle doit adopter une décision ou un comportement qui sont dictés par les textes. L'administration n'a pas de choix, si on lui impose d'agir dans une situation déterminée, elle devra agir (si elle ne le fait pas = violation de la règle de droit).

En droit communautaire, il n'y a que du droit discrétionnaire. En droit Français, on a ajouté la compétence liée.

Lorsqu'un acte devient illégal, l'administration est tenue d'abroger cet acte. Si elle ne le fait pas, elle commet une inégalité.

Que l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire ne signifie pas qu'elle dispose d'un pouvoir arbitraire : si l'administration a la possibilité de choisir entre plusieurs possibilités, en réalité, il n'existe pas d'acte purement discrétionnaire.

## **B. Le contrôle restreint et le contrôle normal**

Lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour agir, le contrôle sera restreint car il va admettre que l'administration a besoin de plus de marge de manœuvre.

Contrôle restreint ne veut pas dire que le juge ne va pas fermer les yeux, il va rester vigilant malgré son retrait. D'abord, même s'il y a un pouvoir discrétionnaire, le juge ne va pas pour autant s'interdire de vérifier la matérialité des faits (que l'administration a eu bien connaissance des faits à l'origine de sa décision). Même lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, le juge dit que la décision qu'elle prend « *ne doit pas reposer sur des faits matériellement inexacts, sur une erreur de droit, sur une erreur manifeste d'appréciation où être entaché de détournement de pouvoir* » (**CE section, 25 avril 1990, Institut technique de Dunkerque**). Dans un contrôle restreint, le juge va contrôler la matérialité des faits, l'erreur de droit, l'erreur manifeste d'appréciation et naturellement le détournement de pouvoir.

Depuis plusieurs décennies, le juge, même lorsqu'il se trouve en position par rapport à l'administration de contrôle restreint, pousse son contrôle en contrôlant l'erreur manifeste d'appréciation (si cette erreur est présente, il censure).

On a tendance à constater une généralisation de ce phénomène : aujourd'hui, à chaque fois que le juge se présente en situation d'une action de l'administration disposant du pouvoir discrétionnaire, il va contrôler l'erreur manifeste d'appréciation.

Exemple du port du voile : dans certaines situations, il y a exclusion de l'élève, et dans d'autres situations il n'y a pas d'exclusion.

Ce contrôle de l'erreur manifeste de l'appréciation protège les administrés contre les abus de l'administration : **affaire Lebon du CE (arrêt section) du 9 juin 1978** qui marquait cette évolution vers une systématisation de l'erreur manifeste.

Mais certains domaines continuent à échapper au principe de l'erreur manifeste d'appréciation car le juge considère qu'il n'a pas à y regarder. Le juge s'autolimité : le juge ne contrôle toujours pas l'erreur manifeste d'appréciation en ce qui concerne les jurys d'examen/concours car il estime que les appréciations sont portées par les jurys d'examen doivent échapper à tout contrôle.

Le contrôle minimum, c'est le contrôle sur l'erreur sur la matérialité des faits, le contrôle sur l'erreur de droit, le contrôle sur le détournement de pouvoir. Aujourd'hui, le contrôle minimum a été enrichi par le contrôle manifeste d'appréciation : on reste dans le domaine où le juge contrôle le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

(CE, avis contentieux du 15 juin 2004, M Chabert, où le juge refuse de s'engager dans le contrôle de l'appréciation de l'erreur manifeste).

Si l'administration a un pouvoir discrétionnaire alors le contrôle du juge sera forcément plus étendu.

Ce que l'on constate c'est une tendance à généraliser cette pratique qui consiste à contrôler l'administration, dans des domaines de plus en plus généralisés,...

Ce contrôle de l'erreur manifeste de l'appréciation lui permet de vérifier comme dans un contrôle normal si l'administration a bien qualifié les faits. Donc c'est un contrôle de plus en plus serré de la part du juge, de plus en plus approfondi. Cela conduit à troubler cette distinction entre contrôle normal et contrôle restreint, à l'atténuer.

Exemple : en matière de concours de la fonction publique, l'administration lorsque le concours est terminé, établit la liste des candidats, or, aujourd'hui le juge en se fondant sur la garantie que doivent avoir les candidats, a poussé son contrôle sur l'appréciation que fait l'administration sur les garanties requises par les candidats. Donc il y a une tendance du juge à vérifier que l'administration a bien fait son travail (CE, 18 Mars 1983, Mulsant). On observe la même situation en matière de reconduite à la frontière.

Ces mesures prises par le préfet font objet d'un contrôle du juge (CE, 19 Avril 1991, Belgacem et babas). On passe d'un contrôle minimum à un contrôle normal dans certains cas. Le juge pousse également un contrôle dans divers domaines, il pousse aussi son contrôle par un contrôle de proportionnalité. Mais ce contrôle ne s'effectue généralement pas en France. Il va permettre au juge de mesurer l'adéquation des moyens au regard des fins, au regard des moyens dont dispose l'administration. Les mesures prises en matière d'urbanisme peuvent être graves puisqu'elles peuvent aboutir à des expropriations.

Dans ce domaine, le juge a introduit un contrôle de proportionnalité à travers la théorie du bilan, c'est-à-dire que le juge fait un bilan entre les avantages et les inconvénients de la mesure. Ce bilan entre les coûts et les avantages de cette opération constitue une entrée assez remarquable, remarquable, de ce contrôle de proportionnalité.

(20 octobre 1972, société civile Sainte Marie de l'assomption : arrêt par lequel on a l'expropriation d'un parc de l'hôpital psychiatrique. Le juge va annuler l'acte administratif de l'utilité publique de ce terrain pour inconvénients de cette mesure qui portait une atteinte excessive d'ordre social).

Lorsque l'on parle de question relative à l'expropriation, on parle souvent d'expropriation locale d'urbanisme. Ça ne veut pas dire que pour autant les projets nationaux ne puissent pas faire un bilan du contrôle du juge. Ce contrôle peut s'étendre aux mesures prises par l'Etat (CE, 28 Mars 1977, Association contre l'autoroute, et autres...). Le contrôle du juge sur l'acte administratif dépend également des circonstances qui vont induire le juge à faire un contrôle normal ou autre.

#### **§ 4 – Les adaptations du principe de légalité aux circonstances**

Nous mettrons particulièrement l'accent sur le régime jurisprudentiel mais il existe aussi des régimes législatifs ou constitutionnels. La théorie jurisprudentielle est plus remarquable.

##### **A. La théorie des circonstances exceptionnelles**

Elaborée par la jurisprudence du Conseil d'Etat et qui permet de rendre légale des décisions administratives qui seraient en tant normal illégales. Les mesures doivent apparaître nécessaires au maintien de l'ordre public ou à la continuité de la marche des services publics.

On a pu parler de légalité d'exception. Il ne faut pas faire l'amalgame entre cette mesure et avec les mesures législatives fondées sur des textes constitutionnels qui ne sont plus sous le contrôle du juge. Cette théorie permet au juge de laisser à l'administration la possibilité d'agir dans certaines circonstances. Celle-ci pourra donc aller au-delà de la légalité mais sera tout de même sous le contrôle du juge.

Cette théorie des circonstances exceptionnelles, s'est développée suite à la seconde guerre mondiale. C'est à cette occasion que le juge administratif va surtout développer dans de grands arrêts cette théorie. Elle est due à des circonstances de paix. Les mesures administratives étaient justifiées par le fait qu'il y avait des menaces de grèves sur le pays.

En dehors des périodes de crises générales, le juge va utiliser cette théorie dans les cas où l'application de la légalité comporterait des menaces graves de désordre. Cette notion recouvre plusieurs réalités : des événements généraux (période de guerres, de crises) et des circonstances particulières (exception particulière à l'application stricte de la légalité). L'autre exemple qui montre l'intérêt de cette théorie est que, le juge a pu faire appel à cette notion à propos d'un risque d'éruption volcanique. Elle est fondée sur le devoir général des autorités administratives. Le pouvoir de l'administration dans ces circonstances exceptionnelles, va être accru, elle pourra prendre des mesures que normalement le juge n'autoriserait pas.

Exemple : à la suite du débarquement de 1944, une circulaire suffisait à prendre des mesures particulières.

Pour illustrer cette théorie, on cite notamment l'**arrêt du CE du 28 juin 1978, décision Heyrieux**. Les circonstances exceptionnelles ont été développées également par rapport aux occupations des grévistes d'usines. Les circonstances exceptionnelles peuvent également atténuer le degré d'illégalité de la mesure (**27 Mars 1952, Dame de la murette**).

L'administration dispose de pouvoirs exceptionnels mais reste à connaître les limites de ceux-ci. Si une autorité de police prend une mesure au-delà du délai donné, cette mesure devient nulle. Si le juge réduit ses exigences en période exceptionnelles, il conserve un contrôle sur l'administration. Il faut également préciser que l'administration dispose de pouvoirs exceptionnels en période de circonstances exceptionnelles, mais elle a quand même des obligations, s'il y a un préjudice pour des particuliers, il y aura un droit à réparation sur le principe de l'égalité.

## **B. Les autres régimes d'exceptions**

Ils sont au nombre de trois :

- Le premier régime est l'article 16 de la constitution qui est un régime pris par le Président de la République. Le Président peut prendre sur la base de cet article des mesures législatives où donc le juge ne fera pas de contrôle (Rubens de Servens). Les mesures les plus graves prises sur la base de cet article sont des mesures législatives.
- L'état de siège est un régime d'exception militaire. Il est fixé par des lois anciennes : 1848 et 1859 et les textes précisent que ces textes sont pris. L'état de siège ne peut être pris que par un Conseil des Ministres et que pour une durée maximale de 12 jours, au-delà il ne peut être prolongé que par le parlement. L'état de siège aboutit à des restrictions importantes des libertés publiques. Il confère un pouvoir accru aux établissements de police.
- L'état d'urgence, autre régime d'exception, est un régime organisé par une loi pure et simple du 3 Avril 1955 et un décret du 15 Avril 1960. L'état d'urgence est un peu calqué

sur l'état de siège. Il faut un Conseil des Ministres et une durée maximale de 12 jours et il peut être prolongé que par le parlement. Et il confère aux forces de police un pouvoir accru (qui peut même atteindre les libertés d'aller et de venir,...). Il peut aller dans ces circonstances au-delà de la légalité.

## **Section 2 – La notion d'acte administratif unilatéral**

En principe l'acte administratif est un acte émis par l'administration qui manifeste par cet acte sa participation à l'action normative de l'Etat. Cela dit, l'identification de l'acte administratif n'est pas toujours facile.

En effet, on a vu qu'il existait une diversité d'actes administratifs. Tous les actes émis par l'administration ne sont pas des actes administratifs. Inversement, on a pu observer ces dernières années, la multiplication des pouvoirs donnés aux personnes privées pour prendre des actes administratifs. On va identifier l'acte administratif en fonction de son contenu, de son objet. Le juge va rechercher le but, l'intention de l'autorité administrative, ce qui va permettre de considérer que des organes administratifs puissent prendre des actes qui ne seront pas des actes administratifs, qui seront qualifiés d'actes de gouvernement par leur contenu politique.

De la même façon, les actes juridictionnels ne seront pas considérés par le juge comme des actes administratifs. Un organe juridictionnel peut prendre des actes qui ont un caractère administratif et qui seront donc contrôlés par le juge administratif (**grand arrêt : préfet de la Guyane**). Le règlement du Conseil Constitutionnel qui concerne l'accès aux archives de celui-ci considère qu'il ne relève pas d'une mesure administrative.

Le juge administratif va se référer à certains indices pour qualifier l'acte administratif, il va regarder la composition de l'organe, les pouvoirs dont dispose l'organe, il va regarder aussi si l'organe dispose de voies de recours,... On va essayer ici de percevoir la diversité des actes administratifs unilatéraux, et de les comparer.

### **§ 1 – La diversité des actes unilatéraux**

L'acte unilatéral est en principe un acte uni, mais dans d'autres cas il peut être implicite.

#### **A. La décision implicite**

Les textes réglementaires ont prévus des situations où l'administration, à l'expiration de certains délais, en ayant tenu le silence, ont fournis des décisions implicites. Une question sur cette règle selon laquelle l'administration décide par son silence, a été posée, lorsque son silence perdure plus de 4 mois. Cette décision implicite vaut rejet lorsqu'elle reste silencieuse plus de 4 mois. Mais ce délai a été réduit à 2 mois dans une loi du 12 Avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration. Cette loi donne habilitation aux pouvoirs réglementaires de fixer des catégories d'actes pour lesquels le silence vaut acceptation.

#### **B. L'acte individuel ou réglementaire**

Que l'acte soit individuel ou réglementaire à un impacte sur la procédure. Un acte est réglementaire lorsqu'il établit des dispositions générales et impersonnelles. (Exemple : mesure d'organisation d'un service). Le caractère réglementaire, ne doit pas s'attacher au nombre de destinataires. C'est un acte formulé en terme général. On peut contester le refus de

l'administration de prendre une mesure générale, une décision réglementaire dans un domaine (**CE assemblée, 8 Juin 1973, Richard**). Quand un acte n'est pas réglementaire, il présente en général un caractère individuel.

Un acte individuel peut concerner plusieurs destinataires mais il comporte le nom de ces destinataires. Il existe également des actes qui n'entrent dans aucune catégorie ce sont des décisions d'espèces, d'où la difficulté.

Exemple : le décret convoquant les électeurs en vue des élections, est une décision d'espèces. Le régime de ces décisions est spécifique, particulier puisque n'étant pas des décisions réglementaires on ne peut pas exciper de leur illégalité, ils ne sont pas entourés des obligations, ils sont soumis à un régime neutre. Mais ils penchent plutôt vers un caractère réglementaire.

Exemple : un décret qui prononce la dissolution d'un établissement public. Elle ne nomme pas une personne déterminée.

### **C. L'acte créateur de droit ou pas**

Les règlements entraînent des effets de droit mais ne créent pas de droit acquis chez les administrés puisque ceux-ci ne sont pas nommément destinataires du règlement. Les actes individuels seront par essence créateurs de droit. Les décisions de rejet implicites ou explicites ne seront pas créateurs de droit, mais pourront l'être pour des tiers. Les décisions de police ne sont pas des décisions créatrices de droit. Pendant longtemps le Conseil d'Etat faisait la distinction suivant que les actes avaient un caractère pécuniaire, mais plus tard le Conseil d'Etat va considérer que tous les actes ont un caractère pécuniaire.

### **§ 2 – La distinction entre acte unilatéral et contrat**

Il faut savoir si l'administration est en situation de choix. En réalité le choix est assez rare. L'administration peut agir par contrat dans certains domaines, mais en principe elle n'a pas le choix. La question de la distinction entre acte unilatéral et contrat ne se fait pas selon le choix. En matière de police administrative lorsque les textes ne disent rien, les décisions peuvent être prises que par voie unilatérale.

Le premier élément de distinction est le nombre des auteurs de l'acte. Si l'auteur est seul c'est un acte unilatéral. Mais ce critère n'est pas particulièrement efficace puisque un acte unilatéral peut avoir plusieurs auteurs. Le contrat est plutôt destiné à régir des relations réciproques. Il faut se méfier de la dénomination de l'acte puisque le juge ne s'en tient pas à sa dénomination mais à sa nature. Il a pu qualifier d'acte unilatéral un contrat passé entre un établissement public et un ministre de la culture. Il l'a qualifié d'acte unilatéral à caractère réglementaire (**23 juin 1995**). Les conventions conclues en vertu des organismes de la Sécurité Sociale, le Conseil d'Etat a considéré qu'il s'agissait d'actes réglementaires. L'Etat ne peut pas renoncer à son pouvoir de caractère réglementaire (**arrêt du 23 Février 1968, Picard**). Il s'agissait de convention entre l'Etat et Air France à propos de salariés de Air France, le juge a considéré qu'il s'agissait de l'organisation d'un service public et donc qu'il s'agissait d'acte unilatéral.

La qualification de l'acte dépend donc de sa nature et non de sa dénomination. Il peut arriver également qu'un acte soit pour parti réglementaire et pour parti contractuel, c'est le cas des contrats classiques de concession des services publics. Parmi les clauses de ces contrats de concession, il y en a qui présente un caractère contractuel, d'autre un caractère réglementaire. Les clauses qui présentent un caractère réglementaire peuvent être modifiées par un juge (contrat de concession du service public d'aménagement des ordures ménagères, **arrêt CE du 10 juillet 1996, Camzele**).



Parmi les clauses des cahiers des charges, certaines sont purement contractuelles (durée de la concession, les clauses financières qui donnent des privilèges aux concessionnaires). Le juge observe que certaines de ces clauses présentent un caractère réglementaire. Les conditions dans lesquelles le concessionnaire organise ses rapports avec les usagers, sont fixées par l'autorité publique. Naturellement ces clauses réglementaires peuvent être modifiées par l'autorité concédante et peuvent faire l'objet d'un recours en annulation. Il faut distinguer l'acte unilatéral de la décision administrative.

### **§ 3 – L'acte unilatéral et la décision**

Le pouvoir de prendre des décisions constitue la première des prérogatives de puissance publique. La décision permet à l'administration d'imposer une volonté en dehors de tout consentement de son bénéficiaire. Cette prérogative de l'administration va lui permettre d'imposer aux administrés des obligations, des autorisations ou des droits, et cela de manière unilatérale.

Les autorités administratives seront en principe irrecevables de demander au juge de prendre des décisions à sa place (privilège du préalable). L'administration est autorisée à prendre préalablement toutes décisions en dehors d'une intervention juridictionnelle. Cette règle est fondamentale en droit public. Le Conseil d'Etat reconnaît ce pouvoir de décision préalable comme une règle fondamentale du droit public (**CE assemblée, 2 juillet 1982, Huglo et autres**). La décision est un acte unilatéral.

Tous les actes de l'administration ne constituent pas forcément des décisions. Pour qu'un acte de l'administration constitue une décision, il faut que cet acte manifeste une volonté de son auteur qui se traduit par l'édition d'une norme modifiant l'ordonnancement juridique. Il existe de nombreux actes qui ne constituent pas les décisions. Seules les décisions peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Un acte déclaratif ne constitue pas une décision, c'est un acte par lequel l'administration n'enregistre qu'une situation de fait. Quand le préfet établit un arrêté de délimitation du domaine public, le préfet ne fait que constater un état de fait. Les actes préparatoires, c'est quand l'administration a recours à une consultation par exemple, ne sont pas considérés comme des décisions. Certains actes préparatoires peuvent être parfois requalifiés en décisions (exemple : le Ministre de la Santé avait établi une recommandation à l'égard d'un laboratoire, il demandait de se conformer à la réglementation et de reprendre la fabrication d'un médicament, cette recommandation a été requalifiée par le juge en décisions car constitue une sanction : **CE section, 25 janvier 1991, Confédération nationale des associations familiales catholiques**).

Il faut distinguer les actes décisifs des décisions exécutoires. Tout acte décisif ne constitue pas forcément une décision entrant en vigueur immédiatement à l'égard de l'administré, c'est le cas d'une décision rejetant une demande, c'est un acte décisif de l'administration car refuse d'aller le sens de l'administré, mais ce n'est pas une décision exécutoire). L'administré qui est confronté au refus de l'administration, l'administré pourra demander au juge l'annulation du rejet à sa demande, c'est un acte décisif donc susceptible de recours pour excès de pouvoir mais ce n'est pas une décision exécutoire.

L'acte unilatéral ne veut pas forcément dire l'acte administratif unilatéral. Lorsque l'administration prend un acte unilatéral qui concerne des rapports de droit privé, cet acte n'est pas qualifié d'acte administratif (exemple : quand l'administration prend une décision relative aux rapports régissant les services publics à caractère industriel et commercial et les usagers, l'administration prenant un acte relatif à ses relations, ce n'est pas un acte administratif).

Il faut distinguer l'acte administratif unilatéral et l'acte de droit privé

#### **§ 4 – L'acte administratif unilatéral et l'acte de droit privé**

Dans son comportement, l'administration est dualiste. Elle agit selon les modes de la gestion publique. Et ce comporte comme un particulier et agira selon les modes de la gestion privée. Les décisions prises par les autorités publiques ont en principe un caractère administratif, mais si elle se comporte comme de simple usager, elle sera soumise aux règles de droit privé. Inversement, des personnes privées peuvent, dans certaines conditions, adopter des actes administratifs.

Dans certaines hypothèses des personnes privées pourront adopter des actes administratifs. Le juge contrôle particulièrement ce type d'acte, et exige deux choses : que la personne privée assure l'exécution d'un service public, prévue par un texte. Il recherche aussi que l'acte contienne un élément d'autorité (prérogative de puissance publique).

- **CE assemblée, 31 juillet 1942, Monpeurt.**
- **CE, 13 janvier 1961, Magnier.**
- **CE section, 22 novembre 1974, Fédération des industries françaises des articles de sport.**
- **CE section, 21 novembre 1976, Fédération française de cyclisme.**
- **CE, 11 mai 1984, Pebeyre.**
- **Tribunal des conflits, 15 janvier 1968, Comité Air France contre époux Barbier.**

#### **Section 3 – Le régime juridique de l'acte administratif unilatéral**

La jurisprudence joue un rôle important, on se situe dans une tradition. Le juge se trouve tiraillé entre l'exigence de l'intérêt général et le souci de l'équilibre entre le respect des garanties de l'arbitré et la nécessité de donner à l'administration une certaine liberté d'action.

#### **§ 1 – L'élaboration de l'acte administratif unilatéral**

Elle est marquée par la recherche d'un certain formalisme. Le juge a une approche variable, il admet que les règles procédurales sont fondamentales et non pas toutes les mêmes valeurs. S'agissant de la compétence, elle est d'ordre public, c'est la règle la plus importante. Les règles de procédure et de forme sont un peu plus en retrait et n'entraîneront pas forcément l'annulation de l'acte administratif.

Le juge peut estimer que l'administration peut être dispensée de l'obligation d'accomplir certaines formalités qui normalement s'appliquent.

Le juge tient compte des formalités qui présentent des caractères substantiels. Ce sont des formalités qui vont avoir une certaine importance dans la prise de décision, ou encore une formalité qui a pour but de protéger les administrés. L'administration peut s'exonérer de certaines formalités notamment car le respect de cette formalité est impossible (théorie des formalités impossibles qui permet à l'administration d'échapper à certaines règles procédurales) (**CE section, 12 octobre 1956, Baillet**).

La théorie des formalités impossibles a été appliquée récemment dans l'hypothèse d'une sanction disciplinaire, dans une affaire récente, la consultation du conseil de discipline avait été impossible, le requérant demandait l'annulation de la décision le sanctionnant car l'administration n'avait pas saisi le conseil de discipline. Le juge dit que cela ne portait pas atteinte à la procédure elle-même, et dit que l'administration devait s'organiser de manière à permettre à l'agent de présenter sa défense dans des conditions identiques, l'administration

pouvait prendre sa décision sans cette formalité préalable (**CAA, 2 mars 2004, Commune de Villedieu-sur-Indre**).

L'acte administratif doit respecter certaines règles de procédure, l'acte doit avoir été adopté par des autorités compétentes, des règles particulières et des règles de formes.

## **A. La compétence**

La compétence constitue un moyen d'ordre public.

### **1. La notion de compétence**

La compétence est importante dans l'acte administratif car elle est synonyme d'habilitation à adopter la norme juridique. Cela peut être une faculté pour une autorité, voire une obligation (certaines autorités sont obligées de prendre certains actes administratifs). Le CE sanctionne dans le cas d'incompétence négative de l'autorité administrative, c'est-à-dire la carence de l'autorité administrative a adopté un acte administratif (**CE, 3 juin 1950, Queralt**).

Cette notion s'applique aussi au retard de l'administration à prendre certains actes. Elle peut donc être sanctionnée pour incompétence négative. Si l'autorité administrative n'applique pas la loi, elle n'applique pas le droit communautaire, le CE doit tenir compte de ce retard dans la prise de décision, et sanctionne désormais au titre de l'incompétence négative (**CE, 28 juillet 2000, Association France nature environnement**).

Le juge peut annuler le refus de l'autorité administrative et peut aussi enjoindre à l'administration de publier l'application d'une loi dans un délai bref (**CE, 7 juillet 2004, M. Danthony**). L'administration dispose aujourd'hui d'une obligation d'abroger les règlements illégaux (**CE, 3 février 1989, Compagnie Alitalia**).

Dans un système hiérarchique normatif, c'est le pouvoir constituant qui constitue la source des compétences des autorités administratives. Le 1<sup>er</sup> ministre peut habiliter d'autres autorités (ministres) à adopter des normes réglementaires. La Constitution n'est pas la seule source, le législateur peut lui aussi habilité une autorité administrative (texte qui prescrit).

Les textes qui donnent des compétences aux autorités ne sont pas toujours précis. Dans certains cas, les règles ne précisent pas clairement comment une autorité compétente peut abroger un texte.

Le juge a inventé une règle du parallélisme des compétences qui veut que l'autorité compétente pour prendre une décision le soit également pour abroger cet acte (**CE assemblée, 13 mars 1953, Teissier**).

### **2. L'aménagement des règles de compétence**

Les règles de répartition des compétences sont au nombre de trois : compétence « *ratione materia* » (en fonction de la matière), compétence « *ratione loci* » (défini le champ géographique d'une AAJ) et « *ratione temporis* » (au moment de la décision). Notion de compétence importante.

Naturellement, l'autorité compétente n'est pas forcément le Ministre ou le 1<sup>er</sup> Ministre, elle dispose de cette compétence par délégation.

On distingue deux formes : la délégation de compétences (possibilité donnée à une autorité administrative de prendre des décisions à la place d'une autre, et cela si c'est autorisé par un texte).

La délégation de signature ne consiste pas à déléguer la compétence. Une autorité administrative délègue à une autre personne sa compétence mais ne l'a perdue pas.

Réforme par un décret de 2005. Jusqu'en 2005, la délégation était prévue par un décret de 1947 et prévoyait que la délégation de signature avait un caractère personnel. Cette délégation ne pouvait pas faire l'objet d'une nouvelle délégation, elle est liée à l'auteur de l'acte (lors de changement de ministre, la délégation tombe).

Depuis 2005, on supprime cette règle pour l'administration centrale. Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2005 (application), les différents responsables de l'administration centrale (ministère) sont réputés disposer d'une délégation du ministre, et le changement de ministre ne met plus fin à la délégation.

La survenance de circonstances exceptionnelles peut conduire à un aménagement des règles de conduite. Cela permet l'extension des compétences des autorités qui sont confrontées à ces circonstances. Le juge pourra considérer comme légal des décisions normalement illégales. Le juge peut faire prévaloir l'apparence que la régularité (théorie des fonctionnaires de fait, issue de la théorie des apparences). L'acte doit respecter cette règle de compétence.

## **B. La procédure**

L'administration doit respecter des règles qui encadrent la procédure administrative. Elles ont d'abord été dégagées par la jurisprudence puis complétées par des dispositions législatives ou réglementaires.

Cette procédure présente 3 aspects :

- Un aspect consultatif.
- Une procédure contradictoire.
- Des procédures particulières.

### **1. La procédure consultative**

Ces dernières années on a vu se multiplier des organismes consultatifs, les actes sont de plus en plus soumis à une procédure consultative. On a considéré que ces procédures étaient trop nombreuses, très souvent leur décision n'avait qu'un faible impact puisque ce sont des avis simples. On va essayer de les rationaliser, d'en réduire la portée.

2 juillet 2004, une ordonnance qui prévoit la suppression de certains organismes. Ce texte a été complété par une ordonnance du 30 juin 2005 qui a été prise sur le fondement de la loi du 9 décembre 2004 va accélérer la mise en place de la commission Pivot. Le juge reste très vigilant à l'égard des procédures consultatives et veille au respect de ces procédures. Il regarde la composition de l'organe consultatif, est-ce qu'il a respecté le quorum ?

28 novembre 1983, ce décret prévoyait un quorum de principe de 50% (au moins la moitié des membres qui le compose). Pour que l'acte administratif soit régulier il faut aussi que les membres de l'organe aient été régulièrement convoqués. Il faut qu'il y ait un ordre du jour précis.

Il y a une règle de transparence et de partialité. La présence de quelqu'un qui a un intérêt peut influencer la décision. Le juge n'est pas excessivement rigoureux, certains vices peuvent ne pas entraîner l'illégalité de la décision elle-même. Le juge administratif adopte une position variable si la procédure est facultative ou obligatoire, il sera plus ou moins souple. Lorsque la consultation est obligatoire, le juge sera beaucoup plus vigilant. L'avis de

l'organe peut être un avis simple ou un avis conforme (dans ce cas l'administration doit suivre l'avis de l'organe consultatif), qui conduit à un transfert du pouvoir de décision.

Le cas de la Consultation du conseil d'Etat. Dans les décrets en Conseil d'Etat par exemple l'avis est quasiment conforme sinon il y a risque de censure.

## **2. La procédure contradictoire**

Cette règle a été procédée d'un arrêt du Conseil D'Etat. La procédure contradictoire est obligatoire quand l'administré fait l'objet d'une décision individuelle défavorable **Dame Veuve Trompier Gravier 1944**. Cette jurisprudence va être étendue à toutes les mesures prises en considération de la personne. Décret du 28 novembre 1983 pose des obligations en ce domaine, il vise toutes les mesures défavorables à leur destinataire doivent respecter les droits de la défense. La mesure pourra être entachée d'un vice de procédure qui encourt l'annulation de l'acte. D'autant qu'il a été inscrit dans la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration. L'article 24 : la défense peut être écrite ou au moins orales.

## **3. Les règles procédurales relatives aux sanctions administratives**

L'administration peut sanctionner des administrés, ce pouvoir appartient au chef de service. Mais les subordonnés peuvent se défendre. C'est paradoxal car l'administration agit de moins en moins autoritairement, elle préfère agir par la voie contractuelle, cela dit, cette procédure s'est développée ces dernières années. C'est le phénomène de régulation qui a permis le développement du pouvoir de sanction. Ce sont des autorités de régulation (exemple : CSA) disposent d'un pouvoir de sanction.

Ce pouvoir de sanction a été validé par le Conseil Constitutionnel. La séparation des fonctions administratives et juridictionnelle aurait pu laisser penser que le fait d'infliger une sanction n'aurait été que de la compétence du juge (en particulier juge pénal). Au sujet de la C.O.B n'enfreint pas le principe de la DDHC (**CC, 28 juillet 1989, Commission des Opérations de Bourse**).

Le Conseil Constitutionnel a précisé d'une peine administrative ne pouvait être infligée que si on a respecté les conditions générales des peines. Respect du principe de légalité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, et le droit de la défense. Le Conseil Constitutionnel a transposé les grands principes de la sanction pénale aux sanctions administratifs. Il fonde cela sur l'article 8 de la DDHC (13 août 1993). Ces exigences clarifient cette possibilité de sanctionner sur le plan administratif. Elles ont été étendues par le Conseil d'Etat qui exige dans sa jurisprudence que les éléments constitutifs d'une infraction soient déterminés de façon précise et complétés par un texte (**CE, 9 octobre 1996, arrêt Prigest**).

Autre décision : au sujet d'une sanction infligée par le Conseil des Marchés financiers (**22 novembre 2000, Société Crédit Agricole**).

S'agissant des sanctions administratives, les principes applicables aux actes administratifs, sont appliqués de façon très stricte. Le juge transpose aux autorités administratives les règles relatives aux juridictions. En matière du respect des droits de la défense, il va transposer aux sanctions administratives, les règles relatives aux juridictions.

Le Conseil des Marchés Financiers avait rendu une sanction, et cette sanction a été contesté au regard du respect aux droits de la défense, le juge va ici utiliser un article de la CEDH, cet article 6-1 va être utilisé pour rappeler que les autorités administratives peuvent attribuer des sanctions à la condition de respecter le principe d'impartialité. L'article 6-1 en principe s'applique aux juridictions, mais en droit européen une AAI, à partir du moment où

elle a le pouvoir de donner des sanctions, est une juridiction (**CE assemblée, 3 décembre 1999, Didier**).

Par la suite, le Conseil d'Etat va, de façon plus claire, considérer que cet article 6-1 est applicable aux AAI dotées d'un pouvoir de sanction. Ces AAI, au sens de l'article, doivent être qualifiées de tribunal en raison de leur nature, de leur composition (magistrats), et de leur pouvoir (pouvoir de sanction). Il leur applique les règles relatives aux tribunaux (**CE section, 20 octobre 2000, Société Habib Bank**).

Cette évolution est remarquable mais il faut la relativiser. La CEDH a donné une interprétation de l'article 6-1 qui a donné une évolution du droit assez remarquable. Aujourd'hui, on considère que les textes précisent que les recours contre les décisions administratives à caractère de sanction, sont des recours de pleine juridiction. Ce contrôle en matière de sanction existait déjà, mais l'intérêt de la jurisprudence récente c'est de renforcer les pouvoirs du juge, qui désormais a la possibilité de réformer.

### **C. La forme**

Il y a deux aspects relatifs à la forme que le juge contrôle : il contrôle d'abord la rédaction de l'acte administratif, et doit contrôler également la motivation de la rédaction.

#### **1. La rédaction**

La plupart des actes administratifs matérialisent des règles de compétence ou de procédure. Cette procédure est formalisée dans l'acte administratif lui-même, à travers les visas des décisions administratives qui doivent comporter la mention des formalités procédurales effectuées, cela garantit le bon respect des règles de procédure ainsi que le respect de la compétence. La signature de l'acte va matérialiser la compétence. Une décision dans laquelle ferait défaut cette signature serait entachée d'un vice de forme. L'absence de signature est donc sanctionnée par le juge.

La loi 12 avril 2000 précise dans un article 4 que toute décision prise par une autorité administrative doit comporter la signature de son auteur, mais aussi le prénom, le nom et la qualité de cet auteur. C'est une formalité substantielle, si elle ne figure pas dans l'acte, ce dernier pourra être sanctionné.

Autre formalité importante : la langue. Les actes administratifs doivent être rédigés en langue française (article 2, alinéa 1).

#### **2. La motivation**

C'est la règle la plus importante car elle va permettre de connaître les motifs de la décision prise par les autorités. Il faut préciser que la question de la motivation a fait l'objet d'une évolution. En principe, le Conseil d'Etat reconnaît que l'administration n'a pas l'obligation de motiver ses décisions. Cela a justifié que le Conseil d'Etat ait refusé l'obligation de motivation comme principe général du droit. Les décisions administratives n'ont pas à comporter les motivations (**CE section, 26 janvier 1973, Garde des Sceaux contre Lang**).

Une loi a été adoptée sur l'obligation de motivation de 1979. Il existe deux actes individuels dérogeant aux règles générales et les décisions défavorables. La loi dresse une liste des décisions défavorables aux administrés : les mesures de police, les sanctions, les actes qui octroient une autorisation d'utilisation de certains biens publics, l'acte qui retire une décision créatrice de droit, un acte refusant un avantage dont l'attribution constitue un droit

pour les personnes qui remplissent les conditions. Tous ces textes font l'objet d'un contrôle de motivation.

Cette avancée a été renforcée par la jurisprudence qui a ajouté des cas d'obligation et de motivation de certains actes :

Exemple: actes des organismes professionnels de droit privé qui ont la possibilité d'émettre des actes individuels ou réglementaire (donc portée plus large) (**CE Assemblée, 27 novembre 1970, Agence maritime Marseille Fret**).

Cette obligation n'est pas absolue, elle connaît des dérogations dans certains cas pour des motifs précis (secret médical, secret défense, urgence). Les décisions implicites de rejet n'ont pas en principe à être motivées, mais le destinataire a la possibilité de demander une explication dans un délai de 2 mois. Si l'administration ne répond pas, il pourra attaquer en recours pour excès de pouvoir pour l'absence de réponse de l'administration.

La loi de 1979 précise également que la motivation doit être écrite et doit comporter l'énoncé de considération de fait, de droit qui constitue le fondement de sa décision. Elle doit être explicite, la simple référence à un texte n'est pas suffisante.

De même la motivation doit suivre la décision, si elle intervient de façon tardive elle sera considérée comme inexistante souvent (**CE, 5 mai 1996, Ministre des affaires sociales contre Leblanc et Tissier**).

La jurisprudence plus récente est surprenante de la part du juge administratif car il autorise l'administration à l'occasion d'un recours, à substituer certains motifs. Peut aggraver dans certain la situation des administrés donc c'est assez surprenant. Aussi bien une substitution de droit que de fait. Cependant il faut relativiser car le juge peut refuser cette substitution de motifs (**CE Section, 6 février 2004, Hallal**). Refus de titre de séjour Décision qui pourrait être perçue défavorable aux administrés.

## **§ 2 – L'exécution de l'acte administratif unilatéral**

En principe les actes administratifs bénéficient du privilège du préalable, dès son adoption acquiert un caractère obligatoire. Encore faut-il qu'elle soit véritablement entrée en vigueur, alors l'administration pourra recourir à l'exécution forcée.

### **A. L'entrée en vigueur de l'acte administratif**

Régime variable suivant la nature de l'acte : individuel ou réglementaire.

#### **1. Les actes réglementaires**

Pour entrer en vigueur, ils doivent être publiés. C'est une obligation pour l'administration qui est consacrée comme un principe général du droit (**CE, 12 décembre 2003, Syndicat des commissaires et des hauts fonctionnaires de la police nationale**).

Le refus de publication empêche les intéressés de contester ce règlement donc le juge accepte le recours contre le refus de procéder à des mesures de publicité.

#### **2. Les décisions non réglementaires**

On distingue suivant que ces décisions sont favorables ou défavorables aux administrés. Si la décision est défavorable l'entrée en vigueur est la notification (courrier, oralement).

Pour les décisions favorables, l'entrée en vigueur est la signature en principe (il y a des exceptions) car il n'y a non rétroactivité des actes administratifs (**1948, Société du journal l'Aurore**).

L'acte ne peut en principe pas entrer en vigueur avant la signature mais le législateur peut, dans certains cas, autoriser le caractère rétroactif de certains actes :

- Autorisation législative.
- Respect de certains principes généraux de fonctionnement du service public.

Mais cela est assez rare.

L'entrée en vigueur diffère de l'application par l'administration de l'acte. L'entrée en vigueur n'empêche pas à l'administration de prendre des mesures d'exécution de l'acte mais il faut que l'acte initial ait été public (**CE section, 30 juillet 2003, Groupement des élèves aliénés de trotteurs**).

### **B. L'exécution forcée de l'acte administratif**

Celle-ci constitue presque une exception, en principe elle ne peut recourir à la force sauf si elle est explicitement autorisée à le faire. Une exécution forcée non autorisée peut être contestée devant le juge. Si elle est autorisée par un texte il faudra qu'elle intervienne de façon régulière (le juge contrôle). C'est une mesure qui peut porter atteinte à des droits fondamentaux (exemple : propriété privée).

Très souvent l'administration qui procède irrégulièrement à une exécution forcée est sanctionnée par le juge judiciaire. Il s'agit d'une voie de fait. L'administration a agi de telle sorte que cet acte perd sa nature administrative.

Sont prévus par certains textes exemples :

- Les réquisitions militaires au XIX<sup>e</sup> siècle : loi de 1877.
- Le code de la route : mise en fourrière d'un véhicule.
- Le risque d'incendie, le code forestier prévoit l'obligation de débroussailler les environs de leur maison.
- Les textes récents du droit de l'environnement.
- En matière de droit des étrangers.

La jurisprudence a contribué à préciser les hypothèses dans lesquelles l'administration peut recourir à l'administration forcée (**TC, 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint Juste**).

Hypothèse plus classique : urgence, le juge va vérifier l'existence même de cette urgence, elle peut se justifier par un péril (exemple : risque d'écroulement d'un bâtiment)

Après un attentat dans un bâtiment : l'administration a fermé ses portes, décision contestée par les administrés mais le juge n'a pas annulé (**TC, 25 juin 1993, Préfet de la Corse du sud**).

### **§ 3 – La disparition de l'acte administratif unilatéral**

Évolutions très importantes ces dernières années sous l'effet d'un certain nombre de principes. Un acte administratif peut créer des droits et il paraît normal que l'on tienne compte de la situation des administrés ce qui n'était pas le cas avant. Le droit communautaire a conduit à une évolution puisqu'il intègre un principe allemand de confiance légitime qui interdit une modification trop brutale de l'ordre juridique.

Désormais, le principe de proportionnalité va jouer sur la disparition. Le principe français de non rétroactivité de sécurité juridique apparaît aujourd'hui comme un principe



insuffisant. Dans certains cas, la disparition non rétroactive d'un acte peut conduire à des situations contestables. La jurisprudence a du rattraper ce retard ces dernières années.

Des grandes divisions demeurent, deux modalités de disparition de l'acte administratif : le retrait ou l'abrogation. Consiste à faire disparaître un acte dès son origine : l'acte n'a jamais existé et l'abrogation consiste à ne pas remettre en cause les effets déjà produits de cet acte.

Les conditions de recours sont influencées par le droit communautaire qui pose un principe d'obligation d'abroger ou de retirer un acte illégal (**CJCE, 13 janvier 2004, Kühn et Heintz**).

Ce principe peut conduire à des situations paradoxales : une situation légale par le droit national, si la décision est jugée illégale, le juge devra retirer cette décision : c'est l'hypothèse de la disparition de l'acte légal.

## **A. Le retrait**

Modification du régime dans les années 2000. Différence de régime selon la nature de l'acte :

- Acte individuel ou acte réglementaire.
- Implicite ou explicite.
- Créateur de droit ou non.
- Légal ou illégal.

On a essayé de le simplifier ces dernières années. La rationalisation de ce régime peut être simplifiée par le gouvernement, 9 décembre 2004 : autorise le gouvernement par voie d'ordonnance à réformer le droit en ce domaine. La réforme doit se faire sous l'égide du Conseil d'Etat.

### **1. Le retrait des décisions créatrices de droit**

Si la décision est légale, il n'y a aucune difficulté car l'administration ne pourra pas la retirer. La décision est définitive.

La question ne se pose que pour les décisions illégales. L'administration sous certaines conditions et dans certaines mesures retirer la décision.

#### Jurisprudence traditionnelle :

Décision par laquelle le Conseil d'Etat lie la question du retrait de l'acte et celle du REP. Ce lien a été posé très tôt : **3 novembre 1922, Dame Cachet**.

Le lien consiste à dire que l'administration ne peut retirer l'acte illégal que dans le délai de recours pour excès de pouvoir (2 mois). Raisonement rationnel parce qu'on estimait que la déclaration d'illégalité par le juge avait les mêmes effets que le retrait. L'administration fait le travail du juge à sa place en quelque sorte.

En revanche elle présente un inconvénient important dans l'hypothèse où la décision n'a pas été publiée : les délais de recours n'ont pas commencé à courir. Cela donne à l'administration de retirer l'acte à tout moment. Cette solution avait été consacrée par le **Conseil d'Etat assemblée, 6 mai 1966, Ville de Bagnaux**.

Il s'agit ici d'une décision individuelle non notifiée.

Problème : si l'acte a créé des droits il faut que les administrés puissent à un moment donné se prévaloir de ce droit, c'est la stabilité de la situation juridique.

Balance : principe de légalité et stabilité (principe de confiance légitime)

On va tenir compte de plus en plus de la situation de l'administré. Le Conseil d'Etat est revenu sur cette jurisprudence à cause du caractère dépassé et non respectueux du droit des administrés. Cela a été très dur car le Conseil d'Etat est d'abord le juge de la légalité. Donc les décisions sont récentes.

Évolution en deux temps :

De façon étroite : **CE Assemblée, 24 septembre 1997, Madame de Laubier.**

Portée pas révolutionnaire en soi, un peu normale

Le juge annule un retrait d'une décision individuelle prise s'agissant d'un acte illégal car il intervenait au delà du délai de 2 mois. C'était compte tenu des circonstances, c'est à dire que l'arrêt n'avait pas une portée générale.

Demande que ces années d'ancienneté soit comptées pour sa rémunération (son traitement). Toutes les années de services ne seront pas prises en compte par le ministre. Le ministre a pris un arrêté de reclassement (donne la catégorie de fonctionnaire). La requérante conteste pour illégalité sur le motif de la motivation, le TA rejette sa requête.

Ministre : même si le délai de 2 mois est passé, l'acte était illégal parce qu'il ne comportait pas la mention des voies de délais de recours.

Décret du 28 novembre 1983 fait obstacle à ce que le délai de recours commence à courir si un acte n'indique pas les voies de recours : à l'origine protège la situation des administrés et là le ministre retourne l'argument.

Le Conseil d'Etat décide que l'auteur de l'acte ne peut pas invoquer le fait que le délai de recours n'a pas commencé à courir, pour retirer l'acte au delà du délai de 2 mois. Il tranche en équité.

Le Conseil d'Etat est prêt à abandonner la jurisprudence Bagneux.

**26 octobre 2001, Ternon.** Déconnection entre le délai de recours et le délai de retrait aussi bien en ce qui concerne la durée qu'en ce qui concerne le point de départ. Affaire banale de fonction publique territoriale, un agent de la région avait subi une sanction pour faute disciplinaire par laquelle la région décide de mettre fin à sa sanction. Il conteste l'absence d'intégration dans le corps des fonctionnaires qui aurait du être effective depuis la loi de 1984 qui modifie le statut de la fonction publique territoriale. Le Président du Conseil Général a refusé de le titulariser en qualité d'administrateur territorial. Le juge exige que M Ternon soit réintégré dans ses fonctions.

Le juge va profiter de l'occasion pour poser une règle générale : l'administration ne peut retirer sa décision que dans un délai de 4 mois suivant la prise de décision. Marque le détachement avec le délai de recours.

Le délai est nouveau et il fixe le nouveau point de départ du délai, à compter de la prise de décision.

La solution est posée de façon très générale mais elle n'a pas une valeur absolue, le juge va avoir l'occasion de nuancer cette solution de **l'arrêt Ternon**, de l'aménager. Dans certains cas la solution ne pouvait pas s'appliquer.

Droit du travail réglementé par un code du travail, certains articles se bornent à donner comme délai les dispositions de droit commun de deux mois pour l'administration. Le juge administratif a estimé en 2004 qu'on ne pouvait déroger aux lois du travail (**CAA Douai, 27 janvier 2004, Ministre des affaires sociales de l'emploi et de la solidarité contre société interprévention**).

Observation du préfet à l'égard d'une commune : le juge faisait valoir l'autorité étatique du préfet sur la règle du délai, un préfet demande à une commune de retirer un acte

individuel créateur de droit illégal par une lettre d'observation qui ouvre un délai de 4 mois (**TA Melun, 18 novembre 2004, M Jacques Simony contre ville de Melun**).

Incompatibilité d'une norme nationale avec le droit communautaire, dans ce cas le droit communautaire fait autorité quelque soit la date à laquelle la décision est intervenue. La normativité communautaire prévaut sur la stabilité des situations juridiques (**CAA Paris, 5 octobre 2004, Ministre de la culture et de la communication**).

Les décisions implicites se sont les textes qui les prévoient lorsque le silence vaut acceptation. Problème : point de départ du délai. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat avait estimé que l'administration ne pouvait pas les retirer (**14 novembre 1969, Eve**).

Cette solution a été remise en cause par la loi 12 avril 2000 qui indique que le retrait des décisions implicites d'acceptation est possible dans un délai de 2 mois suivant leur adoption. Dans le même temps le législateur a réduit le délai qui fait naître la décision implicite à 2 mois (l'article 23).

## **2. Le retrait des décisions non créatrices de droit**

Si elle est légale : le régime est le même que les décisions créatrices de droit, elle doit rester dans l'ordre juridique. Le retrait est impossible en principe sauf si cette décision n'a reçu aucun commencement d'application.

Si la décision est illégale elle peut être retirée à tout moment par l'administration. Cas particulier : pour les décisions implicites de rejet (**24 octobre 2003, M Najjari**).

Le Conseil d'Etat estime qu'une décision implicite de rejet n'est pas créatrice de droit, lorsqu'elle est illégale, le juge estime que l'administration peut la retirer par une décision explicite mais ne peut en aucun cas la réformer, la régulariser. Le retrait est possible à tout moment. Le problème, c'est que cela enlève une possibilité de recours à l'administré et de demander réparation. C'est une solution motivée par des considérations d'espèce.

## **B. L'abrogation**

On supprime les effets que pour l'avenir on ne remet pas en cause les effets de droit déjà produits. L'impact est moins important sur l'ordre juridique et les situations juridiques donc le régime est plus souple. L'originalité consiste à rendre dans certaines hypothèses obligatoires l'abrogation dans certaines hypothèses.

Le régime de l'abrogation diffère suivant que l'acte présente, ou non, un caractère réglementaire, pour les actes individuels l'intérêt est moindre.

### **1.L'abrogation des actes réglementaires**

Ils peuvent toujours faire l'objet d'une abrogation partielle ou totale. Ce principe a été reconnu par le Conseil d'Etat assez tôt « le droit d'apporter des modifications à un règlement initial est reconnu à l'administration quand des circonstances nouvelles manifestent cette nécessité » (**6 décembre 1907, Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres**).

L'abrogation est un droit dans la plupart des cas, dans certains cas c'est une obligation qui est posée par un décret pour la première fois repris par la loi du 12 avril 2000, 28 novembre 1983, article 3 : règlement illégal : l'administration doit faire droit à toute demande (dès son origine ou du fait de nouvelles circonstances de droit, de fait) Cela sans condition de délai, à tout moment. Jusqu'à ce que ce soit érigé en principe général du droit (**1989, Compagnie Alitalia**).

Dans un **arrêt Despujol (10 janvier 1930)**, le juge avait déjà ouvert la voie mais peut être trop tôt, elle va être atténuée dans les années 60 par deux arrêts qui créaient une différence de régime concernant l'illégalité du règlement (**10 janvier 1964, Syndicat national des cadres des bibliothèques**).

Changement dans les circonstances de droit : la demande d'abrogation ne peut intervenir que dans les 2 mois de recours contentieux (**Simonnet, 10 janvier 1964**).

Changement dans les circonstances de fait : l'abrogation peut être demandée à tout moment. Donc **l'arrêt Alitalia** unifie la jurisprudence et permet aux administrés de saisir l'autorité à toute époque.

La jurisprudence a évolué, a hésité, est revenu sur certaines décisions. Dans un premier temps le juge avait consacré l'obligation d'abroger le règlement illégal (**12 mai 1976, Leboucher et Tarandon**)

Puis revient sur cette jurisprudence et limite cette possibilité au délai de recours (**CE section, 30 janvier 1981, Société Afrique France Europe**), transaction.

En revanche exception d'illégalité était possible (on peut s'appuyer sur un règlement illégal pour faire annuler un acte individuel). Alitalia rejoint l'arrêt Tarandon.

## 2. L'abrogation des actes non réglementaires

Si l'acte est créateur de droit, son abrogation sera possible à tout moment mais l'administration doit respecter des règles, celle du parallélisme des formes. Si l'acte non réglementaire est légal, cette abrogation ne pourra pas être opérée pour avoir une certaine stabilité.

Il y a des formes qui sont prévues mais ce sont généralement les textes qui prévoient les procédures applicables. Par exemple la révocation d'un fonctionnaire c'est prévu par la loi.

Les actes non créateurs de droit et illégaux l'administration est tenue d'abroger ces actes si un administré le demande et si l'illégalité résulte d'un changement de circonstances de droit ou de fait.

Extension aux actes non réglementaire : **CE Section, 30 novembre 1990, Association les verts**.

Cet arrêt ne concerne que l'hypothèse où la décision est devenue illégale (pour la décision illégale dès l'origine le cas n'est pas prévu).

## **Chapitre 2 – Le contrat administratif**

Le juge qualifie l'acte et applique un régime.

L'administration passe des contrats qui sont des contrats généralement privés (et c'est contrat sont soumis au régime privé).

On peut diviser les formes d'interventions contractuelles de l'administration sous 3 grandes catégories. On parle aujourd'hui de contractualisation de l'action administrative, le contrat tente à se substituer progressivement à l'acte unilatéral. L'administration est de moins en moins autoritaire et agit de façon démocratique en tenant compte de l'avis des administrés. C'est pour cette raison que le contrat est devenu de plus en plus fréquent dans l'acte administratif.

Le contrat est en train de pénétrer de l'action administrative, de s'implanter dans tous les domaines de l'administration.

Le contrat est utilisé par l'administration pour définir des règles générales. C'est-à-dire que ces contrats ne réalisent pas en eux même le but d'intérêt général, ces contrats mettent en place des moyens permettant d'exercer l'intérêt général. Ce type de contrat peut avoir pour objet :

- L'organisation du service public,
- Le contrat visant à la programmation,
- Fixer la collaboration des personnes privées à l'action administrative,

Les contrats permettant l'organisation du service public (aussi appelé convention de délégation du service public ou encore contrat de convention de gestion) sont les plus courants. C'est au XX<sup>e</sup> où fut confiée à un tiers la gestion d'un service public (avec la mise en place du réseau ferroviaire). C'est pour cette raison que ces formules classiques se sont multipliées au cours du temps, ont prit des formes variables. Ce n'est pas parce que la collectivité délègue qu'elle se décharge complètement, le contrat permet pour la collectivité de contrôler l'action de la personne privée. Ce contrat définit les règles de gestion (au travers d'un cahier de charge, comment le contrôle s'effectuera, quelles sont les sanctions à prendre en cas de non respect des obligations). Ces contrats de convention de gestion présentent de nombreux avantages pour la collectivité (ce qui explique leurs multiplications), la délégation permet d'envisager des projets que leurs situations financières ne leur permet pas, cela permet de répartir les frais sur un certains nombres d'années. Le contrat de délégation est une forme très importante.

On a pu voir aussi des contrats de mise en d'œuvre de la décentralisation : ces transferts se sont faits dans les années 1980. Ces contrats prévoyaient un certains nombres de transfert de service de l'Etat aux départements/régions ; certains services se trouvaient désormais sur l'autorité d'un organe décentralisée. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion dans un arrêt de se poser la question de la qualification de ce contrat ; ces contrats ont pour objet selon lui d'organiser un service public (**CE section, 31 mai 1989, Département de la Moselle**). L'une des caractéristiques de ces conventions intervenues dans le cadre de la décentralisation, c'est d'être conclue entre 2 personnes publiques. La décentralisation a augmenté la possibilité de conclure des contrats entre 2 personnes publiques. Le problème lorsqu'on a un contrat entre 2 personnes publiques, c'est qu'il y a toujours le risque qu'une personne public vienne en dominer une autre (crainte réapparition d'une certaine forme de tutelle). Ces contrats ont été observés sous un angle aussi de méfiance.

Le contrat visant à la programmation : programmation par voie contractuelle est quelque chose qui s'est développé ces dernières années. Avec la décentralisation, il s'est avéré que le plan n'était plus avéré car l'Etat devait maintenant considérer les collectivités territoriales comme de véritable personne juridique. Les contrats de plan Etat-Région vont émerger en même temps que la décentralisation, ce n'est pas un hasard si la loi du 22 juillet 1982 intervient à la même époque que la décentralisation.

Il s'est posé dans les années 1980 la question de savoir si ces contrats de plan Etat-Région étaient vraiment des contrats. Le juge a du aussi essayer de clarifier, il a déclaré que ces contrats de plan Etat-Région sont vraiment des contrats car ils peuvent contenir des normes et peuvent donc avec des effets contractuels, ce sont des contrats administratifs (**CE assemblée, 8 janvier 1988, Ministre du plan et de l'aménagement du territoire c/ communauté urbaine de Strasbourg**). C'est un contrat de nature particulière car il n'emporte pas des effets directs (**CE, 25 octobre 1996, Association Estuaire écologique**).

A la même époque vont se développer des contrats entre Etats et entreprises publiques (France Télécom, SNCF,..), ces contrats ont permis de maîtriser la politique de ces entreprises. Ce sont aussi des contrats particuliers.

Ces contrats se sont développés en matière contractuelle/sociale. Le contrat d'objectif conclu entre l'Etat et les fédérations sportives : leur reconnaissance a été renforcée par le législateur lui-même. Le contrat d'objectif en matière d'hospitalisation où l'on a adopté une ordonnance qui favorisait la contractualisation entre l'Etat et les agences d'hospitalisations.

Contrat d'établissement entre les Etats et les universités : ces contrats sont partout, ils se sont développés dans de très nombreux domaines.

Les contrats utilisés pour des règles particulières :

Contrats qui ont pour objectif la satisfaction des besoins du service public (besoin de locaux, moyens financiers) et de plus en plus on a organisé les besoins du service public par la voie de contrat :

- Contrat de recrutement : l'administration emploie des fonctionnaires qui ont un statut réglementaire mais elle emploie aussi (et de plus en plus) des contractuels.
- Le marché public : c'est un contrat administratif défini par la loi depuis 2001. Avant, il existait des marchés privés de travaux. Ce contrat administratif est soumis au code des marchés publics.
- Contrat d'emprunt : les collectivités vont passer des contrats en matière d'emprunt pour eux même puis aux autres. Elles vont emprunter pour réaliser certains ouvrages, projets et donc les contrats d'emprunts vont se multiplier.

Les contrats qui peuvent avoir pour objet les besoins du cocontractant qui peut être une personne privées :

Les contrats d'aides aux entreprises, aux personnes privées ne peuvent être apportés que par voie contractuelle. Le juge lorsqu'il est saisi va contrôler les droits et obligations de chacune des parties pour voir s'il y a une contrepartie.

L'administration n'a généralement pas le choix entre le contrat et l'Acte administratif unilatéral, plus souvent, ce sont les textes qui définissent le mode d'action de l'administration.

Le contrat d'occupation du domaine public : les biens du domaine public sont affectés à l'usage d'un service public. Mais l'affectation n'empêche pas la personne publique de passer des contrats avec des personnes privées et c'est pour cette raison qu'on a pu se voir développer des activités privées sur le domaine public. Le législateur est intervenu pour donner des droits à ces personnes privées sur un domaine public en leur permettant notamment d'investir.

Les contrats sont partout et cela justifie particulièrement que l'on se penche sur leurs définitions qui sont devenues de plus en plus complexes et que l'on essaie de trouver les moyens dont dispose le juge pour définir le contrat. Le juge pour le faire utilise des critères pour qualifier ces contrats, et une fois ce contrat qualifié, il se verra appliquer un régime spécifique.

### **Section 1 – La notion de contrat administratif**

Le juge commence par là : il faut savoir quelle est la nature du contrat pour savoir quelles sont les règles que l'on doit appliquer.

Si le contrat est qualifié d'administratif, il va appliquer le régime administratif. Si le contrat n'est pas qualifié d'administratif, il va appliquer le régime de droit commun.

A partir du moment où l'on admet que tous les contrats ne sont pas administratifs, plusieurs méthodes peuvent s'appliquer pour savoir si c'est un contrat de droit commun.

Est-ce que les parties ont souhaité se placer sur un régime dérogatoire ? Méthode non admise car sa généralisation conduirait à faire dépendre de la volonté des parties la compétence juridictionnelle. Dans un système de répartition des compétences organisé comme la France, on comprend bien que cette méthode ne peut pas tenir. La méthode est fondée sur des critères que le juge va dégager objectivement en dehors de la volonté des parties.

Le juge va également tenir compte des personnes au contrat (personnes privées, personnes publiques).

La méthode du juge est pragmatique, elle se fonde sur la nature du contrat, sur la façon dont le contrat a été passé. La méthode du juge passe sur un double examen :

- Un critère organique (quelles sont les parties au contrat ?).
- Un critère matériel (que contient ce contrat ?).

### **§ 1 – Le critère organique**

Un contrat ne peut être administratif que si une personne publique en fait partie. On va plutôt s'attacher aux exceptions qu'aux principes.

Certaines exceptions s'expliquent dans la jurisprudence tandis que d'autres ont été voulues par le législateur.

On évoquera aussi la question des contrats passés entre 2 personnes publiques. Dans ce cas, le juge ne change pas sa manière de raisonner.

#### **A. Les contrats entre personnes privées**

En principe, un contrat entre personnes privées est un contrat privé, néanmoins l'apparence ne peut pas suffire, dans certains cas, le juge va passer outre cette apparence et il va considérer que le contrat est en réalité un contrat administratif.

Comment cette présence s'observe-t-elle ?

- Avec un mandat.
- Un mandat tacite (qui n'a pas été expressément inscrit dans un texte, le contrat lui-même), ce mandat découle de la nature de certains contrats.

#### **1. Le principe : un contrat de droit privé**

On s'aperçoit dans la jurisprudence que le critère organique est un critère nécessaire mais pas suffisant. Il s'avère que les juges ont eu l'occasion à plusieurs reprises de mettre l'accent sur l'importance du critère organique

Quelques exemples tirés de la jurisprudence ont été remarqués. On a pu observer dans certains contrats qu'ils contenaient un élément relatif à l'intérêt général assez important et en dépit de la présence de cet intérêt général le juge va refuser de qualifier le contrat d'administratif estimant que les relations passées avec l'autre personne étaient des relations privées.

Exemple : on a vu se multiplier des organismes de régulation en matière agricole, pour donner un peu de souplesse à ces organismes, on a aussi confié ces missions à des personnes

privées. Cette personne privée aura des moyens de puissance publique mais elle n'aura pas tous les outils avec (exemple : en matière contractuelle, cela impliquera la soumission de ces contrats).

Aujourd'hui, on confie ces organismes à des établissements, à des personnes publiques. Dans l'affaire en question, on avait confié à une personne privée (en l'occurrence une société) la gestion de la régulation de certains produit laitier. C'est un but d'intérêt général de veiller à ce que toutes les entreprises d'un secteur déterminé ne dépassent pas un quota de production. C'était le cas de cette société (Interlait) qui était chargée de gérer la production laitière. Le juge qui va confronter un litige entre cette société et une autre société va qualifier le contrat de droit privé en dépit de la notion de l'intérêt général (**TC, 3 mars 1969, Société Interlait**).

Exemple : à propos d'un accident intervenu sur une voie ferrée (il s'agissait de travaux de rénovations) et les travaux qui ont lieu sur une voie ferrée sont des travaux publiques. La qualification de travaux publics donne au contrat une nature particulière qui le fait pencher du côté public. Là aussi, le Tribunal des Conflits va infirmer cette idée puisqu'il va considérer que ce contrat de travail devait relever de la compétence des juridictions judiciaires. Cela démontre la force du critère organique qui était encore plus fort que la force des institutions (**TC, 17 janvier 1972, Société SNCF c/ Entreprise Solon**).

Aujourd'hui, les choses seraient différentes car la SNCF est depuis 1980 un établissement public et avant cette date, la SNCF était une société de droit privé donc la SNCF passe aujourd'hui des contrats administratifs car le critère organique était présent et donc le juge administratif sera compétent.

Exemple plus récent : on a pu constater qu'un contrat de construction qui contenait des clauses exorbitantes du droit commun, qui se référait explicitement au code des marchés publics n'a pas été porté par le juge administratif estimant que la question (la responsabilité qui était liée à la garantie postérieure à une construction). Le Tribunal des Conflits va estimer que le juge compétent était le juge judiciaire car il n'y avait pas de présence de critère organique. La société disposait certes du pouvoir de puissance publique mais il n'y avait pas le critère organique (**TC, 26 mars 1990, Association National pour la formation professionnelle des adultes**).

Pourquoi cette sévérité du juge à l'égard du critère organique ? Il y a un paradoxe dans ce critère organique car en réalité le juge ne fait pas de séparation entre le critère organique et le(s) critère(s) matériel(s). En principe, la présence d'un critère matériel implique implicitement dans la plupart des cas une présence organique (car s'il y a le critère de puissance publique/des clauses exorbitantes, il y a tout lieu de penser qu'il y a une personne publique). L'absence de critère organique conduit à écarter la qualification de contrat administratif.

On peut constater à cet égard les inconvénients qui découlent de cette solution administrative ; l'inconvénient majeur est un celui qui pèse sur le justiciable qui peut voir son problème éclaté entre les différentes juridictions.

Si une personne publique décide d'engager la construction d'un bâtiment et qu'il fait appelle à des personnes privées, un litige a lieu qui est la cause d'un sous traitant devra être réglé devant la juridiction judiciaire.

Le statut d'organisme privé à un caractère fictif, les collectivités locales utilisent souvent le terme d'association en droit privé alors que les ficelles sont tirées des organismes publics. Entre l'apparence et la réalité, la personne privée en cause est très souvent influencée par les personnes privées. La force de critère organique est gênante pour toutes ces raisons.



## **2. Le mandat**

En apparence, les 2 personnes qui ont passé le contrat sont des personnes privées mais en réalité l'une de ces personnes est mandataire d'une personne publique donc agit comme telle. Le mandat est de nature à rendre le contrat administratif, la personne qui a réellement passé le contrat, c'est la personne publique. Le juge va donc ici vérifier si l'une des personnes n'est pas mandataire d'une personne publique.

Si tel est le cas, le contrat pourra être qualifié d'administratif parce que l'acte de volonté est émis par le mandant et non le mandataire.

Cette règle du mandat apparaît moins comme une exception à la règle organique que comme un assouplissement du principe organique. Le mandataire est quand même titulaire au nom du mandant et le juge admet que l'on peut déléguer la compétence relative à la conclusion du contrat.

Le juge va appliquer en fait aux mandataires les règles normalement applicables aux mandants, il pourra admettre que le critère organique et éventuellement que le contrat est un acte administratif.

Cette règle du mandat se retrouve notamment en matière de construction car il y a un texte qui prévoit explicitement la possibilité d'un mandat relatif à la maîtrise d'ouvrage. Le mandataire du maître d'ouvrage est régit par un texte de loi (article 4 de la loi du 12 juillet 1985). Très souvent, sur la base de ce texte, le mandataire est une personne privée qui agit sur la base de cet article.

Ces mandataires sont très souvent des personnes privées (société économique mixte : SEM) qui agissent au nom et pour le compte d'une personne publique.

Exemple tiré de la jurisprudence : **CE, 28 juillet 1995, Préfet d'Iles de France c/ société de gérance Jeanne d'Arc**. Ici il s'agissait d'un contrat passé avec une SEM qui s'avérait être mandataire de la ville de Paris et le contrat va faire l'objet d'un déféré préfectoral. La question qui se posait était de savoir si c'était possible. La réponse était oui car la société agissait pour le nom de la ville de Paris et le juge va appliquer la théorie du mandat pour reconnaître le caractère administratif le mandat.

Le mandat est en principe écrit quelque part, il peut être général, ou dans des textes précis (un article du code de l'urbanisme, la loi M.O.P,...). Le mandat n'est pas implicite.

Mais le mandat peut être également prévu dans une convention, le juge a pu relever un mandat qu'il a retrouvé dans une convention (**CAA Paris, 7 juillet 1992, SA La Campinoise d'HLM**). Il s'agissait d'un contrat d'aménagement d'une zone urbaine renvoyant à un cahier des charges. Le juge estime qu'il y a mandat d'une commune à une société privée.

Autre exemple assez particulier : une affaire qui concernait un mandat passé dans une convention visant à consentir des prêts. L'organisme bancaire avait pour mission de consentir des prêts. Le Conseil d'Etat va être saisi à propos d'une demande de prêt et va qualifier le contrat de prêt comme contrat de droit public. On passe outre l'apparence car la banque était mandatée par l'Etat (**CE section, 18 juin 1976, Culard**).

## **3. Mandat tacite**

Dans certains cas, le juge va considérer que la personne privée a conclu un contrat pour le compte d'une personne publique mais il n'y a pas de texte de mandat. Donc on parle de mandat tacite.

En réalité, pour arriver à cette conclusion de mandat tacite, le juge utilise des critères de qualifications variables selon les situations. Cette théorie du mandat tacite s'applique dans 2 domaines qui sont liés à l'objet particulier de l'opération :

- Construction des autoroutes.
- Aménagement.

Les 2 hypothèses correspondent à des réalités différentes et c'est pour cela qu'il faut les différencier.

#### **a. La construction des autoroutes**

La jurisprudence qui ouvre la voie à cette théorie ; c'est la jurisprudence du Tribunal des conflits (**8 juillet 1963, Peyrot**). Il s'agissait de la question d'une autoroute et lorsqu'on construit une autoroute, on fait appel à des constructeurs/fournisseurs qui sont des personnes privées. Cette construction s'est fait sous l'égide d'une SEM qui se voyait investie de cette mission sur la base d'un texte de loi.

L'objet est très marqué par l'intérêt général et cela va amener le juge à considérer que s'agissant d'un litige entre la SEM et le constructeur, même si le litige avait lieu entre 2 personnes publiques, l'enjeu était public du fait qu'il y avait l'intérêt général.

Cette solution porte sur l'objet du contrat, c'est parce que l'objet porte sur la construction de l'autoroute, objet appartenant par nature à l'Etat (car le législateur l'a défini ainsi). Cela signifie que si le concessionnaire dispose d'une certaine liberté, il n'est pas à proprement parlé représentant de l'Etat. C'est la nature de l'opération qui implique une spécificité du contrat et cela implique une présence de l'Etat. L'objet du contrat appartient par nature à l'Etat et la société concessionnaire agit sur la base du mandat tacite. Le mandat tacite tient lieu de l'objet mais aussi l'existence de la loi qui régit l'existence de l'autoroute.

Cette jurisprudence *Peyrot* a ouvert la voie à tout un bloc de compétence administrative, à la reconnaissance de plusieurs formes de contrat qui vont de la construction de l'autoroute à l'aménagement du territoire.

L'objet emporte la qualification du contrat administratif et non la personne du contractant : **CE, 3 mars 1989, Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes**.

La jurisprudence s'est un petit peu élargie mais on est dans les travaux routiers aussi bien concernant la construction que l'entretien, que la route en elle-même que ses accessoires.

Quelques exemples :

- **TC, 12 novembre 1984, SEM du tunnel Sainte-Marie-aux-Mines**. Il s'agissait de la construction d'un tunnel par une SEM qui agissait comme maître d'ouvrage et le juge va estimer que les litiges naissant doivent relever du juge administratif (là où on reconnaît la jurisprudence **Peyrot** par l'utilisation de « par nature à... »).
- **CE 9 février 1994, Société des Autoroutes Paris-Rhin-Rhône**. Des travaux qui ne concernaient pas la construction d'un ouvrage routier mais d'un bâtiment destiné à abriter la direction de l'exploitation de l'autoroute. Est ce que le juge peut englober cette construction dans la jurisprudence **Peyrot** ? La construction d'un bâtiment administratif qui n'est pas l'objet même de l'opération peut être englobé dans la jurisprudence **Peyrot** ? Non, le juge montre la limite de la jurisprudence **Peyrot**. Le bâtiment ne relève pas de la jurisprudence administrative et la société est considérée comme une personne privée à part entière.

## **b. Les opérations d'aménagements**

Elles font aussi appel au mandat tacite mais ce n'est pas le même raisonnement. Il va le trouver de façon banale et le révéler dans un faisceau d'indices. Et lorsqu'il apparaît que l'administration avait une main mise sur la personne privée, le juge en conclut que c'est un contrat public.

Le juge recherche un mandat, un lien, entre la personne privée et la personne publique (**CE Section, 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine**). Le juge va rechercher les relations et les clauses exorbitantes, il va relever le lien tacite de la personne publique.

Dans cette affaire, il s'agissait d'un marché qui était passé entre une SEM en vue d'urbaniser une zone et il fallait construire des voies publiques en vue d'un cahier des charges de l'Etat. Il était prévu que les ouvrages devaient être remis dès leur achèvement aux collectivités concernées. Le juge va rechercher la présence de la collectivité dans la présence de travaux. La remise dès la réception est une annotation importante et souvent employée.

Le juge accumule un certains nombres d'indices et à travers l'accumulation d'indice, il va relever un mandat.

**TC, 7 juillet 1975, Commune d'Agde.** L'utilisation de ces contrats par les collectivités publiques. Il s'agit ici de l'équipement, l'aménagement touristique et naturellement on a confié l'opération à une SEM. Le juge va conclure que c'est un contrat administratif car piloté par les collectivités publiques.

Cette jurisprudence ne s'arrête pas là et on trouve des développements récents qui témoignent de la recherche par la juge des relations entre personne privée et personne publique.

Il faut voir quand est ce que le juge considérera que le lien n'est pas suffisant. **CE, 17 décembre 1999, Société Ansaldo Industria.** Il s'avère que les indices ne sont pas suffisants et ne permettent pas de qualifier le contrat d'acte administratif.

### **B. Le contrat conclu entre personnes publiques**

Là aussi, il y a un phénomène qui explique que l'on se soit posé tardivement avec la question avec la décentralisation, de plus en plus de personne publique seront amenées à passer des contrats.

Naturellement, on va demander comment on va qualifier le critère organique à ce propos. Il s'est posé la question de savoir si un contrat passé entre 2 personnes publiques pouvait être qualifié d'administratif de façon systématique car à partir du moment où on a 2 personnes publiques qui contractent entre elle. On a 2 personnes qui se situent sur le même pied d'égalité.

La qualification de ces contrats n'était pas évidente. La jurisprudence s'est développée dans les années 1980 et s'est consolidée.

Ce raisonnement résulte d'une décision du **TC, 21 mars 1983, Union des Assurances de Paris**. Il apparaît dans cet arrêt que l'on peut supposer que lorsqu'un contrat est passé par une personne publique avec une autre personne publique, ce contrat bénéficie d'une présomption d'administrativité. Par la suite, il y eut une formule : « *un contrat entre 2*

*personnes publiques revêt en principe un caractère administratif impliquant la compétence des juridictions administratives pour connaître des litiges portant sur le manquement des obligations sauf dans le cas où eut égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé »*

Intervient après la jurisprudence UAP, une autre affaire qui va qualifier le contrat administratif :

- Les contrats de plan (**8 janvier 1988, Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ communauté Strasbourg**).
- Les contrats de service par lesquels l'Etat transfère la gestion de certains services (traditionnellement étatique) aux collectivités territoriales (**CE section, 31 mars 1989, Département de la Moselle**).

Exemple qui a été souvent mis en avant : **CE, 11 mai 1990, Bureau social de Blénod-Lès-Pont-A-Mousson**. Pas de clauses exorbitantes donc pas de compétence de la juridiction administrative.

**15 novembre 1999, Commune de Bourisp**. Il s'agit là de la relation entre commune de Bourisp avec une autre commune. Il y avait eu contrat de cession contenant diverses parcelles que l'autre commune avait utilisé pour l'extension de sa station de ski. L'autre commune s'était engagée à mettre à disposition l'été ses terrains pour le pâturage.

Dans la convention, l'autre commune s'était engagée aussi à ouvrir des avantages à certaines familles de Bourisp. Un conflit survient relatif ce contrat de vente moyennant quelques éléments particuliers. Le juge va reprendre la formulation de l'affaire UAP et il va rechercher les éléments qui permettent de raccrocher le contrat de vente à un contrat de droit public à savoir les clauses exorbitantes (clause que l'on ne trouve pas habituellement dans les contrats de droit).

→ **TCC, 7 octobre 1991, Centre régional des œuvres universitaires et scolaires de l'académie de Metz**. C'était un contrat entre l'office HLM et le CROUS, le juge va faire appel au contenu du contrat pour le qualifier d'administratif.

Dans certaines affaires, le juge examine toutes les clauses matérielles (objet, contenu, clause exorbitante) : **CE, 1<sup>er</sup> mars 2000, Commune de Morestel**. Il s'agissait d'un contrat entre deux personnes publiques relatif à un prêt en vue de la construction de plusieurs équipements publics dont un collège. Le juge va encore ici sans dire que la présence des 2 personnes publiques étaient déterminantes va se déclarer que la prééminence est le caractère matériel sur le critère organique).

Il faut également évoquer les cas dans lesquels le juge sera impuissant dans la qualification du contrat car la qualification résulte d'une loi. Il ne faut pas appliquer aveuglément les critères organiques et matériels lorsqu'on examine un contrat, il faut voir éventuellement si ce contrat a été qualifié de façon législative.

### **C. Les contrats administratifs par détermination de la loi**

La 1<sup>ère</sup> date d'une loi post révolutionnaire : la loi du 28 pluviôse an 8 sur la division du territoire, donne compétence au juge administratif. L'article 4 de cette loi donne compétence de principe au juge administratif en ce qui concerne les contentieux relatifs aux travaux publics/marchés de travaux publics.

En vertu de cette loi, à partir du moment où un contrat porte sur l'exécution d'un travail public, il va acquérir le caractère administratif automatiquement. C'est l'objet qui va le faire rentrer dans la sphère administrative quelque soit le contenu.

La jurisprudence est assez importante sur cette question : **CE, 17 octobre 1986, Entreprise industrielle et financière**. Un litige mettait en cause la responsabilité contractuelle d'un constructeur qui avait été chargé de construire et de rénover certaines cuves d'eaux potable pour la ville de Millau. Un défaut d'étanchéité va être constaté et ce contrat qui était un contrat de construction « banale » va être qualifié de contrat administratif. Le juge a fait référence à la loi du 28 pluviôse en 8 (les travaux d'étanchéité étaient des travaux publics dont le juge administratif compétent).

La seconde résulte d'un décret loi du 17 juin 1938 qui concerne les occupations du domaine public. Ce décret loi avait été codifié dans le code du domaine de l'Etat à l'article L. 84. Ce code du domaine de l'Etat a été abrogé par une ordonnance du 21 avril 2006, elle le réintègre dans le nouveau code général de la propriété des personnes publiques.

Ce nouveau code comporte désormais un article L. 2331-6 qui reprend l'article de 1938 mais avec des dispositions plus large. Ce décret loi de 1938 constituait déjà une révolution à l'époque car il visait à créer un bloc de compétence.

Dans la mesure où la jurisprudence en 1938 était assez complexe car elle distinguait 2 catégories d'occupation du domaine public, le juge vérifiait qu'elle était l'activité du cocontractant. Cette activité faisait l'objet en cas de litige d'une répartition de compétence (si activité liée au service public : contrat administratif, si activité privée : pas contrat administratif), c'était une source de complexité car la nature du bien ne changeait pas, il était toujours de nature publique. C'est pour cette raison que le gouvernement a souhaité unifier ce contentieux et a voulu donner la compétence au juge administratif. Il restera compétent même si le contrat est passé entre 2 personnes privées (quand cela se situe sur un domaine public).

La jurisprudence du Conseil d'Etat a eu l'occasion d'apporter une interprétation/précision à ce texte de 1938 et le juge l'interprète de façon restrictive, il le considère comme entrant dans les hypothèses du texte que les personnes qui sont explicitement visées : seuls les concessionnaires sont visés (**CE, 10 juillet 1956, Société des steeples-chases de France**).

Précision : lorsqu'un problème survient dans ces contrats d'occupation, l'administration dispose de pouvoirs importants puisqu'elle a passé un contrat sur un domaine public. Le contrat d'occupation se traduisant par le paiement des redevances de l'occupant. Se faisant, il peut faire l'objet d'une expulsion par le juge. S'agissant de cette question contentieuse, le juge administratif tout comme le juge judiciaire est compétent :

- Le juge administratif est compétent du fait du décret-loi de 1938.
- Le juge judiciaire s'estime compétent pour faire respecter le droit des personnes, le droit de la propriété, ...

La troisième : exception limitée en termes de portée qui a été apportée par le législateur concernant « La Poste » et « France Télécom ». En 1990, le législateur est intervenu pour modifier le statut de « La Poste » et « France Télécom » et on leur a donné le statut juridique d'établissement public à caractère industriel et commercial (loi du 2 juillet 1990). Cette loi de 1990 comporte un article 25 qui donne une compétence au juge administratif pour les litiges relatifs à certains marchés de la Poste et France Télécom sauf si ces litiges portent sur des marchés de travaux publics.

La 4<sup>ème</sup> exception, elle concerne les marchés publics. Pendant longtemps, la qualification du « marché public » n'était pas forcément et automatiquement administrative. Le juge faisait une analyse du contrat et il pouvait être amené qu'un contrat de droit privé pouvait être soumis aux règles du marché public.

Cette histoire a duré très longtemps jusqu'à que la Cour de Cassation a rendu en 1996 un arrêt, qui a été confirmé par le Tribunal des Conflits, qui faisait la séparation entre la nature des marchés publics d'un contrat et la nature administrative d'un contrat cela va susciter faire réagir le législateur à une époque où on voulait réformer le code des marchés publics (**CA, chambre civile, 17 décembre 1996**) confirmé par (**TC, 5 juillet 1999, Commune de Sauve**).

Le contrat de fourniture ne présente en principe aucune spécificité. Pour ce genre de contrats qui sont soumis au code de marché public, aucune difficultés de qualification en droit privé. Le juge va reconnaître que bien que ce contrat est soumis au code de marché public, cette circonstance ne saurait leur conféré le caractère administratif.

Le juge applique les critères classiques du contrat mais qu'il n'y a pas de critère matériel, donc il qualifie le contrat de droit privé. Pour simplifier le contentieux, on a souhaité unifier ce contentieux et on a créé un bloc de compétence administratif.

Aujourd'hui, tous les contrats passés sous le code des marchés publics sont administratifs. C'est la loi du 11 décembre 2001 qui crée le bloc de compétence

## **2 remarques :**

- Le lien est envisagé de façon assez large par le juge qui estime que tous les contrats qui portent l'un des 3 objets (fourniture, service, travaux) du code de marché public entrent dans l'exception de la loi de 2001. Le code des marchés publics comprend plusieurs différences en fonction du prix : si le prix est faible, contrat conclu sans formalité préalable reste soumis au code de marché public du fait de leur objet donc c'est un contrat administratif. **Affaire du CE section, 29 janvier 2002, Société de blanchisserie de Pantin** qui a apporté cette précision. Quelque soit le montant du marché, le contrat passé doit respecter un certains nombres de règles qui sont imposées par le droit communautaire.
- L'application du code des marchés publics n'est pas une spécificité des personnes publiques. Les personnes publiques ne sont pas les seules à être soumise au code des marchés publics, les personnes privées peuvent le demander pour la transparence et la rigueur.

Qu'en est-il si une personne privée passe avec une personne privée un contrat et que ce contrat montre que les parties souhaitent se soumettre au code de marché public ?

Le juge a été saisi sur cette question et il a répondu que la référence au code des marchés public pour les contrats passés entre 2 personnes privés ne modifiait pas la nature du contrat. Il restait toujours un contrat de droit privé (**TC, 17 décembre 2001, Société rue impériale de Lyon**).

## **§ 2 – Les critères matériels**

Pour être administratif, le contrat doit refléter un régime exorbitant. C'est ce lien avec le régime exorbitant qui va justifier la qualification du contrat en dernier recours. Le critère organique servant de guide mais n'est pas suffisant.

Nombreux sont les contrats passés par l'administration qui sont des contrats de droit privé. Différents contrats sont passés par l'administration : contrat de vente, ... Pour revenir sur la qualification des contrats, le juge doit se poser la question : quel est le régime qui doit

être appliqué à tel ou tel contrat ? Est-il concevable que tel contrat soit soumis au droit public ? Quel est le régime qui doit être appliqué au contrat ?

→ Si le contrat est administratif, il doit relever du droit public.

La démarche du juge réside sur l'idée de compatibilité. La qualification du contrat repose sur l'incompatibilité entre la clause du contrat et la représentation que se fait le juge d'une relation de droit privé.

Quand le juge utilise le service public, il regarde l'implication du service public. C'est l'analyse du juge qui fait que le contrat est administratif ou pas.

### **A. La clause exorbitante**

La notion de clause exorbitante née d'une distinction entre la gestion privée administrative et la gestion publique de l'administration. A partir du moment où on procède à cette distinction, on admet que des personnes publiques peuvent se comporter comme des personnes de droit privé et il faut donc accepter qu'elles soient soumises au régime de droit privé.

- Contrat nature privé ? : Régime privé.
- Contrat nature exorbitante ? : Qui justifie un régime exorbitant.

Cette théorie de la clause exorbitante est mise en avant dans un grand arrêt de la jurisprudence administrative et qui montre la nouvelle méthode du juge. Le juge va tenir compte non seulement de l'objet mais aussi du but et du contenu du contrat. Cette nouvelle méthode apparaît dans l'arrêt du **CE, 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges**. Un contrat conclu par la ville de Lille pour la fourniture de pavés livrés « selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers » est un contrat de droit privé. A contrario, si le contrat contient des règles exorbitantes de droit commun, il sera administratif et le juge administratif sera compétent. Suite à la loi MURCEF de 2001 (précitée), ce marché public de fournitures serait un contrat administratif.

Léon Blum dit qu'il faut rechercher la nature du contrat pour le qualifier, il ne faut pas toujours rechercher l'auteur ou l'objet du contrat.

Cela dit, même si ces conclusions sont très rigoureuses, la clause exorbitante n'est pas un critère clair.

Dans la jurisprudence ultérieure, on a trouvé des tentatives de définition de la clause exorbitante :

- On retrouve dans un arrêt de 1950, qu'une clause exorbitante serait des clauses qui ont pour objet de conférer des obligations étrangères à celles que l'on rencontre au droit privé.
- Il s'avère que dans certains arrêts : elles sont considérées comme exorbitantes des clauses qui sont utilisées aussi en droit privé.

Pour expliquer les solutions jurisprudentielles, on utilise souvent l'idée de normalité : est considérée comme une clause exorbitante une clause qui ne se trouverait normalement pas dans un contrat de droit privé (**TC, 19 juin 1952, Société des combustibles**).

Cela permet de dire qu'est une clause exorbitante, la clause impossible en droit privé. Impossible car elle crée une hiérarchie entre les parties. La clause impossible est une clause

exorbitante. Mais c'est aussi une clause inusuelle car il y a une inégalité entre les parties : l'idée de contrôle d'une partie sur une autre est une clause exorbitante.

Dans la plupart des cas, la clause exorbitante va résulter d'une prérogative de puissance publique. Cela se traduit dans la jurisprudence par un faisceau d'indices, le juge va regarder clause par clause pour voir s'il y a une inégalité entre les parties.

On a pu aussi dire que la clause exorbitante faisait référence à un cahier des charges ; dans un 1<sup>er</sup> temps, le CE considérait que le renvoi à un cahier des charges devait présenter un « effet utile ». Dans les années 1960, le juge a abandonné cette solution pour estimer que la seule référence à un cahier des charges constituait en soi une clause exorbitante. Le Conseil d'Etat a encore fait évoluer sa jurisprudence en revenant sur la situation antérieure ; en considérant que le renvoi ne pourrait considérer à lui seul une clause exorbitante, le renvoi doit se faire sur des clauses particulières.

- **CE, 17 novembre 1967, Roudier de la Brille.**
- **CE, 2 octobre 1981, Commune de Borce** : revirement effectué.

La question qu'il faut se poser, c'est de savoir pourquoi la clause exorbitante confère un régime administratif au contrat ?

On peut dire qu'il y a 2 sens possibles que l'on peut donner à la clause exorbitante :

- Liée à une conception volontariste du contrat, la clause exorbitante traduit une intention des parties de se soumettre à un régime administratif. Le juge va regarder s'il y a cette volonté de soumission au régime administratif. On retrouve cette idée dans certains arrêts : le juge se réfère à l'intention des parties pour qualifier le contrat d'administratif (**2 juin 1975, Salas**). Ce n'est pas aux parties de déterminer leur ordre de juridiction, la compétence du juge est un élément d'ordre public et qui est objectif. Cette idée de volonté est rassurante mais gênante pour cette raison. L'idée de compatibilité permet de donner une explication assez sûre, les parties ont la liberté de déterminer la condition des contrats mais ces conditions une fois définies. Le juge va déterminer si elles sont compatibles ou pas avec le droit privé.
- La clause exorbitante implique en fait un régime exorbitant. La clause apparaît comme le fondement du régime (le régime est le prolongement de cette clause) et c'est ce qui explique que le régime du contrat est un régime exorbitant de droit commun.

Lorsque le juge est convaincu de la nature du contrat, il va estimer que ce contrat contient des clauses exorbitantes. La clause exorbitante n'est que le reflet d'un régime exorbitant. On retrouve ceci dans un arrêt : le juge va regarder les éléments du régime du contrat et va qualifier le contrat indépendamment de toute clause exorbitante.

**CE, 19 janvier 1973, Société d'exploitation de la rivière du Sant.** Dans cette affaire, contrat entre EDF et un producteur autonome d'électricité. Le critère des clauses a été élargi lorsque la jurisprudence a fait référence non plus au contenu du contrat mais à son contexte en introduisant la notion de régime exorbitant du droit commun. Il s'agissait des contrats de fourniture d'électricité passés avec EDF par des producteurs privés ayant échappé à la nationalisation.

Un décret de 1955 oblige EDF à acheter l'énergie produite par ces derniers, selon certains tarifs. La mise en œuvre de procédés de gestion publique est nettement perceptible, il



y a une ambiance de droit public, même si elle n'est pas transcrite dans les clauses elle-même. Le Conseil d'Etat fait de ces contrats des contrats administratifs.

## **B. Le critère du service public**

La question était de savoir si on pouvait encore liée automatiquement le service public avec le contrat administratif. Le lien avec le service public n'emporte plus une nature spécifique.

A partir de quand ce lien sera considéré comme suffisamment fort pour emporter qualification de contrat administratif.

On peut déceler 4 formes :

- Un contrat est administratif lorsqu'il constitue l'exécution même du service public.
- Lorsqu'il fait participer à l'exécution du service public.
- Lorsqu'il confie l'exécution de ce service public.
- Lorsqu'il organise le service.

**21 avril 1956, Ministre de l'agriculture contre consorts Grimouard :** correspondant à une hypothèse. Ce raisonnement a été transposé à de nombreuses affaires : **TC, 24 juin 1968, Société des distilleries Bretonne.**

Dans certains cas, le contrat peut confier l'exécution de ce service : cette hypothèse est également envisagée dans un grand arrêt (**21 avril 1956, Bertin**).

Le critère de service public a été à cette époque devenait à nouveau une référence jurisprudentielle pour l'application du droit administratif. C'est devenu un élément de discussion du droit administratif. On a utilisé le critère de service public pour qualifier les grands piliers du service public.

Concernant l'organisation du service, le contrat d'organisation du service est un contrat administration. Hypothèse plus récente apparue avec la décentralisation (**14 janvier 1998, Syndicat national du personnel des affaires sanitaires et social, FO**).

Le critère de service public a été aussi très utilisé à propos de contrat d'engagement personnel dans les services publics administratifs qui ont fait l'objet d'une jurisprudence complexe.

3 arrêts :

- **CE section, 4 juin 1964, Ving Tain Affortit.**
- **TC 25 novembre 1963, veuve Mazerand.**
- **TC, 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes c/ Berkani.**

## **Section 2 – Le régime des contrats administratifs**

Ce régime des contrats administratifs n'est pas un régime législatif, c'est un régime qui relève du domaine réglementaire. Cette position a été prise par le Conseil Constitutionnel dans un arrêt assez récent (**Conseil Constitutionnel, 22 août 2002, DC 460 « loi Sarkozy »**).

Il ne faut pas priver les contrats administratifs de l'**article 34 de la Constitution** sinon ils sortent du cadre administratif.

Exemple : le code des marchés publics est essentiellement réglementaire.

Situation particulière mise en avant dans plusieurs arrêts du Conseil d'Etat : la question des marchés et des collectivités territoriales. Le Conseil d'Etat estime depuis un arrêt assez récent que les règles des marchés des contrats passés par les collectivités territoriales doivent être fixées par le premier ministre par extension des règles fixes du marché de l'Etat.

Le Conseil d'Etat se fonde sur un décret-loi du 12 novembre 1938 qui donne une compétence réglementaire dans ce domaine. Ce décret-loi avait été abrogé par un texte que le Conseil d'Etat a annulé. Donc, ce décret-loi est toujours en vigueur qui fonde ici cette compétence réglementaire pour les marchés des collectivités (**CE assemblée. 5 mars 2003, Ordre des avocats à la Cour d'Appel de Paris**).

Le régime des contrats comporte deux aspects la passation, et l'exécution des contrats.

## **§ 1 – La passation des contrats administratifs**

Passation soumise à un régime paradoxal, principe de liberté mais soumis à des règles strictes.

### **A. Le principe de liberté contractuelle**

Ce principe constitue un élément important dans la passation d'un contrat. Il implique que les personnes parties à un contrat ont le choix de recourir au contrat ou pas, et le type de contrats, les cocontractants, le contenu du contrat... Le Conseil d'Etat ne pouvait pas rester insensible à cette tradition du contrat, il a reconnu à cette liberté contractuelle une valeur de principe. C'est un principe général du droit. Cela date de la fin des années 90. Il y a des exceptions au principe mais interprétés de façon stricte (**CE section, 28 janvier 1998, société Borgues Wagner**).

Quelle est la valeur de ce principe ? Le conseil constitutionnel a refusé de consacrer ce principe pendant longtemps. Le principe n'a pas valeur constitutionnelle mais sa méconnaissance oui (Conseil Constitutionnel, 20 mars 1997). Le Conseil Constitutionnel a nuancé sa position ses dernières années. Aujourd'hui, il considère que ce principe ne peut être violé par le législateur que pour des raisons d'intérêt général. Ce principe n'a pas de valeur constitutionnelle mais il est protégé (Conseil Constitutionnel, 13 janvier 2003).

Ce principe a-t-il la même valeur pour les contrats publics ? En principe oui. Le législateur ne pourra pas limiter les contrats publics ou du moins rarement. Principe renforcé mais encadré.

### **B. L'encadrement de la liberté contractuelle**

Cette liberté contractuelle est un principe. Notamment pour les contrats de délégation de services publics. Cette liberté de choix ne concerne que la délégation. Pour les marchés publics cette liberté disparaît un peu à cause du code des marchés publics. L'ancienne solution du moins disant a été abandonnée pour le mieux disant (celui qui correspond le mieux au marché). Le droit communautaire a altéré cette liberté.

La France n'en a pas tenu compte pendant longtemps mais là elle est obligée. La loi communautaire a été mal perçue (**29 janvier 1993, loi Sapin**). Cette loi institue des règles qui pèsent sur tous les contrats donc le principe de liberté est atténué. Cette loi de 1993 a apporté un élément nouveau : elle introduit une procédure visant à contrôler que ce contrat respecte les règles communautaires de mise en concurrence et de publicité. On l'appelle le référé précontractuel (avant que contrat soit signé). Les personnes qui sont susceptibles de passer un contrat avec administration sont autorisées à contester devant le juge administratif un contrat

avant sa signature pour manquement aux obligations communautaires. Recours très utilisé. Liberté contractuelle limitée. Le juge administratif a eu des pouvoirs importants dans cette réforme de 1993, le recours intervient avant signature du contrat donc le juge pourra suspendre ou écarté la signature.

Le juge administratif peut aussi reformer avant il ne pouvait qu'annuler. Juge de l'annulation pas de la réformation. Ce fut une révolution. Le juge se substitue à l'administration défaillante. Pouvoir nouveau. Réforme de 1993 importante. Arrêt connu **CE assemblée, 10 juin 1994, Cabourg**. Le juge administratif peut désormais par une ordonnance suspendre la passation d'un contrat. Le Conseil d'Etat contrôle ses ordonnances.

Le risque était d'inciter les collectivités à signer rapidement comme cela pas de référé. Il a fallu pallier à cet inconvénient. Le législateur est intervenu à l'occasion d'une loi sur le référé. Le juge peut suspendre la signature du contrat mais pas de façon illimitée. Cette suspension en vaut que pour 20 jours maximum.

## **§ 2 – L'exécution des contrats administratifs**

Régime établi de longue date le contrat administratif est spécifique puisque relation déséquilibrée entre administration et personne privée. Déséquilibre dans le régime, la volonté des personnes publiques prime. Il ne faut pas dissuader les particuliers.

### **A. Les prérogatives de l'administration**

L'administration a des prérogatives, elle peut intervenir pendant l'exécution du contrat. On distingue un pouvoir de contrôle, de sanction, de modification unilatérale. Ces prérogatives sont dérogatoires.

#### **➔ Pouvoir de contrôle et de direction.**

Le pouvoir de contrôle repose sur l'intérêt général. L'administration doit pour assurer l'intérêt général contrôler la bonne exécution des contrats. L'administration va pouvoir obliger les parties à faire ceci ou cela. L'administration peut imposer des choix techniques et diriger l'exécution du contrat. Le pouvoir de direction n'a de limite que dans la liberté de concurrence.

#### **➔ Pouvoir de sanction.**

Pouvoir de sanction en cas de manquement de la part du cocontractant. L'administration peut sanctionner le cocontractant. Il intervient sans recours au juge. Prérogative de l'administration. Régime dérogatoire. L'administration a une palette de sanctions, pécuniaires (dommages et intérêts, pénalité) si il y a une clause on a des pénalités.

Sanction coercitive qui contraint le cocontractant à réaliser le contrat. Sanctions fondées sur l'idée que le contrat doit être exécuté pour les besoins du service public. Pour un concessionnaire : séquestre, pour marché : mise en régie. Le juge vérifie les faits à l'origine de la sanction si l'administration peut se substituer au contrat mais le cocontractant demeure titulaire du marché. L'administration palie aux défaillances du cocontractant mais à ses frais. Résiliation prévue par le contrat ou prononcée par le juge.

#### **➔ Pouvoir de modification unilatérale.**

On parle aussi du principe de mutabilité du contrat administratif. C'est le principe d'adaptation du service public. Pouvoir de modification unilatérale. Ce pouvoir ne dépend pas d'une clause dans le contrat, il s'applique tout le temps (**CE, 21 mars 1910, Compagnie générale française des tramways**). 2 février 1983, pouvoir de modification unilatérale ne dépend que du juge et du fonctionnement du service public.

Pas de modifications possibles pour les clauses qui ne dépendent pas du service public. Si l'administration a un pouvoir important, l'administré a une garantie financière.

→ Pouvoir de résiliation.

C'est une modalité du pouvoir de modification. Il est fondé sur l'intérêt du service public comme l'autre principe. Résiliation du contrat si intérêt général le justifie (**2 février 1987, société TV6**). Le pouvoir de résiliation appartient à l'administration quel que soit le contrat. C'est une compétence discrétionnaire de l'administration. Le juge lui reconnaît ce pouvoir même si le contrat ne comprend pas cette résiliation. L'administration ne saurait s'enlever ce pouvoir. Elle ne peut pas renoncer à ce pouvoir (**CE, 6 mai 1985, association Eurolat**). Le cocontractant a un droit à indemnisation. Mais il ne peut pas faire annuler la résiliation. Pouvoir discrétionnaire, il ne peut pas aller devant le juge.

### **B. Les obligations du cocontractant**

Le cocontractant a l'obligation d'exécuter le contrat. Principe de l'intuitu personae. Il doit exécuter personnellement du contrat. Donc on limite les possibilités de recourir à des sous-traitants. Sous-traitance très encadrée. Loi du 31 déc. 1975 sur la sous-traitance. Conditions à la sous-traitance. Il y en a deux le sous-traitant doit être accepté par l'administration. Et le sous-traitant doit dire à l'administration comment il sera payé. Le juge administratif contrôle les conditions de paiement. Le juge exige la connaissance des conditions de paiement avec un dossier complet (**CE, 7 nov. 1980, société anonyme Schmidt valencienne**). Ce régime sévère concernant le sous-traitant dorénavant principe d'acceptation tacite. Lorsque l'administration ne répond pas au sous-traitant pour donner son accord sous 21 jours, l'administration est réputée avoir dit oui. Tous les sous-traitants ont-ils droit au paiement direct ? Le législateur a dit que seuls les sous traitant du 1<sup>er</sup> rang y avait droit (loi de 2001).

Droit de cession mais assorti d'une autorisation de l'administration. Le cocontractant a le droit de céder son contrat. Ce droit est traditionnellement assorti d'un contrôle. Droit résultant de **1905, Compagnie départementale des eaux**. PDG : l'administration a le droit d'être informée de la cession même si le contrat ne le prévoit pas (**CAA Lyon, 9 avril 1991, commune de saint Gervais**).

### **C. Les droits du cocontractant**

Ces droits sont limités. Le seul droit du cocontractant est celui d'être payé. Mais il ne peut pas faire grand-chose contre l'administration.

Droit aussi à un équilibre financier du contrat. Administration limitée dans le paiement du prix, elle ne peut pas différer le prix.

Droit à indemnité du cocontractant si l'administration ne respecte pas ses obligations. L'imprévisibilité ouvre un droit à indemnisation.

#### **D. L'influence des faits nouveaux sur l'exécution des contrats administratifs**

Influences des éléments extérieurs. Le cocontractant est souvent tenu de poursuivre le contrat mais en contre partie, il aura le droit à indemnisation. Il y a la force majeure (exonération de responsabilité) le fait du prince, et l'imprévision qui est la plus importante.

→ La force majeure : elle est indépendante de la volonté des cocontractants, elle présente la particularité d'empêcher l'exécution du contrat. Pour qu'il y ait force majeure l'évènement doit être totalement extérieur, il doit être imprévisible tous cela sera vérifié par le juge administratif. Le contrat ne pourra être exécuté. Grève pas cas de force majeure mais la pluie ou le vent oui. L'administration ne pourra plus appliquer des sanctions s'il y a force majeure. Le cocontractant pourra demander au juge sa libération du contrat alors que normalement seule l'administration peut se libérer. La force majeure ne produit d'effet que pendant la période où elle se manifeste.

→ Le fait du prince : théorie de la jurisprudence. C'est la volonté de l'administration. L'action de l'administration qui a pour conséquences de rendre plus difficile l'exécution du contrat. Fait du prince : conséquences du pouvoir de modification unilatérale. Théorie favorable au cocontractant mais de moins en moins reconnue par le juge administratif. Théorie dépassée. Le fait du prince oblige l'administration à réparer intégralement. Responsabilité contractuelle de l'administration, elle doit rétablir l'équilibre financier du contrat.

→ L'imprévision : c'est la plus reconnue, c'est un évènement indépendant de la volonté du cocontractant qui intervient pendant l'exécution du contrat qui présente un caractère anormal et imprévisible. Cela augmente les charges du cocontractant. L'imprévision peut être surmontée pas comme la force majeure. Il faut quand même une injection d'argent. Le juge estime que l'imprévision résulte d'un évènement anormal et imprévisible comme la crise économique, la guerre. Imprévision : situation extracontractuelle pour le juge, elle sort des contrats. Le cocontractant n'a plus les sous de continuer. Cela ressemble à la force majeure mais n'est pas insurmontable. Cette théorie a été mise en place par un grand arrêt de **1916 compagnie générale d'éclairage de bordeaux**.

Exigence de poursuite du contrat (**5 novembre 1982, société Propétrol**). Donc différent de la force majeure.

La théorie de l'imprévision est une théorie d'ordre public. L'obligation d'indemnisation et de poursuite des obligations s'applique tout le temps. Cela s'applique à tous les contrats administratifs. La Cour de Cassation applique la théorie de l'imprévision en droit privé, elle admet que dans certains cas les parties puissent être indemnisées s'il y a des circonstances imprévues (**Cour de Cassation, 16 mars 2004, société des repas parisiens**).

L'état d'imprévision est temporel. Si on ne peut sauver le contrat l'état d'imprévision devient un cas de force majeure et donc le contrat est annulé (**CE, 1932, compagnie des tramways de Cherbourg**).