

Bibliographie : Que sais-je ? Dt administratif (Mme POUYAUD ou M WEIL).

Le Gaja (grands arrêts jurisprudence administrative)

Le droit administratif français – Tiffine Pierre

Revue juridique (Lebon – recueil arrêts du Conseil d'Etat REC.CE)

AJDA Actualité juridique du Droit Administratif

JCP – Semaine juridique. JCPG, JCPA (administration, collectivités)

RFDA Revue Française du Droit Administratif

RDP Revue du Droit Public

DR.ADM, LPA Les petites affiches

Examen de 3 heures avec 1 commentaire d'arrêt et 1 dissertation

PARTIE 1 : LE DOMAINE DU DROIT ADMINISTRATIF

Titre 1 : L'objet du Droit Administratif

1) L'administration

Ce terme peut désigner deux choses. La première approche est l'action d'administrer, l'administration fonction. La seconde peut désigner les organes chargés d'administrer, l'administration système d'organes. Ces deux approches ne donnent qu'une vision incomplète et imparfaite de ce qu'est l'administration. Pour trois raisons :

Les missions de l'administration évoluent et peuvent être difficiles à cerner. A l'origine, l'administration est cantonnée aux activités régaliennes de l'Etat. Ces missions ensuite se sont diversifiées, notamment dans les domaines de la santé et de l'éducation.

Les structures de l'administration évoluent et notamment il est admis aujourd'hui que les personnes privées peuvent prendre en charge des activités administratives.

Enfin, certaines Autorités Administratives ne sont pas cantonnées à des activités administratives. Par exemple, le Président de la République, le premier ministre, les ministres ont une activité administrative (pouvoir de nomination) mais également une activité gouvernementale (dissolution AN).

Ces difficultés conduisent à privilégier une approche moderne de l'administration. L'administration est constituée par l'ensemble des structures publiques et parfois privées qui ont pour mission d'assurer le bon fonctionnement des services publics, c'est-à-dire d'activités d'intérêt général.

2) La notion de droit administratif

Il y a trois éléments qui caractérisent le droit administratif : le droit administratif est constitué par un ensemble de règles qui s'appliquent à l'administration dans le cadre de son fonctionnement. Sont concernés le fonctionnement interne de l'administration (par ex les règles applicables au recrutement des agents ou encore les règles de désignation des Autorités Administratives) et les relations entre l'administration et les administrés (par ex il peut s'agir des règles de responsabilité administratives ou des règles de conclusion des contrats administratifs).

Toutes les règles qui s'appliquent à l'administration ne sont pas des règles de droit administratif. Dans certains cas, l'administration est soumise au droit privé, notamment au droit civil et au droit commercial et dans ces hypothèses, ça relèvera en cas de litige en principe de la compétence du juge judiciaire.

Le Droit Administratif est avant tout un droit jurisprudentiel. Il n'existe pas de codification du droit Administratif, c'est d'abord un ensemble de règles de droit qui ont été créées par le juge administratif lui-même.

Titre 2 : La spécificité du Droit Administratif

L'existence d'un Droit Administratif et de tribunaux spécialisés chargés de résoudre le contentieux administratif découle directement du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

Chapitre 1 : La séparation des Autorités Administratives et Judiciaires

1) Le contenu et la règle de séparation des autorités administratives et judiciaires

Cette règle interdit au juge judiciaire de trancher des litiges mettant en cause l'administration.

1.1) Les justifications de la règle de séparation

1.1.1) Les justifications juridiques

La règle de séparation des autorités judiciaires et administratives peut paraître liée au principe de séparation des pouvoirs. L'idée est que l'administration relève du pouvoir exécutif et en conséquence le pouvoir judiciaire ne serait pas autorisé à empiéter sur son domaine. Pourtant, tous les régimes qui se sont inspirés de la séparation des pouvoirs n'ont pas impliqué de règles de séparation entre autorité judiciaire et administratif. Aux Etats-Unis par ex, il existe une confusion dans la fonction juridictionnelle entre le contentieux des personnes privées et celui de l'administration. A l'inverse, certains régimes de confusion des pouvoirs connaissent une séparation des autorités administratives et judiciaires. En France, sous l'Ancien Régime, les affaires mettant en cause l'administration échappaient en principe à la compétence des parlements.

1.1.2) Les justifications l'ordre pratique

Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires est lié à la volonté d'accorder un privilège de juridiction à l'administration tel que ce privilège existait déjà sous l'Ancien Régime. L'administration royale s'était progressivement dotée des moyens de juger elle-même les litiges relatifs à son fonctionnement. Le but recherché était d'échapper à la compétence des parlements, c'est-à-dire aux cours de justice locales dont relevait en principe l'ensemble des justiciables. Au XIV^{ème} siècle, l'ordonnance de Vivier Enbrie crée une chambre des comptes qui était compétente pour connaître des affaires financières (cour des comptes). A la fin du XIV^{ème} siècle est créée une cour des Aides compétente en matière fiscale. Surtout, en 1641, l'édit de Saint-Germain va interdire de façon générale aux parlements de connaître des litiges concernant les finances et le fonctionnement des administrations. Ce principe va être repris par les révolutionnaires.

1.2) Les textes instituant la séparation

Il s'agit de la loi des 16 et 24 Août 1790 et du décret du 16 Fructidor An 3. Ces textes témoignent de la méfiance des révolutionnaires à l'égard des tribunaux de droit commun et de leur volonté de protéger l'administration. Cette méfiance se justifiait par le fait que les membres des parlements étaient issus de la noblesse. Ces textes sont exclusivement rédigés sous une forme négative. En effet, ils se bornent à définir deux grandes interdictions à l'encontre des parlements.

Tout d'abord, la première interdiction vise à protéger le pouvoir législatif du pouvoir judiciaire. L'art 10 de la loi cite « les tribunaux (judiciaires) ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif ». L'art 12 « Ils ne pourront point faire de règlements ». Par conséquent, cette première interdiction interdit les tribunaux de s'immiscer dans l'activité législative, ce qui implique notamment la prohibition des arrêts de règlement, c'est-à-dire des décisions de justice qui établissent des règles de portée générale.

La deuxième interdiction vise à protéger le pouvoir exécutif du pouvoir judiciaire. L'art 13 « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront à peine de forfaiture (délict) troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction ». Cette règle est rappelée par le décret du 16 Fructidor An 3 « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque manière que ce soit aux peines de droit ». Cette seconde interdiction concerne donc l'activité administrative dans laquelle les parlements n'ont pas le droit de s'immiscer. Si ces textes réfutent la compétence du juge judiciaire, ils ne précisent pas devant quelle instance devront être portés les litiges mettant en cause l'administration. Ils ne précisent pas non plus quel droit devra être appliqué à l'administration. Ces questions ne seront résolues qu'ultérieurement.

2) Les effets de la règle de séparation des autorités administratives et judiciaires

2.1) La naissance des juridictions administratives

Après la loi des 16 et 24 Août 1790, il s'est agi de savoir si le privilège donné à l'administratif devait aboutir à une immunité totale. Une telle immunité n'est pas concevable. Si l'administration doit échapper à la compétence du juge judiciaire, elle a été soumise au contrôle d'autres autorités.

Dans un premier temps, ce contrôle a été exercé par l'administration elle-même. Dans un second temps, des juridictions spécialisées ont été créées.

2.1.1) Le système de l'administrateur-juge

Ce système s'explique par l'interdiction faite aux juges judiciaires de juger l'administration et d'autre part, par l'inexistence de juridictions spécialisées qui pourraient connaître du contentieux administratif. Dans ce système, c'est donc l'administration elle-même qui règle les litiges occasionnés par ce fonctionnement. Ex : un litige entre un particulier et une administration des postes. Ce litige devait d'abord être soumis au directeur du service des postes du département. La décision prise pouvait ensuite être contestée devant le ministre des postes.

En droit, ce système est conforme à la théorie de la séparation des pouvoirs. En effet, pour Montesquieu, le pouvoir judiciaire consiste à régler les différends entre particuliers et à juger les poursuites pénales intentées contre eux. L'administration n'est pas concernée, il est tout à fait possible dans ce système de ne pas dissocier l'administration de son juge.

De plus, en équité, ce système n'est pas satisfaisant puisque l'administration est à la fois juge et partie dans les litiges.

2.1.2) La création d'une administration juridictionnelle

La constitution du 22 Frimaire An 8 crée le Conseil d'Etat. La loi du 28 Pluviôse An 8 crée dans chaque département des conseils de préfecture. Ces institutions ne peuvent être considérées comme des juridictions indépendantes vis-à-vis de l'administration ni même comme les juges de droit commun du contentieux administratif.

Comme les conseils de préfecture, le CE relève de l'administration active. Ils sont chargés d'une double fonction consultative et contentieuse. Cette dualité existe encore aujourd'hui au niveau du Conseil d'Etat. En effet, il existe au sein de cette institution une section du contentieux qui rend les jugements et six sections administratives qui ont pour principale mission de conseiller le gouvernement, notamment sur les projets de loi et sur les projets de décret.

Les conseils de préfecture et le conseil d'Etat ne sont pas des juridictions indépendantes mais des organes administratifs ordinaires, ils ne rendent que des avis sur les litiges qui leur sont soumis, c'est le chef de l'Etat qui décide sur avis du Conseil d'Etat, ce sont les préfets qui décident sur avis des conseils de préfecture. On appelle ce système un système de justice retenue.

La création d'une administration juridictionnelle n'a pas mis fin au système de l'administrateur-juge. C'est l'administration elle-même et notamment les ministres qui demeurent juges de droit commun en premier ressort. En effet, la loi du 28 Pluviôse An 8 n'attribuait au conseil de préfecture qu'une compétence d'attribution en matière de contentieux des travaux publics et en matière de contentieux des contributions directes. Dans ce système, le conseil d'Etat est juge d'appel des décisions rendues par les conseils de préfecture et par les ministres. Ainsi, le système demeure imparfait et il reste marqué par le poids de l'administration active dans le déroulement des procès devant le juge administratif.

2.1.3) La séparation progressive de l'administration active et de l'administration juridictionnelle

2.1.3.1) La transformation des organes consultatifs en organes de décision

Dans la pratique, les préfets et le chef de l'Etat ont très vite pris l'habitude de suivre les avis du Conseil d'Etat et des conseils de préfecture.

La loi du 3 Mars 1849 va abandonner le système de la justice retenue. On considère alors que le Conseil d'Etat rend la justice au nom du peuple français qui lui a délégué cette compétence, c'est ce qu'on appelle un système de justice déléguée.

Après le coup d'Etat de Louis Napoléon Bonaparte, on revient à un système de justice retenue. Le système de justice déléguée sera finalement rétabli par la loi du 24 Mai 1872. Ce système ne sera plus jamais remis en cause.

2.1.3.2) L'extension des compétences juridictionnelles du CE

Le CE devient le juge de droit commun du contentieux administratif. Cette évolution ne résulte pas d'un texte mais de la propre jurisprudence du CE. Le CE va en effet abandonner la théorie de l'administrateur-juge à l'occasion de l'arrêt Cadot du 13 Décembre 1889. Le maire d'une commune avait décidé de supprimer le poste de l'un de ses agents. Conseil d'Etat agent demande une indemnité à l'administration elle-même, à savoir le maire, qui rejette sa demande. Le requérant va alors exercer un recours contre cette décision de rejet devant le supérieur hiérarchique du maire, à savoir le ministre de l'intérieur. Le ministre refuse de statuer alors qu'il était compétent, sa décision est contestée devant le CE. Ce dernier rejette le recours et il considère en conséquence que c'est à bon droit que le ministre s'est déclaré incompétent. Implicitement, le CE abandonne la théorie de l'administrateur-juge.

Cette théorie n'avait pas été établie par un texte. Il s'agissait d'une pratique née de la règle de séparation des autorités judiciaires et administratives et de l'absence à l'origine de juridictions administratives. Après l'arrêt Cadot, les conseils de préfecture (CDP) demeurent juges d'attribution en premier ressort dans les matières visées par la loi du 28 Pluviôse An 8. Le CE est toujours juge d'appel des décisions des conseils de préfecture, mais surtout il est juge en premier et dernier ressort de droit commun du contentieux administratif. Le CE est donc en principe en cas de litige à la fois le premier juge et le dernier juge de l'administration (en dehors de compétence du CDP).

2.1.3.3) Le renforcement de la juridiction administrative

Ce renforcement s'est d'abord manifesté par la spécialisation du personnel du CE et des CDP. A l'origine, il n'existait pas de distinction entre les fonctions administratives et juridictionnelles de ces institutions. Une dissociation progressive va ensuite s'opérer.

Première étape, un décret du 11 Juin 1806 avait créé au sein du CE une commission des contentieux qui était spécifiquement chargée d'instruire les litiges portés devant le CE. La loi du 3 Mars 1849 a transformé cette commission en section du contentieux. Actuellement, le CE est composé de cette sections, la section du contentieux qui a un rôle juridictionnel et les sections administratives dont la mission principale est de conseiller le gouvernement.

Seconde étape, l'ordonnance des 2 Février et 12 Mars 1831 qui crée au sein du CE l'institution des commissaires du gouvernement. Il s'agit de membres du CE qui participent à l'instance non pas en participant à la rédaction du jugement mais en prononçant des conclusions dans lesquelles il propose une solution aux litiges. A l'origine, les commissaires du gouvernement sont sensés défendre les intérêts de l'administration contre le requérant. Mais dans la pratique, les commissaires du gouvernement vont très tôt considérer qu'ils sont indépendants vis-à-vis du gouvernement et que leurs conclusions sont prononcées en leur propre nom. Un décret du 7 Janvier 2009 a transformé l'appellation des commissaires du gouvernement qui sont désormais dénommés des rapporteurs publics.

Troisième étape, les réformes des CDP. Les CDP deviennent à partir de 1926 des juridictions interdépartementales. La présidence des CDP échappe dès lors au préfet. Ensuite, plusieurs textes de loi vont accroître la compétence d'attribution des CDP, notamment en 1934 les CDP se voient attribuer la quasi-totalité du contentieux des institutions locales (communes, départements...) pour soulager le CE. Un décret-loi du 30 Septembre 1953 remplace les CDP par des Tribunaux Administratifs avec une évolution notable à la différence des CDP, les TA sont juges en premier ressort de droit commun du contentieux administratif. Le CE devient juge d'appel de droit commun des décisions des TA.

Dernière étape, la loi du 31 Décembre 1987 porte création des Cours Administratives d'Appel. Dans ce nouveau schéma, le CE est principalement juge de cassation des arrêts des Cours Administratives d'Appel. C'est le schéma actuel.

2.1.4) La constitutionnalisation de la justice administrative

La Constitution de 1958 ne consacre aucun article à la juridiction administrative alors qu'elle consacre un titre entier à la juridiction judiciaire. Cette situation était identique sous l'Empire des constitutions antérieures. En conséquence, aucun principe ne protégeait l'existence même de la juridiction administrative des atteintes que pourraient lui porter le législateur. Finalement, c'est le Conseil Constitutionnel qui va conférer un statut constitutionnel à la juridiction administrative par le recours à la technique des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR).

Conseil Constitutionnel, 22 Juillet 1980, décision loi de validation : Le principe d'indépendance de la juridiction administrative est un PFRLR. Ce principe trouve sa source dans la loi du 24 Mai 1872 qui avait conféré la justice déléguée au CE.

Conseil Constitutionnel, 23 Janvier 1987, décision conseil de la concurrence : Conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, il existe un principe selon lequel l'annulation et la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique par les autorités administratives relèvent de la compétence de la juridiction administrative. En d'autres termes, seul le juge administratif est compétent pour annuler ou réformer un acte administratif. En reconnaissant un domaine exclusif à la juridiction administrative qui est garanti constitutionnellement, c'est l'existence même de cette juridiction qui se trouve garantie.

2.1.5) Les rapports entre l'administration juridictionnelle et l'administration active

Le juge administratif a acquis son indépendance en se séparant progressivement de l'administration qu'il contrôle. Cette séparation pose un certain nombre de difficultés qui a conduit au rétablissement d'un certain nombre de passerelles entre l'administration et son juge.

2.1.5.1) La confusion relative entre les personnels de l'administration active et les personnels de l'administration juridictionnelle

Des difficultés sont apparues suite à l'arrêt du CE du 19 Octobre 1962 Canal Robin et Godot. Le CE censure une ordonnance du Président de la République portant création suite à une application référendaire d'une Cour militaire de justice. Suite à cette décision, De Gaulle envisage de supprimer le CE, lequel selon lui n'est pas suffisamment conscient des difficultés auxquelles l'administration est confrontée.

Finalement, il va choisir de réformer le CE par un décret du 30 Juillet 1963. Ce décret fait notamment évoluer les règles d'affectation des membres du CE. Avant la réforme existait un système de roulement, c'est-à-dire qu'au cours de leur carrière, les membres du CE pouvaient être successivement affectés aux différentes sections du CE. Le décret de 1963 met en place un système de double appartenance. En principe, les membres du CE sont affectés à la fois à la section du contentieux et à une section administrative. Ainsi, ils sont à la fois juges de l'administration et conseils de l'administration, ce qui leur permet d'être plus au fait de son fonctionnement.

Le système de double appartenance a été assoupli par un décret du 22 Février 2010 codifié à l'art R121-3 du Code de Justice Administrative : la double appartenance n'est désormais plus obligatoire.

L'organisation du CE pose le problème de son impartialité puisque le CE est à la fois juge de l'administration et conseil de l'administration. Par exemple, le CE peut donner un avis sur un projet de décret qui pourra ensuite être contesté devant lui par un justiciable. Il se pose plus précisément la question de la conformité de cette organisation au regard de l'art 6§1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme relatif au procès équitable. La Cour Européenne des Droits de l'Homme dans un arrêt Procola contre Luxembourg du 28 Septembre 1995 avait considéré que le fonctionnement du CE luxembourgeois n'était pas conforme à l'art 6§1 dans la mesure où les mêmes personnes étaient amenées à donner un avis sur un texte avant de juger ce texte lorsqu'il faisait l'objet d'un recours. Pour le CE français, la situation est différente puisque la loi du 24 Mai 1872 prévoyait dans son art 20 qu'une même personne membre du CE ne pouvait pas donner un avis sur un texte et par la suite être juge de la légalité de ce texte. Conseil d'Etat art 20 a ensuite été abrogé par une ordonnance du 31 Juillet 1945 mais cette règle a continué à s'imposer sous une forme coutumière.

La CEDH dans un arrêt du 9 Novembre 2006 Société Sacilor Lormines contre France va considérer que cette règle de fonctionnement ne constitue pas une violation de l'art 6§1 de la CEDH. Cette règle de fonctionnement a finalement été reprise par un décret du 6 Mars 2008 codifié à l'art R122-21-1 du Code de Justice Administrative « Les membres du CE ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les actes pris après avis du CE dès lors qu'ils ont participé à la section qui a formulé cet avis.

2.1.5.2) L'intervention croissante du juge dans le fonctionnement de l'administration active

La séparation progressive de l'administration et de son juge pose un problème majeur. Puisque le juge est désormais exclu de l'administration active, il s'interdit de faire acte d'administrateur. Ce qui pourra occasionner des difficultés pour contraindre l'administration à respecter les décisions la condamnant. Par exemple, un requérant conteste la décision d'un maire lui refusant l'octroi d'un permis de construire. Si ce refus est illégal, le

juge ne pourra qu'annuler la décision contestée. En revanche, il ne pourra pas se substituer au maire pour délivrer le permis demandé.

Pour régler cette difficulté, un décret du 30 Juillet 1963 pour le CE et la loi du 8 Février 1995 pour les TA et les CDP ont créé un mécanisme d'incitation à l'exécution des jugements. Ce mécanisme permet au bénéficiaire d'un jugement condamnant l'administration de saisir une nouvelle fois le juge qui a rendu la décision en cas de difficulté d'exécution. Le juge va alors intervenir auprès de l'administration pour l'inciter à s'exécuter. Ce système est toutefois inefficace en cas de mauvaise volonté de l'administration.

En revanche, la loi du 16 Juillet 1980 pour le CE et la loi du 8 Février 1995 pour les TA et les CAA permettent aux juges de prononcer des injonctions (obligation de faire) éventuellement assortis d'astreinte. Par exemple, le juge est saisi d'un recours contre une décision licenciant un agent public. Si cette décision est illégale, il pourra l'annuler et également enjoindre à l'autorité compétente le cas échéant sous astreinte, à réintégrer l'agent.

2.2) La naissance et l'essor du droit administratif

L'administration puis le juge administratif en tranchant eux-mêmes les litiges vont créer des solutions originales et donner naissance à un véritable droit administratif distinct du droit applicable aux personnes privées. L'autonomie du Droit Administratif est notamment affirmée dans l'arrêt Blanco du 8 Février 1873. Dans cet arrêt, le Tribunal des conflits affirme que les règles du Code Civil ne s'appliquent pas à la responsabilité des personnes publiques et que seul le juge administratif est compétent pour juger l'administration.

A l'origine, c'est un droit inégalitaire puisqu'il privilégie les intérêts de l'administration aux intérêts des administrés. Par exemple, alors qu'en droit civil, toute faute engage la responsabilité de son auteur, en droit administratif, la condamnation de l'administration a longtemps été subordonnée à la démonstration d'une faute lourde. Par la suite, les règles ont évolué dans un sens de plus en plus favorable aux intérêts des administrés.

3) Les difficultés soulevées par la séparation des autorités administratives et judiciaires

Au préalable, il faut distinguer deux problèmes. Tout d'abord, le problème des conflits de juridiction qui concernent l'hypothèse ou au sein d'une même juridiction la compétence pour connaître d'un litige est disputée entre plusieurs tribunaux.

En France, chaque ordre de juridiction dispose de ses propres mécanismes de règlement de ses conflits qui font intervenir soit la Cour de Cassation, soit le CE. Ces conflits ne sont pas liés à l'application de la règle de séparation des autorités administratives et judiciaires.

Cette règle est en revanche en cause lorsque le conflit porte sur la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Dans ce cas, les difficultés peuvent se situer à deux niveaux différents. Elles peuvent concerner l'attribution des litiges aux juridictions administratives et judiciaires. Ces conflits d'attribution recouvrent deux hypothèses : un juge de l'ordre judiciaire est saisi et sa compétence est contestée par le représentant de l'administration active qui sera généralement le préfet (conflit positif) OU les juges des deux ordres de juridiction se déclarent successivement incompétents pour connaître d'un même litige (conflit négatif).

Les difficultés peuvent ensuite concerner le fond du droit. Dans cette hypothèse, les juges des deux ordres de juridiction se déclarent compétents mais ils rendent sur le fond des décisions contradictoires aboutissant à un déni de justice (situation dans laquelle le requérant ne trouve pas son juge).

3.1) Les conflits d'attribution

3.1.1) L'apparition des procédures de conflit d'attribution

La procédure de conflit positif est plus ancienne que celle de conflit négatif. Ceci s'explique par le fait que ces procédures ont d'abord été envisagées dans un sens unique conformément à la loi des 16 et 24 Août 1790. Il s'est d'abord agi exclusivement de protéger l'administration du juge judiciaire. C'est pour cette raison que l'administration dispose aujourd'hui encore d'un rôle essentiel dans le déclenchement de la procédure de conflit positif.

Sous l'Ancien Régime, les agents du Roi revendiquaient déjà les affaires soumises au Parlement mettant en cause l'administration. Lorsque ce pouvoir de revendication était exercé, les Parlements avaient l'obligation de se dessaisir. Sous la Révolution, ce système s'est prolongé mais il n'était pas satisfaisant puisqu'il présentait un risque d'arbitraire de la part de l'administration.

Finalement, la procédure de revendication a été réformée par une ordonnance du 1^{er} Juin 1828 qui organise la procédure de conflit positif d'attribution. C'est en principe le préfet qui va déclencher la procédure lorsqu'il estime qu'un juge judiciaire est saisi d'une affaire mettant en cause l'administration et échappant à sa compétence. Dans ce cas, il va adresser au procureur de la République de la juridiction concernée un déclinatoire de compétences. Il s'agit d'un document dans lequel le préfet, après avoir exposé ses motifs, demande au juge judiciaire de se déclarer incompétent. Lorsque le juge judiciaire est saisi par le procureur du déclinatoire de compétence, il doit en principe surseoir à statuer jusqu'à ce que la question de compétence soit résolue. En pratique cependant, il n'est pas rare que le juge passe outre cette obligation et qu'il rende un jugement sur le fond. Dans cette hypothèse, la procédure de conflit positif pourra néanmoins se poursuivre et si au final elle aboutit à reconnaître l'incompétence du juge judiciaire, le jugement intervenu au fond sera considéré nul et non avenue.

Le juge judiciaire va statuer sur le déclinatoire de compétences. Si le juge judiciaire se range à l'avis du préfet, il va rendre un jugement d'incompétence, ce qui va mettre un terme à la procédure de conflit positif. Dans le cas contraire, le préfet disposera d'un délai de 15 jours pour élever le conflit, c'est-à-dire pour prendre un arrêté de conflit motivé dans lequel il va réitérer les motifs pour lesquels il estime que le juge judiciaire est incompétent.

Le juge des conflits dispose alors de 4 mois pour statuer. Si l'arrêté de conflit est annulé, l'instance va reprendre devant le juge judiciaire. En revanche, si l'arrêté est confirmé, la partie intéressée disposera d'un délai de 2 mois pour saisir le tribunal compétent.

3.1.2) Le Tribunal des conflits

A l'origine, dans le cadre de la procédure de conflit positif, c'est le CE qui fait office de juge des conflits. La Constitution de 1848 a ensuite prévu la création d'une juridiction spécialisée : le Tribunal des Conflits (TC).

Cette juridiction est composée de 4 membres du CE et de 4 membres de la CCass. Cette juridiction est présidée par le Garde des Sceaux qui n'intervient en pratique qu'en cas de partage des voix.

Sous le IInd Empire, le TC est supprimé et le CE redevient le juge des conflits. Finalement, le TC est rétabli par la loi du 24 Mai 1872 sous la même forme que sous la IInde République. A ce titre, le TC peut trancher les conflits positifs et les conflits négatifs d'attribution. Plus récemment, le décret du 26 Juillet 1960 lui a attribué une mission plus générale de simplification des procédures.

3.1.2.1) Le conflit positif d'attribution

L'objet de la procédure de conflit positif d'attribution :

Il ne s'agit pas d'un conflit entre deux juges mais d'un conflit entre un juge judiciaire et l'administration active généralement représentée par le préfet. Le juge judiciaire s'estime compétent pour connaître de l'affaire dont il est saisi. De son côté, ce que veut le préfet, c'est soustraire le litige à la compétence du juge judiciaire. Conformément au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, il ne s'agit pas pour lui de revendiquer la compétence du juge administratif. Certes, dans la grande majorité des cas, lorsque le préfet

intervient, c'est qu'il considère par ailleurs que c'est le juge administratif qui aurait dû être saisi. Cependant, ce n'est pas toujours le cas.

Par ex, TC 2 Février 1950, Société Radio Andorre : cette affaire met en cause non pas un acte administratif mais un acte de gouvernement se rattachant à la conduite des relations internationales et qui est insusceptible de recours contentieux. En l'espèce est en cause une décision du ministre de l'information qui avait ordonné le brouillage des ondes d'une station radio étrangère. Le juge judiciaire est saisi, et le préfet va mettre en œuvre la procédure de conflit positif. Il s'agit bien ici de faire en sorte que le juge judiciaire soit déclaré incompétent mais il ne s'agit nullement de revendiquer la compétence du juge administratif puisque l'acte en cause est inattaquable.

Les tribunaux pouvant être saisis d'une procédure de conflit positif d'attribution :

Seuls les tribunaux judiciaires sont concernés par cette procédure. Cette procédure est recevable devant l'ensemble des juridictions judiciaires du 1^{er} degré. En appel, la procédure de conflit positif n'est recevable que si la question de compétence n'a pas été définitivement tranchée. Enfin, devant la CCass, la procédure de conflit positif ne peut jamais être mise en œuvre.

Les matières dans lesquelles le conflit positif peut être élevé :

Le législateur a voulu éviter que l'administration n'utilise cette procédure pour protéger ses agents en cas de crime ou de délit commis par eux. Par conséquent, l'élévation du conflit est autorisée en matière civile mais interdite en matière pénale. Cette distinction pose des difficultés, en effet, la distinction entre la matière pénale et la matière civile ne recouvre pas la distinction qui est faite entre les tribunaux civils et les tribunaux répressifs. En effet, les tribunaux répressifs peuvent statuer en matière pénale mais également en matière civile.

Par exemple, un fonctionnaire peut être attaqué pénalement devant le juge répressif et faire l'objet devant le même juge d'une demande de dommages et intérêts au civil. C'est le cas par exemple d'un chirurgien qui sera poursuivi devant le juge pénal pour homicide involontaire. Dans un tel cas, le préfet, s'il estime que le fonctionnaire n'a pas commis de faute personnelle, il pourra élever le conflit sur l'action civile. En revanche, il ne pourra pas élever le conflit sur l'action pénale. Cette solution s'explique par le fait que la faute pénale n'est pas forcément une faute qui engage la responsabilité civile de son auteur. L'arrêt Thepaz 14 Janvier 1935.

3.1.2.2) Le règlement et la prévention des conflits négatifs

Le règlement des conflits négatifs :

Cette procédure a été instituée par un décret du 20 Octobre 1849. A la différence de la procédure de conflit positif qui oppose un juge judiciaire au représentant de l'administration, la procédure de conflit négatif oppose un juge judiciaire à un juge administratif qui s'estiment tous deux incompétents pour connaître d'un même litige. Cette procédure va dès lors avoir pour objet la désignation de la juridiction compétente.

Le recours devant le TC peut être exercé directement par la partie intéressée sans condition de délai. Le TC va ensuite annuler le jugement du tribunal qu'il estime compétent. Le requérant devra alors introduire un nouveau recours devant le tribunal ainsi désigné.

Pour qu'il y ait conflit négatif et pour que le TC puisse être saisi, trois conditions doivent être réunies :

- Chaque tribunal doit avoir refusé de connaître du litige en opposant à l'action l'incompétence de son ordre juridictionnel. Il en résulte qu'une simple décision d'incompétence du tribunal saisi qui ne tranche pas la question de la compétence des autres tribunaux de l'ordre auquel il appartient ne permet pas de considérer que cette condition est remplie. Ex TC, 26 Juin 1989, arrêt Plouin : il n'y a pas conflit négatif dans une hypothèse où un TGI s'est déclaré incompétent au motif que l'affaire dont il est saisi relève de la compétence du juge de l'expropriation (autre juge judiciaire).

- L'un des jugements d'incompétence doit être erroné. Cette condition ne sera pas remplie si par exemple le litige porte sur un acte de gouvernement ou dans le cas où c'est le Conseil Constitutionnel qui aurait dû être saisi.
- Les jugements d'incompétence doivent se rapporter à la même question

TC, 1945, Cuvillier : Le 6 Février 1934, un couple de retraités est agressé par des policiers. Le juge judiciaire est saisi par les époux Cuvillier d'une action en responsabilité contre l'Etat en application de la loi du 5 Avril 1884 qui prévoit que ce juge est seul compétent pour réparer les dommages occasionnés par une émeute. Le juge judiciaire se déclare incompétent car au moment de l'agression, l'émeute n'avait pas débuté. Les requérants vont alors attaquer l'Etat devant le juge administratif. Le CE va à son tour se déclarer incompétent. Selon lui, l'agression est en lien avec l'émeute même si elle n'avait pas encore débuté. Le TC est saisi et il va statuer dans le cadre de la procédure de conflit négatif. En effet, les deux juges ont bien été saisis de la même question. Il y a identité de parties puisque devant les deux juges, les époux attaquent l'Etat. Ensuite, il y a identité d'objet puisque devant les juges les requérants demandent le versement de dommages et intérêts. Enfin, il y a identité de cause puisque devant les deux juges, le débat juridique porte sur la question d'application de la loi de 1884. Le TC va finalement considérer que la loi 1884 était applicable et que c'est le juge judiciaire qui est donc compétent.

La prévention des conflits négatifs :

Cette prévention a été organisée par un décret du 25 Juillet 1960. « Lorsqu'un juge d'un ordre de juridiction a été saisi d'un litige et s'est déclaré incompétent, le juge de l'autre ordre qui sera saisi du même litige, s'il s'estime également incompétent, ne pourra rendre de jugement d'incompétence. Ce second juge devra directement transmettre le dossier au TC qui désignera le juge compétent ».

Ce mécanisme de prévention n'a pas totalement éliminé la survenance de conflits négatifs. En effet, le second tribunal saisi n'est tenu de saisir le TC que si le premier jugement est devenu définitif. Par ex, TA Lyon, Société Rhodanienne de distribution. Le second juge n'a pas renvoyé l'affaire au TC s'il apparaît que le premier jugement rendu n'a pas été régulièrement signifié.

3.2) Le Tribunal des conflits juge du fond

L'ordonnance de 1828 et le décret de 1849 n'attribuent au TC qu'une mission de répartiteur des compétences. Le TC statue sur la compétence mais il ne tranche pas l'affaire au fond. Dans certains cas (très rares) apparaissent des conflits au fond entre les deux ordres de juridiction aboutissant à un déni de justice. Par ex, l'affaire Rosay : en 1925 une personne est blessée lors d'une collision entre un véhicule privé et un véhicule militaire. La victime attaque devant le juge judiciaire le conducteur du véhicule privé. Le juge judiciaire s'estime compétent puisque c'est une personne privée qui est mise en cause. Mais sur le fond, il rejette la demande de dommages et intérêts aux motifs que le conducteur fautif n'est pas le conducteur du véhicule privé. Le requérant va donc attaquer l'Etat devant le juge administratif. Le juge administratif se déclare compétent puisque c'est l'Etat qui est mis en cause. Mais sur le fond, l'action est rejetée puisque l'accident n'est pas imputable au conducteur du véhicule militaire. Dans cette hypothèse, on aboutit à un déni de justice. Il ne fait pas de doute que la victime doit être indemnisée mais les décisions contradictoires sur le fond rendues par les deux juges ne lui permettent pas d'obtenir satisfaction. Puisqu'il ne s'agit pas d'un conflit concernant la répartition des compétences, le TC ne pouvait être saisi. L'affaire Rosay a fait scandale, ce qui a conduit le législateur à adopter la loi du 20 Avril 1932 qui charge le TC de juger au fond ce type d'affaires. Cette loi s'est vue conférer un caractère rétroactif pour pouvoir s'appliquer à l'affaire Rosay. TC, Arrêt Rosay, 8 Mai 1933. Le TC va estimer que les deux conducteurs ont commis une faute. En conséquence, l'Etat et le conducteur du véhicule privé devront prendre en charge chacun la moitié du montant des dommages et intérêts.

Pour que le TC puisse être saisi dans le cadre de la loi de 32, deux conditions doivent être réunies :

- Le litige devant les deux juges doit porter sur le même objet
- Les jugements doivent présenter une contrariété aboutissant à un déni de justice.

Cette notion de contrariété conduisant à un déni de justice a notamment été précisée par le TC dans son arrêt Ratinet du 14 Février 2000. Cette condition est remplie lorsqu'un demandeur est mis dans l'impossibilité d'obtenir une satisfaction à laquelle il a droit par suite d'appréciations inconciliables entre elles portées par les juridictions de chaque ordre soit sur des éléments de fait, soit en fonction d'affirmation juridique contradictoire. Si ces deux conditions sont réunies, le TC pourra être saisi par la victime du déni de justice dans un délai de deux mois suivant la date à laquelle le dernier jugement rendu est devenu définitif.

Rq : Il existe un point commun entre les conditions exigées pour la mise en œuvre de cette procédure et les conditions de la procédure de conflit négatif. Pour le conflit dont ont été saisis les juges doivent présenter une identité d'objet, de partie, et de cause. Pour le conflit au fond, c'est une identité de partie qui est exigée. Lorsqu'il y a identité de partie, d'objet et de cause, les procédures de conflits négatifs et de conflits au fond sont susceptibles d'être mis en œuvre à la lecture des conditions définies par les textes. Lorsque ces conditions communes sont définies, les requérant auront intérêt à demander au TC de statuer au fond en application de la loi 1932. En effet, lorsqu'il utilise cette procédure, le TC met définitivement fin au litige. En revanche, le TC est très réticent à utiliser ses compétences de juge. En effet, il considère que son rôle premier est de répartir les compétences. La loi de 1932 doit donc être interprétée restrictivement.

Le TC a rappelé dans un arrêt Bonato du 9 Juillet 2009 que la loi de 1932 ne s'applique pas en principe lorsque l'un des deux juges saisi s'est borné à décliner sa compétence. « Cependant, la loi de 1932 est néanmoins applicable lorsque du rapprochement d'une décision d'incompétence et d'une décision de fond résulte une contrariété ». Le TC admet donc que la loi de 32 peut s'appliquer alors même que l'un des juges n'a rendu qu'un jugement d'incompétence. Cette appréciation est rendue possible par le fait qu'il n'est nulle part mentionné par la loi de 32 que des jugements au fond doivent être intervenus. Il s'agit de permettre au TC de régler un litige dans les hypothèses où les conditions du conflit négatif ne sont pas réunies, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas devant les deux juges identité d'objet, de cause et de parties.

Dans la pratique, lorsqu'il en aura la possibilité, le TC choisira d'utiliser la procédure de conflit négatif plutôt que la procédure de règlement au fond du litige. Ce n'est que lorsqu'il ne peut pas faire autrement (c'est-à-dire qu'il n'y a pas identité objet, cause partie) qu'il statuera au fond. Dans l'affaire Cuvillier, le TC a rendu sa décision 11 ans après les faits. Les requérants avaient tout intérêt à lui demander d'appliquer la loi de 1932 pour mettre un terme définitif aux litiges. Le Tribunal va pourtant écarter cette possibilité et statuer dans le cas de la procédure de conflit négatif dont les conditions de mise en œuvre sont réunies.

3.3) Les critères de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction

Il s'agit de déterminer les éléments qui vont permettre d'orienter un litige vers le juge administratif ou vers le juge judiciaire.

3.3.1) L'ère des « conflits de prestige »

La loi des 16 et 24 Août 1790 pose le principe selon lequel le juge judiciaire n'a pas le droit de s'immiscer dans les affaires de l'administration. Ce texte ne précise pas quel est le juge compétent pour juger l'administration, il ne précise pas non plus quelle est la ligne de partage entre ce qui relève des juridictions judiciaires et ce qui échappe à leurs compétences. Pendant au moins les deux premiers tiers du XIXème siècle, les juges des deux ordres de juridiction vont tenter d'étendre leurs compétences respectives sans réussir à se mettre d'accord sur des critères de répartition des compétences identiques. Cette période de conflits et d'incertitude va s'achever avec l'arrêt Blanco du 8 Février 1873.

3.3.2) L'arrêt Blanco et l'avènement du critère de service public

L'arrêt Blanco est généralement présenté comme l'arrêt fondateur du droit administratif. Dans cette affaire, une enfant avait été renversée par un wagonnet appartenant à la régie des tabacs de Bordeaux qui est un service de l'Etat. Les parents de la victime intentent une action en responsabilité devant les juridictions civiles sur le fondement des articles 1382 et suivants du Code Civil. Le TC va être saisi dans le cadre d'une procédure de conflit positif. Le TC va estimer que la régie des tabacs exerce une mission de service public. Les services publics de par leur spécificité qui tient à leur caractère d'intérêt général doivent se voir appliquer des règles dérogatoires du droit commun et relever de la compétence du juge administratif.

Ceci étant, le critère de service public était déjà apparu à plusieurs reprises dans la jurisprudence antérieure, notamment dans un arrêt du CE statuant sur conflit du 6 Décembre 1855, arrêt Rotschild. Cependant, on peut observer que le critère de service public n'a su planter les autres critères qu'à partir de l'arrêt Blanco. Le succès de cet arrêt tient au fait qu'avant l'arrêt Blanco, si l'on excepte la période de la seconde République, les décisions se référant à des critères de compétences émanent soit du CE, soit de la CCass, donc de juridictions intéressées par l'extension de leur champ de compétences respectif. Or, l'arrêt Blanco a été rendu par le TC qui venait d'être réinstitué par la loi du 24 Mai 1872. Ce tribunal, de par sa composition paritaire rend des décisions qui ont plus de chances de s'imposer aux deux ordres de juridictions.

Ceci étant, l'arrêt Blanco est passé totalement inaperçu en 1873. L'arrêt Blanco a été redécouvert par le commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt Terrier du 6 Février 1903. Quoi qu'il en soit, l'arrêt Blanco marque le début de l'extension de l'application du critère de service public au contentieux de l'ensemble des personnes publiques. L'arrêt Blanco appliquait le critère de service public à l'Etat. L'arrêt Terrier concernait un litige entre un département et une personne privée qui était en charge du service public de destruction des vipères. Conseil d'Etat arrêt marque l'extension du critère de service public à la responsabilité contractuelle des départements.

TC, 29 Février 1908, arrêt Feutry : Le TC doit statuer sur une action en responsabilité intentée par un agriculteur victime d'un incendie déclenché par un malade mental échappé d'un hôpital psychiatrique géré par un département. Le TC étend le critère de SP au contentieux extracontractuel des départements.

CE, 4 Mars 1910, arrêt Thérond : Le CE est saisi d'un litige entre une commune et une personne privée qui s'était vue confier le SP de la capture et de la mise en fourrière des chiens errant et l'enlèvement des bêtes mortes. Le CE étend le critère de SP à la responsabilité contractuelle des communes.

3.3.3) Les crises du service public

La règle posée par l'arrêt Blanco et par les arrêts qui étendent son champ d'application aux autres personnes publiques est simple : Toutes les activités des personnes publiques sont les activités de service public. Toutes les activités de SP sont prises en charge par des personnes publiques. Enfin, les activités de SP se distinguent de par leurs conditions d'exécution des activités privées. Si cette notion apparaît simple, deux difficultés se posent.

La première est celle de la définition de la notion de SP (selon Chapus : Il s'agit d'une activité assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public). Cette notion est difficile à cerner comme l'illustre la jurisprudence pour certains types d'activités dont la nature est incertaine. Le premier exemple est celui des casinos. Un avis du CE du 4 Avril 1995, commune de Vaujany dit que les jeux autorisés concourent au développement touristique des communes concernées. Les casinos ont donc en charge un service public administratif. Cette solution a été récemment nuancée par le CE dans son arrêt du 19 Mars 2012, SA Partouche : les jeux au casino ne constituent pas par eux-mêmes une activité de service public. En revanche, les autres activités des casinos qui sont contractuellement obligés d'investir en matière culturelle et touristique sont les activités de

SP. De plus, on peut prendre le cas des sociétés de courses de chevaux. CE, 24 Février 1999, arrêt Wildenstein : les juges estiment que les sociétés de courses, en tant qu'elles sont chargées d'organiser des courses et le Paris Mutuel ne sont pas investis d'une mission de SP. Cette jurisprudence a été contredite par une loi du 12 Mai 2010 qui investit officiellement l'ensemble des sociétés de courses d'une mission de SP. « Ces sociétés participent notamment au moyen de l'organisation des courses au SP d'amélioration de l'espèce équine et de promotion d'élevage ainsi qu'au développement rural ».

La seconde difficulté est que la notion de SP recouvre en réalité trois éléments distincts : l'intervention d'une personne publique (élément organique), l'existence d'une activité d'intérêt général (élément matériel) et l'utilisation par la personne publique de procédés dérogatoires du droit commun (élément formel). A l'époque de l'arrêt Blanco, on peut parler de coïncidence entre ces différentes exceptions du service public. Cette coïncidence va être doublement remise en cause.

3.3.3.1) La remise en cause de l'élément formel

Les juges vont admettre qu'une personne publique peut gérer une activité d'intérêt général dans les mêmes conditions que les particuliers et notamment que les entreprises commerciales. Il en résultera un partage des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire. Ce type d'activité qui est d'intérêt général est également qualifié d'activité SP. Mais en l'absence de l'élément formel, on parlera de SP industriels et commerciaux (SPIC) par opposition aux SP administratifs (SPA).

La distinction entre les SPIC et les SPA :

- Les difficultés inhérentes à la distinction opérée entre SPIC et SPA

Dans ses conclusions sur l'arrêt Blanco, le commissaire du gouvernement David avait relevé que la régie des tabacs de Bordeaux fonctionnait plus ou moins comme une entreprise privée. Cependant, le commissaire du gouvernement considérait qu'il y avait lieu à cette époque de définir un critère de répartition le plus simple possible qui puisse être accepté sans difficultés par les deux ordres de juridiction. Ainsi, aucune distinction ne devait être opérée entre différentes catégories de SP relevant de juges différents.

Cette question va finalement se reposer à l'époque de l'arrêt Sociétés commerciales de l'ouest africain (Bac d'Eloka), TC, 22 Janvier 1921 : le juge va considérer qu'un bac reliant les deux rives d'une même dune est prise en charge par une personne publique est gérée dans les mêmes conditions qu'un service de transport équivalent pris en charge par une personne privée. Actuellement, de nombreux SP sont des SPIC. Cela concerne par exemple les activités de la poste, d'EDF, de GDF ou encore des activités d'Air France. Ceci étant, la distinction entre les SPIC et les SPA est parfois difficile à réaliser. Certains auteurs contestent même l'idée selon laquelle les SPIC sont gérées de la même façon que les entreprises privées. En effet, à la différence des entreprises privées, l'administration n'a pas pour vocation première la recherche du profit. Par ex, la SNCF (SPIC) est obligée par l'Etat d'exploiter certaines lignes de chemin de fer qui pourtant ne sont pas rentables.

La jurisprudence a parfois évolué sur la question de la détermination de la nature juridique de certains SP. En 1921, le TC estime que les bacs gérés par des personnes publiques sont « exploitées dans les mêmes conditions qu'une industrie ordinaire ». Le CE, arrêt 14 Mai 1974, arrêt Denoyez Chorques va considérer qu'un pont reliant le continent à une île relève d'une activité de SPA dans la mesure où son objet principal qui est distinct de celui que peuvent rechercher les entreprises est d'assurer la continuité territoriale entre le continent et une île. Cette solution serait très certainement transposable à l'hypothèse d'un bac maritime ou fluvial.

Traditionnellement, les missions industrielles et commerciales sont gérées par des Etablissements Publics Industriels et Commerciaux. Il établit que ces EPIC sont soumis pour l'essentiel au droit privé. Toutefois, il s'agit bien de personnes publiques et ce caractère public leur permet de bénéficier d'un certain nombre d'avantages, en particulier leurs biens sont insaisissables.

Le droit de l'Union Européenne qui est d'inspiration fédérale a fini par mettre en cause le statut de ces établissements publics et leur rôle dans l'économie, décision Commission, 16 Décembre 2003 : la commission considère que l'impossibilité pour EDF de faire faillite équivaut à une garantie générale de l'Etat portant sur l'ensemble des engagements de cet Etablissement Public. Cette garantie qui est illimitée permet à EDF d'emprunter à des taux plus avantageux que ses concurrents de droit privé. Pour la commission, cette garantie constitue une aide d'Etat illégale. Cette décision a conduit les autorités françaises à transformer la plupart des grands EPIC nationaux en sociétés commerciales de droit privé à statut particulier. Une loi du 9 Août 2004 a ainsi transformé EDF et GDF en sociétés anonymes. Auparavant, une loi du 26 Juillet 1996 avait procédé de la même façon pour France Télécom. La loi du 9 février 2010 transforme la poste en société anonyme. Toutes ces lois ont prévu que ces nouvelles SA auront un capital majoritairement public, ce qui permet à l'Etat de conserver un contrôle sur les EPIC privatisés.

Cependant, cette situation peut évoluer comme cela s'est produit dans le cas de GDF depuis sa fusion en 2008 avec Suez (entreprise privée). A l'origine la loi du 9 Août 2004 avait prévu que l'Etat devait détenir plus de 70% du capital de GDF. La loi du 7 Décembre 2006 qui va permettre la fusion réduit la part de l'Etat à 1 tiers. Pour permettre malgré tout à l'Etat de préserver ses intérêts, le nouveau statut de GDF lui confère ce qu'on appelle une « goldenshare » : ces droits spécifiques permettent à l'Etat de s'opposer à toute décision qui lui semblerait non conforme à la sécurité des approvisionnements en gaz.

La légalité des goldenshare (droits spécifiques) est très contestée par la Cour de Justice de l'Union Européenne qui, à plusieurs reprises, s'agissant d'autres Etats que la France les a jugés contraires au droit de l'Union Européenne.

Ceci étant, la portée des évolutions actuelles doit être relativisée. Schématiquement, les SPIC peuvent être prises en charge par deux types d'entités : des EPIC (personnes publiques) soumis en grande partie aux règles applicables aux sociétés commerciales et d'autre part des Sociétés Anonymes (personnes privées) mais à capitaux souvent majoritairement publics et soumises à un statut dérogatoire du droit commercial.

- L'identification des SPIC et SPA opérée par la jurisprudence

La distinction entre ces deux catégories de SP a été précisée par le CE dans son arrêt du 16 Novembre 1956, arrêt Union Syndicale des Industries Aéronautiques. Trois indices sont définis par cet arrêt. Pour que le SP en cause soit qualifié de SPIC, ces trois indices doivent être concordants. Il existe donc une présomption d'administrativité des SP.

Le premier indice est l'objet du service, c'est-à-dire les opérations qui concrétisent son exécution. Ex, TC, 17 Décembre 1962, arrêt Dame Bertrand. L'activité en cause consiste à gérer un entrepôt frigorifique. L'indice est favorable à la qualification de SPIC. CE, Union Syndic des Ind Aér. : l'activité en cause consiste à distribuer les subventions. En l'espèce, le SP en cause est un SPA.

Le deuxième indice est l'origine des ressources du service. Si le service est principalement financé par des redevances perçues sur les usagers, en contrepartie du service rendu, le SP est susceptible d'être qualifié de SPIC. En revanche, un financement provenant de subventions des collectivités publiques ou de recettes fiscales indique que le service en cause est un SPA. Ex, TC, 25 Avril 1994, arrêt syndicaliste d'équipement de Marseille : il s'agit d'un parking financé en partie par les redevances versées par les usagers et pour partie par les subventions versées par la commune. Dans la mesure où le service est principalement financé par la subvention, il est qualifié de SPA.

Le troisième indice, ce sont les modalités de fonctionnement du service. CE, 26 Juillet 1980, arrêt Benoît : un service de transport qui est gratuit pour les usagers est un SPA.

- La qualification de SPIC ou de SPA opérée par un texte

Lorsqu'un texte qualifie un SP de SPIC ou SPA, deux hypothèses doivent être distinguées. Si la qualification est opérée par une loi, le juge sera tenu de la respecter alors même qu'elle ne correspondrait pas à l'application des critères jurisprudentiels.

Si la qualification est opérée par un décret, la situation est différente. En effet, dans cette hypothèse, le juge va estimer que la qualification de SP a des conséquences sur la détermination de la juridiction compétente.

Or, cette matière relève de la compétence non pas du pouvoir réglementaire mais du législateur. Par conséquent, lorsqu'un décret qualifie improprement un SP de SPA ou de SPIC, au regard des critères jurisprudentiels, le juge va passer outre cette qualification. Ce raisonnement a donné naissance à deux jurisprudences : on a la jurisprudence des *Etablissements Publics à visage inversé*, ex : TC 24 Juin 1968, arrêt société distillerie Bretonne : était en cause l'activité du fond d'organisation et de régulation des marchés agricoles. Le format était qualifié de SPIC par le décret qui l'instituait. Or, cet établissement avait en réalité une activité de police des marchés agricoles qui est purement administrative. Le TC va donc passer outre la qualification décrétole et va considérer que c'est le juge administratif qui est compétent pour connaître, en cas de litige, des activités du format. On a aussi la jurisprudence des *établissements publics à double visage*, ex TC 9 Juin 1986, commune Kintzheim contre ONF (Office Nationale Forêts). L'ONF est qualifié par le décret qui l'institue d'établissement public industriel et commercial. Les juges observent que l'ONF exerce en réalité deux types d'activité : d'une part une activité de gestion et d'équipement de la forêt qui a une nature industrielle et commerciale, d'autre part une activité de protection, de conservation et de surveillance de la forêt qui a un caractère administratif. En cas de litige, la détermination du juge compétent dépendra du type d'activité en cause. Dans la pratique, les établissements publics à double visage ou à visage inversé sont très majoritairement qualifiés par le législateur d'EPIC. Il s'agit de permettre à ces établissements publics d'échapper artificiellement à l'application des règles du droit administratif, notamment aux procédures de marché public et à la compétence du juge administratif. Pour contrecarrer la prolifération des EP à double visage, le TC a voulu limiter l'application de cette notion à l'occasion d'un arrêt Blanckeman du 29 Décembre 2004. Sont concernés par cet arrêt les EPIC qualifiés comme tels par un texte de loi et qui ont les activités à la fois administratives et industrielles et commerciales. Pour ces EP, « les litiges nés de leur activité relèvent de la compétence judiciaire à l'exception de ceux relatifs à celles de ces activités qui tels la réglementation, la police ou le contrôle ressortissent par leur nature de prérogatives de puissances publiques ». Ces EP sont donc présumés industriels et commerciaux mais cette présomption cède lorsque le litige met en cause l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Les règles de compétence juridictionnelle appliquées aux contentieux des SPIC :

A partir de l'arrêt Bac Deloca de 1921, on considère qu'il existe deux catégories de SP : d'une part les SPA qui relèvent en cas de litige de la compétence du juge administratif sauf texte de loi spécial attribuant compétence au juge judiciaire. D'autre part, les SPIC qui relèvent en partie de la compétence du juge judiciaire.

S'agissant des SPIC et du contentieux opposant le service à ses usagers, c'est le juge judiciaire qui est normalement compétent. Cette solution se justifie par le fait que les rapports entre le SPIC et ses usagers sont similaires à ceux d'une entreprise privée avec ses clients. La même solution s'applique à propos du contentieux opposant le SPIC à ses agents, ainsi qu'au contentieux opposant le SPIC à des tiers. Cependant, la compétence du juge judiciaire connaît un certain nombre d'exceptions. Dans tous les cas, ces exceptions sont liées au fait que le litige est fortement marqué par la présence de la puissance publique, c'est-à-dire par l'existence d'actes ou de pouvoirs qui appartiennent par essence à l'administration.

Première exception : Une distinction est d'abord opérée entre le fonctionnement et l'organisation du service. S'agissant du fonctionnement, le juge judiciaire est compétent mais dès lors que le litige met en cause un acte administratif à caractère réglementaire qui organise le service, seul le juge administratif est compétent pour apprécier la légalité de cet acte. Par ex, arrêt TC 15 Janvier 1968 Compagnie Air France contre Epoux Barbier. Une hôtesses de l'air conteste son licenciement par Air France devant le Conseil des Prud'hommes. Son licenciement s'explique par le fait qu'elle venait de se marier, le règlement d'Air France imposant le célibat aux hôtesses de l'air. Le TC est saisi dans le cadre d'une procédure de conflit positif, il considère que le juge administratif est seul compétent pour se prononcer sur la légalité d'un acte organisant un SPIC. Dans une telle hypothèse, le conseil des Prud'hommes est bien compétent pour connaître du licenciement mais il doit sursoir à statuer et renvoyer au juge administratif une question préjudicielle relative à la légalité du règlement en cause. C'est en fonction de la réponse à cette question que le conseil des Prud'hommes tranchera le litige dont il est saisi.

Deuxième exception : Si le litige met en cause l'exercice d'une prérogative de puissance publique, c'est également le juge administratif qui est compétent. Selon la définition de Chapus, il s'agit « du pouvoir de décision en vue de l'exécution du service public. Elle se rattache plus précisément aux compétences qui appartiennent par essence à l'Etat, par ex la possibilité d'édicter ou de prendre des actes administratifs unilatéraux ». Par ex, CCass Ass plénière, 18 Juin 1999, arrêt Monnet contre ministre de l'économie et des finances. La Cour s'estime incompétente pour connaître d'une demande tendant à l'interruption de l'édition de pièces de monnaie frappées à l'effigie de Jean Monnet.

Troisième exception : Elle concerne spécialement le contentieux des SPIC avec leurs agents. Dans la pratique, de nombreuses lois qui s'appliquent à des EPIC font bénéficier à l'ensemble ou à une partie des agents du service du statut de fonctionnaire. Dans cette hypothèse, les règles jurisprudentielles sont écartées et c'est le juge administratif qui est compétent en cas de litige. Il existe également une exception jurisprudentielle à la compétence du juge judiciaire qui a été dégagée par l'arrêt de section du CE du 8 Mars 1957 Jalenques Delabeau. L'agent qui exerce la direction de l'ensemble du service ainsi que le chef des services comptables, s'il a la qualité de comptable public, relève en cas de litige de la compétence du juge administratif.

3.3.3.2) La remise en cause de l'élément organique

L'existence des SP gérés par des personnes privées :

Avec beaucoup de réticences, le juge administratif va finir par admettre que les personnes privées peuvent prendre en charge une activité de service public. Cette reconnaissance s'est faite en plusieurs étapes. Arrêt CE 20 Décembre 1935 Société des Etablissements Vezia. Une société privée de prévoyance exerce une « mission d'intérêt public qui lui permet de recourir à la procédure d'expropriation ».

Arrêt CE 13 Mai 1938 Caisse primaire aides et protections : Le CE reconnaît que ces caisses qui sont des personnes privées, gèrent le SP de la sécurité sociale. Si le CE reconnaît que des personnes privées peuvent gérer un SP, il demeure réticent à admettre que des personnes privées peuvent prendre dans ce cadre des actes administratifs. En d'autres termes, le CE a des difficultés à admettre que des personnes privées peuvent être dotées de prérogatives de puissance publique.

La situation va rester figée suite aux arrêts du CE d'assemblée du 31 Juillet 1942 Monpeurt et du 2 Avril 1943 Bouguen. Le CE était saisi de recours pour excès de pouvoir contre une décision d'un ordre professionnel et une décision d'un comité d'organisation. Le CE se déclare compétent, ce qui implique que les décisions contestées sont des actes administratifs pris dans l'exercice d'une mission de SP. Mais le CE se contente de préciser que les organismes en cause dont la nature n'est pas mentionnée par les textes « ne sont pas des établissements publics ».

Pour une partie de la doctrine, cette expression signifiait que les organismes en cause n'étaient pas des personnes privées mais une nouvelle catégorie de personnes morales de droit public. Finalement, c'est avec l'arrêt Morand du 28 Juin 1946 que le CE va reconnaître qu'une personne privée gérant un SP peut prendre des actes administratifs. Conseil d'Etat arrêt est passé inaperçu et finalement, la solution retenue dans l'arrêt Morand sera réaffirmée avec force à l'occasion de l'arrêt de section du 13 Janvier 1961 Magnier. En l'espèce était contestée une décision prise par une fédération départementale de lutte contre les ennemis des cultures. Pour le CE, l'activité en cause a le caractère de SPA dont la gestion est confiée, sous le contrôle de l'administration, à des organismes de droit privé. Les décisions prises par ces organismes « ont le caractère d'actes administratifs relevant de la compétence de la juridiction administrative ».

Finalement, comme relevé dans ces conclusions, le commissaire du gouvernement Fournier dit « la nature publique ou privée de la personne morale en cause reste sans influence sur la détermination de la juridiction compétente pour connaître des actes de ses organismes ».

Les règles de compétence appliquées aux SP gérées par des personnes privées :

La détermination du juge compétent pour connaître du contentieux extracontractuel des personnes publiques gérant un SPA ne pose pas de difficulté. Le juge administratif est toujours compétent sauf dérogation prévue par la loi, par ex la loi du 31 Décembre 1957 relative aux dommages occasionnés par des véhicules terrestres à moteur.

S'agissant des SPA prises en charge par des personnes privées, la jurisprudence a longtemps été incertaine. Il s'est agi de déterminer si le fait qu'une personne privée gère un SPA suffit à attribuer compétence au juge administratif ou cette compétence est-elle réservée aux seules hypothèses où ces personnes privées font usage de prérogatives de puissance publique. On s'est également demandé si la reconnaissance d'une activité de SP nécessite forcément la présence de prérogatives de puissance publique.

Arrêt de principe CE Section 28 Juin 1963 Nancy : Le CE subordonne la reconnaissance même de l'existence d'un SP géré par une personne privée à la présence de trois éléments : une mission d'intérêt général, un contrôle de la personne privée exercé par l'administration et l'existence de prérogatives de puissance publique dévolues à cette personne privée. « Une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un SP. En cas de litige, c'est le juge administratif qui est compétent ».

Il faut également préciser qu'en l'absence de prérogatives de puissance publique, le caractère de SP d'une activité peut également résulter d'un texte de loi, par ex une loi du 31 Décembre 1970 porte création du SP hospitalier qui est composé d'établissements d'hospitalisation publique et d'établissements d'hospitalisation privée à but non lucratif. Les cliniques privées sont donc en charge d'une mission de SP alors même qu'elles ne disposent pas de prérogatives de puissance publique. En cas de litige, c'est le juge judiciaire qui est compétent. Arrêt de principe, TC, 6 Novembre 1978 Bernardi : En dehors de l'application des textes de loi, en revanche, c'est l'existence de prérogatives de puissance publique qui indique qu'une personne privée est en charge d'un SP et relève en cas de litige de la compétence du juge administratif, CE Section 13 Octobre 1978, arrêt Adasea. Une précision cette jurisprudence sera ensuite apportée par l'arrêt du CE du 23 Mars 1983 SA bureau Veritas : Dans cette affaire était en cause une personne morale de droit privé chargée de procéder à des opérations d'homologation de véhicules. Elle dispose donc de prérogatives de puissance publique. Le CE précise que la compétence du juge administratif est réservée aux hypothèses où le litige met en cause l'exercice effectif de ses prérogatives de puissance publique. Si le litige ne met pas en cause l'exercice de ses prérogatives, c'est le juge judiciaire qui est compétent.

Suite à l'arrêt Nancy et à la jurisprudence qui précise son champ d'application, une question était toujours discutée : l'existence d'une mission de SP dévolue à une personne privée dans le silence de la loi et en l'absence de prérogatives de puissance publique peut-elle être admise ? Cette question présente deux enjeux : Si la détermination de la juridiction compétente en cas de litige et si l'activité en cause est qualifiée de SP, la collectivité aura dû mettre en œuvre une procédure très lourde de délégation de SP pour désigner a personne privée qui en aura la charge. Ces incertitudes vont être résolues par l'arrêt de section Aprei du 22 Février 2007. Cet arrêt précise la jurisprudence Nancy en la complétant. Le CE vient ici perfectionner la méthode jurisprudentielle d'identification des SP assurés par un organisme privé. Dans le silence de la loi, il distingue deux situations auxquelles correspondent l'application de deux faisceaux d'indices différents.

Soit l'organisme privé dispose de prérogatives de SP, soit il n'en dispose pas. Le raisonnement du CE peut être retracé en trois points : (1) La loi peut reconnaître ou à l'inverse exclure le caractère de SP d'une activité prise en charge par une personne privée. (2) Dans le silence de la loi, il faut considérer qu'une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée d'exécution d'un SP. Sur ce point, le CE confirme la jurisprudence Nancy. (3) Même en l'absence de prérogatives de puissance publique, une personne privée peut dans certains cas dans le silence de la loi exercer une mission de SP. C'est le cas lorsque eu égard (en considération) à l'intérêt général de son activité aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées, ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il

apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission. L'élément essentiel à la reconnaissance d'une mission de SP est donc l'intensité du contrôle opéré par l'administration sur l'activité d'une personne privée.

3.4) Le domaine de compétence exclusif du juge administratif

Pour l'essentiel, les règles de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction ont un caractère jurisprudentiel. En conséquence, le législateur a la possibilité de déroger à ces règles. Pendant longtemps, cette possibilité ouverte au législateur de déroger au principe jurisprudentiel ne connaissait aucune limite. En effet, aucune règle de valeur constitutionnelle ne garantissait un domaine de compétence réservé au juge administratif.

La situation va évoluer avec la décision du Conseil Constitutionnel du 23 Janvier 1987, Conseil de la concurrence. Cette décision garantit un domaine constitutionnellement réservé à la compétence du juge administratif.

La loi déferée transférait le contentieux du Conseil de la Concurrence (autorité administrative indépendante) à la Cour d'appel de Paris. Le ConsCons va estimer que le contentieux de l'annulation et de la réformation des décisions prises par les autorités administratives dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique relèvent de la compétence des juridictions administratives. En d'autres termes, seul le juge administratif peut annuler ou réformer un acte administratif.

Cette règle principe a ensuite été complétée par le TC dans son arrêt du 12 Mai 1997, préfet de police contre TGI de Paris. Dans cette affaire, la préfecture avait découvert des passagers clandestins à bord d'un bateau. Le préfet décide de consigner à bord ces passagers plutôt que de les faire placer en zone d'attente sur le port comme l'impose la loi. Le juge judiciaire est saisi sur le fondement de la loi de fait. Cette théorie reconnaît la compétence du juge judiciaire pour juger l'administration en cas d'atteinte grave portée à une liberté fondamentale ou au droit de propriété dans l'exercice d'un pouvoir manifestement insusceptible de se rattacher aux prérogatives qui lui sont reconnues. Le préfet va mettre en œuvre la procédure de conflit positif, il s'oppose par conséquent à ce que le juge judiciaire enjoigne à l'autorité administrative de faire débarquer les passagers clandestins. Le TC va donner raison au préfet. Il considère que « le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration qui permettent de priver les décisions de celle-ci de leur caractère exécutoire est de même nature que celui consistant à annuler ou à réformer les décisions prises par elle dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique ».

Le juge administratif est donc seul compétent non seulement pour annuler ou réformer des actes administratifs mais également pour prononcer des injonctions (prescrire une obligation de faire) à l'encontre de l'administration.

Le ConsCons et le TC ont seulement défini le noyau dur de la compétence du juge administratif, c'est-à-dire ce à quoi il ne peut être porté atteinte par le législateur. En l'absence de loi, les règles jurisprudentielles s'appliquent et elles confèrent au juge administratif une compétence qui n'est pas limitée à ce noyau dur.

Le ConsCons, dans sa décision du 23 Janvier 1987 a prévu une exception au principe préalablement défini. En effet, « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, une loi peut créer un bloc de compétences et confier à un seul juge tout le contentieux lié à l'application d'une législation déterminée. Cette possibilité peut être mise en œuvre lorsque le respect des règles normales de compétences juridictionnelles provoquerait la dispersion de ce contentieux vers les deux ordres de juridiction.

Le ConsCons a justement considéré qu'il y avait lieu de faire jouer cette exception pour le contentieux du Conseil de la Concurrence. En effet, les décisions administratives rendues à propos de pratiques anti-concurrentielles des entreprises en application des règles normales de répartition des compétences pourraient donner lieu à un contentieux devant trois juges différents : le juge administratif normalement compétent pour réformer ou annuler un acte administratif, le juge pénal puisque les pratiques anti-concurrentielles constituent

généralement des infractions pénales et le juge civil dans l'hypothèse où la pratique anti-concurrentielle aurait occasionné un dommage qui sera réparé pécuniairement.

Le ConsCons considère que dans une telle hypothèse, le législateur peut attribuer l'ensemble du contentieux suscité par les décisions du Conseil de la concurrence à l'ordre de juridiction « principalement intéressé ». En l'occurrence, il s'agit du juge judiciaire. La loi est donc conforme à la Constitution.

3.5) Les exceptions aux règles de répartition des compétences de droit commun

3.5.1) Les hypothèses de concurrence entre les deux ordres de juridiction

3.5.1.1) Les données du problème

Il est fréquent qu'à l'occasion d'un litige relevant de sa compétence, le juge judiciaire se trouve confronté à l'application d'un acte administratif. Cette fréquence s'explique par le fait que la grande majorité du droit positif a pour origine des décrets et des arrêtés donc des actes administratifs.

Deux types de problèmes peuvent alors se rencontrer : (1) L'acte administratif n'est pas clair et il s'agira alors de savoir si le juge judiciaire est compétent pour l'interpréter. (2) L'une des parties au litige met en cause la légalité d'un acte administratif. Il s'agit alors de savoir si le juge judiciaire peut apprécier la légalité de cet acte.

Si le juge judiciaire tranche lui-même ces questions, on va dire qu'il tranche une question préalable. S'il s'estime incompétent, il va alors renvoyer une question préjudicielle au juge administratif. Si on applique de façon stricte la règle de séparation des autorités administratives et judiciaires, on devrait considérer que le juge judiciaire est systématiquement incompétent pour trancher les questions d'interprétation et d'appréciation de la légalité des actes administratifs. En effet, ces textes font interdiction au juge judiciaire de s'immiscer dans les affaires de l'administration.

Le décret du 16 Fructidor An 3 lui interdit ainsi « de connaître des actes d'administration ». Cependant d'un point de vue pratique et plus précisément de celui d'une bonne administration de la justice, une telle solution serait impraticable en raison du grand nombre de citations dans lesquelles le juge judiciaire se trouve confronté à des actes administratifs. Pour cette raison, la jurisprudence du TC a multiplié les hypothèses de compétence du juge judiciaire en la matière. Cependant, la compétence du juge civil est moins largement reconnue que celle du juge pénal.

3.5.1.2) La compétence du juge civil

Arrêt de principe TC 16 Juin 1923, Septfonds. Le juge civil est compétent pour interpréter les actes administratifs réglementaires. Cette solution s'explique pour des raisons pratiques en raison de l'extrême fréquence de ce type de difficultés auxquelles est confronté le juge judiciaire.

En revanche, il est incompétent pour interpréter les actes administratifs individuels, il est également incompétent pour apprécier la légalité des actes administratifs, qu'ils soient réglementaires ou individuels.

Sur ce dernier point, la jurisprudence a récemment évolué à l'occasion de l'arrêt du TC du 17 Octobre 2011, Scea Chéneau contre Inaporc. Le TC rappelle les principes de l'arrêt Septfonds mais il précise qu'ils doivent être conciliés « tant avec l'exigence de bonne administration de la justice qu'avec le droit des justiciables à voir jugées leurs demandes dans un délai raisonnable ». En conséquence, « si en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent sursoir à statuer, il en va autrement lorsqu'il apparaît manifestement au vu d'une jurisprudence établie que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal ».

Un second assouplissement est prévu par l'arrêt du 17 Octobre 2011 concernant l'hypothèse particulière d'un acte administratif qui ne serait pas conforme au droit de l'Union Européenne qui a une valeur supérieure aux

règles nationales à l'exception des règles constitutionnelles. Il s'agit ici d'assurer le respect du principe d'effectivité du droit de l'Union Européenne. « Le juge national a l'obligation d'assurer le plein effet du droit de l'Union Européenne en laissant au besoin inappliqué de sa propre autorité toute disposition contraire. Il est également prévu en cas de difficulté d'interprétation la possibilité pour le juge judiciaire de saisir de question préjudicielle non pas le juge administratif mais la CJUE.

3.5.1.3) La compétence du juge pénal

Cette question a connu une évolution suite à l'entrée en vigueur en 1994 du NCP qui a considérablement simplifié les règles applicables. L'art L111-5 du NCP « Le juge pénal est compétent pour apprécier la légalité des actes administratifs quels qu'ils soient (réglementaires ou non) lorsque de cet examen dépend la solution du procès pénal qui lui est soumis ».

3.5.2) Les hypothèses de compétence exclusive du juge judiciaire

3.5.2.1) Les litiges concernant le fonctionnement du SP de la justice judiciaire

Le SP de la justice est un SPA donc en cas de litige occasionné par le fonctionnement de ce SP, c'est le juge administratif qui devrait être compétent. Toutefois, reconnaître cette compétence porterait atteinte au principe de séparation des pouvoirs ainsi qu'à l'indépendance du juge judiciaire.

Pour éviter ces difficultés, le TC a précisé des règles spéciales de répartition des compétences à l'occasion d'un arrêt du 27 Novembre 1952, arrêt préfet de Guyane : les litiges relatifs à l'organisation du SP de la justice judiciaire relève de la compétence du juge administratif. En revanche, les litiges occasionnés par le fonctionnement de ce SP relève de la compétence du juge judiciaire.

Le fonctionnement du SP de la justice judiciaire se rapporte à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Se rattachent à cette catégorie toutes les questions concernant une décision de justice qui a été rendue ainsi que les actes qui la préparent (ex mesures d'instruction) et les actes qui visent à assurer leur exécution. Concernant l'organisation sont par ex en cause des mesures de suppression ou de création de tribunaux ou encore des mesures relatives au recrutement et à la carrière des magistrats.

3.5.2.2) Les juge judiciaire, gardien traditionnel des libertés fondamentales et du droit de propriété

La raison d'être de la compétence du juge judiciaire dans ce domaine est d'ordre historique. Elle est liée au fait qu' l'origine, il n'existait pas de distinction réelle entre l'administration active et l'administration juridictionnelle. Le juge judiciaire était donc mieux placé pour protéger les libertés ainsi que le droit de propriété auxquels l'administration aurait porté atteinte dans l'exercice de ses missions.

Actuellement, pour ce qui concerne la liberté individuelle, la compétence du juge judiciaire résulte de l'art 66 de la Constitution « le respect du principe selon lequel nul ne peut être arbitrairement détenu est assuré par l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ». En revanche, on ne trouve pas dans la Constitution de règle équivalente concernant le droit de propriété. Toutefois, traditionnellement, on considère que c'est le juge judiciaire qui est le garant naturel de ce droit, ainsi que des autres libertés fondamentales.

Ponctuellement, le législateur intervient pour attribuer compétence au juge judiciaire dans des domaines où les libertés fondamentales ou le droit de propriété sont menacés.

Par ex, en l'application de l'art L3113-1 du Code de la Santé Publique, le contentieux de l'hospitalisation d'office dans les hôpitaux psychiatriques relève essentiellement du juge judiciaire. CE section, 1^{er} Avril 2004, arrêt

Laporte : il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision administrative ordonnant l'hospitalisation d'office. En revanche, le juge judiciaire est compétent pour apprécier la nécessité de la mesure dès lors que le juge administratif s'est prononcé sur la régularité de la décision et pour statuer sur l'ensemble des conséquences dommageables de cette décision.

Par ex, le Code de l'expropriation attribue compétence au juge administratif pour connaître de la légalité de la déclaration d'utilité publique qui permettra ensuite les expropriations. Ce juge est également compétent pour connaître de l'arrêté de cessibilité qui identifie les parcelles qui seront expropriées. En revanche, c'est le juge judiciaire qui est compétent à défaut d'accord amiable pour opérer le transfert de propriété des biens expropriés et pour indemniser les personnes évincées.

La compétence du juge judiciaire en matière de protection des libertés fondamentales et du droit de propriété résulte également de l'application de deux théories jurisprudentielles.

La première théorie est l'emprise qui concerne exclusivement les atteintes portées par l'administration à la propriété privée lorsqu'elle se manifeste par une occupation ou une dépossession temporaire ou définitive, partielle ou totale. Seule est concernée par cette théorie la propriété privée des immeubles, ce qui exclut la propriété mobilière ainsi que les démembrements du droit de propriété. La jurisprudence distingue deux types d'emprises : c'est ce qu'on appelle l'emprise régulière dans l'hypothèse où l'occupation ou la dépossession ont été opérées en vertu d'un texte. Dans ce cas, c'est le juge administratif qui est compétent sauf si le texte en dispose autrement. Par ex, l'art 2215-1 du Code Général des Collectivités Territoriales attribue compétence au juge administratif pour le contentieux des réquisitions municipales. En revanche, le Code de l'expropriation donne compétence au juge judiciaire pour exproprier et pour indemniser les personnes évincées. L'emprise est irrégulière dans le cas où la loi ne l'a pas autorisée. Dans cette hypothèse, le juge administratif est compétent pour se prononcer sur la régularité de l'emprise mais c'est le juge judiciaire qui devra être saisi pour en réparer les conséquences.

La deuxième théorie est celle de la voix de fait. A la différence de l'emprise, la reconnaissance d'une voix de fait aboutit à attribuer plénitude de compétence du juge judiciaire. Le juge judiciaire sera donc compétent non seulement pour réparer les conséquences de la voix de fait mais il peut également constater son existence et adresser à l'administration des injonctions pour qu'il y soit mis fin. Ce dernier point est très important puisque jusqu'à une époque récente, le juge administratif ne disposait pas de pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration. La situation avait évolué avec la loi du 16 Février 1980 et du 7 Février 1995 qui avaient autorisé le juge administratif à assortir d'injonction éventuellement accompagnée d'astreinte les décisions condamnant l'administration. En revanche, le juge administratif ne disposait pas de pouvoir d'injonction en l'absence de décision de justice condamnant au préalable l'administration. La situation va seulement évoluer avec la loi du 30 Juin 2000 qui crée devant le juge administratif une procédure de référé liberté. Désormais, le juge des référés peut être saisi pour ordonner toute mesure visant à mettre fin à une atteinte grave et manifestement illégale portée par l'administration à une liberté fondamentale ou au droit de propriété dans l'exercice des compétences qui lui sont reconnues. La compétence du juge judiciaire en matière de voix de fait se justifie par l'idée que l'atteinte portée par l'administration à une liberté fondamentale ou au droit de propriété est tellement grave, tellement grossière que son action s'en trouve totalement dénaturée. En conséquence, il n'y a plus lieu de faire bénéficier l'administration d'un privilège de juridiction et de lui appliquer des règles dérogatoires du droit commun.

Habituellement, on distingue deux types de voix de fait : tout d'abord ce qu'on appelle les voix de fait par manque de droit qui concernent l'hypothèse où c'est une décision qui est directement en cause. Il y a aussi les voix de fait par manque de procédure. Dans cette hypothèse, ce qui est visé est l'exécution forcée d'une décision par l'administration dans des cas où elle n'avait pas le pouvoir d'y procéder et où elle aurait dû par conséquent saisir un juge. Le caractère radical des effets d'une voix de fait justifie qu'il en soit donnée une définition restrictive.

Pour qu'il y ait voix de fait, trois conditions doivent être réunies :

- Il faut qu'il y ait une atteinte portée à la propriété privée ou à une liberté fondamentale
- L'atteinte portée doit être grave
- La mesure prise doit être manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration.

Cette troisième condition permet de différencier le domaine de la voix de fait et celui du référé liberté. En effet, le juge administratif pourra être saisi dans le cadre de cette procédure si l'administration a utilisé un pouvoir qui lui appartient.

Chapitre 2 : Les juridictions administratives

1) L'identification des juridictions administratives

Il arrive que le législateur crée des organismes dont il ne précise pas la nature juridique. Dans cette hypothèse, deux questions peuvent se poser : cet organisme est-il une juridiction ou un autre type d'organisme (notamment une autorité administrative) ? Si cette autorité est une juridiction, s'agit-il d'une juridiction administrative ?

1.1) La notion de juridiction

La reconnaissance du statut de juridiction implique le respect des garanties exigées dans le cadre de déroulement d'un procès, notamment le respect des droits de la défense, la publicité des débats et le caractère contradictoire de la procédure. Ces garanties sont moindres devant les autorités administratives.

1.1.1) La qualification opérée par un texte

Un texte peut expressément qualifier l'autorité qui l'institue de juridiction. S'il s'agit d'une loi, il ne se pose aucune difficulté. En effet, l'art 34 de la Constitution attribue au législateur la compétence de fixer les règles concernant « la création de nouveaux ordres de juridiction ». Par ex, le Code de l'Education qualifie de juridiction les sections disciplinaires des conseils d'administration des universités.

A contrario, la compétence reconnue au législateur implique l'incompétence du pouvoir réglementaire. CE Assemblée, 2 Mars 1962, arrêt Rubin De Servens : est illégale une ordonnance du chef de l'Etat créant des tribunaux militaires.

Dans certains cas, la qualification de juridiction n'est pas expresse mais peut être facilement déduite d'indices que le texte de loi contient. Par ex, les membres de la Cour des Comptes sont qualifiés de magistrats par la loi, donc la Cour des Comptes sont des juridictions. Par ex, les conseils régionaux de l'ordre des médecins rendent des jugements en matière disciplinaire. Par ex, les décisions des commissions départementales des travailleurs handicapés pouvaient faire l'objet d'un recours en cassation. Or, seuls les jugements peuvent faire l'objet d'un tel recours.

A l'opposé, d'autres indices qui apparaissent dans un texte de loi vont conduire à considérer qu'un organisme n'est pas une juridiction. Par ex, les décisions de Conseil Supérieur de l'Audiovisuel peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Or, seuls les actes administratifs peuvent faire l'objet d'un tel recours, le CSA n'est donc pas une juridiction mais une simple autorité administrative.

1.1.2) La qualification opérée par la jurisprudence

En l'absence de qualification législative expresse ou d'éléments suffisants, c'est au juge qu'il appartiendra d'apprécier le caractère juridictionnel des organismes dont le statut pose problème. Trois conditions cumulatives sont requises pour qu'un organisme soit qualifié de juridiction.

1.1.2.1) L'existence d'un pouvoir de décision

Il n'est pas concevable qu'un organe juridictionnel ne dispose pas de pouvoir de décision. En conséquence, un organisme qui ne peut qu'exprimer des avis ou formuler des propositions n'est pas une juridiction. CE, 13

Février 1980, arrêt Nal. Suite à une réforme, les greffiers avaient perdu le droit de présenter leurs successeurs (ils devaient le monnayer). Une commission avait été créée pour proposer au garde des Sceaux le montant des indemnités consécutives à la perte de ce droit. Cette commission n'émettant que des propositions, elle ne saurait être considérée comme une juridiction.

1.1.2.2) L'exigence du caractère collégial de l'organisme

Sauf si la loi en dispose autrement, il y a incompatibilité entre décisionnaire unique et reconnaissance du statut de juridiction. Cette condition se justifie d'un double point de vue. La collégialité est une garantie de l'impartialité. Reconnaître qu'un décisionnaire unique dont le statut est incertain est une juridiction rappelle l'ancien système très critiqué de l'administrateur-juge. CE, 20 Novembre 1970, Bouez et Unef : Il s'agissait de déterminer si les recteurs d'académie avaient la qualité de juge lorsqu'ils exerçaient des pouvoirs de répression disciplinaire. La réponse est négative puisqu'il s'agit d'un décisionnaire unique.

1.1.2.3) L'exigence tenant à la nature de la mission exercée

Pendant longtemps, la jurisprudence a été hésitante sur le choix d'un troisième critère. Deux critères ont été tour à tour privilégiés. Le premier est un critère formel : un organisme collégial doté d'un pouvoir de décision est une juridiction si sa composition et les règles de procédure utilisées devant lui sont similaires à celles d'un tribunal. Le second critère est un critère matériel : un organisme collégial doté d'un pouvoir de décision est une juridiction si la nature de sa mission est similaire à celle exercée par un tribunal.

Cette hésitation va prendre fin à partir de l'arrêt d'Assemblée du 12 Décembre 1953, arrêt De Bayo : Cet arrêt tranche en faveur du critère matériel. « Un organisme est une juridiction eu égard à la nature de la matière dans laquelle il intervient et quelles que soient les formes dans lesquelles il statue ». Ceci étant, la jurisprudence de Bayo pose deux problèmes :

- *Si le CE a tranché en faveur du critère matériel, il n'a pas précisé quelles sont les matières qui indiquent que l'on a affaire à une juridiction.*

Il résulte de la jurisprudence qu'un organisme peut être qualifié de juridiction s'il exerce une mission de répression disciplinaire. En l'espèce, était contestée une décision de l'ordre des vétérinaires inscrivant au tableau de l'ordre un nouveau praticien. Cette décision n'est pas un jugement puisqu'il ne s'agit pas de sanctionner un professionnel.

En revanche une décision du même ordre professionnel sanctionnant un vétérinaire serait qualifiée de jugement. Ceci explique que la plupart des ordres professionnels comprennent des sections administratives pour régler les affaires de profession et une section disciplinaire qui est un organisme juridictionnel.

- *Si le critère matériel joue un rôle essentiel, il n'a pas totalement supplanté le critère formel qui réapparaît dans certaines affaires.*

CE Section, 19 Décembre 1980, arrêt Hechter : La Fédération Française de Football, lorsqu'elle statue en matière de répression disciplinaire pour sanctionner un dirigeant de club n'est pas une juridiction. L'utilisation du critère formel s'explique par la nature juridique de l'organisme en cause : il s'agit d'une association dont la création résulte d'une initiative privée. Or, d'après l'art 34 de la Constitution, seule une loi peut instituer une juridiction. Si la fédération, en l'application des critères jurisprudentiels, devait être qualifiée de juridiction, il faudrait considérer que les jugements qu'elle rendrait seraient illégaux.

Il faut ajouter que l'approche matérielle de la notion de juridiction demeure le principe est conforme à la notion de juridiction telle qu'elle est définie par l'art 6§1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme relatif au procès équitable. En effet, pour la CEDH (cour), l'art 6§1 peut s'appliquer à des organismes qui ne sont pas statutairement (qualifiés par le texte) des juridictions.

Cette approche a également été retenue par le CE dans son arrêt d'Assemblée du 3 Novembre 1999, arrêt Didier : un organisme qui n'est pas une juridiction au regard du droit interne devra néanmoins respecter le principe du procès équitable et notamment le principe d'impartialité qui est une de ses composantes « eu égard à la nature, à la composition et aux attributions qui sont les siennes ». Par ex, le CSA d'après la loi qui l'institue n'est pas une juridiction mais une autorité administrative indépendante. Cependant, le CSA dispose de pouvoirs de sanction qui lui permettent notamment d'infliger de très lourdes amendes aux opérateurs publics et privés de radios et télévisions. Sa mission est donc proche de celle que pourrait exercer un juge répressif. En conséquence, même si le CSA est une autorité administrative, il devra respecter les règles du procès équitable lorsqu'il exerce une mission de répression.

1.2) La notion de juridiction administrative

La qualification de juridiction administrative résultera soit d'un texte de loi, soit à défaut de critères jurisprudentiels. La qualification législative peut être expresse. Par ex, l'art L613-23 du Code Monétaire et Financier qualifie la commission bancaire de juridiction administrative.

La qualification peut également résulter d'indices que la loi contient. Par ex, le Code du Travail précisait que les commissions départementales des travailleurs handicapés statuaient sous le contrôle de cassation du CE. Ces commissions étaient donc des juridictions administratives puisque seuls les jugements des juridictions administratives peuvent faire l'objet d'un recours en cassation devant le CE. Dans le silence des textes, les juges ont se référer à un critère matériel défini à l'occasion de l'arrêt du CE du 7 Février 1947, arrêt D'Aillières : la qualification de la juridiction dépendra « de la nature des affaires qui lui sont soumises ». En d'autres termes, il faudra apprécier si les questions soumises à la juridiction pour laquelle se pose un problème de qualification sont plutôt des questions de droit public ou bien des questions de droit privé. CE Assemblée, 12 Juillet 1969, arrêt L'Etang : le Conseil Supérieur de la Magistrature peut statuer « sur des litiges qui intéressent l'organisation du SP de la justice ». Il s'agit en conséquence de questions de droit public. Les décisions rendues dans ce cadre sont des jugements de nature administrative. Cependant, le CSM comme les ordres professionnels, ne fait pas que rendre des jugements. Il adopte également des décisions administratives qui pourront, elles, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir : arrêt de principe, CE, 17 Avril 1953, arrêt Falco et Vidailac. CE Section 7 Janvier 1959, arrêt Adam : la commission de remembrement urbain tranche les litiges « concernant les questions de propriété immobilière ». Il s'agit donc d'une juridiction judiciaire.

Dans certains cas, la solution n'est pas aussi tranchée. Ainsi, dans l'affaire D'Aillières une difficulté se posait à propos du statut des jurys d'honneur. Ces organismes avaient été institués après la guerre pour statuer sur les demandes de personnes qui avaient été privées de leurs droits civiques après la libération. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Odent considérait que les jurys d'Honneur qui avaient le pouvoir de mettre fin à des inéligibilités prononcées pour des motifs politiques n'étaient ni des juridictions administratives, ni des juridictions judiciaires. Il s'agissait de juridictions politiques qui peuvent être rapprochées à des institutions de la Vème République comme la Haute Cour et la Cour de Justice de la République. Le CE ne va pas suivre ces conclusions et va considérer que les jurys d'honneur sont des juridictions administratives.

2) Les juridictions administratives de droit commun

Il s'agit des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'Etat. Ces juridictions bénéficient toutes d'une compétence de droit commun pour connaître du contentieux administratif. Il ne s'agit pas pour autant des seules juridictions administratives. Il existe en effet des juridictions administratives spéciales qui sont compétentes dans des domaines particuliers. Ces juridictions sont spéciales dans la mesure où elles ont une compétence d'attribution précisément délimitée. Par ex, la Cour des Comptes est compétente pour juger des

comptes des comptables publics. Les ordres professionnels sont compétents pour juger des manquements déontologiques des professionnels qui relèvent du champ de leurs compétences... Il s'agit de juridictions administratives puisqu'elles relèvent en dernier ressort du contrôle du CE. Par ex, les jugements de la Cour des Comptes peuvent faire l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat. Par ex, les jugements des sections disciplinaires des Conseils d'Administration des universités peuvent faire l'objet d'un appel devant le CNESER (Conseil National de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche). Les jugements rendus par le CNESER peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le CE.

2.1) Les tribunaux administratifs

L'origine de ces tribunaux remonte à la loi du 28 Pluviôse An 8 qui avait institué dans chaque département des conseils de préfecture. Un décret-loi du 30 Septembre 1953 a remplacé les CPD par des tribunaux administratifs. A la différence des CDP, qui n'exerçaient qu'une compétence d'attribution, les TA sont juges de droit commun en premier ressort du contentieux administratif.

2.1.1) Organisation des tribunaux administratifs

Il existe actuellement 42 TA dont 11 ont leur siège Outre-Mer. Alors que le nombre de Tribunaux judiciaires a été réduit, le nombre de TA est en constante augmentation. Ainsi, en 2008 a été créé le TA de Toulon et en 2009 le TA de Montreuil.

Les TA ont à leur tête un président et comprennent un nombre de conseillers qui varie en fonction de leur importance. Chaque Cour comprend plusieurs chambres dont le nombre est déterminé chaque année par une décision du vice-président du CE. Le TA de Paris présente la particularité de regrouper plusieurs chambres au sein de sections. La formation du jugement la plus courante est la chambre. Toutefois, les TA peuvent également statuer dans la formation des chambres réunies ou en formation plénière.

La loi du 8 février 1995 a multiplié les hypothèses dans lesquelles un juge pourra statuer seul par voie d'ordonnance. Ce juge est soit le président du TA, soit le conseiller désigné par lui. Avant 1995, cette hypothèse se rencontrait principalement dans le domaine des procédures d'urgence. Désormais le juge unique se rencontre dans un ensemble de matières hétéroclites énumérées par l'art R222-13 du Code de Justice Administrative. Ceci concerne notamment les demandes indemnitaires dont le montant n'excède pas 10 000 €.

2.1.2) Les attributions des tribunaux administratifs

Les TA sont juges de droit commun du contentieux administratif. Seuls les litiges expressément attribués à un autre juge échappent à leur compétence en première instance. Ils sont juges en premier ressort, ce qui veut dire que leurs jugements peuvent faire l'objet d'un appel en principe devant une Cour Administrative d'Appel.

Un décret du 24 Juin 2003 a défini un certain nombre d'hypothèses où les TA statuent en premier et en dernier ressort. C'est notamment le cas des litiges qui portent sur une somme inférieure à 10 000 €.

Les règles de compétence territoriale sont inspirées par deux impératifs dont l'un est propre à la juridiction administrative. Il s'agit d'abord que les règles soient suffisamment claires pour que la compétence pour connaître d'un litige relève d'un seul TA. Il s'agit ensuite d'éviter l'engorgement du TA de Paris. En effet, les autorités administratives les plus importantes, celles qui produisent le plus d'actes administratifs, ont leur siège à Paris.

Compte-tenu de ces éléments et pour éviter les difficultés, plusieurs techniques ont été mises en œuvre par le Code de Justice Administrative. Pour éviter les difficultés, plusieurs techniques sont mises en œuvre par le Code de Justice Administrative. Lorsque le champ d'application d'un acte excède le ressort géographique d'un TA, c'est le CE qui sera compétent en premier et dernier ressort. Ce sera le cas par exemple pour un arrêté qui va

réglementer une profession sur l'ensemble du territoire. Lorsque l'auteur de l'acte relève de l'administration centrale, c'est également en principe le CE qui sera compétent en premier et en dernier ressort. Par exemple, c'est l'hypothèse d'un recours contre un décret du président de la République ou contre un décret du premier ministre.

Ces hypothèses mises à part, le principe est défini par le Code de Justice Administrative : c'est que le tribunal compétent est le tribunal du lieu où l'autorité mise en cause a son siège. 1^{er} ex : un arrêté du maire de Metz peut être contesté devant le TA de Strasbourg (Alsace-Moselle). 2^{ème} ex : une décision du Doyen de la fac de droit de Metz peut être contesté devant le TA de Nancy (la fac n'a pas la personnalité juridique, le siège de l'université de Lorraine est à Nancy).

Ce principe connaît un certain nombre d'exceptions. C'est le cas par exemple en matière contractuelle où le tribunal compétent est celui du lieu de l'exécution du contrat. Dans l'hypothèse où le lieu d'exécution du contrat excède le ressort géographique d'un seul tribunal, le juge compétent sera celui du lieu du siège de l'autorité publique contractante. Par exemple, un contrat de concession conclu entre l'Etat et une chaîne de télévision nationale. Le TA compétent est le TA de Paris. Il est fréquent que l'application des règles de compétence au sein de la juridiction administrative posent des difficultés. L'art R351-1 du CJA dans le but de résoudre le plus rapidement possible ces difficultés fait obligation au tribunal qui s'estime incompétent « de prendre toute mesure pour résoudre le problème de compétence ».

2.2) Les Cours Administratives d'Appel

Ces juridictions ont été instituées par une loi du 31 Décembre 1987. Il existe actuellement 8 CAA depuis la création en 2004 de la CAA de Versailles. Pour la région Lorraine et pour l'Alsace, c'est la CAA de Nancy qui est compétente.

2.2.1) L'organisation des Cours Administratives d'Appel

Les conseillers des CAA appartiennent au même corps de fonctionnaires que les conseillers des TA. Ces CAA ont à leur tête un président qui est généralement un conseiller d'Etat. Chaque Cour comprend plusieurs chambres. Les jugements sont rendus soit par une chambre, soit par l'Assemblée plénière de la Cour.

Un décret du 24 Juin 2003 a généralisé l'obligation du ministère d'avocats devant les CAA. Le but recherché était de limiter le nombre d'appels et de diminuer de cette façon le stock des affaires en attente de jugement devant les Cours. La dispense de ministère d'avocats ne concerne plus que les cas particuliers, la principale hypothèse est celle des appels contre les jugements des TA sur les recours pour excès de pouvoir relatifs à la situation personnelle des fonctionnaires et des agents publics.

2.2.2) Compétence des Cours administratives d'appel

A l'origine, la loi de 1987 partageait de façon à peu près égale la compétence à hauteur d'appel entre les Cours et les CE (50-50). Par la suite, plusieurs lois sont intervenues et notamment la loi du 8 Février 1995 pour transférer l'essentiel des compétences en appel du CE vers les CAA. Actuellement, plus de 90% du contentieux d'appel relève de la compétence des CAA. La compétence d'appel du CE concerne principalement deux hypothèses : le contentieux des élections municipales et des élections cantonales. Le CE est également juge d'appel des ordonnances prises dans le cadre de la procédure de référé liberté.

2.2.3) La fonction du juge d'appel

L'appel présente un effet dévolutif (comme en matière civile). En d'autres termes, le juge d'appel est saisi de l'ensemble du litige et il va rejurer l'affaire dans tous ses éléments avec les mêmes pouvoirs que les premiers juges. Il s'agit ici d'une conséquence du principe du double degré de juridiction.

Ceci étant, la mission du juge d'appel ne se limite pas à cette fonction de re-jugement de l'affaire. En effet, le juge d'appel exerce deux missions complémentaires :

- (Chapus) « Juger le jugement ».

En d'autres termes, le juge d'appel connaît du litige à travers le premier jugement qui a été rendu. Il s'agira ici de vérifier la régularité du premier jugement.

Pourront être sanctionnées par exemple des erreurs commises par le juge sur sa compétence, qu'il se soit déclaré à tort incompétent ou compétent. L'erreur peut également porter sur la recevabilité du recours. Par exemple, sera annulé en appel le jugement qui a déclaré un recours recevable alors que ce recours a été présenté hors délais.

Sont également sanctionnés les irrégularités dans la composition de la formation de jugement ou encore la violation du principe du contradictoire.

- (Chapus) « Rejuger le litige ».

Ce qui implique que le juge d'appel va connaître de l'ensemble des éléments de droit et de fait qui ont été préalablement soumis au premier juge. Compte tenu de ces éléments, plusieurs cas de figure peuvent se présenter.

La juridiction d'appel estime que le premier est régulier, elle va alors faire jour l'effet dévolutif de l'appel et rejurer l'affaire sur le fond. Dans ce cas, le recours sera rejeté ou le premier jugement sera réformé.

Le premier jugement est irrégulier, il sera donc annulé par le juge d'appel. Il va alors disposer d'une alternative : (1) il peut renvoyer l'affaire au premier juge, cette solution est la seule qui va permettre d'assurer le respect de la règle du double degré de juridictions. En effet, l'annulation du premier jugement a un effet rétroactif. En conséquence, il est censé n'avoir jamais existé. Si le juge d'appel statue sur le fond du litige après avoir annulé le premier jugement, il n'aura été statué régulièrement sur le litige qu'une seule fois.

(2) Le juge d'appel peut évoquer le litige et statuer sur le fond. Cette solution est conforme à l'idée de bonne administration de la justice qui suppose qu'une procédure juridictionnelle aboutisse dans des délais raisonnables. En outre, dans cette hypothèse, l'entorse qui est faite à la règle de double degré de juridiction est généralement illimitée puisque si en droit, le premier jugement n'existe plus, dans les faits, le tribunal a déjà connu de l'ensemble des éléments du litige. Ceci étant, cette observation n'est pas valable dans l'hypothèse où les premiers juges se sont déclarés incompétents ou s'ils ont considéré à tort que le recours était irrecevable. Dans cette hypothèse, en cas d'évocation, le fond du litige ne sera abordé pour la première fois qu'en appel.

La question qui se pose est de savoir ce qui va conduire le juge d'appel à choisir l'une ou l'autre des deux possibilités qui lui sont ouvertes (annulation). Dans certaines hypothèses, le législateur fait obligation au juge d'appel d'évoquer l'affaire après l'annulation du premier jugement. C'est le cas notamment en matière de contentieux des contraventions de grande voirie. Ces contraventions peuvent être infligées à des personnes qui ont porté atteinte au domaine public naturel. C'est le cas par exemple d'une entreprise qui réalise sans autorisation l'extraction de matériels dans le lit d'une rivière.

Dans les autres cas, le juge d'appel dispose d'une grande latitude de choix. En particulier, le CE, arrêt section 22 Mai 1981, demoiselle Bloc'h a considéré que le juge d'appel pouvait évoquer le litige y compris dans les hypothèses où l'affaire n'est pas en état d'être jugée. En d'autres termes, le juge d'appel peut utiliser ce pouvoir alors qu'il s'avère nécessaire de prescrire des mesures d'instruction pour que l'affaire puisse être effectivement jugée.

La seule limite à l'exercice du pouvoir d'évocation est l'interdiction qui est faite au juge de statuer ultra petita, c'est-à-dire au-delà de ce que demandent les parties. Cependant, il n'est pas nécessaire que l'une des parties demande expressément au juge d'appel d'évoquer le litige. Pour que le pouvoir d'évocation puisse être mis en œuvre, il suffit que l'une des parties fasse référence dans ses écrits au fond du litige. En conséquence, l'évocation ne sera impossible que dans les cas très rares où l'appelant ne fait que contester la régularité du premier jugement sans se référer au fond du litige. Dans la pratique, la plupart des jugements d'appel annulant le premier jugement sont suivis d'un jugement sur le fond.

2.3) Le Conseil d'Etat

Le CE a été créé par la Constitution du 22 Frimaire An 8, et son organisation actuelle est définie par le CJA. Le CE est à la fois conseil du gouvernement et juge suprême de l'administration. Il exerce cette fonction juridictionnelle dans le cadre de la section du contentieux qui s'oppose aux sections administratives du CE (rôle consultatif).

2.3.1) L'organisation du CE

Les membres du CE se répartissent en trois grades : les auditeurs, les maîtres de requête et les conseillers d'Etat. Les auditeurs sont exclusivement recrutés par le concours de l'Ecole Nationale d'Administration. Les maîtres de requête sont recrutés pour partie parmi les auditeurs et pour d'autre part au tour extérieur (personnes déjà fonctionnaires d'une autre administration avec conditions d'âge et de qualification). De la même façon, les conseillers d'Etat sont recrutés d'une part parmi les anciens maîtres de requête et pour une part au tour extérieur.

Les différends du CE peuvent être affectés à la section du contentieux ou à une section administrative, voire à la fois à la section du contentieux et à une section administrative. Chaque année, le CE rend environ 10 000 jugements. Il existe quatre types de formation de jugement dont le choix dépend de l'importance du litige.

Il y a d'abord les sous-sections jugeant seules. Il existe 10 sous-sections au sein de la section du contentieux.

Il y a les sous-sections réunies, elles sont composées de membres de deux sous-sections différentes. Remarque, ces deux formations rendent la quasi-totalité des décisions du CE.

Il y a la section du contentieux (arrêt de section). Cette formation comprend notamment le président de la section du contentieux, les trois vice-présidents de cette section et les 10 présidents des sous-sections.

Enfin, il y a l'Assemblée du contentieux. Elle est présidée par le vice-président du CE, elle comprend notamment le président de la section du contentieux et les présidents des sections administratives.

2.3.2) La compétence du CE en tant que juge de cassation

Le CE est juge de cassation des arrêts des CAA depuis la loi du 31 Décembre 1987. Le CE conserve par ailleurs des compétences en tant que juge d'appel mais également en tant que juge en premier et dernier ressort. La compétence de juge de cassation du CE existait déjà avant la loi du 31 Décembre 1987. En effet, le CE était déjà juge de cassation des arrêts rendus par la plupart des juridictions administratives spéciales. Par ex, depuis le début du XIXème siècle, le CE est juge de cassation des arrêts des Cour des Comptes.

2.3.2.1) Les cas d'ouverture de recours en cassation

Le recours en cassation est ouvert de plein droit contre les décisions des juridictions administratives. En d'autres termes, ce recours est donc ouvert même si aucun texte ne le prévoit sauf pour ce qui concerne les décisions du CE et les décisions des TA lorsqu'elles peuvent faire l'objet d'un appel. Ce principe a inspiré le CE dans

son arrêt d'Assemblée du 2 Février 1947, arrêt D'Aillières. Conseil d'Etat arrêt concernait les jurys d'honneur. Le CE précise d'abord que les jurys d'honneurs sont des juridictions administratives. Se posait également la question de savoir si les jugements des jurys d'honneur pouvaient faire l'objet d'un recours.

Or, la loi qui instituait ces juridictions se bornait à préciser que leurs décisions ne sont susceptibles d'aucun recours. Pour le CE, cette disposition ne pouvait être interprétée « en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée par le législateur comme excluant le recours en cassation devant le CE. En d'autres termes, à défaut d'autres recours prévus par le textes, le recours en cassation demeure toujours ouvert sauf s'il est expressément exclu par la loi. L'arrêt D'Aillières ne fait que confirmer l'existence d'un principe qui avait déjà été identifié par Lafferrière en 1887 : « Lorsqu'il n'existe pas de texte prévoyant le recours en cassation à l'égard d'une juridiction déterminée, ce recours n'en est pas moins ouvert en vertu des principes généraux ».

Aujourd'hui, ce principe est retranscrit à l'article L821-1 du CJA qui ouvre très largement le recours en cassation. « Les arrêts rendus par les CAA et de manière générale toutes les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions administratives peuvent être déférées au CE par la voie du recours en cassation ».

2.3.2.2) Les moyens de cassation

Le régime de la cassation en droit administratif est inspiré par les règles applicables dans l'ordre judiciaire. L'idée majeure est que le juge de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction. Il ne rejuge pas l'intégralité du litige, mais seulement les questions de droit à l'exclusion des questions de fait. Ces questions relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Le contrôle opéré par le juge de cassation porte à la fois sur la régularité externe et sur la régularité interne des jugements attaqués.

Le contrôle de la régularité externe des jugements :

Le jugement attaqué peut être cassé pour violation des règles de compétences et de procédures. Par ex, CE 20 Juin 1913, arrêt Tery : est cassé un jugement d'une juridiction administrative spéciale rendu en méconnaissance du respect des droits de la défense.

Le contrôle de la régularité interne des jugements :

De ce point de vue, trois moyens pourront être invoqués par le requérant en vue d'obtenir la cassation du jugement attaqué :

- **Le contrôle de l'erreur de droit**

Il y a erreur de droit lorsque les juges du fond ont mal appliqué un texte ou mal apprécié la portée de règles jurisprudentielles.

Par ex, CE section, 5 Juillet 1991, Société mondiale auto : le juge d'appel refuse de faire bénéficier une société d'une exonération fiscale prévue par le Code Général des impôts concernant des installations de magasinage au motif que ces installations n'avaient pas été exclusivement réservées au magasinage. Le CE casse l'arrêt pour erreur de droit au motif que le texte applicable n'avait pas prévu une telle limite au bénéfice de l'exonération.

- **Le contrôle de l'erreur de fait**

Il y a erreur de fait lorsque les faits pris en considération par les juges du fond n'existent pas. Cette hypothèse est rare et le contrôle du juge de cassation se justifie par le fait que l'erreur commise influera nécessairement sur la solution apportée au litige.

Par ex, CE, 8 Février 1989, arrêt Rodet : Le Conseil National de l'ordre des médecins avait sanctionné un praticien au motif qu'il aurait reconnu avoir établi un certificat médical en recourant à une encyclopédie médicale de vulgarisation. Le CE va constater qu'il n'est nulle part indiqué dans le dossier de l'affaire que le requérant aurait procédé de cette façon. Le jugement est donc cassé pour erreur de fait.

- Le contrôle de la qualification juridique des faits

Le CE va censurer les décisions des juges du fond dans le cas où il a improprement décidé que les faits dont il a à connaître rentrent dans une catégorie juridique donnée. Le contrôle se justifie par le fait que l'erreur commise influe sur le sens la décision prise par les juges du fond.

Par ex, un agent public dans le cadre de ses fonctions occasionne un dommage. Le juge devra déterminer si le comportement de l'agent est fautif ou s'il ne l'est pas. Si ce comportement est fautif, il devra déterminer si cette faute est une faute de service qui peut entraîner la condamnation de l'administration ou s'il s'agit d'une faute personnelle pouvant entraîner la condamnation de l'agent.

Ceci étant, la notion de qualification juridique des faits est très délicate à aborder. En effet, on se situe ici à la frontière entre les questions de droit qui sont contrôlées par le juge de cassation et les questions de fait qui relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond. Il n'y a pas de moyen fiable de distinguer qualification juridique des faits et appréciation des faits.

En outre, si le juge de cassation est incompétent, en principe, pour contrôler l'appréciation des faits par les juges du fond, il va néanmoins contrôler que dans le cadre de cette appréciation, les juges du fond n'ont pas dénaturé les faits qui leur ont été soumis. Cette hypothèse est celle où les juges du fond en appréciant les faits arrivent à dire le contraire de la réalité de ces faits. Par ex, CE, 8 Décembre 1975, arrêt Bové : en l'espèce, la commission des objecteurs de conscience (quelqu'un qui ne veut pas porter d'armes et faire un service civil) a dénaturé les faits en estimant que le requérant n'avait pas fait état dans sa demande de conviction philosophique impliquant qu'il était défavorable au service militaire.

La décision du juge de cassation :

Le juge de cassation va rejeter le pourvoi ou alors casser le jugement qui lui est déféré. Dans le second cas, il va disposer d'une alternative. Il peut choisir de renvoyer l'affaire. Ainsi, il peut renvoyer soit au même juge du fond qui statuera dans une formation différente ou renvoyer l'affaire à un autre juge du fond de même nature. Dans la pratique, c'est la première solution qui est privilégiée. Dans tous les cas, le juge de renvoi a l'obligation de se conformer à la chose jugée dès le premier renvoi (pas comme en matière civile où c'est le 2^{ème}) : arrêt de principe, CE, 8 Juillet 1904, arrêt Botta.

Il peut décider de retenir le litige et de régler lui-même l'affaire en cours. Le CE dispose d'une grande latitude de choix entre ces deux possibilités. Il doit se déterminer comme le précise le CJA en fonction de l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Il existe toutefois une hypothèse où après cassation, le CE a l'obligation de régler au fond le litige, c'est celle où pour une même affaire, le CE est saisi d'un deuxième pourvoi en cassation après un premier renvoi lorsqu'il prononce une nouvelle cassation.

Dans la pratique, le CE fait une utilisation très fréquente de la possibilité de retenir le litige. En effet, plus de 80% des arrêts de cassation sont suivis d'un jugement au fond par le CE.

PARTIE 2 : LES ACTES ADMINISTRATIFS

Classiquement, un acte administratif résulte de la conjonction de trois éléments. Tout d'abord un élément organique : l'acte doit être pris par une personne publique. Le second élément est matériel : l'acte doit être pris dans le cadre d'une mission d'intérêt général. Troisième élément, élément formel : l'acte est soumis à un régime juridique particulier dérogatoire du droit commun et il relève en conséquence du contentieux administratif.

Cette définition classique a été remise en cause. En effet, il est admis aujourd'hui que les personnes privées peuvent prendre des actes administratifs.

En réalité, seul l'élément formel permet d'identifier les actes administratifs. Le régime applicable aux actes administratifs n'est pas uniforme. On distingue ainsi deux grandes catégories d'actes en fonction de la manifestation de volonté qui est à l'origine de l'acte.

On distingue ainsi les actes administratifs unilatéraux des contrats administratifs. Si cette distinction apparaît évidente, elle est en réalité plus relative qu'il n'y paraît de prime à bord. En effet, d'une part, le procédé contractuel est interdit dans certains domaines, c'est le cas notamment en matière de police. Les mesures de police doivent nécessairement donner lieu à des actes unilatéraux.

Un contrat ne peut légalement confier à une personne privée ce type d'activité. En conséquence, s'il se trouve en présence d'un contrat confiant une mission de police à une personne privée, le juge requalifiera ce contrat en acte administratif unilatéral, arrêt de principe, CE, 8 Mars 1985, association « les amis de la terre ».

En outre, quand bien même l'acte considéré est un contrat, l'administration se voit reconnaître la possibilité d'agir de façon unilatérale sur le contrat pour des motifs liés à l'intérêt général. Plus précisément, l'autorité administrative contractante dispose d'un pouvoir de modification unilatérale et d'un pouvoir de résiliation.

Titre 1 : L'acte administratif unilatéral

Chapitre 1 : La notion d'acte administratif unilatéral

Il s'agit le plus souvent d'actes pris par les personnes publiques dans le cadre de leurs fonctions administratives. Ces actes présentent une caractéristique majeure par rapport à des actes que peuvent prendre des personnes privées. Elles sont immédiatement exécutoires, elles créent des droits et des obligations pour les tiers sans qu'il soit nécessaire que leur force exécutoire soit reconnue par un juge.

Par ailleurs, des actes administratifs peuvent également être pris par des personnes privées. Enfin, certaines personnes publiques peuvent prendre des actes unilatéraux qui ne sont pas pour autant des actes administratifs. En conséquence, des actes administratifs peuvent émaner d'organes non administratifs et des organes administratifs peuvent prendre des actes qui ne sont pas des actes administratifs.

1) Actes administratifs émanant d'organes non administratifs

Peuvent prendre des actes administratifs des organes juridictionnels, des organes qui participent au pouvoir législatif ainsi que les personnes privées.

1.1) Actes administratifs adoptés par des organes juridictionnels

Les mesures prises par les autorités judiciaires qui sont relatives à l'organisation du SP de la justice présentent le caractère d'acte administratif à la différence des mesures prises dans le cadre de l'exécution de ce SP, arrêt principe, TC, 27 Novembre 1952, préfet de Guyane.

1.2) Actes administratifs adoptés par des organes participant au pouvoir législatif

En principe, les décisions prises par les autorités des assemblées ne sont pas des actes administratifs unilatéraux. Par exemple, CE section, 29 Décembre 1995, arrêt Sabaty : les décisions du président de l'AN d'allouer des secours à d'anciens députés se trouvant sans emploi ainsi que la lettre refusant de communiquer ces décisions n'ont pas le caractère d'actes administratifs pouvant être attaqués devant le juge administratif.

Ce principe connaît toutefois des exceptions visées par l'ordonnance du 17 Novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires. Le juge administratif est compétent pour connaître de tous les litiges d'ordre individuel concernant les agents titulaires des services des assemblées parlementaires.

En revanche, le juge administratif demeure incompétent pour connaître des actes réglementaires des assemblées relatifs au statut de leur personnel. CAA Paris, 18 Mai 2006, arrêt Becq Szabo.

Une seconde exception a été dégagée par le CE Assemblée, 5 Mars 1999, arrêt président de l'AN : le juge administratif est compétent pour connaître de tous les litiges individuels en matière de marché public. Cette jurisprudence a été reprise et intégrée dans l'ordonnance de 1958 par une loi du 1^{er} Août 2003.

1.3) Actes administratifs adoptés par des personnes privées

Sont des actes administratifs les actes des personnes privées investies d'une mission de SP dès lors qu'elles mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique qui ont été confiées à ses organismes arrêt de principe CE Assemblée, 31 Juillet 1942, Monpeurt. Par ex, CE, 25 Juin 2001, arrêt SAOS Toulouse football club : le CE dit « constitue un acte administratif la décision de la fédération française de football portant homologation des résultats du championnat de France ».

En revanche, lorsque l'acte en cause ne concerne pas l'exécution même du SP, mais son organisation interne, il s'agira d'une simple décision qui ne se distingue en rien de celle que peuvent prendre n'importe quelle personne privée. Par ex, CE 29 Septembre 2003, arrêt UMS Pontault-Combault Handball : le CE dit « ni l'application des dispositions techniques propres à chaque discipline, ni l'appréciation des performances des participants ne peuvent être discutées devant le juge administratif ». Le requérant ne peut donc utilement invoquer le moyen tendant à contester l'application par un jury d'appel de la règle technique relative aux temps morts au cours d'un match. Par ex, TC 16 Juin 1997, arrêt Breton. Une assistante maternelle avait reçu des enfants confiés par des associations qui, même si elles sont investies d'une mission de SP et bénéficient de financements publics, constituent des personnes morales de droit privé. Les rapports entre cette assistante maternelle et ces associations ne peuvent être que des rapports de droit privé.

2) Actes non administratifs émanant d'organes administratifs

Les plus hautes autorités administratives peuvent prendre certains actes de nature législative ainsi que les actes de gouvernement.

2.1) Actes législatifs

Dans des périodes de crise, des mesures prises par le pouvoir exécutif peuvent se voir reconnaître valeur législative par le juge. Tel était le cas notamment des ordonnances prises entre 1944 et 1946 par le comité français de libération nationale et par le gouvernement provisoire de la République. Arrêt de principe, CE 22 Février 1946, arrêt Botton.

De la même façon, l'art 16 de la Constitution permet au président de la République de prendre des mesures qui relèvent normalement de la compétence du législateur. Ces mesures, lorsqu'elles relèvent du domaine de la loi, sont inattaquables devant le juge administratif, arrêt de principe, CE Assemblée, 2 Mars 1962, Rubin de Servens.

2.2) Actes de gouvernement

Les actes de gouvernement sont des actes pris par des autorités administratives qui, en raison de leur nature, échappent à la compétence du juge administratif et plus généralement à tout contentieux.

2.2.1) La conception originelle de la notion d'actes de gouvernement

Depuis le début du XIX^{ème} siècle, on est passé d'une conception large de la notion d'acte de gouvernement, à une conception beaucoup plus étroite.

A l'origine, l'acte de gouvernement désigne tout acte de l'administration pris en considération de motivations politiques, arrêt de principe, CE 1^{er} Mai 1822, arrêt Laffitte. Un banquier demande le paiement des arrérages d'une rente qui lui avait été cédée par un membre de la famille Bonaparte. Le CE décide « que cette réclamation tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au gouvernement ».

Cette jurisprudence a donné lieu à de nombreux abus. Ceci était d'autant plus vrai que les textes applicables au CE prévoyaient que de fortes amendes seraient infligées aux avocats qui le saisiraient d'un recours contre ce type d'actes. Cette solution était toutefois conforme à l'idée que l'on se faisait à l'époque de la juridiction administrative. En effet, dans un système de justice retenue, sous l'empire de la théorie du ministre juge, c'est toujours le gouvernement et le chef de l'Etat qui statuent en dernier ressort.

L'octroi au CE de la justice déléguée par la loi du 24 Mai 1872 va lui conférer une nouvelle liberté d'action par rapport au pouvoir politique. Finalement, le CE va décider de restreindre la catégorie des actes de gouvernement à l'occasion de son arrêt du 19 Février 1875, arrêt Prince Napoléon. Cet arrêt abandonne le critère du mobile politique au profit de critères plus objectifs. Le CE était saisi d'un recours du neveu de l'empereur déchu contre la décision qui radiait son nom de la liste des généraux figurant sur l'annuaire militaire. A l'évidence, cette mesure avait été prise pour un mobile politique lié au changement de régime. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement David a alors développé une théorie en vertu de laquelle « pour présenter le caractère exceptionnel qui le mette en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte émane du gouvernement ou de l'un de ses représentants ait été délibéré en conseil des ministres ou qu'il était édicté par un motif politique ».

Cependant, l'arrêt prince Napoléon n'a pas fait disparaître la catégorie des actes de gouvernement et ne définit pas de critères précis permettant d'identifier ce type d'actes. Conseil d'Etat arrêt a seulement restreint leur domaine, cette restriction étant la conséquence de l'abandon du critère du mobile politique.

2.2.2) La conception actuelle de l'acte de gouvernement

L'expression d'acte de gouvernement n'apparaît dans pratiquement aucune décision récente. A une époque, des auteurs ont d'ailleurs estimé que cette catégorie d'actes avait disparu. Cependant, l'expression est

toujours présente dans un certain nombre d'arrêts. Par ex, TC, 24 Juin 1954, arrêt Barbaran ou encore CE, 20 Octobre 2000, arrêt Bukspan.

Quoi qu'il en soit, l'expression est toujours utilisée par la doctrine qui désigne ainsi différentes hypothèses qui ont toutes un point commun : le recours est rejeté dans la mesure où l'acte attaqué touche un domaine qui échappe par nature à la compétence de toute juridiction. Néanmoins, la théorie de l'acte de gouvernement est en constant recul. En effet, les exigences de l'Etat de droit ne sont guère compatibles avec l'idée selon laquelle certains actes seraient « au-dessus » de tout contentieux.

2.2.2.1) Les différentes catégories d'actes du gouvernement

Les actes de l'exécutif se rattachant aux relations internationales :

TC, 2 Février 1950, arrêt société radio Andorre : la décision du gouvernement de brouiller les ondes d'une station de radio implantée à l'étranger est un acte de gouvernement parce que ça touche aux relations internationales.

CE Assemblée, 11 Juillet 1975, arrêt Paris de la Bollardière : « est inattaquable la décision du chef de l'Etat créant une zone de sécurité autour de l'atoll de Mururoa et de suspendre la navigation dans cette zone en vue de réaliser des essais nucléaires ».

Les actes de l'exécutif en relation avec l'organisation des pouvoirs publics :

Sont concernés les différents actes liés aux rapports constitutionnels entre le président de la République, le premier ministre, le parlement et l'autorité judiciaire. S'agissant des rapports au sein de l'exécutif et des rapports entre l'exécutif et le Parlement, les illustrations de l'acte de gouvernement sont assez nombreuses.

Par ex, CE, 20 Février 1989, arrêt Allain : « est inattaquable le décret du président de la République portant dissolution de l'Assemblée Nationale ». Par ex, CE Assemblée, 2 Mars 1962, arrêt Rubin de Servens : « est inattaquable la décision du chef de l'Etat de recourir à l'art 16 de la constitution ». Par ex, CE, 16 Septembre 2005, arrêt René Georges Y X : les décrets relatifs à la nomination du 1^{er} ministre et à la composition du gouvernement sont inattaquables « car ils mettent en cause les rapports d'ordre constitutionnel institués entre le président de la République, le 1^{er} ministre et le gouvernement ». Par ex, CE Section, 19 Octobre 2005, arrêt CFDT et autres : « le rapport présenté au président de la République en vue de l'examen d'une ordonnance en conseil des ministres a pour objet de présenter les raisons pour lesquelles le texte est proposé et son contenu, quels qu'en soient les termes, il est inattaquable devant le juge de l'excès de pouvoir.

Pour ce qui concerne le pouvoir judiciaire, il existait traditionnellement une seule illustration de la théorie de l'acte de gouvernement. Elle concernait les décisions par lesquelles le chef de l'Etat exerce son droit de grâce (art 17 Constitution).

Désormais, le CE se déclare incompétent pour connaître de ces décisions non plus parce qu'il considère qu'il s'agit d'actes du gouvernement mais parce qu'est en cause un pouvoir propre du chef de l'Etat qui relève du pouvoir judiciaire de l'exécution des peines, CE, 28 Mars 1947, arrêt Gombert.

2.2.2.2) Le recul constant de la catégorie des actes de gouvernement

S'il existe deux grandes catégories d'actes de gouvernement, le contenu de ces catégories est en constante perte de vitesse. Par ex, CE 3 Décembre 1999, association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire : « est désormais recevable un recours dirigé contre la décision de refus du premier ministre de prendre un décret modifiant des dispositions de nature réglementaire figurant dans un texte de forme législative ». Par ex, CE, 27 Novembre 2000, comité tous frères : « la décision du président de la République de faire fleurir la tombe du maréchal Pétain à l'occasion de la commémoration du 11 Novembre peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ».

En outre, le régime juridique des actes de gouvernement n'a vocation à s'appliquer qu'aux seuls actes qui ont précisément cette nature. En effet, puisqu'il s'agit d'un régime dérogatoire au droit commun, le régime des actes de gouvernement a vocation à s'appliquer à des hypothèses précisément circonscrites. En conséquence, lorsque des éléments juridiques pourront être détachés d'un acte de gouvernement, ils ne seront pas eux-mêmes qualifiés d'actes de gouvernement et ils pourront dès lors être soumis au contrôle du juge administratif.

Selon M. Ricci, « l'acte est dit détachable lorsqu'il peut être examiné en droit ou en fait en lui-même car il forme un tout suffisamment cohérent en soi et suffisamment autonome par rapport à son environnement juridique pour être appréhendé et traité juridiquement tout seul ».

La théorie de la détachabilité a principalement vocation à s'appliquer dans le domaine des relations internationales. Arrêt principe, CE Assemblée, 15 Octobre 1993, arrêt Colonies royales de Hong-Kong : « une décision rejetant une demande d'extradition est détachable des relations diplomatiques. Par suite, la juridiction administrative est compétente pour connaître de cette demande ».

Cette théorie s'applique également en matière de relations entre le pouvoir exécutif et le Parlement. Par ex, CE 4 Novembre 1959, arrêt Garnier : « les décrets de répartition des crédits inscrits à la loi de finances sont détachables de la procédure budgétaire, ils sont donc attaquables devant le juge administratif ».

Chapitre 2 : L'élaboration des actes administratifs unilatéraux

1) L'autorité compétente

Une autorité administrative ne peut intervenir que si une règle de droit l'y autorise. En général, cette règle de droit désignera précisément l'autorité compétente pour prendre une décision. Pour être valable, cette décision devra donc être signée par l'autorité désignée par le texte.

La compétence de l'auteur de l'acte attaqué est un moyen d'ordre public. En d'autres termes, il s'agit d'un moyen d'annulation des actes administratifs que le juge aura l'obligation de soulever d'office s'il est saisi alors même que les parties ne l'aurait pas invoqué.

La notion de compétence n'est pas uniforme, elle doit être appréciée de trois points de vue différents.

1.1) La compétence *ratione materiae*

Il s'agit d'apprécier la compétence d'une autorité en fonction de l'objet de l'acte attaqué.

1.1.1) Le principe

Seule l'autorité qui est habilitée à intervenir dans un domaine particulier peut prendre un acte administratif relatif à ce domaine. En général, cette habilitation émane de normes écrites, notamment constitutionnelles et législatives. Par ex, les art 21 et 37 de la Constitution attribuent au premier ministre un pouvoir réglementaire de droit commun. Par ex, l'art 13 de la Constitution définit les attributions en matière administrative du président de la République. Par ex, l'art L-2210-1 du Code Général des Collectivités Territoriales définit la compétence du maire en matière de police administrative. Ceci étant, il arrive que certaines compétences dont l'exercice s'avère indispensable ne soit attribuées à aucune autorité : on va appliquer des règles supplétives d'origine jurisprudentielle. Le CE Section, arrêt Jamart du 7 Février 1936 reconnaît que les chefs de service et notamment les ministres disposent d'un pouvoir réglementaire de droit commun pour l'organisation de leurs services, par ex dans le silence de la loi un chef de service est compétent pour réglementer l'exercice du droit de grève dans ses services.

Lorsqu'une autorité est compétente en vertu d'un texte pour prendre une décision, elle est également compétente, sauf texte contraire, pour prendre une décision en sens contraire. C'est ce qu'on appelle la règle de parallélisme des compétences. Par exemple, si un texte attribue un pouvoir d'autorisation à une autorité administrative, cette autorité dans le silence du texte, sera également compétente pour révoquer cette autorisation.

1.1.2) Hypothèses les plus courantes d'incompétence *ratione materiae*

1.1.2.1) L'empiètement d'une autorité supérieure sur les compétences d'un subordonné

Le supérieur hiérarchique peut donner à son subordonné des instructions. Il peut le sanctionner, il peut également annuler ou réformer les actes qu'il prend (pouvoir d'instruction). En revanche, le pouvoir hiérarchique n'implique pas la possibilité pour le supérieur hiérarchique de se substituer à son subordonné pour prendre un acte relevant de la compétence de celui-ci. Pour que cette substitution soit possible, elle doit être prévue par un texte et précédée d'une mise en demeure préalable. Par exemple, en l'application de l'art L2215-1 du CGCT, le

préfet est compétent après mise en demeure pour se substituer au maire en cas de carence de celui-ci dans l'utilisation de ses pouvoirs de police.

1.1.2.2) L'empiètement d'une autorité subordonnée sur les compétences d'une autorité hiérarchiquement supérieure

Il s'agit ici d'un cas manifeste d'incompétence *ratione materiae*. Cette solution est en effet évidente lorsque les compétences sont clairement définies par les textes. Une difficulté se pose en revanche lorsque s'applique la jurisprudence Jamart. Cette jurisprudence autorise les chefs de service à prendre des mesures réglementaires relatives à l'organisation et au fonctionnement du service alors que cette compétence ne l'aurait pas expressément reconnu par un texte.

Le pouvoir des chefs de service connaît trois limites.

- La mesure prise par le chef de service doit réellement concerner l'organisation ou le fonctionnement du service : CE Section, 23 Mai 1969, Société distillerie Brabant. Le ministre des finances n'était pas compétent pour fixer les critères d'octroi d'agréments fiscaux.
- Les chefs de service ne peuvent exercer leur pouvoir que dans la mesure où les exigences du service l'exigent. Ex, CE 17 Juin 1983, arrêt syndicat CFDT de l'Anifom : le CE annule la décision du directeur d'un établissement public qui fixait des règles de nature statutaire applicables au personnel de l'agence.
- Le chef de service ne peut prendre de mesures qui vont à l'encontre de dispositions législatives ou réglementaires. Ex, CE Assemblée, 30 Juin 2000, association choisir la vie : Le CE considère qu'il appartient au ministre de l'éducation nationale de promouvoir la santé des élèves, mais dans le cadre de cette mission, il doit respecter les compétences qui sont attribuées à d'autres autorités par des textes législatifs et réglementaires. En l'espèce la mesure prise est illégale car elle confiait aux infirmières scolaires un rôle de prescription et de délivrance d'un médicament alors que d'après la loi, ce médicament ne pouvait être délivré qu'en pharmacie.

1.1.3) Les exceptions aux règles normales de compétence *ratione materiae*

1.1.3.1) Les délégations

En principe, en droit public, les compétences ne se délèguent pas. Cependant, ce principe connaît un certain nombre d'exceptions qui se justifient pour des raisons d'ordre pratique. Il est matériellement impossible, voire très difficile pour certaines autorités de signer l'ensemble des décisions qui relèvent de leurs compétences. Certaines compétences pourront donc être déléguées, voire subdéléguées.

Les conditions de la délégation ;

Quatre conditions doivent être réunies pour que la délégation soit possible. Ces conditions sont identiques en matière de subdélégation.

- La possibilité de déléguer une compétence ou une signature doit être établie par un texte législatif ou réglementaire. Par ex, un décret du 27 Juillet 2005 organise le régime de la délégation de signature des membres du gouvernement aux agents des administrations centrales.
- La délégation doit être suffisamment précise quant au contenu des matières déléguées et quant à l'identité du délégant et du délégataire. Par ex, CE 27 Mai 1991, arrêt ville de Genève : La loi en vigueur exige en cas de modification d'une installation nucléaire que les conditions de la mise en exploitation de l'installation modifiée soient déterminées par décret. En l'espèce, un décret était intervenu et il renvoyait à des décisions ministérielles le pouvoir de mettre en exploitation la

centrale en précisant seulement la durée de la mise en exploitation et son point de départ. Pour le CE, le gouvernement n'a pas suffisamment précisé les conditions de mise en exploitation de la centrale et plus précisément l'objet de la décision qui devra être prise par le ministre. La subdélégation du gouvernement faite aux ministres est donc illégale.

- L'acte portant délégation doit être publié au journal officiel ou pour les actes des autorités locales au recueil des actes administratifs du département. A défaut, les actes pris en vertu de la délégation ne seront pas opposables aux administrés.
- La délégation doit être partielle. Si ce n'est pas le cas, les actes pris par le délégataire seront considérés comme illégaux en raison de son incompétence. Ceci étant, cette dernière condition est appréciée de façon très souple par la jurisprudence. Qui admet des délégations portant sur la plus grande partie des attributions du délégant. Ex, CE Assemblée, 29 Mars 1958, société du lotissement de la plage de Pampelone : est légale la délégation faite par un ministre à son directeur de cabinet portant sur tous les actes et toutes les décisions relevant de ce ministre, à l'exception des décrets.

Effets de la délégation ;

Il existe deux types de délégation : les délégations de compétences et les délégations de signature. Dans la première hypothèse, il y a transfert de compétence d'une autorité vers une autre. Le délégant est privé de la compétence ainsi transférée au délégataire. Cependant, le délégataire pourra retrouver sa compétence en prenant un acte mettant fin à la délégation en application du principe du parallélisme des procédures.

En cas de délégation signature, le délégant conserve sa compétence mais il va alléger ses missions en permettant au délégataire de prendre à sa place certains actes qui font l'objet de la délégation. Il peut donc à tout moment décider en lieu et place du délégataire.

Il existe une autre différence entre délégation de compétence et délégation de signature. Dans le premier cas, on considère que la délégation se fait d'autorité à autorité alors que dans le second cas, elle se fait de personne à personne. En conséquence, le changement d'identité du délégant ou du délégataire n'a pas de conséquences sur une délégation de compétence alors que ce changement d'identité met un terme à une délégation de signature.

Cette distinction n'est toutefois pas valable concernant la délégation de signature des membres du gouvernement aux agents des administrations centrales organisées par le décret du 27 Juillet 2005. En effet, l'article 1^{er} du décret précise que le changement de ministre ou de secrétaire d'Etat ne met pas fin aux délégations de signature qui ont été consenties aux agents des administrations centrales. En revanche, les règles habituelles s'appliquent lorsqu'il s'agit de subdéléguer les signatures qui ont été au préalable déléguées à ces agents.

1.1.3.2) La suppléance et l'intérim

Il s'agit de deux mécanismes qui permettent de pallier l'absence ou la cessation de fonctions du titulaire normal d'une compétence. C'est la suppléance qui entraîne les effets les plus complets. En effet, le suppléant va assurer les mêmes fonctions que la personne qu'il supplée. La suppléance pour pouvoir être mise en œuvre, doit nécessairement être organisée par un texte. Le CGCT prévoit qu'en cas d'absence, de révocation ou d'empêchement du maire par exemple, celui-ci est suppléé par un adjoint.

Si aucun texte n'organise la suppléance, c'est la solution de l'intérim qui s'appliquera. Cependant, l'intérim n'est possible que pour une brève période. En conséquence, si le juge est saisi d'un recours contre un acte d'une autorité intérimaire, cet acte pourra être annulé en raison de l'incompétence de son auteur si le juge considère que la période d'intérim a été trop longue.

1.2) Les règles de compétence ratione loci

Une décision administrative doit nécessairement être prise par l'autorité territorialement compétente. L'application de ce principe pose dans certains cas des difficultés. Par ex, CE Section 9 Mai 1989, arrêt communes de Champagne de Blanza : Il s'agissait de déterminer l'autorité compétente pour réglementer la circulation sur une voie publique délimitant plusieurs communes. Le CE considère que le pouvoir de réglementation ne peut être exercé que de façon conjointe par les maires des différentes communes concernées.

1.3) Les règles de compétence ratione temporis

L'auteur de l'acte doit être compétent, à la fois au jour de la signature de l'acte, et au jour de son entrée en vigueur. En outre, ces deux dates doivent être séparées par un délai raisonnable.

1.3.1) Les décisions prises par les autorités non encore investies ou qui ont cessé d'être investies

Une autorité ne peut jamais exercer sa compétence avant son investiture officielle. L'effet de l'investiture part à compter de la date de la signature de l'acte de nomination et non pas à compter de la date de la publication de cet acte, CE 10 Janvier 1958, arrêt de principe Deville. Pour ce qui concerne les autorités qui ont cessé d'être investies, la règle en vigueur est moins rigoureuse. Il s'agit en effet d'assurer la continuité du SP jusqu'à la prise de fonction du successeur de l'autorité concernée.

Dans de nombreux cas, la compétence de l'autorité anciennement investie est expressément prévue par un texte. Par ex, le CGCT prévoit que les maires et leurs adjoints continuent d'exercer leurs fonctions jusqu'à l'installation de leur successeur. Le même Code précise que les préfets révoqués exercent leurs compétences jusqu'à l'installation de leur successeur.

Pour toutes les hypothèses qui ne sont pas réglées par un texte, la jurisprudence considère que l'autorité qui n'est plus investie peut procéder à la gestion des affaires courantes. C'est le cas par exemple dans l'hypothèse d'un remaniement ministériel ou d'un changement de gouvernement. Ceci étant, la notion de gestion des affaires courantes demeure assez vague. Certains arrêts permettent de préciser cette notion qui s'apprécie différemment selon les hypothèses concernées, notamment cette notion a été précisée pour l'hypothèse d'un gouvernement démissionnaire par l'arrêt CE Assemblée, 4 Avril 1952, arrêt syndicat régional des quotidiens d'Algérie. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Delvolvé, distingue trois types d'affaires qui peuvent être soumises à un gouvernement démissionnaire :

- Les affaires courantes par nature qui ne présentent aucune particularité par rapport à la masse des affaires traitées. Celles-ci peuvent donner lieu à une prise de décision par un gouvernement démissionnaire.
- Les affaires importantes qui ne peuvent être réglées par un gouvernement démissionnaire qu'en cas d'urgence.
- Les grands règlements statutaires et les règlements modifiant les dispositions légales ou les droits reconnus par la loi. Ces matières sont toujours exclues de la compétence d'un gouvernement démissionnaire.

En l'espèce était contesté un décret d'application d'une loi. Cette loi prévoyait que ces décrets d'application pouvaient étendre son champ d'application à l'Algérie et adapter éventuellement son contenu. Ces actes relèvent de la 3^{ème} catégorie, en conséquence, le décret attaqué est annulé.

1.3.2) Les décisions anticipées

L'auteur d'une décision ne peut prévoir une date d'entrée en vigueur trop lointaine pour cet acte. Dans un tel cas, le juge considère que l'autorité en cause anticipe sur sa compétence future. Dans ce cas, l'acte attaqué sera annulé par le juge en raison de l'incompétence de son auteur. Par ex, CE 24 Décembre 1966, arrêt Sylvain.

1.3.3) Les décisions rétroactives

Le ConsCons, dans une décision du 22 Juillet 1980 loi de validation, a considéré que le législateur peut adopter des lois rétroactives excepté en matière pénale. Une solution contraire s'applique pour ce qui concerne les actes administratifs comme cela a été précisé par le CE Assemblée, 25 Juin 1948, société du journal L'Aurore. Il existe un principe général du droit « en vertu duquel les règlements ne disposent que pour l'avenir. Les PGD ont une valeur infra législative et supra décrets. En conséquence, ce principe ne s'impose à l'administration que si une loi n'y a pas dérogé.

1.3.4) Les dérogations exceptionnelles aux règles de la compétence : la jurisprudence des fonctionnaires de fait

On vise ici des hypothèses où l'acte attaqué émane d'une personne qui est extérieure à l'administration. Normalement, cet acte sera considéré comme illégal en raison de l'incompétence de son auteur. Toutefois, une position trop stricte sur ce point pourrait entraîner de graves inconvénients. Elle pourrait aboutir à remettre en cause des situations qui paraissent acquises. Par ex, après plusieurs années de procédure, l'élection d'un maire est invalidée par le juge administratif. L'annulation prononcée par un juge ayant un caractère rétroactif, le maire est sensé n'avoir jamais été élu. En toute logique, on devrait considérer que tous les actes faits par lui à compter de son élection sont illégaux en raison de l'incompétence de leur auteur.

Pour des raisons évidentes d'opportunité, le CE a adopté une règle différente à l'occasion d'un arrêt du 2 Novembre 1923, association des fonctionnaires de l'administration des PTT : les actes pris par l'autorité dont l'acte de désignation ou l'élection a été annulée subsiste dès lors qu'ils sont intervenus avant la date du jugement devenu définitif. Il existe une autre hypothèse d'aménagement qui concerne cette fois ci des personnes totalement étrangères à l'administration.

Dans les circonstances exceptionnelles, le juge va considérer que les actes pris par ces personnes sont des actes administratifs qui peuvent notamment engager la responsabilité de l'administration. Par ex, CE Assemblée, 7 Janvier 1945, Lecocq : les autorités d'une commune avaient déserté la ville à l'annonce de l'arrivée des troupes allemandes. Des habitants de la commune ont alors décidé de créer un comité local d'administration qui a pris un certain nombre de mesures, notamment la réouverture des commerces, la nomination de gérants et la création d'une taxe sur les ventes. Pour le CE, compte tenu des circonstances, les décisions prises sont des actes administratifs légaux dont les conséquences engagent la responsabilité de la commune.

2) La procédure d'adoption et la forme des actes administratifs

D'une façon générale, le droit administratif est assez peu formaliste. En particulier, il n'existe pas de code de procédure administrative non conventionnée. En outre, lorsque ces règles existent, les juges les appliquent généralement avec une certaine souplesse. Le non-respect des règles de procédure n'aboutit pas nécessairement à l'annulation de l'acte admis.

2.1) La procédure d'adoption de l'acte

Cette procédure peut être définie par des textes particuliers encadrant l'exercice par l'auteur de l'acte de sa compétence. A défaut de textes vont s'appliquer différentes règles qui ont été fixées pour l'essentiel par la jurisprudence.

2.1.1) Les consultations préalables

2.1.1.1) Les consultations facultatives

Une autorité a toujours la possibilité de requérir tous les avis qu'elle juge opportuns en dehors de toute obligation prévue par les textes. A partir du moment où l'autorité s'est elle-même astreinte à cette formalité, elle sera tenue de respecter une procédure régulière.

En la matière, les règles ont évolué avec l'entrée en vigueur de la loi du 17 Mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. L'art 70 de la loi précise que « lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision ».

Par ailleurs, la loi ne distingue plus comme le faisait auparavant la jurisprudence entre les vices considérés comme non substantiels et les vices considérés comme substantiels. En effet, certaines règles de procédure étaient considérées comme secondaires, ce qui fait que leur violation n'avait pas d'influence sur la légalité de l'acte attaqué.

2.1.1.2) Les consultations obligatoires

Dans l'hypothèse où une consultation est rendue obligatoire par un texte, deux cas de figure doivent être distingués : l'avis rendu peut être facultatif ou obligatoire. En outre, l'art 16 de la loi du 17 Mai 2011 permet dans certains cas de substituer aux consultations obligatoires des consultations ouvertes (recours à Internet).

L'avis rendu est facultatif ;

Dans cette hypothèse, l'accomplissement régulier de la formalité de consultation est suffisant. La seule difficulté qui peut intervenir concerne le délai qui peut s'écouler entre la date à laquelle l'avis est rendu et celui de la décision prise.

Par ex, CE, 2 Octobre 1996, ministre de l'intérieur contre Hottinger : le service des domaines doit obligatoirement être consulté dans le cadre d'une procédure d'expropriation avant que l'opération ne soit déclarée d'utilité publique. La portée de cet avis, qui porte sur la valeur des biens à exproprier, est facultative. En l'espèce, il s'est écoulé 11 ans entre la date où l'avis a été formulé et la date de la déclaration d'utilité publique qui va permettre la mise en œuvre des expropriations.

Le CE considère que la déclaration d'utilité publique est illégale. En effet, l'évolution des circonstances de droit et de fait nécessitait que soit requis un nouvel avis. En effet, la réglementation en matière d'urbanisme avait évolué, ainsi que la valeur des terrains concernés.

L'avis rendu est obligatoire ;

Dans cette hypothèse, l'avis devra obligatoirement être suivi par l'autorité compétente. Dans cette hypothèse, l'auteur de l'avis dispose en réalité d'un pouvoir de codécision. Par ex, art L15-9 du Code de l'expropriation organise la procédure d'expropriation d'extrême urgence. Cette procédure qui limite les garanties des personnes expropriées doit faire l'objet d'un décret pris sur avis conforme du CE.

Les consultations ouvertes ;

L'art 16 de la loi du 17 Mai 2011 prévoit que lorsqu'une autorité administrative est tenue de procéder à la consultation d'une commission consultative préalablement à l'édiction d'un acte réglementaire à l'exclusion des mesures nominatives, elle peut décider d'organiser une consultation ouverte permettant de recueillir sur un site Internet les observations des personnes concernées.

Normalement, cette consultation se substitue à la consultation obligatoire. Toutefois, il ne peut être recouru à la consultation ouverte dans certaines hypothèses. Tel est le cas notamment lorsque l'avis rendu est obligatoire et le cas où l'organisme qui doit en principe être consulté est une autorité administrative indépendante.

2.1.2) Les enquêtes préalables

Il s'agit d'opérations qui sont destinées à compléter les informations de l'administration avant la prise de décision. Elles vont lui permettre de réaliser une consultation la plus large possible de toutes les personnes qui peuvent être concernées par la décision à venir. Sont principalement concernées les enquêtes publiques prévues par le Code de l'environnement, dès lors qu'une opération mise en œuvre par l'administration est susceptible d'avoir des répercussions sur l'environnement.

2.1.3) Principe du contradictoire

Des règles jurisprudentielles et textuelles imposent le respect du principe du contradictoire dans le cadre de l'élaboration de certaines catégories d'actes administratifs unilatéraux. Selon les cas vont s'appliquer le principe jurisprudentiel de respect des droits de la défense ou les dispositions de la loi du 12 Avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

Dans certains cas également, ce sont des textes spéciaux qui vont exiger le respect du principe du contradictoire. Enfin, pour les décisions qui ont le caractère de sanction administrative, l'autorité compétente devra respecter les règles de l'art 6§1 de la CEDH relatives au procès équitable.

2.1.3.1) Le principe général du droit de respect des droits de la défense

Apparition du principe ;

A la différence de la procédure juridictionnelle, la procédure administrative non contentieuse ne présente pas en principe de caractère contradictoire. En d'autres termes, l'auteur d'un acte administratif n'est pas tenu en principe d'entendre les personnes intéressées par cet acte dans le cadre de sa procédure d'élaboration.

Cependant, ce principe connaît une exception majeure lorsque s'applique le principe jurisprudentiel du respect des droits de la défense. Ce principe résulte d'une extrapolation par le CE des obligations imposées à l'administration par la loi du 22 Avril 1905. Cette loi avait été adoptée suite à l'affaire des fiches. On avait découvert à cette époque que le gouvernement avait organisé un fichier indiquant les opinions politiques et les croyances religieuses d'un grand nombre d'officiers et de fonctionnaires.

La loi de 1905 impose à l'autorité administrative de communiquer son dossier au fonctionnaire qui fait l'objet d'une procédure disciplinaire. Il s'agit de permettre au fonctionnaire de connaître les griefs qui lui sont reprochés et d'organiser sa défense devant l'administration puis en cas de sanction, devant le juge.

Cette loi est donc doublement limitée quant à son champ d'application. Elle ne bénéficie qu'au seul fonctionnaire, elle ne concerne ensuite que les procédures disciplinaires.

Le CE va toutefois s'inspirer de ce texte à l'occasion de son arrêt de section, 5 Mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier : « une mesure de sanction d'une administrée ne peut légalement intervenir sans qu'elle ait été mise à même de discuter les griefs formulés contre elle ». Cette solution sera confirmée par l'arrêt Assemblée, 26 Octobre 1945, Aramu : le CE précise que le « respect des droits de la défense est un PGD qui bénéficie à l'ensemble

des administrés ». Ceci signifie qu'en l'absence de textes de loi contraires, l'administration doit respecter les droits de la défense des personnes concernées.

Champ d'application du principe ;

A l'époque de l'arrêt Aramu, le respect des droits de la défense ne concerne que les décisions de sanction. Par la suite, la jurisprudence a étendu ce principe à l'ensemble des mesures prises en considération de la personne ou pour des motifs relatifs à la personne, qu'il s'agisse ou non de sanctions. CE Section, 9 Décembre 1955, arrêt Garysas. Le principe du respect des droits de la défense s'applique à une décision de licenciement pour cause d'insuffisance professionnelle. Plus généralement, le principe de respect des droits de la défense s'applique à toute décision individuelle dès lors qu'elles ont des conséquences négatives sur leur destinataire, qu'il s'agisse ou non de sanction.

Ex, CE 5 Juin 2002, arrêt Simoens. Une taxe est assise sur la base d'éléments qui doivent être déclarés par le redevable. L'administration ne peut établir à la charge de celui-ci des droits qui excèdent le montant de ce qui résulterait des éléments qu'il a déclarés qu'après l'avoir mise à même de présenter ces observations conformément au principe général de respect des droits de la défense.

En revanche, d'autres mesures sont exclues du champ d'application du principe de respect des droits de la défense. C'est le cas tout d'abord pour les mesures par lesquelles l'administration se borne à tirer les conséquences d'une situation objective sans porter d'appréciation sur le comportement du destinataire de la mesure. Ex CE, 26 Mars 1982, arrêt Sarabay. Le principe du respect des droits de la défense n'a pas vocation à s'appliquer dans le cadre d'une procédure de licenciement d'une stagiaire résultant de son échec à un examen.

Consistance du principe ;

Le principe de respect des droits de la défense implique d'abord que l'intéressé soit informé qu'une procédure est engagée contre lui. Il doit ensuite recevoir communication de l'ensemble du dossier au vu duquel la décision sera prise. Ce dossier doit donc mentionner l'ensemble des griefs qui seront susceptibles de fonder la décision à venir. Enfin l'intéressé doit se voir ouvrir la possibilité de faire connaître ses observations à l'administration de façon écrite et éventuellement oralement. Pour que cette possibilité soit réelle, il doit bénéficier d'un délai raisonnable qui le mette en mesure de présenter utilement sa défense.

2.1.3.2) Loi n°2000-321 du 12 Avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration.

L'art 24 de cette loi prévoit que, « exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en l'application des art 1 et 2 de la loi du 11 Juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande des observations orales ».

Les décisions visées par les art 1 et 2 de la loi du 11 Juillet 1979 sont d'une part les décisions individuelles défavorables et d'autre part les décisions individuelles qui dérogent aux règles fixées par la loi ou par le règlement. Par ex, CE 3 Avril 2002, société Labo'life Espana. La décision de suspension de l'importation de médicaments pour défaut d'autorisation constitue une mesure de police défavorable. Elle entre donc dans le champ de l'art 24 de la loi du 12 Avril 2000. En conséquence, le refus par l'autorité compétente d'accepter que la société présente des observations orales en complément de ses observations écrites justifie l'annulation de la décision pour vice de procédure.

La loi du 12 Avril 2000 prévoit cependant des exceptions au principe du contradictoire, notamment en cas de demande abusive ou d'urgence.

2.1.3.3) Règles applicables à certaines sanctions administratives

L'art 6§1 de la CEDH reconnaît au justiciable le droit à être entendu par un tribunal indépendant et impartial statuant dans un délai raisonnable ainsi que le droit à ce que soit assurée la publicité des débats.

Dans un premier temps, le CE, conformément à une approche organique de la notion de juridiction, considère que les règles du procès équitable n'étaient pas applicables à la procédure d'élaboration des actes administratifs.

Par ex, CE 4 Mai 1998, société de bourse Patrice Wargny. Le conseil du marché à terme, même lorsqu'il statue en matière disciplinaire, n'est pas une juridiction. En conséquence, cette autorité n'est pas soumise aux règles du procès équitable.

Par la suite, le CE a opéré un revirement de jurisprudence à l'occasion de son arrêt d'Assemblée, 3 Novembre 1999, Didier. Le CE qui s'aligne sur la position de la CEDH considère que les règles du procès équitable peuvent s'appliquer à certaines procédures non juridictionnelles. « Désormais, eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions, un organe administratif peut être qualifié de tribunal au sens de l'art 6§1 de la Convention ».

Cette évolution concerne notamment un certain nombre d'autorités collégiales non juridictionnelles principalement les autorités administratives indépendantes lorsqu'elles exercent un pouvoir de sanction. En effet, même si les décisions qu'elles prennent sont des actes administratifs, sont en cause « des accusations en matière pénale visées par l'art 6§1 de la CEDH ». Par ex, CE 6 Janvier 2006, Société lebanise Communication Group : le CSA, même si les décisions qu'il prend sont des actes administratifs, doit respecter les règles du procès équitable lorsqu'il exerce son pouvoir de sanction à l'égard des opérateurs publics et privés de radio ou de télévision.

Lorsqu'elles s'appliquent, les règles du procès équitable sont plus contraignantes que celles résultant de l'application du principe du contradictoire. En effet, le respect du contradictoire n'est que l'une des facettes de la notion de procès équitable. Cette notion exige que d'autres formalités soient respectées et notamment que soit mise en œuvre le principe d'impartialité ainsi que les grands principes de la répression pénale.

2.2) Les formes de l'acte administratif

Ce qui est pris en considération, ce n'est pas le processus d'élaboration de l'acte, mais sa présentation extérieure dans la mesure toutefois où cet acte est express.

2.2.1) Les actes à caractère explicite et les actes à caractère implicite

Dans la majorité des cas, l'acte administratif se présente sous une forme écrite. Cependant, il peut se présenter sous d'autres formes. Tout d'abord, l'acte peut être verbal, l'acte est implicite et dans ce cas la décision de l'administration résulte de ce silence et de l'écoulement d'un délai. Avant la loi du 12 Avril 2000, lorsqu'une personne faisait une demande à l'administration, le silence gardé par elle aboutissait à une décision implicite de rejet à l'issue d'un délai de 4 mois. La loi de 2000 a raccourci ce délai à 2 mois. Le délai de recours contentieux sera calculé à partir de la date où cette décision implicite de rejet est intervenue.

Par ailleurs, la loi du 12 Avril 2000 a prévu deux types d'aménagements à ce principe. Première hypothèse, des décrets en CE peuvent prévoir un délai différent lorsque la complexité de la procédure le justifie. Par ex, un décret du 20 Juin 2001 distingue une centaine d'hypothèses dans lesquelles le délai de 2 mois est allégé à 4 mois. Par ex, le silence gardé pendant plus de 4 mois sur une demande d'attestation d'aptitude aux fonctions d'aide soignant vaut décision de rejet. Seconde hypothèses, des décrets en CE peuvent prévoir que dans certains cas, le silence gardé par l'administration pendant un délai de 2 mois vaut décision d'acceptation. Ex, art R421-14 du Code de l'urbanisme prévoit que le silence de l'administration sur une demande de permis de construire vaut en principe décision d'acceptation tacite.

2.2.2) La motivation des actes administratifs

Un acte administratif ne doit pas être arbitraire. Il est réputé avoir des motifs qui le justifie, ces motifs résultant d'une combinaison d'éléments de droit et de fait. La motivation de l'acte va donc consister à exposer dans l'acte lui-même ses différents motifs.

2.2.2.1) Domaine de l'obligation de motivation des actes administratifs

2.2.2.1.1) Les hypothèses visées par la loi du 11 Juillet 1979

Avant cette loi, le principe était que l'administration n'avait pas d'obligation de motiver ses décisions. Sauf dans les hypothèses où la loi en disposait autrement. En outre, la jurisprudence avait distingué plus d'une centaine d'hypothèses dans lesquelles la motivation des actes administratifs est obligatoire.

La loi de 1979 a renversé ce principe d'absence de motivation, elle prévoit en effet que doivent être motivées les décisions individuelles défavorables ainsi que les décisions qui dérogent aux règles générales fixées par des lois ou par des règlements. Par ex, CE 6 Décembre 1993, arrêt Bresson Klein. Une décision autorisant l'ouverture d'une pharmacie en dérogation aux critères démographiques définis par le code de la santé publique, doit être motivée.

La jurisprudence a dû préciser différents points concernant le champ d'application de la loi de 1979, en particulier elle a dû préciser la notion de décision individuelle défavorable. Ex CE 29 Juillet 1983, Seban : Les délibérations des jurys d'examen ou de concours n'entrent dans aucune catégorie des décisions défavorables devant être motivées.

Seule une décision réellement défavorable doit être motivée. Ex TA Lyon, 6 Février 1992, Perret. « N'est pas une décision individuelle défavorable une décision qui attribue à un étudiant une bourse d'un montant moins élevé que celle qui lui était versée l'année précédente ».

Le caractère défavorable d'une décision individuelle s'apprécie en fonction de son destinataire et non pas en fonction de la personne qui exerce un recours contraire. Par ex CE Section 9 Décembre 1983, Vladescu. Une personne avait à sa demande obtenu un changement de nom. La mère du demandeur exerce un recours contre le décret de changement de nom. Le CE considère que ce décret n'avait pas à être motivé puisqu'il ne constituait pas pour son destinataire une décision défavorable.

Enfin, la jurisprudence a précisé le contenu des différentes catégories de décisions défavorables visées par la loi de 1979 qui doivent faire l'objet d'une motivation. Par ex, CE Section 17 Juin 1983, Affatigato : un décret d'extradition fait partie de la catégorie des décisions restreignant les libertés publiques ou constituant d'une manière générale une mesure de police. Ex CE 11 Octobre 1994, F.A.N.E : un décret de dissolution d'une association relève également de cette catégorie.

2.2.2.1.2) Les autres hypothèses de motivation obligatoire des actes administratifs

En dehors des cas visés par la loi de 1979, il existe deux grandes hypothèses dans lesquelles des décisions administratives individuelles doivent être motivées :

- La motivation peut être imposée par un texte de loi spécial. Ex, le CSP impose la motivation des arrêtés hospitalisant d'office les malades mentaux.
- La motivation est également obligatoire dans différentes hypothèses visées par la jurisprudence. Il s'agit en fait des différentes hypothèses qui existaient avant la loi de 1979 et qui n'ont pas été reprises par cette loi. Ex, CE 26 Septembre 1996, Union des Commerçants et Artisans de Lamballe

et CCI des Côtes d'Armor. « Les autorités professionnelles à caractère collégial ont l'obligation de motiver leurs décisions ».

2.2.2.1.3) Exceptions à l'obligation de motivation

La loi de 1979 prévoit deux principales exceptions à l'obligation de motivation des actes administratifs. Sont concernés principalement les cas d'urgence et les décisions implicites. Cependant, dans ces différentes hypothèses, la personne intéressée pourra demander communication à posteriori des motifs de la décision. Cette demande devra être formée dans le délai de recours contentieux, c'est-à-dire dans les deux mois suivant l'intervention de la décision s'il s'agit d'une décision implicite dans les deux mois de l'accomplissement des mesures de publicité requises s'il s'agit d'une décision expresse, l'autorité auteur de la décision disposera alors d'un délai d'un mois pour communiquer ses motifs.

2.2.2.2) Contenu et sanction de l'obligation à motiver

L'article 3 de la loi du 11 Juillet 1979 exige une motivation écrite comportant l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision. A défaut, l'acte serait illégal pour vice de forme. Ces dispositions impliquent que la motivation d'un acte administratif ne doit pas être stéréotypée. En effet, l'application de la règle de droit qui constitue le fondement de la décision doit être justifié en fonction des faits à l'origine de cette décision. Par ex, CE 18 Mai 1990, association arménienne d'aide sociale : « une lettre-type de refus adressée à plusieurs demandeurs ne permet pas de déterminer le critère retenu par la commission nationale de la communication et des libertés (ancêtre du CSA) pour fonder son refus d'une demande relative à l'usage d'une fréquence pour la diffusion d'un service de radiodiffusion sonore.

Ceci étant, l'interprétation par des juges de la loi de 1979 demeure assez libérale. Par ex, CE 9 Novembre 1984, Comité dauphinois d'hygiène industrielle : « l'obligation de motivation est satisfaite dès lors que ses motifs sont exposés non pas dans la décision elle-même mais dans un document qui lui est annexé.

2.2.3) Les principales formes et les effets des actes administratifs unilatéraux

2.2.3.1) Les données du problème

L'acte administratif unilatéral peut revêtir différentes formes. Il peut s'agir par ex d'un décret, d'un arrêté, d'une délibération ou encore d'une décision. Cependant, au-delà de cet aspect formel, on peut établir une distinction entre deux grandes catégories d'actes administratifs.

Tout d'abord, il s'agit des actes administratifs à caractère décisoire. D'autre part, les actes administratifs à caractère non décisoire.

Les actes décisores se caractérisent par les effets juridiques qu'ils produisent, ces effets pouvant être de deux ordres :

- Tout d'abord, ces actes peuvent modifier les règles en vigueur, c'est le cas par ex d'un décret qui modifie un décret précédent.
- Ces actes peuvent faire application des règles de droit en vigueur, c'est le cas par ex d'un arrêté de nomination d'un fonctionnaire pris en l'application de dispositions législatives voire constitutionnelles.

Seuls les actes qui présentent un caractère décisoire peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge administratif sauf s'il s'agit d'actes de gouvernement.

A l'opposé les actes qui n'ont pas de caractère décisoire n'ont pas d'effets juridiques, ils ne peuvent donc faire l'objet d'un recours devant le juge administratif. Les actes à caractère non décisoire sont les mesures

préparatoires, les circulaires et les directives. Les autres actes administratifs unilatéraux ont un caractère décisoire, ils peuvent donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le JA. Cependant, il existe une catégorie d'actes administratifs décisaires qui ne peuvent faire l'objet d'un recours, il s'agit des mesures d'ordre intérieur.

2.2.3.2) Les actes administratifs unilatéraux à caractère non décisoire : les mesures préparatoires, les circulaires et les directives

2.2.3.1.1) Les mesures préparatoires

En principe, les mesures préparatoires qui participent à l'élaboration d'un futur acte normateur sont insusceptibles de faire l'objet d'un recours en contentieux. Par ex, CE Ass 15 Avril 1996, Syndicat CGT des hospitaliers de Bedarieux. L'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir s'étend pour les délibérations à caractère préparatoire des CT et de leurs établissements publics, même à raison des vices propres allégués.

Par ex, en matière d'expropriation, si une commune dans le cadre d'un projet d'aménagement veut mettre en œuvre une procédure d'expropriation, le Conseil Municipal devra voter une délibération par laquelle il autorise le maire à saisir le préfet en vue que celui-ci déclenche la procédure. Le préfet va ensuite prendre un arrêté d'ouverture de l'enquête publique préalable à la déclaration d'utilité publique. Au terme de l'enquête, le préfet prendra une déclaration d'utilité publique à partir de laquelle les expropriations pourront être mises en œuvre.

La délibération du CM et l'arrêté du préfet ouvrant l'enquête publique sont des mesures préparatoires à la déclaration d'utilité publique. Elles sont donc inattaquables (contrairement à la déclaration d'utilité publique).

Cependant, dans le cadre du recours dirigé contre l'acte normateur, il sera possible de soulever l'illégalité d'une mesure préparatoire. Si cette mesure est illégale, l'illégalité contaminera l'acte normateur qui sera donc annulé en cas de recours. Par ex, CE 26 Octobre 1990, ministre de l'Intérieur : l'illégalité de la délibération d'un CM demandant au préfet à ce qu'il soit recouru à la procédure d'expropriation peut être invoqué à l'appui d'un recours dirigé contre une déclaration d'utilité publique.

2.2.3.1.2) Les circulaires

Les circulaires qui sont également appelées notes de service ou encore instructions sont extrêmement nombreuses. Il s'agit du principal instrument par lequel les chefs de service (par ex ministres) vont exercer leur pouvoir hiérarchique sur leurs subordonnés. En effet, le pouvoir hiérarchique implique notamment la possibilité d'adresser aux agents du service des instructions qui vont les guider dans l'exercice de leur mission. Le but recherché est que l'ensemble des agents du service adoptent une approche identique aux problèmes qui leur sont soumis. La circulaire est une manifestation de ce pouvoir d'instruction, elle a pour principal objet d'interpréter la législation et la réglementation en vigueur et de définir la politique à suivre par l'administration concernée.

Un décret du 8 Décembre 2008 a précisé les conditions de publication des circulaires. Ce texte exige que les circulaires des services de l'Etat soient tenues à la disposition du public sur un site Internet relevant du premier ministre. Le décret de 2008 précisait que les circulaires qui n'ont pas été mises en ligne à la date du 1^{er} Mai 2009 sont réputées abrogées.

Cependant, cette abrogation automatique ne s'applique pas aux circulaires dont la loi prévoit que les administrés peuvent s'en prévaloir. Désormais, une circulaire des services de l'Etat qui ne figure pas sur le site n'est pas applicable et en conséquence les services de l'Etat ne peuvent en aucun cas s'en prévaloir.

La recevabilité des recours dirigés contre les circulaires ;

En principe, les circulaires ne présentent pas de caractère décisoire puisqu'elles ne modifient pas l'état du droit. Dans les faits, elles sont censées seulement rappeler et interpréter les textes en vigueur. Cependant, il arrive qu'une circulaire contienne des éléments qui ne se limitent pas à un simple rappel des règles applicables. Toute

circulaire peut en effet contenir des éléments décisifs qui modifient l'état du droit et ces éléments précis pourront faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Le régime juridique des circulaires avait été précisé par le CE Ass, 29 Janvier 1954, association Notre Dame du Kreisker : cet arrêt distingue deux hypothèses :

- Les circulaires interprétatives qui sont inattaquables parce qu'elles ne modifient pas l'état du droit
- Les circulaires réglementaires qui sous couvert d'interprétation créent des règles nouvelles. Les éléments réglementaires des circulaires peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Dans cette affaire était contestée une circulaire du ministre de l'Education nationale relative à la constitution des dossiers de demande de subventions par des établissements d'enseignement privé. Certains éléments de cette circulaire ne faisaient qu'interpréter la loi en vigueur en vue de permettre sa bonne application, par ex le ministre avait dressé une liste de documents que les établissements devaient produire à l'appui de leur demande de subventions. De cette façon, le ministre ne faisait que permettre à l'autorité compétente de statuer efficacement sur les demandes de subventions.

En revanche, d'autres éléments de la circulaire présentaient un caractère réglementaire, notamment la circulaire soumettait l'octroi des subventions à l'acceptation par les établissements d'un contrôle de leurs enseignements et de leur gestion financière. Or, ces conditions n'avaient pas été prévues par la loi que la circulaire était censée interpréter. En conséquence, ces éléments de la circulaire ont modifié l'état du droit résultant des textes applicables. Elles présentaient donc un caractère réglementaire.

Le recours pour excès de pouvoir est recevable à l'encontre des éléments à caractère réglementaire des circulaires. Sur le fond, les circulaires à caractère réglementaire étaient généralement annulées par le JA. En effet, dans la majorité des cas, l'auteur de la circulaire n'est pas compétent pour modifier le texte qu'il est censé interpréter.

Le CE a abandonné la distinction entre circulaire interprétative et circulaire réglementaire à l'occasion de son arrêt de section, 18 Décembre 2002, Dame Duvignères. Le CE distingue désormais les circulaires dénuées de caractère impératif des circulaires impératives. Ceci étant, la portée de cette évolution doit être relativisée. La terminologie évolue mais sur le fond les solutions retenues au cas par cas sont souvent identiques, quelle que soit la distinction à laquelle on se réfère.

Il ressort de l'arrêt Duvignères que « l'interprétation de l'autorité administrative donne par voie de circulaires des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre, qu'il n'est pas susceptible d'être déféré au juge de l'excès de pouvoir dès lors qu'elle est dénuée de caractère impératif ». En d'autres termes, une circulaire demeure inattaquable dès lors qu'elle n'a pas pour objectif de conditionner les décisions qui seront ultérieurement prises.

Par ex, CE 1^{er} Mai 2004, syndicat national des professions du tourisme CJC. Est en cause ici un précis de fiscalité édité par le ministère des finances. Ce texte a pour seul objet de présenter sous une forme facilement consultable les dispositions essentielles du droit fiscal. Il indique dans son avant-propos qu'il ne se substitue pas aux documentations administratives officielles. Par suite, il ne contient aucune disposition impérative. Le recours est donc irrecevable.

Par ex, CE 3 Octobre 2003, Boonen. Ne fait pas grief une circulaire de la CNIL qui n'écarte pas de manière impérative la possibilité de photocopier des documents contenus dans un fichier.

En revanche, les dispositions à caractère général impératives d'une circulaire font grief et peuvent en conséquence faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Donc le recours est recevable contre les circulaires qui dictent aux agents une conduite à tenir sans qu'il soit nécessaire de déterminer si elle modifie ou non l'état du droit.

Par ex, CE 8 Octobre 2004, Union Française pour la Cohésion Nationale : la circulaire contestée rappelle que la loi du 15 Mars 2004 interdit dans les écoles, les collèges et les lycées publics le port de signe ou de tenue par lesquelles les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse. La circulaire reprend par ailleurs des exemples de signes ou de vêtements qui sont interdits en application de la loi et qui sont directement repris des

débats parlementaires. Il s'agit du voile islamique, de la kippa et des croix d'une certaine dimension. Le recours pour excès de pouvoir contre ces éléments impératifs de la circulaire est donc recevable. Dans la grande majorité des cas cependant, les circulaires qui sont qualifiées d'impératives créent des règles de droit nouvelles. Elles auraient donc été qualifiées de circulaires réglementaires dans le cadre de l'ancienne jurisprudence Institution Notre Dame du Kreisker.

Légalité des dispositions des circulaires pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ;

Une fois la recevabilité du recours admise, les juges vont procéder l'examen du contenu de la circulaire dont les dispositions attaquées pourront être annulées dans plusieurs hypothèses.

Il s'agit tout d'abord de l'hypothèse où la circulaire fixe une règle nouvelle entachée d'incompétence. Cette hypothèse correspond exactement à celle des anciennes circulaires réglementaires illégales. Dans ce cas, la circulaire crée des nouveaux droits et obligations sans que la personne qui les dicte ne soit compétente pour modifier le texte qu'il est censé interpréter.

Par ex CE, 6 Mars 2006, syndicat national des enseignants et des artistes. Le ministre de l'économie et des finances a rédigé une instruction qui permet aux artistes musiciens d'opérer des déductions pouvant aller jusqu'à 14% du montant total de leur rémunération au titre des frais réels. Le ministre ne tenait d'aucune disposition législative le pouvoir d'édicter une telle déduction, en conséquence, la circulaire est illégale pour vice d'incompétence.

Par ex, CE 30 Septembre 2011, comité d'action syndicale de la psychiatrie. Les psychiatres des établissements d'accueil ne sont pas placés sous l'autorité hiérarchique des ministres. En conséquence, ceux-ci ne pouvaient pas recourir à leur pouvoir d'organisation de leurs services pour édicter des dispositions relatives à la forme, au contenu et au délai de présentation des propositions de sortie à l'essai. La circulaire est donc entachée de vice d'incompétence.

Est également illégale une circulaire entachée d'erreur de droit, ce qui recouvre deux cas de figure. Tout d'abord une circulaire est illégale si l'interprétation qu'elle contient méconnaît le sens et la portée des textes qu'elle interprète. Par ex, CE 26 Mars 2012, syndicat national des inspecteurs en santé publique vétérinaire. Le ministre avait ordonné à ses services par une circulaire de recruter des vétérinaires inspecteurs non titulaires à temps incomplet par voie de contrat conclu sur le fondement de l'art 4 de la loi du 11 Janvier 1984. La circulaire est illégale dans la mesure où cet art ne permet pas de recourir à ce type de contrats pour assurer des fonctions correspondant à un besoin permanent.

Enfin est illégale une circulaire qui réitère une règle juridique contraire à une norme supérieure, ainsi est recevable par ex le recours contre une circulaire prescrivant l'application d'un décret non conforme à une loi. Par ex, CE 2 Décembre 2001, « CSPC ». La circulaire contestée se borne à tirer les conséquences de l'art 2 d'un décret du 19 Décembre 1991 portant application de la loi du 10 Juillet 1991 relative à l'aide judiciaire. Cette circulaire est illégale puisqu'elle réitère au moyen de dispositions impératives à caractère général la règle illégalement fixée par le décret.

2.2.3.1.3) Les directives

Comme les circulaires, les directives constituent un moyen par lequel les chefs de service indiquent à leurs subordonnés la façon d'appliquer un texte. Il s'agit également de rationaliser et de rendre cohérente l'action des agents appartenant à un même service. Toutefois, l'objet des directives n'est pas identique à celui des circulaires. En effet, les circulaires visent à expliquer le contenu du texte qu'elles interprètent. A l'opposé les directives concernent les décisions individuelles qui seront prises en l'application de ces textes. Il s'agit donc en quelques sortes de définir une politique à suivre par les services. Ainsi par ex, une circulaire peut définir de quelle façon seront composés les dossiers de demandes de subventions alors qu'une directive va fixer les critères selon lesquels ces subventions seront accordées.

Le régime des directives a été précisé par le CE, 11 Décembre 1970, Crédit Foncier de France. Les directives ne présentent pas de caractère décisoire puisqu'elles se contentent d'orienter les mesures qui seront prises ultérieurement. Comme les circulaires, elles ne peuvent donc en principe faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Par ex, CE 3 Mai 2004, comité anti-amiante Jussieux. Les délibérations du conseil d'administration du fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante se bornent à définir des orientations. Elles ne font pas obstacle à ce que, en fonction de la citation de chaque demandeur, les autorités du fond s'écartent des directives qui leur seront ainsi adressées. Dès lors, ces délibérations dont les termes sont dénués de caractère impératif ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Il en ira autrement comme pour les circulaires lorsqu'il apparaît que la directive contient des éléments impératifs. Dans ce cas, la directive pourra faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Il peut également arriver qu'un texte qui est dénommé directive s'apparente en réalité à une circulaire. L'inverse étant également vrai.

Les directives n'ont pas de caractère décisoire puisque l'administration peut déroger aux orientations qu'elle contient. En effet, avant d'appliquer les critères retenus par la directive, l'administration doit procéder à un examen particulier de chaque affaire et cet examen pourra permettre à l'administration de déroger à la ligne fixée par la directive. Cependant, les dérogations à l'application d'une directive ne sont possibles que dans deux cas :

- S'il existe des motifs d'intérêt général justifiant la dérogation.
- S'il existe des motifs tirés des particularités de la situation de l'intéressé par rapport aux normes édictées.

En conséquence, si en principe les directives sont inattaquables, elles peuvent à la différence des circulaires être invoquées par les administrés. De même, les directives sont opposables aux administrés. Ce qui veut dire que l'administration peut fonder une décision individuelle sur les orientations définies par une directive. Dans le cadre d'un recours, le requérant peut quant à lui contester cette décision au motif que son auteur aurait dû se fonder sur les orientations définies par la directive ou au contraire y déroger.

2.2.3.3) Les actes administratifs unilatéraux décisores ne pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir : les mesures d'ordre intérieur

La notion originelle de mesures d'ordre intérieur :

Selon l'expression de M. Rivero, ces mesures concernent « la vie interne des services ». Elles sont très nombreuses et bien qu'il s'agisse de décisions, les mesures dirigées contre elles sont irrecevables. Cette solution connaît deux justifications majeures.

- Tout d'abord, une justification d'ordre juridique.

De nombreuses décisions ont une conséquence juridique très limitée, il peut s'agir par exemple de sanctions bénignes telles la décision d'un chef d'établissement scolaire infligeant une retenue à un élève. Il peut s'agir également de mesures prises dans le cadre de l'aménagement du service, par ex la décision d'un doyen de faire fermer une salle endommagée par une fuite d'eau.

L'annulation de telles décisions ne présente que très peu d'intérêt, en effet, elles ne modifient pas de façon substantielle la situation juridique de leur destinataire. Les juges vont considérer que de telles décisions « ne font pas grief », le recours contre elle est donc irrecevable.

- Ensuite, une justification d'ordre pratique.

Ces mesures sont extrêmement nombreuses. Déclarés recevables, les recours dirigés contre elle aboutiraient à un encombrement inutile des tribunaux.

Cependant, la jurisprudence, depuis une vingtaine d'années a une conception de plus en plus restrictive de la notion de mesures d'ordre intérieur. L'idée est qu'une décision n'est plus considérée comme telle dès lors qu'elle porte une atteinte jugée suffisamment grave à la situation juridique de son destinataire. Cette évolution concerne deux principaux domaines.

Le recul de la notion de mesures d'ordre intérieur dans le cadre des décisions touchant à l'aménagement intérieur des services ;

Traditionnellement, le juge administratif rejetait systématiquement les recours dirigés contre de tels actes. Par ex, CE 21 Octobre 1938, Lote : est irrecevable le recours dirigé contre une décision d'un chef d'établissement scolaire interdisant dans son école le port de signes religieux. Par ex, CE 20 Novembre 1954, Chapou : est irrecevable le recours dirigé contre la décision d'un chef d'établissement scolaire interdisant le port de pantalons de ski.

La position du CE a fini par évoluer dans un arrêt Kherouaa, 2 Novembre 1992 : est recevable le recours dirigé contre la décision d'un directeur d'école interdisant « le port de tout signe distinctif vestimentaire ou autre d'ordre religieux, politique ou philosophique ».

Cette évolution ne signifie pas pour autant que le CE considère que sont toujours recevables les recours dirigés contre des décisions concernant l'aménagement interne des services. Au cas par cas, le CE va évaluer si la décision contestée porte ou non une atteinte substantielle à la situation juridique de ses destinataires. Ainsi, la solution qui s'applique désormais en matière de port d'un signe religieux ne remet pas en cause par ex la jurisprudence Chapou.

Cette jurisprudence a été remise en cause par la loi du 15 Mars 2004 qui interdit dans les écoles, les collèges et les lycées publics le port de signes religieux. Dans les hypothèses non couvertes par la loi, la jurisprudence Kherrouaa s'applique toujours.

Le recul de la notion de mesures d'ordre intérieur dans mesures prises à l'encontre des militaires et détenus ;

La jurisprudence s'est orientée dans le même sens que celle consacrée aux mesures d'aménagement interne des services. Le recours contre ces mesures est toujours irrecevable dès lors que leurs effets juridiques sont mineurs. Par ex, une décision supprimant une permission à un militaire pour un week-end serait certainement irrecevable.

S'agissant des mesures de sanctions principalement, la jurisprudence a évolué. A l'origine, toutes les mesures y compris de sanctions qui touchent les militaires et les détenus sont insusceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Par ex, CE Ass, 27 Janvier 1984, Caillol : est irrecevable le recours intenté par un détenu contre une décision du chef d'établissement le plaçant en quartier de plus grande sécurité. Par ex, CE Section, 11 Juillet 1947, Dewavrin : est irrecevable le recours dirigé contre une décision de l'autorité militaire punissant un militaire à 15 jours de forteresse. Dans ces deux affaires pourtant, les mesures prises avaient des effets juridiques indéniables. D'une part, de façon immédiate elles aggravent la situation du détenu et du militaire visé. En outre, ces mesures auront des conséquences sur la carrière du militaire qui pourra voir son contrat non renouvelé. Le détenu quant à lui pourra se voir privé, eu égard de la sanction prononcée, de réductions de peines et de mesures d'aménagement de sa peine. Ces solutions étaient contestables puisque le juge s'interdisait par avance de connaître des décisions portant gravement atteinte à la situation juridique de leur destinataire et surtout de censurer les décisions qui seraient illégales.

La jurisprudence va finalement évoluer à l'occasion de deux arrêts d'Assemblée du 17 Février 1995 Hardouin et Marie. Dans l'affaire Hardouin, un militaire rentre apparemment ivre mort à sa base. Il refuse de se soumettre à un alco-test et il est ensuite puni de 10 jours d'arrêt. Le CE dit que « tant par ses effets directs sur la liberté d'aller et de venir du militaire en dehors du service que par ses conséquences sur l'avancement ou le renouvellement des contrats d'engagement, la punition des arrêts constitue une mesure faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir ». Le fait que le recours soit recevable n'applique pas que la mesure contestée est nécessairement illégale. Dans cette affaire, le CE va considérer que la sanction était fondée et il rejette le recours sur le fond. Dans l'affaire Marie, un détenu exerce un recours contre une décision lui infligeant une punition de cellule. Le CE va examiner si la décision fait grief. Le CE constate que cette punition aggrave les conditions de détention du détenu. Il est notamment privé de visite et de cantine (pouvoir commander des objets à l'extérieur) et sa correspondance est restreinte. En outre, cette condition peut avoir des conséquences sur l'octroi futur de réductions de peine ou de mesures d'aménagement de la peine. Par conséquent, le CE décide

« que eu égard à la nature et à la gravité de cette mesure, la punition de cellule constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir ». Sur le fond, la punition infligée à M. Marie était justifiée par une lettre qu'il avait adressée à l'inspection des affaires sanitaires pour se plaindre du fonctionnement du service médical de la prison. Or, le code de procédure pénale reconnaît le droit des détenus à adresser des lettres aux autorités administratives et judiciaires à condition que ces lettres ne contiennent aucune injure ou outrage, qu'elles ne soient pas calomnieuses ni injustifiées. En l'espèce, la lettre en cause ne contenait aucun élément de cette nature. En conséquence, le CE annule la sanction infligée à M. Marie.

Cette évolution jurisprudentielle a été fortement inspirée par la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et plus précisément par la décision de la CEDH du 28 Juin 1994, arrêt Campbell et Fell contre Royaume-Uni. Dans cette décision, la cour indique « le droit ne s'arrête pas à la porte des prisons », ni des casernes. Suite à cette décision a également été adopté un décret du 2 Avril 1996 qui encadre plus étroitement le régime disciplinaire appliqué aux détenus. Dans le même sens mais plus récemment, le nouveau statut général des militaires issu de la loi du 24 Mars 2005 abolit la catégorie des punitions qui sont fusionnées avec les sanctions disciplinaires.

Si les juges n'opposent plus une irrecevabilité de principe aux recours dirigés contre les mesures prises à l'encontre des détenus et des militaires, ils n'acceptent de connaître que les seules mesures qui portent suffisamment atteinte à leur situation juridique, ce qui n'est pas toujours facile à déterminer.

Par ex, le CE a longtemps considéré qu'à partir du moment où une mesure prise à l'encontre d'un détenu n'est pas qualifiée de sanction par le Code de procédure pénale, le recours est toujours irrecevable. Tel était le cas notamment concernant les mesures de mise à l'isolement qui ne pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir comme cela a été jugé par le CE dans son arrêt Fauqueux du 28 Février 1996. Cette solution a été critiquée. En effet, même si la mise à l'isolement n'est pas une sanction, elle a pour effet de priver la personne qui en fait l'objet de l'accès aux activités qui sont proposées de façon collective aux autres détenus, notamment le travail, l'enseignement et le sport.

Le CE a finalement opéré un revirement de jurisprudence à l'occasion d'un arrêt Remli du 30 Juillet 2003. Désormais, le recours dirigé contre une mesure de mise à l'isolement est recevable. Un autre problème concerne les recours contre les décisions de transfèrement des détenus. La CAA de Paris, dans un arrêt Boussouar du 19 Décembre 2005, avait considéré que ces décisions étaient toujours attaquables dès lors que les modalités de la détention sont appréhendées par des dispositions textuelles venant avec détail encadrer les pouvoirs de l'administration et conférer des garanties aux usagers. Conseil d'Etat arrêt était en décalage par rapport à la jurisprudence Marie qui suppose que la mesure contestée soit appréhendée au cas d'espèce en fonction des conséquences concrètes sur la situation juridique du détenu. Le CE va casser cet arrêt dans son arrêt d'Assemblée du 14 Décembre 2007, arrêt Garde des Sceaux. Le CE précise la jurisprudence Marie « pour déterminer si une décision relative à un changement d'affectation d'un détenu d'un établissement pénitentiaire à un autre constitue un acte susceptible de recours pour excès de pouvoir, il y a lieu d'apprécier sa nature et l'importance de ses effets sur la situation des détenus ». Dans cette affaire, une personne condamnée attaquait une décision le transférant d'un établissement pour peine vers une maison d'arrêt. Le CE relève que d'après le CPP, le régime de la détention en établissement pour peine constitue le mode normal de détention des condamnés. Il se caractérise par rapport aux maisons d'arrêt par des modalités d'incarcération différentes et notamment par l'organisation d'activités orientées vers la réinsertion. Compte-tenu de ces effets sur la situation juridique du requérant, le recours contre la mesure contestée est recevable. Dans le même arrêt, le CE mentionne 3 hypothèses où une décision de transfèrement est au contraire inattaquable :

- Les décisions d'affectation consécutive à une condamnation
- Les décisions de transfèrement d'un détenu d'une maison d'arrêt vers un établissement pour peine

- Les décisions de changement d'affectation ou de refus de changement d'affectation entre établissements de même catégorie sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus.

Chapitre 3 : L'application des actes administratifs

En principe, les conditions d'application des actes administratifs unilatéraux sont uniformes. Toutefois, certaines modalités d'application de ces actes varient en fonction de leur contenu. On distingue ainsi deux grandes catégories d'actes administratifs unilatéraux : d'une part les actes individuels qui concernent une ou plusieurs personnes nommément désignées. D'autre part, les actes réglementaires qui présentent un caractère impersonnel.

Cette distinction présente un caractère qualitatif et non pas quantitatif. Ainsi, un acte peut être réglementaire s'il ne concerne qu'une seule personne dès lors que cette personne n'est pas nommément désignée. Tel est le cas par exemple pour un décret qui régirait le statut du maire de Paris. A l'inverse, un acte administratif individuel peut viser plusieurs dizaines de personnes. C'est le cas par exemple d'un acte qui porte nomination des différents membres de jurys de concours administratifs.

Il existe par ailleurs une troisième catégorie d'actes administratifs unilatéraux qui concerne des décisions qui seraient difficiles de classer dans l'une ou l'autre des deux premières catégories. Il s'agit des actes à caractère non individuel et non réglementaire. Selon Chapus, ces décisions édictent des normes d'espèce se rapportant à une situation ou à une opération particulière. En d'autres termes, comme les actes réglementaires, ces décisions ont un caractère impersonnel. Cependant, à la différence des actes réglementaires qui s'appliquent sans restriction, ce caractère général et abstrait se rapporte à une situation ponctuelle et précise, ce qui rapproche ces actes d'actes individuels. Pourtant, il ne s'agit pas non plus d'actes individuels dans la mesure où ils ne visent pas une ou plusieurs personnes en particulier. Relève par ex de cette catégorie un arrêté qui ouvre un recours administratif ou qui fixe les dates de ses épreuves. Relèvent également les déclarations d'utilité publique qui vont permettre à une autorité administrative de procéder à des expropriations. Cet acte s'applique à une opération précise et ponctuelle mais il ne s'adresse pas à une ou plusieurs personnes en particulier. Le régime juridique des actes à caractère non individuel et non réglementaire est en grande partie calqué sur le régime juridique des actes réglementaires. La nature de l'acte en cause va permettre de déterminer les mesures d'information des administrés qui devront être prises par l'auteur de l'acte. Une fois que ces mesures sont accomplies va se poser la question de l'exécution des actes administratifs.

1) L'acte administratif unilatéral et l'information des administrés

Les actes administratifs doivent en principe faire l'objet de mesures de publicité. L'information des administrés est complétée par la possibilité qu'il aurait ouverte d'avoir accès aux documents administratifs.

1.1) La publicité des actes administratifs

1.1.1) L'objet des règles de publicité

Un acte administratif ne peut produire d'effets juridiques à l'égard des tiers que s'il a fait l'objet de mesures de publicité suffisantes, ce qui est conforme à l'idée de sécurité juridique. Lorsque ces formalités sont accomplies, les décisions administratives deviennent opposables aux administrés et elles sont invocables par eux. L'absence de publicité n'a aucune conséquence sur la légalité des actes administratifs et puisqu'il ne s'agit ni d'une question de légalité, ni d'une question d'interprétation, l'inopposabilité de l'acte pourra être constaté par les juges de l'ordre judiciaire.

La date à laquelle l'acte devient opposable a plus d'importance que la date à laquelle il a été édicté. En effet, jusqu'à la date de l'accomplissement des mesures de publicité, l'administration ne peut légalement contraindre un administré à respecter l'acte administratif. En effet, c'est l'accomplissement des formalités de

publicité qui déterminent le caractère exécutoire de l'acte, c'est-à-dire la création par cet acte de droits et d'obligations. C'est également l'accomplissement des formalités de publicité qui déterminent le déclenchement du délai du recours pour excès de pouvoir. Dès lors que ces formalités sont accomplies pour les décisions expresses, le requérant dispose d'un délai de deux mois pour exercer un recours pour excès de pouvoir. En conséquence, tant que ces formalités n'ont pas été régulièrement accomplies, le délai de recours demeure perpétuellement ouvert.

1.1.2) Modalités de publicité des actes administratifs

Les règles en vigueur sont inspirées par une idée très simple, les personnes concernées par un acte administratif doivent être informées de son existence pour que cet acte leur soit opposable et pour qu'il puisse le cas échéant, l'attaquer devant le juge administratif. Il en résulte que les actes réglementaires doivent faire l'objet de mesures de publicité de caractère général. Il s'agira de la publication ou de l'affichage.

La publication aura généralement lieu dans un organe officiel, le journal officiel, les bulletins officiels des ministères, ou encore le recueil des actes administratifs du département pour les collectivités territoriales. Pour certains actes, c'est une publicité dans un journal diffusé dans le département qui est exigé, c'est le cas par exemple pour les déclarations d'utilité publique.

Dans certains cas, la publication ou l'affichage doivent être accompagnés d'autres mesures, ex les actes les plus importants des collectivités territoriales doivent être transmis au préfet pour qu'il exerce un contrôle de légalité. Les actes concernés ne seront exécutoires que s'ils ont été publiés ou affichés mais également s'ils ont été transmis au préfet.

Pour les actes individuels, la situation est plus complexe. Dans la matière, il existe différentes règles définies par le législateur qui s'appliquent dans des hypothèses précisément circonscrites. Par exemple, le CGCT précise que les décisions individuelles des CT soumises à l'obligation de transmission au préfet doivent également être notifiées aux intéressés. Les autres règles résultent de la jurisprudence. En principe, une décision individuelle doit être notifiée à son destinataire l'acte n'étant opposable qu'à la réception de la lettre de notification. Cependant, si la décision individuelle concerne un nombre important de personnes, une publicité collective pourra être exigée.

Enfin, les décisions implicites sont opposables à leur destinataire à compter de la date où elles interviennent.

1.2) L'accès des administrés aux documents administratifs

Sont concernés non seulement les actes administratifs, mais également l'ensemble des pièces préparatoires ou annexes à ces actes. Avant la loi du 17 Juillet 1978, la règle générale était le secret des documents administratifs, l'accès à ces documents étant l'exception. En effet, avant la loi de 1978, différents textes de lois reconnaissaient dans des domaines précis un droit d'accès des administrés aux documents administratifs. Par exemple, la loi du 5 Avril 1884 actuellement reprise par l'article L2121-26 du CGCT reconnaît aux habitants des communes le droit à la communication des procès-verbaux du conseil municipal, des budgets et des comptes de la commune et des arrêtés municipaux.

Le principe du secret a été renversé par la loi du 17 Juillet 1978 qui ouvre aux administrés dans son article 1^{er} un libre accès des documents administratifs.

1.2.1) Champ d'application du droit accès

Le champ d'application de la loi du 17 Juillet 1978 est très vaste. Toutefois, il existe des hypothèses d'exclusion du droit d'accès et des hypothèses de restriction du droit d'accès.

1.2.1.1) Documents concernés

L'art 1^{er} de la loi de 1978 donne une définition très large de ces documents. Il s'agit notamment de tout dossier, rapport, étude, compte-rendu, procès-verbaux, statistiques, circulaires... Ces documents peuvent être écrits mais il peut également s'agir de documents informatiques ainsi que d'enregistrements sonores ou audiovisuels. L'identité de l'auteur du document importe peu. Il peut s'agir de personnes publiques mais également de personnes privées chargées de la gestion d'un service public. Sont aussi concernés les documents « détenus » par l'administration, c'est-à-dire les documents qui sont en sa possession, quand bien même elle n'en est pas l'auteur, ex copies d'examen.

1.2.1.2) Hypothèses d'exclusion du droit d'accès

L'art 1^{er} de la loi de 1978 exclue différents documents du droit d'accès. Il s'agit par ex des actes des assemblées parlementaires ou encore des avis du CE et des juridictions administratives. Sont également exclus du droit d'accès les documents préparatoires, ex CE 13 Avril 1992, arrêt associations SOS défense. N'a pas à faire l'objet d'une communication un rapport d'inspection préalable à une réforme législative et indissociable du processus de décision.

Enfin, l'art 6 de la loi précise que le droit d'accès est exclu pour les documents dont la communication porterait atteinte à différents types de secrets, notamment le secret des délibérations du gouvernement, au secret de la défense nationale ou encore le secret de la politique extérieure de la France.

1.2.1.3) Hypothèses de restriction du droit d'accès

Le CE, arrêt de section, 11 Février 1983, ministre de l'urbanisme et du logement, a précisé que la loi de 1978 « ne s'applique qu'à des documents achevés et non aux états partiels ou provisoires d'un document tant qu'il est en cours d'élaboration ». Dans cet arrêt, le CE a estimé que les états successifs d'un projet de schéma directeur (doc urbanisme) ne sont communicables qu'après l'adoption du projet par la commission chargée de son élaboration. Il en va de même de tous les documents même achevés qui sont inséparables du travail d'élaboration de ce schéma directeur tel que les procès-verbaux des réunions de la commission.

De plus, certains documents ne peuvent être communiqués qu'à la personne nommément désignée. C'est le cas des documents dont la publication porterait atteinte au secret de la vie privée, au secret médical, et aux secrets en matière commerciale. Il en va de même pour les documents qui portent une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique nommément désignée ou facilement identifiable.

Enfin sont concernés les documents qui font apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice.

1.2.2) Les modalités de communication

Ces modalités sont définies par la loi de 1978 et par un décret du 30 Décembre 2005. L'administré doit adresser une demande à l'administration concernée. En cas d'acceptation, il pourra venir consulter gratuitement sur place le document et s'en faire délivrer une copie à ses frais. Par ailleurs, le décret de 2005 précise que la communication peut se faire par courrier électronique et gratuitement si le document est disponible sous une forme électronique.

En cas de refus express ou résultant de l'écoulement d'un délai d'1 mois, l'intéressé dispose d'un délai de deux mois pour saisir la commission d'accès aux documents administratifs. La saisine de cette institution est obligatoire en conséquence, un recours contentieux dirigé contre une décision de refus de communication est irrecevable si cette formalité n'a pas été préalablement accomplie.

La CADA va émettre un avis relatif au caractère communicable du document demandé. Cet avis est ensuite adressé à l'administration concernée qui va disposer d'un nouveau délai de deux mois pour se prononcer. Si elle réitère son refus par une décision expresse ou implicite, l'auteur de la demande disposera d'un délai de deux mois pour saisir le juge administratif d'un recours contre cette décision de rejet.

2) L'exécution de l'acte administratif

Les conditions d'exécution des actes administratifs sont marquées par l'idée de puissance publique. En effet, à la différence des personnes privées, l'administration peut prendre unilatéralement des actes directement exécutoires sans avoir besoin de recourir au préalable à un juge. C'est ce qu'on appelle le privilège du préalable ou le privilège de la décision exécutoire. Le CE, dans son arrêt d'assemblée Huglo du 2 Juillet 1982, a considéré que ce privilège « est la règle fondamentale du droit public ».

Ceci étant, le privilège du préalable est d'ordre exclusivement juridique. Il ne permet pas à l'administration sauf exception d'exécuter elle-même matériellement sa propre décision en employant la force. Il ne faut pas confondre privilège du préalable et exécution forcée. En d'autres termes, si l'administration prend, à la différence des personnes privées, des actes exécutoires, elle ne peut en principe procéder à leur exécution forcée. Pour contraindre les administrés à respecter les décisions administratives, des sanctions pénales ou administratives pourront leur être infligées. En outre, dans un certain nombre d'hypothèses, l'administration se voit reconnaître à titre exceptionnel le droit de recourir à l'exécution forcée.

Par ailleurs, le privilège du préalable implique que les décisions administratives continuent d'être exécutées tant qu'elles n'ont pas été annulées définitivement par le juge administratif. Ceci implique notamment que les voies de recours en matière administrative ne sont pas suspensives. Cependant, il pourra être fait échec au privilège du préalable en obtenant du juge des référés qu'il prononce la suspension de la décision attaquée.

2.1) Le privilège du préalable et ses limites

2.1.1) Sanctions pénales et administratives

En cas de refus d'exécution d'une décision administrative, c'est en principe le juge pénal qui devra être saisi conformément à l'art R610-5 du CP. Conseil d'Etat article prévoit une contravention de première classe « en cas de violation des interdictions ou de manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police.

Ceci étant, ce texte pose problème. Tout d'abord, les sanctions pénales ne sont possibles que pour autant qu'elles sont prévues par un texte. Or, cet article ne vise pas les actes administratifs en général mais exclusivement des mesures de police. En outre, la procédure est assez longue et les sanctions sont peu dissuasives.

Pour pallier l'inefficacité de la sanction pénale, le législateur recourt de plus en plus aux sanctions administratives. Dans cette hypothèse, c'est l'administration elle-même qui sanctionne le non-respect d'actes administratifs. Ce pouvoir est fréquemment reconnu aux autorités administratives indépendantes. Par ex, l'art L36-11 du Code des Postes et télécommunication : l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) peut sanctionner les manquements qu'elle constate de la part des exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de communication électronique aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité.

D'autres institutions administratives peuvent également se voir reconnaître ce pouvoir. On prend l'ex de l'art L262-52 du Code de l'Action sociale et des Familles qui permet au président du conseil général d'infliger une amende administrative en cas de fausse déclaration ayant abouti au versement indu du RSA.

Le pouvoir de prononcer des sanctions administratives s'il est conforme au principe de séparation des pouvoirs, est strictement encadré, l'autorité compétente devant respecter notamment les droits de la défense,

ConsCons, 17 Janvier 1989. Enfin, le CE, arrêt d'assemblée Didier 3 Novembre 1999, soumet l'édiction de sanctions administratives au respect du procès équitable.

2.1.2) Recours à l'exécution forcée

En principe, l'administration n'a pas le droit d'exécuter elle-même en recourant à la force ses propres décisions. Toutefois, ce principe connaît trois exceptions majeures.

- Dans certaines hypothèses, l'exécution forcée par l'administration de ses propres décisions est autorisée par la loi. L'art L514-1 du Code de l'Environnement précise que le préfet peut mettre en demeure un exploitant qui ne respecte pas les conditions de sécurité prévues par les textes de procéder à des travaux (installations classées). Si cette mise en demeure n'est pas suivie des faits, le préfet pourra faire procéder d'office aux travaux aux frais de l'exploitant.
- Les deux autres exceptions ont été dégagées par la jurisprudence, et plus précisément par le TC dans son arrêt du 2 Décembre 1902, Société Immobilière Saint Juste. L'exécution forcée est possible en cas d'inexistence de voie de droit permettant de sanctionner le comportement des administrés. L'exécution forcée est donc possible dans les cas aujourd'hui très rares où il n'existe pas de sanction pénale administrative ou civile permettant d'exercer une contrainte sur l'administré récalcitrant.
- L'exécution forcée est possible en cas d'urgence alors même qu'il existe des voies de droit permettant de sanctionner l'administré récalcitrant. Comme l'expose dans ses conclusions le commissaire du gouvernement Romieu « quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers ».

2.1.3) Les hypothèses dans lesquelles l'exécution forcée est exclue

En dehors des trois hypothèses où elle est autorisée, l'exécution forcée est exclue. En principe, l'administration commet une voie de fait lorsqu'elle procède à l'exécution forcée de ses propres décisions. Ex TC, 16 Janvier 1995, Préfet de la Gironde.

Cependant, il n'y aura pas voie de fait lorsque va s'appliquer la théorie des circonstances exceptionnelles (ex circonstances de guerre). Arrêt de principe, TC, 27 Mars 1952, Dame De La Murette. « Il résulte des circonstances diverses où se sont opérés l'arrestation et l'internement de la requérante que celui-ci non plus que l'arrestation n'a pas revêtu, en l'espèce, le caractère d'une voie de fait ».

2.2) La suspension de l'exécution des décisions administratives

L'obtention de la suspension de l'exécution d'une décision administrative permet de faire échec au caractère exécutoire de cette décision. La suspension de l'exécution d'une décision administrative ne peut être demandée indépendamment d'un recours sur le fond tendant à obtenir l'annulation de la décision contestée. En d'autres termes, la procédure de référé suspension est nécessairement l'accessoire d'un recours pour excès de pouvoir.

Il sera statué sur la demande de suspension selon une procédure d'urgence avant que l'affaire ne soit tranchée sur le fond. Il s'agit d'éviter qu'une éventuelle annulation de la décision par le juge de l'excès de pouvoir soit rendue inutile par le fait que cette décision a déjà été totalement ou partiellement exécutée.

Le régime de la suspension des décisions administratives a été remanié par la loi du 30 Juin 2000 relative aux référés devant les juridictions administratives. Avant cette loi, il existait une procédure de sursis à exécution des décisions administratives. Dans le régime de droit commun, deux conditions étaient exigées pour l'obtention de la suspension d'une décision administrative. D'une part, l'existence de moyens sérieux propres à justifier une

possible annulation de l'acte par le juge de l'excès de pouvoir. D'autre part, l'exécution doit entraîner des conséquences difficilement réparables.

Ces règles ont été modifiées par la loi du 30 Juin 2000 qui crée une nouvelle procédure de référé suspension. Cette loi a également porté création d'une nouvelle procédure de référé liberté. Cette procédure permet au juge des référés, en cas d'urgence, d'ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle l'administration aurait porté dans l'exercice de ses pouvoirs une atteinte grave et manifestement illégale. Cette procédure permet notamment au juge des référés d'adresser des injonctions à l'administration pour qu'elles mettent fin à la voie de fait.

Il existe également des procédures de référé précontractuel et contractuel qui ont pour principal objet la sanction par le juge des référés des manquements par l'administration aux règles de publicité et de mise en concurrence préalable à la conclusion de marchés publics et de contrats de délégation de service public.

Il existe enfin une procédure de référé mesures utiles qui permet de demander au juge des mesures visant à prévenir la survenance ou l'aggravation d'une situation dommageable. Généralement, pour ce type de référés, c'est l'administration qui saisira le juge, par ex CE Section 13 Juillet 1956, Office d'HLM de la Seine. Le juge des référés ordonne à une entreprise de travaux publics de rapporter du matériel qu'elle avait retiré d'un chantier. Cette procédure a également été utilisée dans le but de débloquer les locaux de l'université.

Comme dans le régime antérieur à la loi du 30 Juin 2000, le référé suspension est nécessairement l'accessoire d'un recours pour excès de pouvoir.

2.2.1) Le domaine du référé suspension

Une demande de référé suspension peut être dirigée contre l'ensemble des actes administratifs unilatéraux qu'ils soient expresse ou implicites. Cette demande est soumise au même délai de deux mois que le recours pour excès de pouvoir.

En revanche, les juges ont longtemps considéré que les décisions de rejet ne pouvaient faire l'objet d'une mesure de suspension. Arrêt de principe, CE Assemblée, 23 Janvier 1970, Ministre d'Etat chargé des affaires sociales contre Amoros : Ce refus était principalement justifié par le fait que suspendre une décision de rejet revient à enjoindre à l'administration de prendre une décision en sens contraire. Par ex, si le juge suspend un arrêté refusant un permis de construire, cela revient à enjoindre à l'administration de délivrer ce permis. Or, à l'époque de l'arrêt Amoros, le juge administratif ne dispose pas de pouvoir d'injonction vis-à-vis de l'administration.

Finalement, le CE a opéré un revirement de jurisprudence à l'occasion d'un arrêt Ouatah du 20 Décembre 2000. La portée de cet arrêt doit être relativisée puisque le CE ne fait qu'anticiper l'entrée en vigueur au 1^{er} Janvier 2001 de la loi du 30 Juin 2000 qui prévoit expressément que les décisions de refus peuvent faire l'objet de la procédure de référé suspension. Par ex CE 5 Décembre 2001, commune de Contes : le CE suspend l'exécution d'un certificat d'urbanisme négatif et il enjoint à l'autorité compétente de délivrer un nouveau certificat dans un délai de deux mois après réexamen de la demande.

2.2.2) Les conditions du référé suspension

Ces conditions sont codifiées à l'art L521-1 du code de justice administratif. La procédure de référé suspension est l'accessoire d'un recours pour excès de pouvoir. Il sera statué sur la demande de référé par voie d'ordonnance rendue par un juge unique. Ce juge sera soit le président du TA, ou le juge désigné par lui.

L'ordonnance du juge des référés peut faire l'objet dans les 15 jours d'un pourvoi en cassation devant le CE. Deux conditions sont exigées pour qu'une mesure de suspension soit obtenue. Même si les deux conditions sont réunies, le juge n'est pas tenu de prononcer la mesure de suspension. En effet, l'art L521-1 du CJA précise que

si les deux conditions sont réunies, le juge peut prononcer la suspension de la décision contestée. Sur ce point, la loi du 30 Juin 2000 a repris la jurisprudence du CE et plus précisément l'arrêt d'Assemblée du 13 Février 1976, association de sauvegarde du quartier Notre Dame. Cette simple faculté s'explique par le fait que selon la formule de l'arrêt Huglo, le caractère exécutoire des décisions administratives « est la règle fondamentale du droit public ».

2.2.2.1) L'urgence

La condition d'urgence remplace la condition tenant à l'existence d'un préjudice difficilement réparable. On peut faire deux remarques :

- Si l'exécution de la décision contestée est susceptible de créer un préjudice difficilement réparable, il sera nécessairement urgent d'y mettre fin donc l'ancienne condition exigée est entièrement incluse dans la nouvelle condition.
- Si l'urgence recouvre entièrement la condition d'existence d'un préjudice difficilement réparable, l'inverse n'est pas vrai. Ainsi, la jurisprudence antérieure à la loi du 30 Juin 2000 considérait qu'il n'y avait pas de préjudice difficilement réparable dès lors que ce préjudice pouvait être ultérieurement réparé par le versement d'une somme d'argent. Mais dans un tel cas, il pourra néanmoins y avoir urgence à prononcer la suspension de la décision contestée. C'est cette solution qui a été consacrée par le CE dans son arrêt de section du 19 Janvier 2001, confédération nationale des radios libres. En l'espèce, la condition d'urgence est réunie « alors même que cette décision n'aurait eu un objet ou des répercussions que purement financières et qu'en cas de conséquence, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire. Par ex, juge des référés CE, 8 Mars 2001, association pour la protection de la population et de l'environnement des vallées de la Creuse et de la Gartempe : en matière d'expropriation avant la loi du 30 Juin 2000, le juge des référés avait tendance à rejeter systématiquement les demandes de suspension dirigées contre des déclarations d'utilité publique. En effet, ce type de mesures n'était pas considéré comme ayant des conséquences difficilement réparables puisque le Code de l'expropriation prévoit l'indemnisation ultérieure des personnes expropriées.

Désormais, avec la nouvelle condition d'urgence, le juge des référés peut dans certains cas prononcer une déclaration d'utilité publique. La loi du 30 Juin 2000 n'a pas défini la condition d'urgence. Cette question a été précisée par l'arrêt Confédération des radios libres du 19 Janvier 2001 : « la condition d'urgence doit être considérée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il défend. Donc dans chaque affaire qui lui est soumise, le juge des référés doit établir un bilan entre les avantages et les inconvénients que représente l'exécution de la décision contestée.

La condition d'urgence a également été précisée par l'arrêt de section CE, 28 Février 2001, Préfet des Alpes Maritimes et société Sud-Est assainissement. L'urgence s'apprécie objectivement et compte tenue de l'ensemble des circonstances de chaque espèce. Il résulte de cette jurisprudence que c'est au cas par cas que devra être appréciée l'urgence.

Par ex, ordonnance du juge des référés, CE, 14 Janvier 2005, Gollnisch : est contestée une mesure prise par un président d'université interdisant à un professeur d'université d'accéder aux locaux de l'université dans laquelle il a été nommé et où il assure des enseignements. Le juge des référés considère qu'il y a urgence à suspendre cette mesure en raison de l'atteinte grave et immédiate qu'elle porte à la situation du requérant.

Par ex, juge des référés CE, 2 Novembre 2005, Mann Singh : le juge est saisi d'une demande de suspension dirigée contre une décision préfectorale lui refusant la délivrance d'un duplicata d'un permis de conduire au motif que le demandeur refuse de fournir des photographies prises tête nue (port du turban). « Eu égard aux conséquences résultant de cette décision sur la vie personnelle et professionnelle du requérant, la condition d'urgence doit être considérée comme remplie.

Par ex, le juge des référés considère désormais qu'il peut y avoir urgence à demander la suspension d'une déclaration d'utilité publique. Pour autant, cette condition d'urgence ne sera pas systématiquement remplie. Le juge des référés CE a ainsi précisé dans une ordonnance du 26 Décembre 2002, association pour la protection des intérêts de Cazaubon-Barboton que les conséquences qui s'attachent à une déclaration d'utilité publique ne sont pas par elles-mêmes de nature à caractériser une situation d'urgence. Par ex, cette condition sera remplie s'il apparaît que les expropriations sont imminentes ou si les travaux sont sur le point de commencer alors que le juge de l'excès de pouvoir n'est pas encore en mesure de statuer au fond.

2.2.2.2) L'existence d'un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité des décisions

Le juge des référés doit apprécier l'existence d'un doute sérieux en l'état de l'instruction. En d'autres termes, il doit évaluer les chances d'aboutir de la requête présentée au fond. Dans certains cas, cela ne pose guère de difficultés puisque l'illégalité de l'acte contesté apparaît de façon évidente. Mais dans la plupart des cas, cette appréciation est très subjective, le juge va devoir avec le peu d'éléments dont il dispose évaluer les chances d'aboutir du recours sur le fond.

3) La sortie de vigueur de l'acte administratif unilatéral

Différentes causes peuvent être à l'origine de cette sortie de vigueur. Il peut s'agir tout d'abord de l'annulation prononcée par un juge. De même, l'acte peut devenir caduc, c'est le cas lorsqu'un texte précise qu'il cessera d'être applicable à partir d'une certaine date ou d'un événement prédéterminé. L'administration dispose elle-même de deux techniques qui lui permettent de faire disparaître un acte administratif. Tout d'abord c'est le retrait qui fait disparaître l'acte de façon rétroactive, d'autre part l'abrogation qui consiste à faire disparaître un acte pour l'avenir mais sans revenir sur ses effets passés.

Les règles applicables dépendent aujourd'hui beaucoup moins de la technique utilisée que de la nature des droits en cause.

3.1) Prise en compte de la nature des droits en cause

Les règles applicables au retrait et à l'abrogation des actes administratifs unilatéraux dépendent essentiellement du caractère créateur de droit ou non créateur de droit de ces actes. Les actes réglementaires ne sont pas créateurs de droit alors que les actes individuels sont susceptibles de l'être.

S'agissant des actes individuels, la jurisprudence a pu évoluer dans certains cas sur la question du caractère créateur de droit de certains de ces actes. CE section, 6 Novembre 2002, Soulier : le CE dit qu'une décision accordant un avantage financier est créatrice de droit y compris dans les cas où l'administration avait l'obligation de refuser cet avantage.

En revanche ne sont pas créatrices de droit les décisions administratives assorties d'une condition suspensive ou résolutoire. Elles ne créent des droits que si la condition fixée par l'acte lui-même ou par le texte qui le régit est satisfaite. Dès lors que cette condition n'est plus satisfaite, l'acte litigieux n'est plus considéré comme créateur de droit, arrêt de principe CE, 8 Février 1985, Syndicat intercommunal de la Marana. Cette solution s'applique notamment aux décisions accordant des subventions. Elle a été précisée par le CE dans un arrêt du 5 Juillet 2010, CCI de l'Indre : le CE dit que ces décisions ne sont créatrices de droit que si le bénéficiaire de la subvention respecte les conditions mises à son octroi, que ces conditions découlent des normes qui la régissent, qu'elles aient été fixées par la personne publique dans sa décision d'octroi, qu'elles aient fait l'objet d'une

convention signée avec le bénéficiaire ou encore qu'elles découlent implicitement mais nécessairement de l'objet même de la subvention.

Enfin ne sont pas créatrices de droit les décisions obtenues par fraude. Arrêt de principe, CE, 29 Novembre 2002, Assistance publique hôpitaux de Marseille.

3.2) Le retrait

Le retrait a les mêmes effets qu'une annulation prononcée par un juge. L'acte disparaît rétroactivement, il est censé n'être jamais intervenu. Le retrait a donc des conséquences graves puisqu'il remet en cause des situations qui paraissaient acquises. Les règles applicables au retrait dépendent du caractère créateur de droit ou non créateur de droit de ces actes.

3.2.1) Actes créateurs de droit

Le juge administratif a défini des principes relativement simples pour le retrait de ses actes mais ces principes connaissent de nombreuses exceptions.

3.2.1.1) Principe

Il n'existe aucune possibilité pour l'administration de procéder au retrait des actes créateurs de droit dès lors qu'ils ne sont pas illégaux. En revanche, pour les actes illégaux, le retrait est possible sous certaines conditions. A l'origine, les règles applicables en la matière avaient été définies par le CE dans son arrêt Dame Cachet, 3 Novembre 1922. Selon cet arrêt, un acte administratif créateur de droit ne pouvait être retiré qu'à deux conditions : il devait être illégal et il ne devait pas être définitif, c'est-à-dire qu'il devait pouvoir encore faire l'objet d'une annulation juridictionnelle. Par conséquent, cet arrêt posait le principe d'un parallélisme entre le délai dont disposent les administrés pour demander l'annulation d'un acte administratif et celui dont dispose l'administration pour retirer cet acte. En d'autres termes, le retrait d'un acte illégal créateur de droit ne pouvait intervenir que dans les deux mois suivant l'accomplissement des formalités de publicité de l'acte litigieux.

Ces règles ont été modifiées par l'arrêt d'Assemblée du CE du 26 Octobre 2001, arrêt Ternon. Cet arrêt opère une dissociation totale entre le délai de recours contentieux et le délai dont disposent les administrés pour demander l'annulation d'un acte administratif. Plus précisément, cet arrêt modifie le délai dans lequel l'administration peut opérer le retrait d'une décision individuelle créatrice de droit illégale. En l'application de cette jurisprudence, l'administration ne peut plus retirer une décision illégale au-delà d'un délai de quatre mois suivant son intervention expresse.

La jurisprudence Ternon change donc deux choses essentielles par rapport à la jurisprudence Cachet : d'une part le délai du retrait n'est pas le même, il est porté à quatre mois, ce qui tient non pas à des considérations juridiques mais à un impératif pratique. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Seners considérait qu'un délai de deux mois « laisserait peu de recul à l'administration ». D'autre part, ce n'est plus la date à laquelle l'acte a été publié qui permet de calculer le point de départ du délai à partir duquel l'administration peut retirer l'acte. Ce qui est pris en compte d'après l'arrêt Ternon, c'est « la prise de décision d'acte, c'est-à-dire sa date de signature.

3.2.1.2) Exceptions

Exceptions résultant d'un texte :

Les principes de l'arrêt Ternon ne s'appliquent pas dans les cas où un texte législatif ou réglementaire organise des règles spéciales pour le retrait de certains actes administratifs. En particulier, l'art 23 de la loi du 12

Avril 2000 définit un régime spécifique au retrait pour les décisions implicites d'acceptation. Le retrait est possible dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle est intervenue la décision lorsqu'aucune mesure d'information des tiers n'a été mise en œuvre. En revanche, lorsque de telles mesures ont été mises en œuvre, une décision implicite d'acceptation peut être retirée dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement de ces mesures de publicité.

D'autres textes organisent des règles spéciales de retrait, par ex l'art L55 du Code des pensions civiles et militaires de retraite prévoit que les pensions accordées aux fonctionnaires peuvent en cas d'erreur de droit être révisées dans un délai d'un an à compter de la notification de la décision initiale.

S'il est logique que l'arrêt Ternon précise que les règles qu'il prévoit ne s'appliquent pas lorsqu'il existe un texte de loi spécial dérogeant au principe qu'il définit, il est surprenant que cette dérogation concerne également les règles spéciales qui seraient définies par un texte réglementaire. En effet, ces textes ont normalement une valeur inférieure à celles qui sont définies par le juge administratif.

Exceptions résultant de la jurisprudence :

Tout d'abord, le retrait peut intervenir à tout moment dès lors où il a pour objet de satisfaire à une demande du bénéficiaire de l'acte. En effet, dès lors que les droits des tiers ne sont pas lésés, l'acte doit pouvoir continuer à être retiré au-delà du délai de quatre mois.

Les actes assortis d'une condition suspensive ou résolutoire ne sont plus considérées comme créateurs de droit dès lors que cette condition fait défaut. Dans ce cas, le retrait peut être prononcé à tout moment. Le même raisonnement s'applique aux actes obtenus par fraude qui ne sont pas non plus considérés comme créateurs de droit.

Une autre exception a été définie par le CE à l'occasion de son arrêt du 29 Mars 2006, arrêt Centre d'exportation du livre français (CELF). Cette exception est directement liée à la position de la CJUE qui impose de manière très stricte la restitution des aides européennes indûment versées. La Cour de Justice a précisé que cette obligation fait échec aux règles de droit interne qui limiteraient cette obligation de restitution. Or, une décision attribuant une aide s'analyse comme une décision individuelle créatrice de droit. Dans ce cas, l'obligation de restitution qui s'apparente à une décision de retrait de l'aide s'impose au-delà du délai de quatre mois fixé par l'arrêt Ternon.

Il existe enfin une exception à la jurisprudence Ternon qui n'a pas pour effet contrairement aux autres de faciliter le retrait mais au contraire de le rendre impossible : CE Section, 1^{er} Octobre 2010, Dame T. : est en cause dans cette affaire un décret de nomination d'un magistrat. Le CE considère qu'exceptés les cas où le statut de la magistrature le prévoit, c'est-à-dire jamais, l'acte de nomination d'un magistrat ne peut jamais être retiré (cependant, poursuites disciplinaires possibles). Sur ce point, l'exception à l'arrêt Ternon n'est pas motivée par le principe de sécurité juridique. Ce qui est en cause, c'est le principe de séparation des pouvoirs et de l'indépendance de l'autorité judiciaire visée par l'art 64 de la Constitution et l'art 16 de la DDHC. Ces principes imposent que les garanties particulières s'attachent à la qualité de magistrat de l'ordre judiciaire. Or, le retrait de l'acte de nomination d'un magistrat porte une atteinte évidente à ces principes.

3.2.2) Actes non créateurs de droit

Le retrait d'un acte non créateur de droit illégal peut intervenir à tout moment. Dans le cas où l'acte non créateur de droits est régulier, l'exercice de retrait va se heurter au principe de non rétroactivité des actes administratifs. Cependant, pour des raisons d'opportunité, les juges ont admis la possibilité de retrait dans certains cas, notamment pour les actes individuels défavorables à leurs destinataires dès lors qu'ils n'ont pas créé de droit pour les tiers, par ex CE, 30 Juin 1950, Queralt : l'administration peut retirer à tout moment l'autorisation de licenciement d'un salarié protégé.

3.3) Abrogation

Le régime juridique de l'abrogation des actes administratifs unilatéraux a été considérablement simplifié par l'arrêt d'Assemblée du CE du 3 Février 1989, Compagnie Alitalia : les règles applicables vont dépendre de la nature de l'acte en cause.

3.3.1) Abrogation des actes réglementaires

En principe, les actes réglementaires peuvent être abrogés à tout moment par l'autorité compétente (par créateur de droit). Cependant, le principe de sécurité juridique implique désormais que l'autorité compétente édicte si nécessaire les mesures transitoires que peut impliquer une réglementation nouvelle, arrêt de principe CE Assemblée, 24 Mars 2006, société KPMG. Il en va ainsi en particulier lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées.

La possibilité d'abroger les actes réglementaires se transforme en obligation pour les actes réglementaires illégaux, arrêt de principe, 3 Février 1989, Compagnie Alitalia. En l'application de cet arrêt, toute personne intéressée peut demander sans condition de délai l'abrogation d'un règlement illégal qu'il s'agisse d'une illégalité *ab initio* (dès l'origine de l'acte) ou que l'acte soit devenu illégal du fait d'une évolution des circonstances de droit ou de fait. Dans l'arrêt Alitalia, un décret à l'origine légal était devenu illégal en raison de l'expiration du délai de transposition d'une directive.

3.3.2) Abrogations des actes individuels

Le juge admet assez largement la possibilité d'abroger à tout moment des actes individuels non créateurs de droit, qu'ils soient illégaux ou légaux, notamment lorsque l'administration invoque des motifs d'intérêt général.

Pour les actes créateurs de droit, le CE avait considéré dans un arrêt Pain du 21 Janvier 1992 que ces actes ne pouvaient être abrogés que s'ils étaient illégaux et à conditions qu'ils ne soient pas devenus définitifs. Les règles ont ensuite évolué à partir de l'arrêt de Section du 6 Novembre 2002 Soulier. Il résulte de cet arrêt que si le retrait des actes créateurs de droit est strictement encadré, l'abrogation est possible à tout moment (sans délai). En effet, aucun principe n'interdit à l'administration de ne pas maintenir ou de ne pas renouveler une décision lorsque les conditions subordonnant sa délivrance ne sont plus remplies. En l'espèce, l'autorité compétente pouvait légalement abroger une décision qui avait illégalement accordé une prime versée mensuellement à un agent public. Cet arrêt opère donc une dissociation entre les conditions du retrait qui peut intervenir à partir de l'arrêt Ternon que dans un délai de 4 mois à compter de son intervention et de l'abrogation qui peut intervenir à tout moment.

Les règles vont encore évoluer à l'occasion de l'arrêt de Section Coulibaly du 6 Mars 2009. Le requérant qui est un chirurgien-dentiste d'origine ivoirienne conteste la décision de son ordre professionnel mettant fin pour l'avenir à son inscription au tableau de l'ordre. Cette décision d'abrogation est intervenue 6 mois après la décision d'inscription. L'ordre s'était rendu compte que les diplômes du requérant n'étaient pas reconnus en France. Le CE considère qu'au nom du respect des droits acquis, toute remise en cause d'une décision individuelle créatrice de droit même illégale est impossible après l'expiration d'un délai de 4 mois suivant son intervention.

Cet arrêt aligne le régime de l'abrogation des actes administratifs individuels créateurs de droit sur celui du retrait. Ce qui détermine le régime juridique applicable, ce n'est plus la technique utilisée par l'administration mais la nature des droits auxquels il est porté atteinte.

Titre 2 : Les Contrats Administratifs

Par rapport à l'acte administratif unilatéral, le procédé contractuel paraît moins caractéristique de l'exercice de la puissance publique. En effet, l'existence d'un contrat est nécessairement fondée sur un accord de volontés entre les parties. Donc, comme les contrats de droit privé, les contrats administratifs sont marqués par l'idée de consensualisme. Cependant, si l'existence d'un contrat administratif est toujours liée à un accord de volonté entre les parties, le régime juridique de ces contrats est marqué par l'idée de puissance publique. En effet, de nombreux procédés dénotent un déséquilibre au profit de l'administration entre les parties au contrat.

Chapitre 1 : La notion de contrat administratif

La qualification de contrat administratif peut être imposée par un texte de loi. Dans cette hypothèse, le juge va respecter cette qualification alors même qu'elle ne concorderait pas avec les critères de qualification jurisprudentiels. La loi du 28 Pluviôse An 8 précise que les contrats relatifs à l'exécution de travaux publics sont des contrats administratifs. La loi MURCEF du 11 Décembre 2001 précise dans son article 2 que « les marchés passés en application du Code des Marchés Publics sont des contrats administratifs ».

Dans le silence de la loi, la jurisprudence a dégagé différents critères de qualification : un contrat administratif doit mettre en présence au moins une personne publique (critère organique), le contrat doit ensuite contenir une clause exorbitante du droit commun ou avoir été conclu pour l'exécution même d'un service public (critère alternatif). Pour qu'un contrat soit qualifié de contrat administratif, le critère organique et le critère alternatif doivent être réunis.

1) Le critère organique : la présence d'une personne publique

1.1) Le principe

Un contrat ne peut être administratif que s'il est passé au moins par une personne publique. Un contrat passé entre des personnes privées est en principe toujours un contrat de droit privé soumis aux règles du Code Civil.

Dans ses conclusions sur l'arrêt du TC du 7 Janvier 1972, SNCF contre Solon et Barrault, le commissaire du gouvernement Braibant a pu écrire que « cette règle est l'une des plus solides de notre système de répartition des compétences ».

Dans l'arrêt Société compagnie générale d'entreprise de chauffage du 26 Juin 1989, le TC a qualifié le critère organique de « règle de valeur législative ». Donc, même s'il s'agit d'une pure création jurisprudentielle, le critère organique est à l'abri des interventions du pouvoir réglementaire.

Ce principe s'applique de façon très générale, en particulier le critère organique s'oppose à ce qu'un contrat conclu entre une personne privée chargée d'une mission de service public et disposant de prérogatives de puissances publiques et une entreprise privée soit qualifié de contrat administratif. CE, 15 Mars 1999, Union des Mutuelles de la Drôme.

Il peut arriver qu'un cocontractant public devienne en cours d'exécution du contrat une personne privée, tel est le cas notamment en cas de privatisation d'un EPIC. Dans cette hypothèse, le TC dans un arrêt du 16

Octobre 2006, Caisse centrale de réassurance contre Mutuelle des architectes français, a considéré que « sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu.

L'élément organique joue donc un rôle majeur, ce qui constitue une différence notable entre le régime des contrats et le régime des actes administratifs unilatéraux. En effet, pour les actes unilatéraux, les considérations organiques s'effacent. Il est admis qu'une personne privée puisse être l'auteur d'actes administratifs unilatéraux.

1.2) Les aménagements du principe

1.2.1) Les contrats conclus entre personnes privées

TC, 14 Décembre 2009, Société d'HLM pour Paris : Le contrat conclu entre deux personnes morales de droit privé est présumé être un contrat de droit privé dès lors que ces personnes privées « ont agi pour leur propre compte ». La jurisprudence admet en effet qu'une personne publique dont la présence au contrat est exigée peut ne pas l'avoir signé à condition qu'elle ait été en quelques sortes représentée par l'une des parties privées signataire. De ce point de vue, trois hypothèses doivent être distinguées.

1.2.1.1) Les contrats conclus par des associations transparentes

Une association est transparente dès lors qu'elle est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources (très utilisé dans le domaine culturel). Le CE, dans un arrêt du 21 Mars 2007, Commune de Boulogne-Billancourt, a considéré que « les contrats que concluent l'association pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs.

1.2.1.2) Contrats administratifs eu égard à leur objet

L'objet du contrat, c'est-à-dire la nature de certaines prestations réalisées par une personne privée, peut permettre de reconnaître le caractère administratif d'un contrat. Plus précisément, le juge va estimer dans certains cas que la personne privée concernée a agi sans mandat mais pour le compte d'une personne publique. Le critère organique est alors indirectement satisfait.

Arrêt de principe, TC, 8 Juillet 1963, Société entreprise Peyrot : les juges relèvent que la construction des routes nationales et des autoroutes est une mission qui appartient par nature à l'Etat. Cependant, la construction des autoroutes ainsi que leur exploitation a été déléguée à des sociétés d'économie mixte qui sont ensuite devenues des sociétés privées. Le TC estime que les marchés passés par le maître de l'ouvrage avec ses sous-traitants sont des contrats administratifs. Le concessionnaire de l'autoroute agissant pour le compte de l'Etat.

Cette jurisprudence a été étendue à des hypothèses proches de celles de l'arrêt Peyrot. Par ex, CCass, Civ 1, 17 Février 2010, Société autoroute du sud de la France : Les textes imposent aux sociétés concessionnaires d'autoroutes de consacrer un pourcentage du montant de la participation financière de l'Etat à la réalisation d'œuvres d'art. Pour la Cour, une telle œuvre s'analyse comme un ouvrage accessoire à l'autoroute quelle que soit sa fonction. Le contrat conclu par le concessionnaire avec un artiste en vue de l'édification du statut sur une aire d'autoroute est un contrat administratif.

1.2.1.3) Le mandat

Dans cette hypothèse, ce sont les liens qui existent entre l'une des personnes privées contractante et une personne publique qui justifie le caractère administratif du contrat. L'hypothèse du mandat administratif est très proche de celle du mandat en matière civile. Dans ce cadre, le mandataire a le pouvoir de faire des actes juridiques

au nom et pour le compte du mandant. Arrêt de principe : CE Section, 30 Mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine. Pour les juges présente un caractère administratif un contrat par lequel une société concessionnaire de l'aménagement d'une zone à urbaniser en priorité (ZUP) a confié à une entreprise la construction de voies publiques traversant cette zone. En effet, « la société agissait non pas pour son propre compte ni en sa qualité de concessionnaire mais pour le compte des collectivités publiques auxquelles les voies devaient être remises.

Dans l'arrêt Peyrot, c'est exclusivement l'objet du contrat qui permet de conclure à son caractère administratif. Dans l'arrêt de 1975, ce qui est pris en compte, ce n'est pas seulement l'objet du contrat mais un ensemble d'indices qui permet d'identifier l'existence d'une relation très étroite entre l'un des cocontractants privés et l'administration.

Cette différence apparaît notamment dans l'arrêt de section du CE du 1^{er} Juillet 2010, société Bioenerg : Est en cause un contrat conclu entre EDF (personne privée) et de producteurs d'électricité privée. EDF et ces producteurs privés contribuent au Service Public de l'électricité. Cependant, les contrats conclus entre eux ne peuvent être considérés comme conclus pour le compte d'une personne publique. En effet, d'une part, la production d'électricité ne relève pas de l'Etat ou d'une autre personne publique, ni par nature, ni par détermination de la loi. C'est au contraire une activité économique exercée par des personnes privées. La jurisprudence Peyrot n'est donc pas applicable (la mission de l'objet ne relève pas nécessairement de l'Etat). D'autre part, EDF n'exerce aucune mission pour le compte d'une personne publique, elle n'est pas placée pour la mission de service public à laquelle elle contribue sous l'autorité de l'Etat ou d'une autre personne publique. La jurisprudence de 1975 n'est pas non plus applicable. Le contrat litigieux est donc un contrat de droit privé.

A la différence de la jurisprudence Peyrot, qui est demeurée limitée au domaine des travaux routiers et autoroutiers, la jurisprudence de 1975 s'est étendue à d'autres hypothèses. Tout d'abord, elle a vocation à s'appliquer à d'autres travaux qu'aux seuls travaux routiers et autoroutiers. Par ex, TC 20 Mai 1993, Société Wanner Isofi et Société Nersa : Le litige oppose la société Nersa chargée de la construction et de l'exploitation d'une centrale nucléaire aux sous-traitants de la société à laquelle elle a confié certains travaux. Les juges relèvent plusieurs indices d'administrativité du contrat :

- La constitution de la société Nersa a été autorisée par un décret pris en application d'une loi prévoyant la création d'entreprises exerçant en France une activité d'intérêt européen dans le domaine de l'électricité,
- Les travaux doivent être réalisés dans les conditions prévues par la loi du 8 Avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz,
- Le personnel français de la société est soumis au même statut que celui d'EDF (à l'époque personne publique),
- EDF détient la majorité des actions de la société Nersa.

Compte-tenu de ces indices, le contrat passé par cette société avec un sous-traitant concourt à la réalisation des mêmes objectifs que ceux d'EDF. La société Nersa doit donc être considérée comme agissant pour le compte d'EDF. Le contrat litigieux est donc un contrat administratif.

La jurisprudence de 1975 s'est ensuite étendue à d'autres hypothèses que celle des travaux. Par ex, TC 23 Septembre 2002, Société Sotrame et Metalfarm contre GIE Sesam Vitale : En l'espèce, une personne morale de droit privé avait été chargée de l'exécution du SPA de mise en œuvre du système de saisie électronique des données de l'assurance maladie. Elle assure cette mission au nom et pour le compte des caisses qui l'ont constituée. En conséquence, les litiges opposant le GIE à des sociétés dans le cadre d'un marché d'installation de bornes informatiques destiné à la lecture des cartes vitales relèvent de la compétence des juridictions administratives.

Parallèlement, un contrat conclu par une personne publique « sur mandat et pour le compte d'une personne privée au titre de ses besoins propres sera qualifié de contrat de droit privé ». CE 3 Juin 2009, OPAC du Rhône.

1.2.2) Les contrats conclus entre personnes publiques

Pour ces contrats, le respect du critère organique est évident. La question qui se pose est alors de savoir si un contrat conclu entre deux personnes publiques est nécessairement un contrat administratif ou s'il est exigé que le critère alternatif soit également rempli.

Le CE, arrêt 21 Mars 1983, UAP, semble s'être prononcé en faveur de la première solution. Le CE définit dans cet arrêt une présomption : « un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif ». Toutefois, la jurisprudence postérieure à cet arrêt a démontré que cette présomption n'avait aucune valeur juridique. En réalité, l'arrêt UAP établit une sorte de constat. En effet, il est logique de présumer qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques est un contrat administratif.

Par ex, CE 24 Novembre 2008, Syndicat Mixte d'Assainissement de la région du pic St Loup : Est administratif un contrat conclu entre deux personnes publiques pour l'organisation de leur service public. Cependant, comme tous les autres contrats, les contrats conclus entre deux personnes publiques ne seront des contrats administratifs que si le critère alternatif est également rempli ! Si tel n'est pas le cas, le contrat litigieux sera un contrat de droit privé.

Par ex, CAA Paris, 5 Juin 2001, Union des groupements d'achats publics (UGAP) : le litige porte sur un contrat conclu entre l'UGAP qui est une personne publique et l'Etat pour la fourniture de véhicules destinés à appartenir au domaine privé de l'Etat. Ce contrat eu égard à son objet et à l'absence dans ses stipulations de clause exorbitante de droit commun ne peut faire naître que des relations de droit privé. Cet arrêt implique en dépit de la rédaction de l'arrêt UAP que les contrats conclus entre deux personnes publiques ne sont pas soumis à un régime particulier. Pour ces contrats, le critère alternatif est également requis.

2) Le critère alternatif

2.1) L'existence de clauses exorbitantes du droit commun

Arrêt de principe, CE, 31 Juillet 1912, Société des Granites Porphyroïdes des Vosges : Le litige oppose une entreprise à une commune et il concerne un contrat de livraison de pavés. Le CE se borne à relever que ce contrat « avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers ». Le contrat est donc un contrat de droit privé et c'est le juge judiciaire qui est compétent pour connaître du litige.

Pour le CE, il s'agit de clauses qui « ont pour effet de conférer aux parties des droits de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales ». CE Section, 20 Octobre 1960, Stein.

A contrario, la première chambre Civile de la CCass a rappelé dans un arrêt du 18 Février 1992, Compagnie d'assurance La Mondiale, que ne présentent pas un caractère exorbitant du droit commun « les clauses qui ne diffèrent pas par leur nature de celles qui peuvent être stipulées dans un contrat analogue de droit privé » (illégal dans un contrat de droit privé car déséquilibre entre parties).

Le CE Section, arrêt Grosy du 17 Décembre 1954 a considéré que sont des clauses exorbitantes du droit commun « celles qui imposent aux cocontractants des obligations particulières dans un intérêt public ».

Il n'existe pas de définition plus précise de la notion de clause exorbitante du droit commun. En réalité, il s'agit toujours de clauses qui seraient considérées comme illégales dans un contrat de droit privé et qui traduisent un déséquilibre entre les parties au bénéfice de l'administration (intérêt général). Il n'existe pas de liste précise des clauses qui sont considérées comme exorbitantes du droit commun, ce qui s'explique de deux façons :

- Fréquemment, lorsqu'il conclue au caractère administratif d'un contrat, le juge ne va pas nécessairement identifier précisément ces clauses.

- D'autre part, la notion même de clause exorbitante est évolutive. En effet, le droit privé des obligations évolue et certaines clauses qui étaient autrefois considérées illégales sont désormais légales. Dès lors, elles ne peuvent plus être considérées par le juge administratif comme des clauses exorbitantes du droit commun. C'est le cas notamment de certaines clauses de résiliation unilatérale qui sont désormais admises dans les contrats de droit privé.

Par ex, CE, 19 Novembre 2010, Office Nationale des Forêts : En l'espèce, une personne privée avait été autorisée à occuper une parcelle de forêt relevant du domaine privé de l'Etat afin d'établir un centre équestre. Le CE va identifier dans ce contrat plusieurs clauses exorbitantes du droit commun :

- L'ONF dispose en vertu du contrat d'un pouvoir de contrôle de l'ensemble des documents comptables de son cocontractant.
- L'ONF pourra exécuter des travaux sans que le cocontractant puisse prétendre à une indemnité ou à une diminution du loyer.
- Le cocontractant privé doit observer les instructions que pourraient lui donner les agents assermentés de l'ONF qui sont compétents pour rechercher et constater les contraventions et les délits dans les forêts.

L'existence de ces clauses permet de conclure au caractère administratif du contrat litigieux. Dans un certain nombre d'hypothèses, les juges se réfèrent non pas à la notion de clause exorbitante du droit commun, mais à celle de régime exorbitant du droit commun. Arrêt de principe, CE Section, 19 Janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant : Dans cette affaire, le contrat est qualifié de contrat administratif non pas parce qu'il contient des clauses exorbitantes du droit commun mais parce qu'il est soumis à un régime juridique considéré comme exorbitant du droit commun. Pour ces contrats, la doctrine parle de contrat conclu « dans une ambiance de droit public ». Dans cet arrêt était en cause un contrat conclu entre EDF et les producteurs privés d'électricité.

Le CE constate que la loi en vigueur oblige ces producteurs à contracter avec EDF pour vendre leur électricité à des tarifs prédéterminés. La loi précise également qu'en cas de litige, le ministre de l'Industrie doit être saisi préalablement à tout recours juridictionnel. L'existence de ce régime juridique particulier conduit à qualifier ces contrats de contrats administratifs. Dans cette affaire, c'est donc le régime du contrat qui emporte la qualification de contrat administratif alors que normalement, c'est de la qualification du contrat que résulte le régime juridique applicable.

Cette jurisprudence pour le cas précis qu'elle vise n'est plus d'actualité puisque EDF est désormais une société anonyme. Le CE dans son arrêt Société Bioenerg du 1^{er} Juillet 2010 a considéré que « à supposer que le contrat soit soumis à un régime exorbitant du droit commun, ce qui ne peut résulter des seules conditions relatives à sa cassation, cette circonstance serait en tout état de cause sans incidence s'agissant d'un contrat entre deux personnes privées ».

Ceci étant, cette jurisprudence continue à s'appliquer dans d'autres domaines. Civ 1, 30 Septembre 2003, SNPDC contre Société CGU-Courtage : En l'espèce, le contrat litigieux est qualifié de contrat administratif « parce qu'il s'inscrit dans un contexte administratif et applique des règles exorbitantes du droit commun ».

2.2) Le critère de l'objet du contrat : le contrat conclu pour l'exécution même du service public

2.2.1) L'apparition du critère de l'objet du contrat

Arrêt de principe : CE, 4 Avril 1910, arrêt Therond. Ce critère est donc plus ancien que celui tiré de l'existence de clauses exorbitantes du droit commun. Très longtemps cependant, ces critères ont été exclusifs l'un de l'autre. Une commune avait confié au requérant le service public de mise en fourrière des chiens errant et du ramassage des bêtes mortes. Le CE considère que l'objet du contrat ajouté au fait que l'une des parties était une

personne publique lui conférerait un caractère administratif. Cette solution sera abandonnée par le CE à l'occasion de son arrêt du 31 Juillet 1912, Société des granites porphyroïdes des Vosges qui dégage le nouveau critère des clauses exorbitantes du droit commun.

Finalement, le critère de l'objet du contrat réapparaîtra à l'occasion de deux arrêts de section du 20 Avril 1956, Bertin et Grimouard : ces arrêts vont toutefois conserver le critère des clauses exorbitantes du droit commun comme critère alternatif. Les époux Bertin avaient conclu un contrat verbal avec l'administration pour qu'ils assurent l'hébergement de personnes réfugiées. Pour le CE, « le contrat a eu pour objet de confier aux intéressés l'exécution même du service public alors chargée d'assurer le rapatriement des réfugiés de nationalité étrangère.

2.2.2) Les difficultés d'application du critère de l'objet du contrat

2.2.2.1) La notion d'objet du contrat

De prime à bord, on pourrait penser que le critère de l'objet du contrat devrait conduire à une conception très extensive de la notion de contrat administratif. En effet, les contrats conclus par les personnes publiques se rattachent normalement à leur mission de service public. Le contrat apparaît donc comme un moyen privilégié pour l'accomplissement de ses missions.

Cependant, il convient de distinguer les contrats visant à l'exécution même du service public des contrats qui sont conclus pour les besoins du service public. Dans la première hypothèse, la personne privée contractante exécute elle-même une mission de service public. Elle concourt directement à la réalisation d'un but d'intérêt général. Dans la seconde hypothèse, la personne privée ne fait que fournir au service public les biens ou les services ou les travaux qui sont nécessaires à son exécution.

Par ex, une commune peut déléguer à une entreprise privée la gestion d'une cantine scolaire. Dans ce cas, le contrat est conclu pour l'exécution même du service public. En revanche, le contrat ne sera pas conclu pour l'exécution même du service public si la commune prend en charge elle-même l'exploitation de la cantine, et si elle conclue des contrats avec des fournisseurs de denrées alimentaires.

2.2.2.2) Le problème des contrats d'engagement de personnels employés dans les services publics administratifs

Cette question ne concerne pas les fonctionnaires qui sont les agents statutaires qui ne bénéficient pas d'un contrat mais qui sont nommés. Ne sont pas concernés également les agents des services publics industriels et commerciaux qui se voient appliquer des règles particulières.

S'agissant maintenant des agents contractuels des SPA, la solution est apparemment simple. On devrait considérer que ces contrats de recrutement ont pour objet l'exécution même du service public et qu'il s'agit donc de contrats administratifs dès lors que le critère organique est également rempli.

Pourtant, la jurisprudence a longtemps considéré qu'une distinction devait être réalisée entre deux catégories d'agents contractuels des SPA. Arrêts de principe, CE Section, 4 Juin 1954, Vingtain et Affortit : le contrat conclu entre un SPA et un agent a un caractère administratif dès lors que cet agent participe directement à l'exécution du SP. A contrario, cette solution impliquait que certains agents ne devaient pas être considérés comme participant directement à l'exécution même du SP. Ces agents étaient donc des contractuels de droit privé. En application de cette jurisprudence, seuls les contrats des agents dont les qualifications répondent à la spécialisation du service étaient des contractuels de droit public.

Par ex, un enseignant contractuel recruté par l'université avait un contrat de droit public alors qu'une femme de ménage recrutée par la même université était une contractuelle de droit privé. Par ex, un cuisinier recruté par contrat par un CROUS était un contractuel de droit privé. En revanche, un cuisinier recruté par une ambassade était considéré comme bénéficiant d'un contrat de droit public.

Le TC va finalement adopter une solution beaucoup plus simple à l'occasion de son arrêt du 25 Mars 1996, Berkani. « Les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un SPA sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi ». Est donc un contrat administratif le contrat conclu entre un CROUS et un aide-cuisinier. Cette solution sera immédiatement reprise par le CE et par la CCass.

Cependant, une loi peut prévoir que certains types de contrats conclus entre un SPA et ses agents sont des contrats de droit privé. Ces exceptions concernent ce qu'on appelle les contrats aidés qui sont partiellement financés par l'Etat. Actuellement est principalement concerné le CUI-CAE (Contrat Unique d'Insertion - Contrat d'Accompagnement dans l'Emploi). L'exception qui est faite au critère jurisprudentiel se justifie par des raisons non pas juridiques mais politiques. Il s'agit d'éviter de gonfler les statistiques de l'emploi public et d'insister sur le fait que les personnes recrutées n'ont pas vocation à devenir fonctionnaire.

Chapitre 2 : Le régime juridique des contrats administratifs

Ce régime juridique est caractérisé par une inégalité entre les cocontractants. Cependant, cette inégalité ne s'exerce pas de manière uniforme. On peut en effet distinguer deux grandes catégories de contrats administratifs :

- Ce sont d'abord les contrats que l'on peut qualifier d'ordinaires par lesquels le cocontractant est payé par l'administration. Il s'agit en général de marchés publics.
- Les contrats dans lesquels l'administration confie à une personne privée l'exploitation d'un SP en contrepartie d'un prélèvement que va opérer cette personne publique sur les usagers du service. Il s'agit de contrats de délégation de SP.

C'est dans le cadre de la première catégorie de contrats que les pouvoirs de l'administration vont s'exercer de la façon la plus contraignante. En revanche, pour ce qui concerne la seconde catégorie de contrats, il existe un certain nombre de limitations au déséquilibre entre les parties.

1) La formation du contrat

1.1) La décision administrative de contracter

Cette décision doit être prise par l'autorité compétente, en général elle résulte d'une procédure qui fait intervenir plusieurs organes de l'administration. Le plus souvent, ce sont trois organes qui doivent intervenir. Un organe autorise la conclusion du contrat, un autre signe le contrat, un autre l'approuve.

Ex : Au niveau de la commune, exceptées les hypothèses où une délégation a été votée, le conseil municipal doit prendre une délibération autorisant le maire à signer le contrat. Avant la loi du 2 Mars 1982, ces contrats devaient faire l'objet d'une approbation par le préfet. Désormais, l'approbation du préfet n'existe plus, elle a été remplacée par un contrôle administratif des actes des collectivités territoriales qui portent également sur les contrats et qui peut entraîner la mise en œuvre de la procédure de référé préfectoral.

1.2) Les différents procédés de passation des marchés publics

Le Code des marchés publics édicte des règles qui sont très formalistes et très contraignantes pour les collectivités publiques. L'objectif recherché est de rendre les procédures de passation les plus transparentes possibles en vue d'éviter les risques de corruption et de gaspillage des données publiques.

Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux par « les pouvoirs adjudicateurs » (art 1). Relèvent du code des marchés publics l'Etat et ses établissements publics à l'exception de ceux qui ont un caractère industriel et commercial. Relèvent également du code les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Il s'agit de contrats conclus avec des opérateurs économiques, publics ou privés, pour répondre aux besoins des pouvoirs adjudicateurs en matière de travaux, de fournitures et de services.

En principe, les marchés publics doivent faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence préalable. Toutefois, les marchés d'un montant inférieur à 15 000 euros HT ne sont pas soumis à publicité et mise en concurrence préalable. Au-dessus de 15 000 euros HT, la collectivité publique devra faire figurer dans son avis de publicité la nature des prestations demandées et les critères pondérés à partir desquels le prestataire sera choisi. A l'issue de la procédure, la collectivité publique aura l'obligation de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse (art 53), c'est-à-dire celle qui a obtenu la meilleure note au regard des critères prédéfinis.

1.3) Règles applicables aux contrats de délégation de service public

Traditionnellement, les contrats de délégation de SP étaient considérés comme des contrats intuitu personae pour lesquels l'administration disposait d'une très grande latitude pour choisir le délégataire et pour fixer les obligations qui lui sont imposées.

La transposition en France de directives communautaires favorisant la libre concurrence a abouti à l'adoption de nouvelles lois visant à lutter contre la corruption. C'est la loi du 29 Janvier 1993 dite loi Sapin. Cette évolution a abouti à nuancer l'opposition existant entre les contrats de délégation de SP et les marchés publics. Notamment, les délégations de SP sont désormais soumises à une obligation de publicité et de mise en concurrence préalable.

Cependant, à l'issue de la procédure, le principe de l'intuitu personae réapparaît puisque l'autorité délégante peut négocier librement les offres et elle choisit également librement le délégataire (relation de confiance nécessaire).

2) L'exécution des contrats administratifs

Les conditions dans lesquelles sont exécutés ces contrats dénotent un fort déséquilibre entre les parties au profit de l'administration. Toutefois, ce déséquilibre est en partie compensé par la reconnaissance de garanties au bénéfice des cocontractants de l'administration.

2.1) Les pouvoirs de l'administration

2.1.1) Le pouvoir d'exiger l'exécution personnelle du contrat par le cocontractant de l'administration

Le titulaire d'un contrat administratif est tenu d'exécuter personnellement ses obligations contractuelles. Cependant, ce principe connaît une exception fréquente principalement dans le domaine des marchés publics de travaux. Il s'agit de l'hypothèse de la sous-traitance.

2.1.2) Le pouvoir de contrôle et de direction

L'administration peut vérifier à tout moment que son cocontractant se comporte conformément aux clauses du contrat. Elle peut notamment exiger que lui soit fournis tous les renseignements et toutes les pièces qui lui permettront d'effectuer ces vérifications (par ex, pièces comptables, bordereaux de commandes...).

En outre, l'administration dispose d'un véritable pouvoir de direction de son cocontractant, par ex elle peut lui imposer certains procédés d'exécution de ses prestations ou encore l'ordre dans lequel il devra exercer ces prestations. Elle peut également lui adresser un ordre de service écrit qui est un acte administratif unilatéral pour lui ordonner par ex de débiter un chantier ou encore pour l'enjoindre de réaliser la réfection de travaux défectueux.

2.1.3) Le pouvoir de sanction

L'administration peut infliger des sanctions à son cocontractant privé en cas d'inobservation par celui-ci des clauses du contrat ou des instructions reçues. Ces sanctions ne peuvent pas être prononcées d'office, elles doivent donc dans tous les cas donner lieu à une mise en demeure préalable du cocontractant privé.

2.1.3.1) Les sanctions pécuniaires

L'administration peut introduire dans les contrats qu'elle conclut des pénalités. Elle peut également infliger des amendes à son cocontractant alors même qu'elles ne sont pas expressément prévues par le contrat.

2.1.3.2) Les sanctions coercitives

Elles consistent à pénaliser plus fortement le cocontractant de l'administration mais sans pour autant aboutir à la rupture du contrat. Dans cette hypothèse, l'administration se substituera à son cocontractant défaillant ou elle lui substituera un tiers. Cette hypothèse est fréquente pour les marchés de travaux publics et dans tous les cas, l'exécution des prestations se poursuivra aux frais et risques du cocontractant sanctionné.

2.1.3.3) La résiliation sanction

En principe, l'administration dispose d'un pouvoir de résiliation sanction qu'elle peut mettre en œuvre unilatéralement. Dans cette hypothèse, le cocontractant ne percevra aucune indemnité. Cependant, cette sanction ne pourra être mise en œuvre qu'en cas de faute d'une particulière gravité commise par le cocontractant. Ex, CE, 12 Mars 1999, SA Meribel 92 : En l'espèce, un retard dans la réalisation de travaux s'il constitue une faute n'est pas d'une gravité suffisante pour justifier la résiliation du contrat.

S'il apparaît que la sanction n'est pas justifiée, le juge pourra être saisi et l'administration pourra être condamnée au versement de dommages et intérêts. Ce pouvoir de résiliation unilatérale ne s'applique pas pour les contrats de concession. Pour ces contrats, seul le juge pourra ordonner la résiliation du contrat. Cette solution se justifie par le fait que dans le cadre d'un contrat de concession, le concessionnaire doit non seulement exploiter un SP, mais il doit également réaliser les ouvrages nécessaires à cette exploitation. Par ex, une société concessionnaire d'une autoroute doit d'abord construire l'autoroute avant de pouvoir l'exploiter, ce qui entraîne des investissements très lourds.

Conférer un pouvoir unilatéral de résiliation sanction à l'administration pourrait donc entraîner des conséquences très graves, ce qui explique que seul le juge peut mettre un terme au contrat.

2.1.4) Le pouvoir de modification et de résiliation unilatérale du contrat

L'existence de ces pouvoirs déroge au principe civiliste selon lequel le contrat est la loi des parties. Il constitue les principales manifestations du pouvoir exorbitant de l'administration en matière contractuelle. La justification de ces pouvoirs se trouve dans la notion d'intérêt général que poursuit l'administration lorsqu'elle conclue un contrat. L'intérêt général peut évoluer et il pourra justifier également la modification ou la résiliation du contrat.

Arrêt de principe, CE, 10 Février 1902, Gaz de Déville-les-Rouen : Une commune avait concédé à une entreprise privée le SP d'éclairage des rues. A l'époque où ce contrat a été conclu en 1874, l'éclairage des villes utilisait le gaz. Quelques années plus tard, la commune demande à l'entreprise de modifier la nature de ses prestations pour que les rues de la ville soient éclairées aux moyens de l'électricité. L'entreprise refuse et le CE reconnaît que l'administration peut mettre en demeure son cocontractant d'accepter les modifications des prestations initialement prévues. L'idée est que l'intérêt général commande une modification du contrat qui peut être imposé aux cocontractants de l'administration.

Par la suite, le CE dans un arrêt du 2 Février 1983, Union des transports urbains et régionaux, a rappelé que ce pouvoir de modification unilatérale « est une règle générale applicable au contrat administratif ». Par conséquent, ce pouvoir peut être exercé par l'administration même s'il n'est pas prévu par les clauses du contrat.

Cependant, ce principe n'interdit pas aux personnes publiques d'aménager dans le contrat les conditions dans lesquelles le contrat pourra être modifié. L'exercice de ce pouvoir exige une contrepartie de la part de l'administration. Si la modification entraîne une charge financière pour le cocontractant privé, l'administration devra intégralement l'indemniser pour rétablir l'équilibre financier initial du contrat.

La même logique existe lorsque l'administration utilise son pouvoir de résiliation unilatérale. Ici également, c'est l'intérêt général appelé également l'intérêt du service qui peut justifier une résiliation. Si l'intérêt général n'est pas avéré, la décision de résiliation pourra être contestée et le requérant pourra obtenir des dommages et intérêts. Ex, TA Strasbourg, 23 Mars 2004, Société Amnéville loisirs contre ville d'Amnéville. Le maire d'une commune avait décidé de résilier le contrat de concession qui liait la commune avec une société exploitant un casino. Pour procéder à cette résiliation, la commune invoquait trois arguments. Tout d'abord une baisse du CA du casino d'environ 20% sur une année, ensuite une régression du casino qui est passé de la 5^{ème} à la 8^{ème} place dans le classement des casinos les plus rentables, enfin l'existence d'un conflit entre le maire et l'actionnaire principal du casinotier. Le tribunal va relever concernant les deux premiers éléments qui ne suffisent pas à caractériser un mauvais fonctionnement du SP. Sur le troisième point, les juges estiment que ce conflit de personnes n'avait pas eu de conséquences sur le fonctionnement du casino.

Ce pouvoir de résiliation peut être aménagé par le contrat qui peut définir les conditions dans lesquelles cette résiliation pourra être mise en œuvre : arrêt de principe, CE, 11 Mai 1990, OPHLM de la ville de Toulon. En revanche, l'administration n'a pas le droit de renoncer à l'avance à l'exercice de ce pouvoir par une stipulation contractuelle, arrêt de principe, CE, 6 Mai 1985, Association Eurolat. Le pouvoir de résiliation unilatérale est reconnu dans des termes aussi généraux que le pouvoir de modification unilatérale, arrêt de principe, CE Ass., 2 Mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval : « l'administration contractante peut en tout état de cause en vertu des règles générales applicables au contrat administratif mettre fin au contrat sous réserve des droits à indemnité des intéressés.

2.2) Les droits du cocontractant de l'administration

Le cocontractant bénéficie de deux droits principaux : le droit tout d'abord d'être rémunéré pour les prestations réalisées prévues par le contrat, le droit ensuite d'être indemnisé pour certaines dépenses supplémentaires qui n'étaient pas prévues par le contrat dès lors qu'elles remettent en cause l'équilibre financier initial du contrat.

2.2.1) Les modalités de rémunération du cocontractant

Une différence essentielle doit être établie entre les marchés publics et les contrats de délégation de SP. Selon l'art 1^{er} du code des marchés publics, les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux. En d'autres termes, l'administration bénéficie d'une prestation de service de fourniture ou de travaux contre le paiement d'impôts.

Les contrats de délégation de SP sont définis par l'art 3 de la loi Murcef du 11 Décembre 2001. C'est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un SP dont elle a la charge à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation. Par ex, le concessionnaire d'une autoroute se rémunère pour l'essentiel sur les redevances perçues au péage sur les usagers. Cette définition des contrats de délégation de SP pose deux problèmes essentiels : tout d'abord cette définition est imprécise. Dans certains cas, en particulier si une partie de la rémunération résulte du paiement d'un prix, il sera difficile de déterminer si la rémunération du cocontractant est substantiellement liée à l'exploitation du SP. Il semble résulter de la jurisprudence qu'une rémunération tirée de l'exploitation du service supérieure ou égale à 30% du montant de la rémunération du cocontractant est considéré comme substantielle. Dans l'hypothèse où ce pourcentage est inférieur à 30%, le contrat sera qualifié de marché public.

Le critère de définition des contrats de délégation de SP visé par la loi Murcef a été remis en cause par la jurisprudence de la CJCE. En effet, la cour de justice privilégie comme critère de définition le critère du risque d'exploitation. En d'autres termes, le contrat litigieux sera qualifié de délégation de SP si les risques liés à l'exploitation sont supportés par le cocontractant privé. Arrêt de principe, CJCE, 13 Octobre 2005, Parking Brixen. Ce critère a été expressément repris par le CE dans un arrêt Département de la Vendée, 7 Novembre 2008. En l'espèce était en cause un contrat conclu par le département pour un service de transport scolaire. Le cocontractant était rémunéré pour l'essentiel par un prix qui lui était versé par le département et non pas par des redevances perçues sur les usagers. Cependant, les juges relèvent que le risque d'exploitation, c'est-à-dire l'éventuel déficit de l'activité sera supporté à hauteur de 30% par l'entreprise. Pour le CE, il s'agit d'une « part significative du risque d'exploitation », le contrat est donc qualifié de contrat de délégation de SP.

2.2.2) Le droit à l'indemnisation de certaines dépenses

Il peut arriver que le cocontractant de l'administration réalise certaines dépenses non prévues au contrat, ce qui peut être lié à trois types de circonstances.

2.2.2.1) L'existence des dépenses est liée à l'exercice du pouvoir de modification unilatérale du contrat dont dispose l'administration

Dans ce cas, le cocontractant de l'administration a le droit à une compensation intégrale des charges nouvelles qu'il subit. L'équilibre financier initial du contrat est rétabli même si ce déséquilibre ne présente qu'un caractère mineur.

2.2.2.2) L'existence des dépenses est liée à des difficultés matérielles non prévues

Cette hypothèse concerne principalement les marchés de travaux publics et plus précisément les cas où l'entrepreneur est confronté à des obstacles naturels exceptionnels non prévus par le contrat. Dans une telle hypothèse, on applique une même solution que dans l'hypothèse précédente, le cocontractant privé a le droit à une indemnité pour sujétion imprévue quel que soit le montant des dépenses nouvelles qui sont mises à sa charge. Le plus souvent, c'est la composition du sous-sol qui sera en cause, l'entrepreneur rencontrant par ex des poches de sable ou des nappes d'eau dont les sondages préalables n'avaient pas décelé l'existence. Par ex, CE, 13 Mai 1987, Société Citra France : les sujétions imprévues peuvent résulter de pluies diluviennes qui ont entravé le déroulement du chantier.

Une difficulté peut consister à apprécier le caractère imprévisible des obstacles rencontrés. Ex, CA Marseille, 21 Novembre 2000, Département du Var. L'augmentation du coût des travaux a été occasionnée par une définition insuffisante par l'entreprise de la consistance de ces travaux et non par la rencontre de sujétions techniques imprévues comme la présence d'un sous-sol friable ne pouvant permettre l'assise des fondations de l'ouvrage. En effet, l'entreprise était en mesure d'identifier la nature particulière du terrain en menant des investigations peu onéreuses et ne nécessitant pas la mise en œuvre de moyens techniques exceptionnels.

2.2.2.3) L'existence des dépenses est liée à un aléa administratif ou à un aléa économique

Les principes généraux applicables :

Deux théories jurisprudentielles sont ici susceptibles de s'appliquer. La première est la théorie du fait du prince. Elle concerne exclusivement l'hypothèse d'un aléa administratif. Elle peut jouer lorsque l'intervention de la

puissance publique en dehors du cadre actuel influe sur l'exécution du contrat. La seconde est la théorie de l'imprévision qui concerne à la fois l'hypothèse d'un aléa administratif et celle d'un aléa économique. On parlera d'état d'imprévision lorsque le fait du prince ou tout autre événement extérieur aux relations contractuelles aboutit à un bouleversement de l'équilibre financier du contrat.

Dans les deux hypothèses visées, le principe qui connaît des exceptions c'est que l'existence d'une simple rupture de l'équilibre financier résultant de l'aggravation des charges du cocontractant n'est pas normalement réparée. L'idée générale qui sous-tend la jurisprudence est que l'administration cocontractante, si elle n'est à l'origine de l'aggravation des charges de son cocontractant ne doit pas en principe d'indemnités. En effet, les difficultés du cocontractant privé sont liées, qu'il s'agisse d'un aléa administratif ou d'un aléa économique à un événement extérieur au contrat.

Toutefois, si la réparation n'est pas due en principe en cas de simple rupture de l'équilibre financier du contrat, l'administration devra indemniser son cocontractant en cas de véritable bouleversement de cet équilibre mettant en danger l'exécution même du contrat. En effet, un tel bouleversement peut rendre impossible pour le cocontractant privé l'exécution de ses obligations. Dans ce cas, la personne publique partie au contrat devra en quelques sortes aider son cocontractant à continuer d'exécuter ses prestations en lui versant une indemnité, si toutefois cette exécution demeure possible.

Ici également, cette solution est justifiée par l'intérêt général qui réside dans la nécessité de poursuivre l'exécution du contrat.

La théorie du fait du prince :

Cette théorie recouvre deux hypothèses différentes. Dans les deux cas, c'est une intervention de l'administration qui est l'origine de l'aggravation des charges du cocontractant privé.

Première hypothèse, c'est une autre personne publique que celle qui est partie au contrat qui est à l'origine de l'aggravation des conditions d'exécution du contrat. Ex, CE, 15 Juillet 1949, Ville d'Elbeuf. En l'espèce était en cause l'aggravation des charges du cocontractant privé du concessionnaire de service public de distribution d'électricité résultant non pas de l'action de la commune partie au contrat mais de l'intervention d'un décret qui avait augmenté de façon substantielle les cours de l'énergie. Le principe dans cette hypothèse est que le fait du prince extérieur aux parties contractantes n'ouvre pas le droit au rétablissement de l'équilibre financier initial du contrat. Il n'en ira autrement que si ce déséquilibre est tel qu'il constitue un véritable bouleversement de l'économie du contrat qui va rendre presque impossible la poursuite de son exécution par le cocontractant privé. Dans cette hypothèse, pour permettre la continuation du contrat, la théorie de l'imprévision va s'appliquer et le cocontractant de l'administration percevra une indemnité.

Deuxième hypothèse, l'aggravation des conditions d'exécution du contrat a pour origine la personne publique contractante mais agissant à un autre titre que celle de partie contractante. Ex, CE, 18 Janvier 1985, Association Le Relai Culturel d'Aix-en-Provence : est en cause un contrat conclu entre une commune et une association. Une délibération du conseil municipal intervient et elle supprime la subvention qui était jusqu'alors versée à l'association. Dès lors, l'association qui tirait l'essentiel de ses ressources de cette subvention se trouve dans l'impossibilité de continuer cette prestation.

La jurisprudence paraît distinguer deux cas de figure : premier cas de figure la mesure prise par la personne publique frappe spécifiquement son cocontractant privé. Dans cette hypothèse qui est celle de l'arrêt de 1985, l'administration devra verser une indemnité à l'intéressé y compris lorsque l'équilibre financier du contrat n'est pas bouleversé. Deuxième cas de figure la mesure prise par la personne publique ne frappe pas exclusivement son cocontractant. Logiquement, on ne devrait pas distinguer cette hypothèse de la précédente. Pourtant, dans ce cas de figure, la jurisprudence rejette le principe d'une réparation intégrale du préjudice subi. Ex, CAA Paris, 25 Mai 1993, société Renoveco : Un contrat conclu entre l'Etat et cette société prévoyait le remboursement d'une aide spéciale en cas de non réalisation des objectifs économiques et financiers définis par le contrat. Un décret est intervenu touchant l'ensemble des contrats de même type que celui qui fait l'objet du litige, rendant impossible l'atteinte des objectifs définis. La Cour considère que ce décret ne constitue pas un fait du prince justifiant

l'indemnisation du cocontractant de l'Etat. Donc dans une telle hypothèse, l'indemnisation du cocontractant de l'administration ne sera due qu'en cas de véritable bouleversement de l'équilibre financier du contrat. En d'autres termes, une indemnité ne sera due que dans les cas où son versement apparaît comme indispensable pour assurer la continuité des prestations prévues.

Au final, la théorie du fait du prince apparaît en recul en raison de la concurrence que lui fait la théorie de l'imprévision. En effet, le fait du prince ne donne en principe lieu à une indemnité qu'en cas de bouleversement de l'équilibre financier du contrat. La seule hypothèse où la théorie du fait du prince s'applique de façon autonome est marginale, il s'agit du cas où le déséquilibre du contrat a pour origine une mesure prise par la personne publique contractante mais n'agissant pas en tant que partie au contrat et touchant exclusivement son cocontractant privé.

La théorie de l'imprévision :

En principe, toute activité économique est soumise à certains aléas. Ainsi, lorsqu'en droit privé l'exécution d'un contrat s'avère être une mauvaise affaire pour l'une des parties, celle-ci n'aura le droit à aucune indemnité. Tel n'est pas le cas pour les contrats administratifs, ce qui s'explique une fois encore par la notion d'intérêt général qui va pour une fois bénéficier au cocontractant de l'administration. Ainsi, lorsque les conditions économiques d'exécution d'un contrat administratif sont bouleversées, et compromettent cette exécution, le cocontractant privé doit bénéficier d'une aide financière qui va lui permettre de poursuivre ses prestations.

- L'apparition de la théorie de l'imprévision

CE, 30 Mars 1916, compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, arrêt de principe : Est en cause un contrat de concession entre une commune et une entreprise chargée de l'éclairage public. Les circonstances de guerre aboutissent à une explosion du coût des matières premières et notamment du charbon (X4). L'entreprise a alors éprouvé les pires difficultés à poursuivre l'exécution de ses prestations, ce qui l'a conduit à demander à la commune le versement d'une indemnité. Le CE va alors conduire un raisonnement en deux points :

Le principe est qu'un contrat règle de façon définitive jusqu'à son expiration les obligations respectives des parties. Le cocontractant privé doit donc exécuter les prestations prévues à ses risques et périls. Ainsi, en principe, la variation du prix des matières premières est un aléa du marché qui demeure à la charge du cocontractant privé.

L'aménagement au principe justifié par la notion d'intérêt général : Lorsqu'il survient un élément qui dépasse les prévisions des parties au moment de la conclusion du contrat, et qui aboutit à un bouleversement de son économie, la personne publique cocontractante sera tenue au versement d'une indemnité pour permettre la poursuite du contrat.

- Les conséquences de l'état d'imprévision

L'indemnisation du cocontractant ne sera pas intégrale. L'indemnité d'imprévision couvrira en général entre 90 et 95% des charges supplémentaires supportées par le cocontractant privé. Cette indemnisation partielle se justifie de deux points de vue différents : premier argument l'alourdissement des charges du cocontractant privé n'est pas le fait de l'administration agissant en tant que partie au contrat. S'il est logique de la contraindre à réparer intégralement le préjudice subi lorsqu'elle utilise son pouvoir de modification unilatérale, il est également logique de ne pas mettre entièrement à sa charge les conséquences de circonstances extérieures au contrat. Deuxième élément les juges opèrent une distinction entre les aléas normaux qui peuvent survenir durant l'exécution du contrat qui vont rester à la charge du cocontractant privé et les événements exceptionnels qui ont bouleversé son équilibre économique. Il convient dès lors de prendre en compte dans le calcul de l'indemnité la part de l'aléa normal susceptible d'affecter l'exécution du contrat.

La théorie de l'imprévision va permettre à l'administration d'aider son cocontractant à poursuivre l'exécution de ses prestations conformément à l'intérêt général. Il sera donc normal de considérer qu'il n'y aura pas lieu de verser des indemnités alors même que l'équilibre financier du contrat serait bouleversé dans deux hypothèses : l'indemnité n'est pas due lorsque le cocontractant a interrompu ses prestations, arrêt de principe, CE Sect, 5 Novembre 1982, société Propétrol. De plus l'indemnité n'est due que si les difficultés d'exécution

présentent un caractère temporaire. Elle sera donc exclue lorsque ses difficultés constituent un cas de force majeure, c'est-à-dire un événement imprévisible irrésistible et extérieur à la volonté des parties. L'indemnité n'est pas due puisque de toutes façons, le contrat ne peut plus faire l'objet d'une exécution, arrêt de principe, CE, 9 Décembre 1932, compagnie des tramways de Cherbourg : « lorsque contrairement aux prévisions essentielles du contrat le fonctionnement d'un service a cessé d'être viable, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre les parties à demander au juge sa résiliation ».

En suivant la même logique, on devrait également considérer que l'indemnité ne devrait pas être due lorsque le contrat dont l'économie a été bouleversée est arrivé à son terme. En effet, il n'y a plus lieu de verser une indemnité dont l'objet est de permettre la poursuite de l'exécution du contrat. Pourtant, le CE en a jugé autrement à l'occasion de son arrêt de section du 12 Mars 1976, département des Hautes Pyrénées : cette solution se justifie pour des motifs d'équité. Il s'agit en quelques sortes de récompenser le cocontractant privé qui a poursuivi l'exécution du contrat en dépit des graves difficultés auxquelles il a été confronté.

Dans la pratique, la théorie de l'imprévision n'est pas toujours appliquée dans la mesure où les contrats administratifs contiennent aujourd'hui pour la plupart des clauses de révision de prix. Cependant, le jeu de ces clauses peut être insuffisant. En conséquence, même si ces clauses existent, le juge pourra appliquer si nécessaire la théorie de l'imprévision, arrêt de principe, CE Sect, 5 Novembre 1937, département des Côtes du Nord.