



HAL
open science

Les actes administratifs unilatéraux négociés

Richard Deau

► **To cite this version:**

Richard Deau. Les actes administratifs unilatéraux négociés. Droit. Université d'Angers, 2006. Français. NNT: . tel-00326535

HAL Id: tel-00326535

<https://theses.hal.science/tel-00326535>

Submitted on 3 Oct 2008

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ D'ANGERS
UFR Droit, Economie, Gestion

THÈSE DE DOCTORAT

N°766

Spécialité: Droit public

LES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX NÉGOCIÉS

Présentée et soutenue publiquement

Par

M. Richard DEAU

Le vendredi 8 décembre 2006
à Angers

JURY:

M. Michel DEGOFFE, Professeur à l'Université de Paris V

M. Alain LAQUIÈZE, Professeur à l'Université de Paris III, directeur de thèse

M. Dominique MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, Professeur à l'Université d'Angers

M. Fabrice MELLERAY, Professeur à l'Université de Bordeaux IV, rapporteur

M. Bertrand SEILLER, Professeur à l'Université de Paris II, rapporteur

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Alain Laquièze pour ses remarques et ses conseils avisés.

Remerciements particuliers à ma famille ainsi que mes amis pour leur soutien.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA	<i>Actualité juridique – Droit administratif</i>
AJDI	<i>Actualité juridique – Droit immobilier</i>
AJFP	<i>Actualité juridique – Fonctions publiques</i>
Al.	Alinéa
Art.	Article
BJCP	<i>Bulletin juridique des contrats publics</i>
BJDU	<i>Bulletin juridique de droit de l'urbanisme</i>
Bull civ	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambres civiles
Bull crim	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambre criminelle
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CE	Conseil d'Etat
Chr.	Chronique
CJEG	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i>
Concl.	Conclusions
C. urba	Code de l'urbanisme
D	<i>Recueil Dalloz</i>
DA	<i>Droit administratif</i>
DP	<i>Dalloz périodique</i>
DS	Droit social
EDCE	<i>Etudes et documents du Conseil d'Etat</i>
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal	<i>Gazette du Palais</i>
IIAP	<i>Institut international d'administration publique</i>
Ir.	Informations rapides
JCP A	<i>Semaine juridique</i> (ou <i>Jurisclasseur périodique</i>) – édition Administrations et Collectivités territoriales
JCP E	<i>Semaine juridique</i> (ou <i>Jurisclasseur périodique</i>) – édition Entreprises
JCP G	<i>Semaine juridique</i> (ou <i>Jurisclasseur périodique</i>) – édition Générale
JCP N	<i>Semaine juridique</i> (ou <i>Jurisclasseur périodique</i>) – édition Notariale et immobilière
JDI	<i>Journal de droit international</i>
JO	Journal officiel de la république française
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
LPA	Les Petites Affiches
Obs.	Observations
p.	Page
RA	<i>Revue administrative</i>
RCADI	<i>Recueil des cours de l'académie de droit international</i>
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique</i>
Rec.	<i>Recueil Lebon</i>
Rec Cons const	<i>Recueil des décisions du Conseil constitutionnel</i>
Rép. D. civ	<i>Répertoire Dalloz de droit civil</i>
RFAP	<i>Revue française d'administration publique</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RJF	<i>Revue de jurisprudence fiscale</i>
RGCT	<i>Revue générale des collectivités territoriales</i>
RJS	<i>Revue de jurisprudence sociale</i>

RPDA
RSF
RSLF
RTDC
RTD Comm
RDSS
S
SC
TA
TC
TPS
V. Voyez

Revue pratique de droit administratif
Revue de science financière
Revue de science et de législation financière
Revue trimestrielle de droit civil
Revue trimestrielle de droit commercial
Revue de droit sanitaire et social
Recueil Sirey
Sommaires commentés
Tribunal administratif
Tribunal des conflits
Travail et protection sociale

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	12
PREMIÈRE PARTIE: L'EXISTENCE DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX NÉGOCIÉS RÉVÉLÉE PAR LA TECHNIQUE DE REQUALIFICATION	51
TITRE PREMIER: LA DÉTERMINATION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA PROCÉDURE DE REQUALIFICATION	53
CHAPITRE PREMIER: LE CARACTÈRE DUEL DE LA REQUALIFICATION DANS CERTAINS DOMAINES	54
CHAPITRE SECOND: L'ABSENCE DE REQUALIFICATIONS EXPRESSES DANS CERTAINS SECTEURS D'ACTIVITÉS	106
TITRE SECOND: LE RECOURS PARTIELLEMENT JUSTIFIABLE A LA TECHNIQUE DE REQUALIFICATION	184
CHAPITRE PREMIER: LE CARACTÈRE CONTROVERSÉ DES FONDEMENTS TRADITIONNELS DE LA REQUALIFICATION	185
CHAPITRE SECOND: TENTATIVE DE DÉTERMINATION DES FONDEMENTS RÉELS DE LA REQUALIFICATION	230
SECONDE PARTIE: LES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX NÉGOCIÉS AU REGARD DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DES ACTES ADMINISTRATIFS	276
TITRE PREMIER: DES ACTES ALTÉRANT LA DISTINCTION TRADITIONNELLE ENTRE L'ACTE UNILATÉRAL ET LE CONTRAT	278
CHAPITRE PREMIER: UNE ALTÉRATION PROVOQUÉE PAR LA MULTIPLICITÉ DES PARTICIPANTS A L'ACTE	279
CHAPITRE SECOND: VERS UNE REMISE EN CAUSE DES CARACTÉRISTIQUES FORMELLES ET MATÉRIELLES DES DEUX CATÉGORIES TRADITIONNELLES ?	340
TITRE SECOND: L'EXAMEN DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX NÉGOCIÉS EN TANT QUE CATÉGORIE AUTONOME	392
CHAPITRE PREMIER: LA CONFRONTATION DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX NÉGOCIÉS AUX DIFFÉRENTES CATÉGORIES INTERMÉDIAIRES	393

CHAPITRE SECOND: L'ABSENCE DE RECONNAISSANCE D'UNE TROISIÈME
CATÉGORIE D'ACTES 444

CONCLUSION GÉNÉRALE 516

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Selon Jean Combacau, "dans la vaste demeure du droit, l'acte juridique occupe une pièce obscure, et l'on y entre plus aisément qu'on n'en ressort"¹. Ces quelques mots caractérisent assez bien l'état de la jurisprudence et de la doctrine qui, s'agissant des actes juridiques dans leur ensemble, est pour le moins complexe. On retrouve en effet, au sein de cette "pièce", une multitude d'actes et parmi ceux-ci, les actes administratifs unilatéraux négociés. Mais avant toute chose, et afin de bien comprendre tout l'intérêt de cette étude, certaines précisions d'ordre terminologique doivent être apportées. On peut notamment se demander si on entre véritablement avec aisance dans cette "pièce obscure" occupée par l'acte juridique. Certes "l'acte juridique semble une de ces notions évidentes, acceptées par tous"² comme l'indique Michel Bastit. Son existence ne pose, il est vrai, aucun problème. De nombreux auteurs, qu'ils soient privatistes ou publicistes, ont largement étudié cette notion. Ainsi, par exemple, Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Eric Savaux ont consacré l'un de leur manuel de droit des obligations à l'acte juridique³. En droit public, il n'existe pas d'ouvrage portant spécialement sur l'analyse d'une telle notion⁴. Cela ne signifie pas pour autant qu'aucune étude de qualité n'ait été faite sur ce sujet. Léon Duguit⁵, Charles Eisenmann⁶ ont, par exemple, consacré de longs et précieux développements sur ce point.

Il ne suffit pas d'affirmer que la "pièce" ou autrement dit la notion d'acte juridique existe. Encore faut-il pouvoir lui donner une définition précise.

I – Définition de l'acte juridique en droit administratif

Jean Bodin serait l'un des premiers auteurs à avoir évoqué la notion d'acte juridique si on en croit les propos de Georges Rouhette. Ce dernier souligne que "l'analyse de Bodin

¹ J. Combacau, "L'acte juridique – Ouverture", *Droits* 1988, n°7, p 3.

² M. Bastit, "Suggestions sur les origines philosophiques de l'acte juridique", *Droits* 1988, n°7, p 11.

³ J. Flour, J-L Aubert et E. Savaux, *Droit civil – Les obligations – 1° L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, 11^{ème} édition, 2004, 417p.

⁴ L'ouvrage de P. Delvolvé, *L'acte administratif*, Paris, Sirey, 1983 ne concerne pas la notion d'acte juridique en tant que telle mais uniquement l'acte administratif unilatéral.

⁵ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. Boccard, 3^{ème} édition, 1927, tome 1, pp 315 et ss.

⁶ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982, tome 1, pp 367 et ss et tome 2, pp 337 et ss.

présente l'intérêt de saisir l'« acte juridique » comme une espèce du genre « fait juridique » au lieu de distinguer ces deux notions comme désignant, au même niveau hiérarchique, deux tranches séparées de la réalité⁷. A l'heure actuelle, la doctrine définit l'acte juridique en l'opposant à celle de fait juridique. Cette distinction va permettre de mettre en avant les caractéristiques de l'acte juridique. On pourrait, dans une première approche, le définir comme une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. Cette approche manque de précisions car non seulement des effets juridiques peuvent se produire sans acte de volonté⁸ mais en plus, une manifestation de volonté peut créer des effets de droit sans que cela constitue un acte juridique⁹. Il s'agit, dans ces différentes hypothèses, de faits juridiques. Les auteurs civilistes ont dû apporter quelques précisions. Ils définissent donc l'acte juridique comme "un acte volontaire, spécialement accompli, dans les conditions du droit objectif, en vue de produire des effets de droit dont la nature et la mesure sont elles-mêmes voulues"¹⁰. La qualification d'acte juridique dépend donc du lien très spécifique existant entre la manifestation de volonté et les effets de droit.

Ce lien est perçu de différentes façons par la doctrine¹¹. Selon une conception objective, les effets de droit doivent être l'objet, le but de la manifestation de volonté. Pour les tenants de la conception subjective, "il y aura acte juridique lorsque l'effet juridique résulte de la volonté mais seulement si sa configuration et son contenu résultent de la volonté de l'auteur de l'acte" selon les propos de François Terré¹². Cette approche tend à réduire à l'excès le domaine des actes juridiques. De ce fait, une troisième conception s'attache au caractère nécessaire de la volonté dans la production des effets de droit. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces différentes approches au cours de la seconde partie.

En droit privé, la doctrine tend à nettement dissocier l'acte du fait juridique mais qu'en est-il en droit public ?

Dans ce domaine, l'opposition précitée semble inexistante et Bertrand Seiller en donne les raisons: "la distinction opérée par le droit privé est principalement liée à des problèmes d'engagement de la responsabilité et de preuve, qui ne se présentent pas avec

la

⁷ G. Rouhette; "La doctrine de l'acte juridique: sur quelques matériaux récents", *Droits* 1988, n°7, p 31.

⁸ L. Duguit affirme notamment que "la naissance, la mort, la destruction matérielle et accidentelle d'une chose (...) sont autant de faits non volontaires à la suite desquels se produisent des effets juridiques", *op. cit.*, p 325.

⁹ Les faits humains volontaires tels que les délits et voies de fait, l'établissement de domicile, le concubinage... sont considérés par C. Brenner comme des faits juridiques, "Acte", *Rép civ Dalloz*, p 6.

¹⁰ J. Flour, J-L Aubert et E. Savaux, *Droit civil – Les obligations – 1°L'acte juridique*, *op. cit.*, p 35.

¹¹ F. Terré expose très clairement ces différentes conceptions dans sa thèse portant sur *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, LGDJ, 1956, pp 190 et ss.

¹² *Id.*, p 192.

même acuité en droit administratif¹³. En outre, l'originalité de l'acte administratif unilatéral conduirait à négliger les faits juridiques. Enfin, la responsabilité de la puissance publique peut résulter aussi bien d'actes juridiques que de faits. Ces différents éléments expliqueraient l'absence de pertinence d'une telle distinction¹⁴ pourtant essentielle en droit privé. La doctrine publiciste préfère, en réalité, opposer l'acte juridique à l'acte matériel. Avant d'évoquer cette opposition, il est nécessaire de déterminer quelles sont les caractéristiques de l'acte juridique selon les auteurs publicistes.

Peut être qualifié ainsi, selon Léon Duguit, "tout acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit ou tel qu'il existera à un moment futur donné"¹⁵. Sa définition est finalement très proche de celle des auteurs civilistes. Les expressions "effet de droit" et "modification de l'ordonnement juridique" désignent la même chose¹⁶. En outre, elle se rapproche de la conception objective précédemment évoquée car sans intention de modifier l'ordonnement juridique, il ne peut y avoir acte juridique¹⁷. Gaston Jèze, quant à lui, considère que "les actes juridiques sont les manifestations de volonté d'individus – gouvernants, agents publics, simples particuliers – en exercice d'un pouvoir légal et en vue de produire un effet de droit"¹⁸. Mis à part le rajout de cette condition relative à l'existence d'un pouvoir légal, cette dernière définition est très proche de celle donnée par Léon Duguit. On retrouve les mêmes caractéristiques à savoir: la manifestation de volonté et l'intention¹⁹ que se produisent des effets de droit. A partir du moment où ce dernier élément fait défaut, l'acte ne peut être considéré comme juridique. Il s'agira dans ce cas d'un acte matériel²⁰.

Cette opposition entre l'acte juridique et l'acte matériel a été contestée par Charles Eisenmann. Il reproche notamment aux auteurs de ne donner qu'une définition négative

¹³ B. Seiller, "Acte administratif", *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, p 8.

¹⁴ Ces propos doivent néanmoins être nuancés car L. Duguit évoque au détour d'un développement la distinction entre l'acte et le fait juridique. Les faits de droit non volontaires à la suite desquels se produisent des effets juridiques sont considérés comme des faits juridiques, *op. cit.*, p 325.

¹⁵ *Id.*, p 326.

¹⁶ P. Amselek souligne après avoir cité la définition de L. Duguit que "*l'effet de droit serait donc une modification de l'ordonnement juridique*", "L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann", *Archives de philosophie du droit* 1987, p 308.

¹⁷ Les propos de L. Duguit sont sur ce point très clairs car il affirme qu'"un acte volontaire à la suite duquel se produit une modification dans le domaine du droit n'est point un acte juridique, si, au moment où a été accompli cet acte, l'agent n'avait pas l'intention qu'il se produisit une modification dans le domaine du droit", *op. cit.*, p 326.

¹⁸ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratifs, – La technique juridique du droit public français*, Paris, Dalloz, 2005 (réimpression de l'édition de 1925), tome 1, p 25.

¹⁹ Le caractère intentionnel n'apparaît pas expressément dans la définition précitée. Mais quelques lignes plus bas, G. Jèze souligne que "la manifestation de volonté suppose essentiellement que l'auteur veut qu'un effet juridique soit produit", *id.*, p 26.

²⁰ Selon L. Duguit, "les actes matériels sont toutes les manifestations de volonté qui n'ont pas un pareil objet (une modification de l'ordre juridique)", *op. cit.*, p 242.

de cette seconde catégorie d'acte²¹. Il va jusqu'à remettre en cause la définition de l'acte juridique donnée par les auteurs précités car elle manque de précisions. Charles Eisenmann s'inspire des analyses d'Hans Kelsen. Les actes juridiques sont d'abord, "avant d'être faits par des hommes, institués par le droit. Ils sont des mécanismes créés, établis par celui-ci; il faut donc, pour arriver à les définir correctement (...), les contempler dans le système juridique, où ils existent d'une existence idéale et abstraite sans doute"²². Par cette approche, Charles Eisenmann va pouvoir établir un lien étroit entre l'acte juridique et la notion de norme. Il affirme très clairement que "les actes juridiques sont les mécanismes ou opérations d'édiction de normes, ce sont les actes normateurs"²³. Il ressort de ces différentes citations que Charles Eisenmann refuse de se placer du point de vue des auteurs de l'acte pour définir ce dernier. La manifestation de volonté n'est donc pas prise en considération. Ce point de vue est contestable car s'il est vrai que toute manifestation de volonté n'engendre pas la création d'un acte juridique, ce dernier résulte nécessairement d'une telle manifestation. Elle ne peut, de ce fait, être ignorée. Néanmoins, il faut bien considérer que cette dernière n'est pas totalement absente de son analyse. Il souligne notamment que l'acte juridique ne doit pas être assimilé à la norme. L'acte désigne uniquement l'opération d'édiction de la norme²⁴. Cette opération comprend différentes phases et englobe plus précisément la totalité "des faits et gestes qui sont accomplis ou requis pour aboutir à l'édiction d'une norme juridique"²⁵. Paul Amselek a été amené à expliciter ces propos et admet que "les actes juridiques apparaissent (...) comme des manifestations juridiquement instituées d'actes psychiques de prescription"²⁶. On peut donc affirmer que l'analyse de Charles Eisenmann rejoint finalement celle des auteurs classiques qui employaient, quant à eux, l'expression "manifestation de volonté".

La plupart des auteurs actuels s'en tiennent à une définition classique de l'acte juridique. Ainsi, le doyen Georges Vedel et Pierre Delvolvé considèrent en 1992 que "les actes juridiques sont des manifestations de volontés destinées à produire des effets de droit"²⁷. Gilles Lebreton, dans la dernière édition de son manuel de droit administratif, adopte la même définition²⁸.

²¹ C. Eisenmann résume l'état de la doctrine dans ces termes: "tout acte qui ne présente pas les caractères inclus dans la définition de l'acte juridique est un acte matériel", *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 188.

²² *Id.*, p 348.

²³ *Id.*, p 363.

²⁴ *Id.*, pp 684 et ss.

²⁵ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 1, *op. cit.*, p 400.

²⁶ P. Amselek, *op. cit.*, p 318.

²⁷ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, Paris, PUF, 12^{ème} édition, 1992, p 235.

²⁸ G. Lebreton, *Droit administratif général*, Paris, Armand Colin, 3^{ème} édition, 2004, p 187.

Nous avons évoqué, dans les développements précédents, les définitions de l'acte données par les auteurs civilistes et publicistes. Cependant, seuls les actes ayant un caractère administratif sont concernés par cette étude. Contrairement aux apparences, il n'est pas toujours aisé de déterminer si un acte entre ou non dans cette catégorie. Comment faire, dans ce cas, pour distinguer les actes administratifs des autres actes ? Selon Bertrand Seiller, "le jeu des principes de séparation des pouvoirs et de séparation des autorités"²⁹ permet de faire ces distinctions. Ainsi, les actes constitutionnels³⁰, législatifs, juridictionnels, certains actes pris par le pouvoir exécutif... ne sont pas considérés comme des actes administratifs. En outre, de tels actes ne sont pas nécessairement édictés par des organes publics. En effet, la jurisprudence a depuis longtemps admis que des personnes privées puissent prendre de tels actes³¹. S'agissant des actes pris par ces dernières, il est intéressant de noter que le juge a lié le caractère administratif de ces décisions à l'exercice d'une prérogative de puissance publique ainsi qu'au service public. Il s'attache donc à des critères matériels³². Une telle précision n'apparaît certes pas lorsqu'un acte est édicté, au sein d'une personne publique, par un organe administratif. Cet acte est présumé administratif. Néanmoins, il ne fait guère de doute que le juge s'y réfère implicitement³³.

S'il est en théorie possible de distinguer les actes administratifs des actes de droit privé, l'examen de la jurisprudence amène à relativiser cette affirmation. Des hypothèses d'imbrications d'actes juridiques de droit privé et de droit public existent malgré tout. Tel est le cas des conventions collectives de travail ou d'assurance chômage comme on aura l'occasion de l'analyser.

Jusqu'à présent, nous avons caractérisé les actes en nous basant uniquement sur l'expression "acte administratif". Malheureusement, cette qualification n'apparaît pas suffisamment précise. Au sein même de cette catégorie, on recense différents types d'actes. Ainsi, dans l'expression "actes administratifs unilatéraux négociés", l'adjectif "unilatéral" revêt une grande importance. Cela va nous permettre d'analyser l'opposition

²⁹ B. Seiller, "Acte administratif", *op. cit.*, p 16.

³⁰ Certains auteurs dont J. Roux évoquent l'existence d'un "droit constitutionnel négocié", "La Constitution comme contrat", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 2, pp 452 et ss. Cela renvoie aux différentes révisions constitutionnelles ayant pour effet d'introduire dans la Constitution des dispositions d'origine conventionnelle.

³¹ Cf notamment l'arrêt du 31 juillet 1942 *Monpeurt*, *Rec*, p 239 – *D* 1942, p 138, concl A. Ségalat, note P.C – *JCP* 1942, II, 2046, concl Ségalat, note P. Laroque – *RDP* 1943, p 57, concl Ségalat, note R. Bonnard – *S* 1942, 3, 37, concl Ségalat.

³² Cf notamment l'arrêt du 13 janvier 1961 *Magnier*, *Rec*, p 33 – *RDP* 1961, p 155, concl J. Fournier – *AJDA* 1961, p 142, note C.P – *DS* 1961, p 335, note Teitgen.

³³ P. Delvolvé affirme que "s'il n'est pas besoin de faire référence à ces critères (détection de prérogatives de puissance publique et gestion des services publics), ils sont impliqués par l'action des organes administratifs", *op. cit.*, p 49.

fondamentale qui existe en droit administratif entre les actes unilatéraux et les actes administratifs plurilatéraux auxquels le contrat appartient.

II – Les caractéristiques de l'acte administratif unilatéral

Jean-Louis de Corail affirme qu'on "réserve le terme d'acte administratif à l'acte juridique unilatéral qui émane d'une seule volonté, produit des effets à l'égard des tiers (...)"³⁴.

Pour quelle raison l'acte administratif et l'acte unilatéral sont-ils considérés comme synonymes³⁵ ? Certains éléments permettent d'expliquer cette association. Il ne faut pas perdre de vue que l'acte unilatéral a toujours été regardé comme le procédé normal de l'action administrative. Un tel acte révèle l'exercice par l'administration de prérogatives de puissance publique. En outre, l'une des raisons de l'assimilation se trouve sans aucun doute dans les dispositions de la loi du 24 mai 1872. Son article 9 prévoit que les "actes des diverses autorités administratives" sont susceptibles de faire l'objet d'une annulation pour excès de pouvoir. Etant donné que seuls les actes unilatéraux peuvent théoriquement être contestés devant ce juge de l'excès de pouvoir, les auteurs ont donc considéré que le terme "acte" désigne nécessairement les actes précités.

Cependant, l'affirmation de Jean-Louis de Corail semble en totale contradiction avec l'état actuel de la doctrine. Certes, Pierre Delvolvé, dans les premières pages de son ouvrage, précise qu'il assimile l'acte administratif à l'acte unilatéral. Il s'agit néanmoins d'une assimilation fictive destinée à clarifier son analyse. En effet, il souligne que "les actes administratifs recouvrent (...) aussi bien les actes administratifs unilatéraux que les contrats administratifs"³⁶. Bertrand Seiller adopte le même raisonnement dans son fascicule consacré à l'acte administratif³⁷. L'acte administratif et l'acte administratif unilatéral sont donc bel et bien distincts. Un autre problème d'ordre terminologique se pose. Est-il indispensable d'insérer entre les termes "acte" et "unilatéral" l'adjectif "administratif" ? En d'autres termes, est-ce que tout acte unilatéral n'est pas nécessairement administratif ? Tel semble être l'avis de certains auteurs. Charles Eisenmann cite les propos suivants d'André de Laubadère: "l'acte unilatéral est

³⁴ J-L. de Corail, "Acte administratif", in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadriga, Lamy/PUF, 2003, p 11.

³⁵ Il semble que cette même assimilation existe en droit allemand, cf H. Maurer, *Droit administratif allemand*, Paris, LGDJ, 1994, pp 191 et ss.

³⁶ *Op cit.*, p 9.

³⁷ Il précise que "l'expression "contrat administratif" n'exclut pas que les actes visés soient bien des actes administratifs". Il avertit néanmoins le lecteur que "l'acte administratif, au sens de ce fascicule, est principalement l'acte administratif unilatéral", *Acte administratif*, *op. cit.*, p 5.

caractéristique du droit public, le droit privé reposant essentiellement sur la technique de l'accord de volontés³⁸.

Même si la plupart des auteurs civilistes n'abordent l'étude de l'acte unilatéral que de manière très succincte, on ne peut pour autant affirmer que les actes unilatéraux de droit privé n'existent pas. Ainsi, Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Eric Savaux consacrent un chapitre de leur ouvrage à l'étude de "l'acte juridique unilatéral"³⁹. De même, Charles Eisenmann reconnaît, après une analyse détaillée, que "l'acte unilatéral existe en droit privé aussi bien qu'en droit public, et il existe sur une large échelle en droit privé comme en droit public"⁴⁰. La reconnaissance d'enfant naturel, l'émancipation, le testament entreraient notamment dans cette catégorie des actes unilatéraux de droit privé.

L'énumération de quelques exemples ne peut suffire à définir avec précision un acte unilatéral. Quels sont les éléments permettant de le caractériser ? Avant d'analyser le cas des actes administratifs unilatéraux, on peut citer cette définition proposée par un auteur civiliste. Selon Rafael Encinas de Munagorri, il s'agit d'une "opération consistant en une manifestation de la volonté ayant pour objet et pour effet de modifier l'ordre juridique en l'absence de consentement"⁴¹. Cet auteur reprend les mêmes éléments qui permettent de définir l'acte juridique tout en y ajoutant le critère relatif à l'absence de consentement⁴². Cette précision est importante car l'existence d'un consentement, d'un accord de volontés est l'un des critères essentiels du contrat.

En droit public, il n'existe pas de définition unique de l'acte administratif unilatéral. Certes, on va pouvoir se rendre compte que toute l'originalité tient dans l'adjectif unilatéral mais en règle générale, les auteurs n'étudient pas ce point en premier. Ainsi, Charles Eisenmann affirme tout d'abord que les actes administratifs unilatéraux sont "des opérations normatrices, c'est-à-dire d'édiction de normes"⁴³. Cet auteur fait le lien avec sa définition de l'acte juridique précédemment analysée. Si on en croit sa définition, tout acte administratif unilatéral revêt nécessairement un caractère normateur. Or, est-ce réellement toujours le cas ? Il semble que les notions d'acte administratif unilatéral et d'acte juridique ne coïncident pas véritablement. On a pu voir que ce dernier était caractérisé notamment par sa dimension normatrice ou, pour reprendre l'expression d'autres auteurs, par la production d'effet de droit, la modification de l'ordonnement

³⁸ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 1, *op. cit.*, p 413.

³⁹ *Op. cit.*, pp 380 et ss. On voit bien cependant qu'un tel acte n'a qu'une importance secondaire en droit civil et que le contrat occupe une place centrale. Le chapitre portant sur l'acte unilatéral est intégré dans un titre intitulé "Les actes juridiques autres que le contrat". Soulignons pour terminer que ces auteurs ont consacré, à l'intérieur de ce chapitre, une section entière à l'engagement unilatéral de volonté.

⁴⁰ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 1, *op. cit.*, p 442.

⁴¹ R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1996, p 97.

⁴² La définition donnée par J. Flour, J-L Aubert et E. Savaux diffère quelque peu. Il s'agit, selon eux, d'une "manifestation de volonté par laquelle une personne, agissant seule, détermine des effets de droit", *op. cit.*, p 380.

juridique. Si cet élément fait défaut, le produit de la manifestation de volonté ne peut donc être qualifié d'acte juridique.

Pierre Delvolvé semble adopter ce raisonnement puisqu'il considère que l'acte administratif⁴⁴ "est un acte juridique"⁴⁵. De ce fait, les vœux, les recommandations, les propositions ne peuvent, selon lui, être qualifiés d'actes administratifs⁴⁶ car ne ils modifient pas l'ordonnancement juridique.

Tous les auteurs ne sont pas de cet avis. Nombre d'actes administratifs "ne sont pas normatifs" comme l'indique Bertrand Seiller⁴⁷. Tel est le cas notamment des actes précédemment énumérés (vœux, recommandations, propositions). L'adjectif "décisoire" permettrait, selon une partie de la doctrine, de distinguer les actes administratifs unilatéraux normatifs de ceux qui n'ont pas ce caractère. René Chapus affirme par exemple qu'"acte unilatéral et décision ne se confondent pas: cette dernière est au premier ce que l'espèce est au genre"⁴⁸. De même, Bertrand Seiller souligne que "tous les actes administratifs unilatéraux ne constituent pas (...) des décisions administratives"⁴⁹. Ainsi, les vœux, les recommandations, les propositions sont qualifiés par cet auteur d'actes administratifs non décisives⁵⁰. Comme on peut s'en rendre compte, les propos de Bertrand Seiller et de René Chapus posent quelques problèmes d'interprétation si on les rattache aux développements précédents relatifs à l'acte juridique. Trois possibilités s'offrent à nous. Soit on estime que les notions d'acte juridique et d'acte administratif unilatéral sont totalement dissociables car placées sur deux plans distincts. Cette distinction serait totalement artificielle. Ces deux notions se recoupent nécessairement.

Soit on adopte une conception stricte de l'acte juridique et donc de l'acte administratif et on considère ainsi que les vœux, recommandations, propositions ne peuvent entrer dans ces catégories. Dans ce cas, on ignore comment les qualifier. En effet, on ne peut admettre qu'il s'agisse d'actes matériels ou même de faits juridiques.

Soit on opte pour une conception plus large de l'acte administratif et on distingue, au sein de celui-ci, des sous-catégories. Il y aurait donc d'un côté les actes administratifs unilatéraux décisives et de l'autre, les actes administratifs unilatéraux non décisives. Mais alors, la catégorie principale à savoir l'acte juridique ou plus précisément – pour ce qui nous concerne – l'acte administratif ne pourrait plus alors faire l'objet d'une définition

⁴³ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, précité, p 399.

⁴⁴ Nous avons souligné que cette expression recouvre, selon P. Delvolvé, les actes administratifs unilatéraux.

⁴⁵ *Op. cit.*, p 12.

⁴⁶ *Id.*, pp 84 et ss.

⁴⁷ B. Seiller, "Acte administratif", *op. cit.*, p 35.

⁴⁸ R. Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001, tome 1, p 502.

⁴⁹ B. Seiller, *Droit administratif – L'action administrative*, Paris, Flammarion, 2001, p 117.

⁵⁰ *Id.*, pp 131 et ss.

précise. Afin que cette notion puisse englober les actes décisives et non décisives, il faudrait définir l'acte administratif en se référant uniquement à la manifestation de volonté.

Malgré ses défauts, l'expression "acte administratif unilatéral" désignera uniquement, dans le cadre de notre étude, les actes ayant un caractère décisive. En effet, comme on le verra par la suite, la jurisprudence va servir de base à notre analyse. Or, étant donné que le juge n'examine que les actes ayant un caractère décisive, seuls ceux-ci vont nous intéresser.

Après avoir établi un lien entre les notions d'acte administratif unilatéral et de décision, il est nécessaire de s'interroger sur la signification précise du terme "unilatéral". Selon le dictionnaire *Le petit Robert*, cet adjectif signifie, dans un sens courant, "qui ne se fait que d'un côté". On l'oppose donc aux adjectifs bilatéral et plurilatéral.

Sur le plan juridique, le *Vocabulaire juridique* publié sous la direction de Gérard Cornu répertorie cinq définitions différentes. Arrêtons-nous sur les trois premières qui se rejoignent. Est unilatéral: l'acte émanant "d'une seule personne, d'une volonté unique", l'acte qui "procède de l'initiative et repose sur la participation d'un seul intéressé parmi d'autres", l'acte qui "émane et requiert la participation d'une seule personne". Parmi les composants du terme "unilatéral", on retrouve l'élément "uni" qui signifie un. Il est donc tout à fait logique de lier le caractère unilatéral de l'acte au nombre d'auteur de celui-ci. Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Eric Savaux font ce rapprochement dans leur manuel tout en le relativisant par la suite. Ils définissent l'acte juridique unilatéral comme la "manifestation de volonté par laquelle une personne, agissant seule, détermine des effets de droit"⁵¹.

Des auteurs publicistes ont eux aussi pris appui sur ce critère dit quantitatif pour déterminer si un acte donné doit ou non être qualifié d'unilatéral. Léon Duguit affirmait par exemple que dans les actes juridiques unilatéraux "apparaît la manifestation d'une seule volonté"⁵². Louis Rolland adopte la même conception. Selon lui, un tel acte "correspond à la manifestation de volonté d'une seule personne"⁵³. Seul un critère formel – le nombre de volontés – permettrait de distinguer l'acte unilatéral de l'acte bilatéral. Il est vrai que de nombreux actes administratifs unilatéraux sont pris par une seule autorité. Tel est le cas par exemple d'un arrêté de police édicté par le maire d'une commune. Ce critère quantitatif ne permet pas de caractériser l'ensemble de ces actes. Un arrêté interministériel est édicté par plusieurs personnes. Il est pourtant intégré dans la catégorie des actes unilatéraux.

⁵¹ *Op. cit.*, p 380.

⁵² L. Duguit, *Leçons de droit public général*, Paris, La mémoire du droit, 2000 (réimpression de l'édition de 1926), p 81.

⁵³ L. Rolland, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 8^{ème} édition, 1943, p 42.

Georges Dupuis souligne que certains auteurs ont gardé ce critère quantitatif tout en l'améliorant. Il ne s'agit plus de déterminer si une ou plusieurs personnes ont manifesté leur volonté. L'acte unilatéral "se caractérise (...) par le fait qu'il émane d'une volonté unique mais, précise-t-on, celle-ci peut être soit individuelle soit collective"⁵⁴. Si on reprend l'exemple de l'arrêté interministériel, on considère que les manifestations de volontés des différents ministres se sont unies dans une volonté unique mais collective. L'acte serait donc bien unilatéral. Marcel Waline fait partie des auteurs adoptant ce point de vue⁵⁵. Charles Eisenmann semble rejeter purement et simplement cette analyse en arguant de son caractère totalement artificiel. A partir du moment où au moins deux personnes sont en relation, il ne peut y avoir une volonté unique. En effet, "les volontés peuvent s'opposer, l'une peut paralyser l'autre (...). Qu'on ne vienne donc pas parler de volonté unique; quand on considère la réalité des opérations juridiques, il saute aux yeux que cela n'y correspond pas"⁵⁶. L'affirmation de cet auteur apparaît sans doute trop péremptoire car les personnes ne sont pas en opposition constante. Il se peut qu'elles veulent toutes la même chose.

Après avoir critiqué cette approche, Charles Eisenmann propose un critère de substitution. Il fait une analyse étymologique du mot "unilatéral" et "multilatéral" et souligne que le radical est le "mot latin *latus, lateris*, qui signifie précisément côté"⁵⁷. A partir de là, il constate que, dans un contrat, les participants à l'acte "forment deux camps, se situent de deux côtés différents et même opposés"⁵⁸. Tel n'est pas le cas pour les actes unilatéraux où les différents participants "n'apparaissent pas du tout comme des « camps » distincts et affrontés"⁵⁹. A première vue, rien ne distingue fondamentalement cette analyse de la thèse de la volonté unique précédemment évoquée et contestée par cet auteur. Camp unique et volonté unique semblent se rejoindre. Néanmoins, les apparences sont trompeuses. L'unification des différentes manifestations de volonté en une volonté unique ne concerne que l'opération d'édiction. Or, Charles Eisenmann se place à un tout autre point de vue. Son analyse ne porte pas sur l'édiction en tant que telle mais sur la norme créée⁶⁰.

⁵⁴ G. Dupuis, "Définition de l'acte unilatéral", in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, p 209.

⁵⁵ Il affirme qu'un "acte ne cesse pas d'être unilatéral parce qu'il a été délibéré au nom d'une personne juridique, du moment que tous les membres de cette assemblée agissent au nom de la même personne, comme constituant un de ses organes", *Droit administratif*, Paris, Sirey, 8^{ème} édition, 1959, p 402.

⁵⁶ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 688.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Id.*, p 689.

⁵⁹ *Id.*, p 690.

⁶⁰ S'agissant du contrat, il affirme très clairement que si les auteurs "apparaissent comme deux « camps » , comme se situant de deux côtés, c'est en somme beaucoup plus en raison de leur situation au regard des dispositions convenues que par leur rôle dans l'opération d'édiction", *ibid.*

En matière contractuelle, il existe deux "camps" opposés au regard des règles posées. Cette opposition est révélée par le système de correspondance entre les obligations et les droits de chacun des deux "camps". Il faut donc bien considérer que les parties au contrat vont créer des normes qui leur sont destinées. La situation est toute autre s'agissant de l'acte unilatéral. Alors même que plusieurs personnes interviennent dans son élaboration, ses dispositions "ne visent pas à régler les rapports mutuels"⁶¹ de chacun d'eux. Cette distinction apparaît comme le point central de la démonstration de Charles Eisenmann. Cependant, l'analyse de ce dernier nous amène à faire plusieurs remarques.

Comme on l'a vu, on ne peut assimiler le "camp" auquel renvoie cet auteur à la volonté unique car Charles Eisenmann ne s'attache pas au nombre de manifestations de volonté pour déterminer si un acte doit être qualifié de contrat ou d'acte unilatéral. De ce fait, il ne prend pas appui sur un élément formel pour définir ces deux catégories mais uniquement sur le fond. Il précise d'ailleurs très clairement que "la convention ou le contrat se caractérisent par cette donnée qui en concerne le *contenu*, le fond"⁶². Cela ne signifie pas pour autant que l'élément formel ne peut permettre de caractériser l'acte unilatéral.

A la fin de sa démonstration, il admet qu'un tel acte puisse être défini de deux façons différentes. Les actes unilatéraux sont, selon lui, "ou bien les actes d'un seul individu, - ou bien les actes de deux ou plusieurs individus qui ne créent pas des normes destinées à régir leurs rapports"⁶³. Si on en croit la première définition, l'acte unilatéral peut être dissocié du contrat sur la base d'un élément formel.

Pour résumer, on peut donc dire que l'acte unilatéral peut être distingué du contrat soit sur la base d'un élément formel soit en examinant le fond de cet acte. On ne peut se référer à cette seconde définition que si l'acte résulte de deux volontés au moins. Il s'agit bel et bien d'une alternative. Aucun lien n'est donc établi entre les éléments formels et le fond. Mis à part cette dissociation, il faut souligner que la seconde définition dégagée par Charles Eisenmann n'est pas exempte de défauts. On peut tout d'abord remarquer que cet auteur n'adopte qu'une définition négative de l'acte unilatéral. Cela n'a rien d'étonnant étant donné que le contrat a été pris comme élément de comparaison. De cette analyse, il a pu dégager les caractéristiques de l'acte unilatéral. Des auteurs ont tenté d'apporter quelques précisions. Si les normes créées ne peuvent régir les rapports mutuels de leurs auteurs, cela veut donc dire qu'elles sont destinées à des personnes autres que leurs auteurs.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Id.*, p 689.

⁶³ *Id.*, p 690.

Il est possible de faire un rapprochement avec la définition de l'acte unilatéral mentionnée dans le manuel de Georges Dupuis repris par Marie-José Guédon et Patrice Chrétien. Il s'agit, selon eux, de "l'acte qui a pour objet de régler la conduite de personnes autres que ses auteurs"⁶⁴. La formulation peut surprendre car cela voudrait dire que les auteurs de l'acte unilatéral ne sont aucunement concernés par celui-ci⁶⁵. Or, Pierre Delvolvé souligne que "l'acte unilatéral peut avoir des conséquences sur son auteur lui-même. Un règlement lie autant l'administrateur qui l'a adopté que les administrés"⁶⁶.

En réalité, pour déterminer si un acte est unilatéral, il ne faut pas se placer du point de vue des auteurs de celui-ci mais des destinataires autrement appelés sujets. Si l'acte s'applique à des personnes qui ne peuvent être considérées comme les auteurs de celui-ci, alors l'acte sera unilatéral. Cependant, il a fallu dégager un critère permettant d'affirmer à coup sûr que la personne n'est pas auteur mais simple destinataire. Georges Dupuis, semble l'avoir trouvé. Il va préciser que "les normes unilatérales s'imposent à leurs sujets indépendamment de leur consentement"⁶⁷. Si l'acte s'applique à des personnes qui n'ont pas manifesté leur consentement, cela signifie qu'il entre dans la catégorie des actes unilatéraux et non des contrats.

Charles Eisenmann fait-il référence à ce critère du consentement ? Il précise que, dans le cadre de la distinction entre ces deux catégories d'actes, ce critère manque de pertinence. Il affirme que "tous ces actes qui ne peuvent aboutir qu'avec le consentement de deux individus au moins, ne sont pas bi- ou pluri-latéraux; certains sont unilatéraux"⁶⁸. De même, ce critère du consentement ne semble pas avoir été retenu par certains disciples de Charles Eisenmann. Michel Rousset et Maryvonne Hecquard-Théron n'y font pas expressément référence lorsqu'ils définissent l'acte unilatéral. Le premier affirme simplement qu'on "reconnaîtra l'acte unilatéral à ce qu'il n'aura jamais pour but de régler des rapports entre ses auteurs, et à ce que ses destinataires se trouveront dans une situation de tiers par rapport à l'acte"⁶⁹. Les propos de Maryvonne Hecquard-Théron sont plus équivoques. Elle souligne que "dans l'acte unilatéral à l'inverse du contrat il n'y a aucune intervention du sujet à l'édition de l'acte (...). Dès lors, l'acte est unilatéral si l'auteur et le sujet sont distincts (...)". Plus précisément, l'unilatéralité est caractérisée par "le rapport inégalitaire entre l'auteur et le destinataire de l'acte"⁷⁰. Le terme "intervention" demeure relativement vague. On ignore s'il doit être entendu comme un synonyme de "consentement". En outre, elle introduit le concept d'égalité pour déterminer à quelle

⁶⁴ G. Dupuis, M-J Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, 9^{ème} édition, 2004, p 162.

⁶⁵ Une telle affirmation peut aussi être déduite de la démonstration de C. Eisenmann.

⁶⁶ *Op. cit.*, p 16.

⁶⁷ G. Dupuis, "Définition de l'acte unilatéral", *op. cit.*, p 213.

⁶⁸ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 689.

⁶⁹ M. Rousset, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Grenoble, Imprimerie Allier, 1960, p 74.

catégorie appartient un acte. L'argument ne convainc pas totalement. Certes, et comme on le verra, ce concept peut jouer un rôle dans la qualification d'auteur de l'acte. Il semble difficile d'affirmer que l'acte est unilatéral en se basant uniquement sur l'inégalité existante entre l'auteur et les destinataires⁷¹. Les rapports entre les parties⁷² au contrat ne sont égaux qu'en apparence.

Si on en revient à la démonstration de Charles Eisenmann, on ne peut affirmer que son analyse et celle de Georges Dupuis se contredisent. Il ne s'agit pas, dans les deux cas du même type de consentement. Charles Eisenmann évoque l'existence d'un consentement non pas dans le cadre des rapports entre l'auteur et les destinataires mais pour caractériser les relations entre les différents auteurs de l'acte. Il n'a dans ce cas aucune incidence sur la nature juridique de celui-ci. En revanche, l'absence de consentement du destinataire de l'acte permet de qualifier ce dernier d'unilatéral selon Georges Dupuis.

Un critère qualitatif portant sur les relations entre l'auteur et les destinataires serait à l'origine de la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat. Dans le cadre de notre étude, il semble intéressant de prendre appui sur cette définition de l'acte unilatéral donnée par Georges Dupuis. La nature unilatérale de l'acte et la présence d'un consentement semblent apparemment antinomiques si on en croit les propos de ceux-ci. Est-ce véritablement le cas ?

Le fait de prendre le consentement comme critère de distinction de l'acte unilatéral et du contrat pourrait entraîner certaines confusions. On est tenté d'affirmer qu'il s'agit en réalité d'un retour au critère classique car on s'attacherait, apparemment, au mode de formation de l'acte. Tel n'est pas l'avis de Rafael Encinas de Munagorri. Il considère que "le consentement n'est pas uniquement rapporté à la formation de l'acte, mais aussi à ses effets"⁷³. D'ailleurs, on peut même se demander si le consentement en question concerne la phase de formation. En effet, Georges Dupuis affirme que "les normes unilatérales s'imposent à leurs sujets indépendamment de leur consentement". Il ne se réfère nullement à la phase de formation de l'acte. L'emploi du verbe "imposer" indique qu'il se place uniquement au niveau des effets de l'acte⁷⁴. Il semble en être de même pour Gilles Lebreton. Il s'appuie, comme Georges Dupuis, sur l'absence de

⁷⁰ M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, LGDJ, 1977, pp 22-23.

⁷¹ Les contrats dits "d'adhésion" sont très nettement marqués par l'inégalité des auteurs et donc des destinataires de ces actes. Pourtant, la doctrine et la jurisprudence les intègrent, à l'heure actuelle, dans la catégorie des contrats et non des actes unilatéraux.

⁷² M. Hecquard-Théron rappelle qu'en matière contractuelle et à la différence de l'acte unilatéral, "l'auteur est aussi sujet (ou destinataire) et le sujet également auteur", *op. cit.*, p 23.

⁷³ *Op. cit.*, pp 94-95.

⁷⁴ La même formule apparaît dans son manuel de droit administratif. Elle est néanmoins accompagnée de précisions non négligeables: "Les normes posées par un acte unilatéral ont valeur juridique pleine et entière sans le consentement de leurs sujets (...)", *op. cit.*, p 162.

consentement pour caractériser l'acte administratif unilatéral. Sa définition est la suivante: il s'agit de "l'acte juridique, adopté unilatéralement par une autorité administrative, qui modifie, ou refuse de modifier, les droits ou les obligations des administrés indépendamment de leur consentement"⁷⁵. Il apparaît, à la lecture de cette définition, que l'absence de consentement est perçue uniquement par rapport aux effets de l'acte. Même si des auteurs prennent en compte le consentement afin de distinguer l'acte administratif unilatéral du contrat, on constate que des divergences d'interprétation existent. Afin de clarifier ces différents éléments, il faudrait considérer que l'acte est unilatéral si aucun consentement du destinataire n'intervient que ce soit au niveau de sa formation ou de ses effets. Entre la théorie et la pratique il y a toujours un décalage. Nous devons de ce fait déterminer si des actes ne sont pas, malgré tout, intégrés dans la catégorie des actes unilatéraux alors même que les destinataires expriment leur consentement.

III – L'existence de négociations dans le cadre des actes administratifs unilatéraux

René Chapus a succinctement évoqué, dans son manuel de droit administratif, les caractéristiques des actes administratifs unilatéraux négociés. Il s'agit, selon cet auteur, d'actes unilatéraux dont le contenu a été négocié "avec ceux ou avec les représentants (organisations syndicales notamment) de ceux auxquels il doit conférer des droits ou imposer des obligations"⁷⁶. Gilles Lebreton a, quant à lui, donné la définition suivante: "lorsque l'autorité administrative « négocie » l'édition de son acte administratif unilatéral, en s'efforçant de recueillir préalablement le consentement des administrés concernés, l'acte n'en demeure (...) pas moins unilatéral"⁷⁷. Les négociations se font entre l'administration et les destinataires de l'acte ou tout du moins certains d'entre eux⁷⁸. Ainsi, un acte peut être qualifié d'acte administratif unilatéral alors même qu'il ne remplit pas les critères de la définition qualitative précédemment exposée. On peut donc affirmer que les destinataires de l'acte unilatéral sont intégrés dans le processus décisionnel. Gilles Lebreton se réfère au terme de "consentement" dans sa définition. Dans la perspective de l'opposition entre l'acte unilatéral et le contrat, il est nécessaire de le considérer comme un synonyme d'"accord de volontés". Mais dans ce cas et comme l'indique Rafael Encinas de Munagorri, le "consentement désigne alors, soit *stricto sensu*

⁷⁵ *Op. cit.*, p 61.

⁷⁶ *Op. cit.*, p 493.

⁷⁷ *Op. cit.*, p 189.

⁷⁸ Il est important de souligner que les actes administratifs unilatéraux négociés ne concernent pas uniquement les relations entre une personne publique et une personne privée. Un accord peut être qualifié ainsi alors même qu'il est conclu entre deux personnes publiques.

l'accord de volontés lui-même⁷⁹, soit *lato sensu*, et par extension, la volonté échangée dans l'accord, dans l'expression "échange de consentement" par exemple⁸⁰. Néanmoins, ce même auteur précise à juste titre que le terme consentement ne peut désigner toute manifestation de volonté. Il faut qu'une relation existe entre au moins deux personnes pour que ce terme puisse être employé. René Chapus ne mentionne pas le terme de "consentement". Il souligne simplement, dans sa définition, que l'acte a été négocié.

De ce fait, il faut déterminer quel lien existe entre le consentement et la négociation. De même, y a-t-il nécessairement consentement voire négociation à partir du moment où plusieurs entités entrent en relation ?

Lorsque les auteurs évoquent les actes administratifs unilatéraux négociés, ils ne donnent pas de définition précise de la négociation. Gilles Lebreton opère certes un rapprochement entre le consentement et la négociation. Il serait néanmoins excessif d'affirmer qu'un lien indissociable les unit. Amine Ghellal le démontre indirectement dans un des développements de sa thèse. Il est vrai que le consentement et la négociation sont associés dans l'une des quatre définitions qu'il donne⁸¹ mais tel n'est pas le cas dans les trois autres. On doit admettre, selon lui, qu'il y a consentement lorsqu'un sujet de droit "accepte le contenu d'un acte juridique"⁸². Dans une telle hypothèse, aucune négociation n'intervient. Prenons, pour nous en convaincre, le cas du contrat d'adhésion. La nature juridique de ce dernier a fait l'objet de vives discussions en droit civil. Il s'agit d'un acte "dont le contenu n'est pas élaboré à la suite d'une libre et réelle discussion des parties mais est établi à l'avance unilatéralement par l'une des deux"⁸³. L'autre partie ne peut qu'accepter ou refuser les termes du contrat. Raymond Saleilles a, au début du XX^{ème} siècle, dénié sa nature contractuelle⁸⁴. Il en est de même de certains auteurs publicistes tels Léon Duguit⁸⁵ ou Maurice Hauriou⁸⁶. A l'heure actuelle, les auteurs ainsi que le juge refusent d'intégrer ces actes dans une catégorie spéciale. Ils sont considérés comme de véritables contrats. S'agissant du droit civil, Jacques Ghestin souligne que "le contrat d'adhésion reste formé par un accord de volonté (...). Malgré l'absence de

⁷⁹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette adoptent eux aussi cette définition. Ils considèrent que, "pris dans sens étymologique (*cum sentire*), le mot consentement désigne aussi l'accord, le concours de deux volontés, celle du débiteur qui s'oblige, celle du créancier envers lequel il s'oblige", *Droit civil – Les obligations*, Paris, Dalloz, 7^{ème} édition, 1999, p 96.

⁸⁰ *Op. cit.*, p 95.

⁸¹ Le terme consentement peut être employé lorsque deux sujets de droit "élaborent en commun le contenu d'un acte juridique", *Recherches sur la notion d'effet impératif des actes administratifs unilatéraux*, thèse, Montpellier, 1973, p 115. La fait d'élaborer en commun le contenu d'un acte signifie que des négociations ont pu avoir lieu.

⁸² *Ibid.*

⁸³ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 1983, tome 2, p 67.

⁸⁴ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1901, pp 229 et ss.

⁸⁵ Il affirme que "le contrat d'adhésion paraît être, en réalité, un acte unilatéral", *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, p 371.

⁸⁶ Note sur CE 23 mars 1906 *Dame Chauvin*, S 1908, 3, p 17.

négociation, qui n'est pas essentielle, le contrat pré-rédigé n'acquiert force obligatoire à l'égard de l'adhérent qu'à partir du moment où ce dernier a donné son consentement"⁸⁷.

De même, André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé constatent que "la jurisprudence administrative (...) ne traite différemment les contrats administratifs selon que leur contenu a été négocié par les parties ou a été préétabli par l'administration"⁸⁸.

L'absence de négociation n'empêche donc pas de qualifier les actes en cause de contrat à partir du moment où un accord de volontés, un échange de consentement intervient. Cette conclusion revêt une grande importance s'agissant des contrats administratifs car le cocontractant de l'administration n'a pas la possibilité, dans la plupart des hypothèses, de négocier leur contenu. De telles affirmations posent problème dans le cadre d'une étude portant sur les actes administratifs unilatéraux négociés. Etant donné que la négociation n'est pas un critère spécifique du contrat, on pourrait être tenté d'affirmer que n'importe quel type d'acte pourrait faire l'objet de négociations sans que cela pose problème. Deux remarques s'imposent néanmoins. Même si cette conclusion est exacte, il apparaît tout de même surprenant d'accoler deux termes – unilatéral et négocié – que tout oppose apparemment. En outre, il ne faut pas perdre de vue que si des négociations ont lieu, cela signifie qu'un accord de volontés, un échange de consentements intervient à la suite de celles-ci. Or, un tel accord était théoriquement considéré comme une caractéristique du contrat. De ce fait et afin de ne pas trop restreindre le champ de l'analyse, il semble nécessaire d'opter pour une conception large de la négociation. Elle inclurait non seulement les discussions entre les différentes entités en présence mais également l'échange de consentements de celles-ci. Ces éléments se retrouvent d'ailleurs dans la définition de la négociation donnée par Aurélien Colson. Elle recouvre, selon lui, "tous les processus par lesquels au moins deux parties évoluent ensemble depuis un point où elles partagent une question ou un problème jusqu'à un point où elles s'accordent sur une réponse ou une solution commune"⁸⁹.

Nous avons tenté de préciser ce qu'on entend par négociation. Or, dans le cadre d'une étude portant sur les actes administratifs unilatéraux négociés, il est nécessaire d'apporter quelques précisions afin d'éviter tout risque de confusion.

La négociation permet aux administrés de participer à l'action administrative. Néanmoins, il faut bien voir qu'une telle participation peut se faire par le biais d'autres procédés. Celle-ci doit donc être dissociée des autres formes d'interventions des administrés. Etant donné que la négociation s'insère dans un processus plus général de participation, il est nécessaire, dans un premier temps, de caractériser ce dernier concept. Selon Jacques Chevallier, "la participation semble permettre de remédier aux principaux vices de fonctionnement qui affectent la société française en général (...): elle tend en effet à combler les défaillances du système de communication et à atténuer la rigidité d'un style de commandement à base d'autorité et de contrainte"⁹⁰. Le Conseil d'Etat se montre plus

⁸⁷ J. Ghestin, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat: formation*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 1993, p 214.

⁸⁸ *Op. cit.*, p 70.

⁸⁹ A. Colson, "Contrat et négociation", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal, Contrats publics*, *op. cit.*, tome 1, p 13.

⁹⁰ J. Chevallier, "La participation dans l'administration française. Discours et pratique (I)", *Bulletin de l'IIAP* 1976, p 87.

précis dans son rapport public de 1994⁹¹. Dominique Maillard Desgrées du Loû synthétise son contenu de la manière suivante: le principe de participation correspond à une "intervention d'usagers (de l'administration) que ne justifie pas des considérations de personne, dans un processus de prévision, de contrôle ou d'évaluation concernant l'activité des services publics", et plus spécialement l'exercice du pouvoir de "décision"⁹². Il semble difficile d'admettre que les actes pris sur demande soient une application de ce principe de participation. Par leur demande, les administrés ne font que déclencher le processus décisionnel. Ils n'interviennent donc pas dans l'exercice même du pouvoir de décision⁹³.

L'analyse des différentes procédures consultatives ne nous permet pas d'être aussi catégorique⁹⁴.

▪ Négociation et consultation

Selon Georges Langrod, il s'agit d'une technique très ancienne car certains documents attestent notamment de l'existence de "traces d'une consultation « externe » de l'armée romaine en rapport direct avec la conduite de la guerre"⁹⁵. Il ne nous appartient pas de rappeler l'évolution historique du recours à la consultation ni de faire une analyse approfondie de cette dernière. Il semble néanmoins intéressant de déterminer si, en matière décisionnelle, un rapport existe entre la négociation et la consultation. Cela suppose que cette dernière puisse faire l'objet d'une définition suffisamment précise. Or tel n'est pas toujours le cas. Michel Rousset affirme notamment qu'il s'agit d'"une participation active à la décision qui sera prise, participation dont bien souvent dépend le succès de la mesure décidée"⁹⁶. De même, selon Maryvonne Hecquard-Théron, "la consultation consiste en une information destinée à éclairer le choix du décideur"⁹⁷.

En revanche et dès l'introduction de sa thèse, Yves Weber semble plus explicite. La fonction consultative "peut s'entendre comme l'expression juridique d'opinions émises individuellement ou collégalement à l'égard d'une autorité administrative, seule habilité à

⁹¹ EDCE 1994, n°46, p 81.

⁹² D. Maillard Desgrées du Loû, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, Paris, PUF, 2000, p 40.

⁹³ Néanmoins, il faut bien voir que postérieurement à cette demande, des négociations peuvent avoir lieu.

⁹⁴ La consultation est liée à cette idée de participation. Jeanne Siwek-Pouydesseau affirme que "l'Administration doit consulter pour s'informer mais aussi pour informer et faire participer à la décision", "Consultation et participation", in *La consultation dans l'administration contemporaine*, Paris, Cujas, 1972, p 224.

⁹⁵ G. Langrod, "L'administration consultative", in *La consultation dans l'administration contemporaine*, *id.*, p 62.

⁹⁶ *Op. cit.*, p 235.

⁹⁷ *Op. cit.*, p 70.

prendre l'acte de décision à propos duquel intervient la consultation"⁹⁸. Comment vont se manifester ces opinions individuelles ou collégiales auxquelles Yves Weber fait référence?

Les administrés peuvent être consultés de différentes façons notamment par voie d'enquêtes ou de référendums. La plupart des auteurs considèrent cependant que la consultation s'exprime principalement, pour reprendre l'expression de Maryvonne Hecquard-Théron, "par l'avis"⁹⁹. Il en existe de différentes sortes et la doctrine a pris l'habitude de les classer en trois catégories distinctes.

L'avis est qualifié de "facultatif" lorsque l'administration n'est ni obligée de le demander ni obligée de le suivre. Si une autorité administrative doit prendre l'avis de telle ou telle personne mais n'est pas tenue de le prendre en considération, l'avis sera qualifié d'"obligatoire". Enfin, l'avis "conforme" est le plus contraignant puisque l'auteur de l'acte doit nécessairement le prendre et le suivre. Georges Dupuis, Marie-José Guédon et Patrice Chrétien évoquent l'existence d'une quatrième catégorie: l'avis spontané. Cela concerne l'hypothèse où l'administration prend un avis mais sans qu'aucun texte ne l'ait prévu. Dominique Maillard Desgrées du Loû qualifie ce type de consultation de "participation informelle"¹⁰⁰. Néanmoins, il n'est pas certain que cet avis spontané soit fondamentalement différent d'un avis facultatif.

Des entités extérieures à l'administration sont amenées à participer au processus décisionnel grâce à la consultation. Cela signifie-t-il pour autant que de véritables négociations s'engagent entre les administrés et l'organe administratif ?

Roger Gaillat a étudié les différentes formes de consultation¹⁰¹. Il en recense quatre distinctes: la consultation-information, la consultation-avis, la consultation-proposition et enfin, la consultation-négociation¹⁰². Selon cet auteur, la particularité de ce dernier mode de consultation, "c'est qu'il y aura mise en présence claire de points de vue opposés, soit point de vue de l'Administration et point de vue des administrés, soit point de vue d'administrés en désaccord entre eux"¹⁰³. Roger Gaillat précise d'ailleurs que ces diverses formes de consultation peuvent s'enchaîner pour aboutir au final à la décision.

⁹⁸ Y. Weber, *L'administration consultative*, Paris, LGDJ, 1968, p 1.

⁹⁹ *Op. cit.*, p 70.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p 41.

¹⁰¹ R. Gaillat, "Aspects psycho-sociologiques de la consultation et du travail en commun", in *La consultation dans l'administration contemporaine*, *op. cit.*, pp 874 et ss.

¹⁰² L. Ibos l'évoque aussi dans sa thèse consacrée à *La concertation dans la prise de décision administrative en France*, thèse Paris I, 1975, pp 13 et ss.

¹⁰³ R. Gaillat, *op. cit.*, p 879.

Son analyse laisse dubitatif dans la mesure où il adopte une conception particulièrement large de la consultation¹⁰⁴.

Un autre argument tend à prouver que la distinction entre la consultation et la négociation n'est pas aussi nette qu'elle n'y paraît. Les caractéristiques de l'avis conforme sont telles que certains auteurs refusent de l'intégrer au sein des procédures consultatives. René Hostiou estime que "l'exigence de l'avis conforme n'est pas une formalité de procédure qui viserait simplement à éclairer l'auteur sur l'exercice de sa compétence, elle se traduit par un véritable partage de cette compétence. L'avis conforme n'est pas du domaine de la procédure consultative (...)"¹⁰⁵.

René Chapus considère, lui aussi, que l'avis conforme n'est en rien comparable aux autres avis car "l'autorité administrative ne peut prendre la décision projetée qu'avec l'accord de l'organisme consultatif"¹⁰⁶. Il est néanmoins difficile d'admettre que l'acte pris sur avis conforme soit qualifiable d'acte administratif unilatéral négocié¹⁰⁷ et ce pour plusieurs raisons. Affirmer qu'un véritable accord de volontés unit les personnes et les organes sus-évoqués semble pour le moins discutable. On peut, pour s'en convaincre, citer la définition de l'acte pris sur avis conforme donnée par André Calogeropoulos. Cet acte est, selon lui, "le résultat autant de la volonté de l'organe consultatif que de la volonté de l'autorité formellement compétente"¹⁰⁸. Certes, deux volontés se manifestent mais cela ne signifie pas pour autant qu'un accord soit passé¹⁰⁹. Elles n'entretiennent pas de liens très étroits. D'ailleurs, le fait que le Conseil d'Etat ait admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, non seulement contre la décision finale mais aussi contre l'avis¹¹⁰, confirme cette assertion. Enfin, aucun échange simultané de points de vue, de discussion entre l'administration et les administrés n'apparaît. On peut conclure ce point en affirmant qu'il n'existe pas, pour reprendre les termes de Geneviève Koubi, "de participation négociée à la formulation d'une norme future"¹¹¹. L'avis conforme rentrerait

¹⁰⁴ Outre la consultation et la négociation, R. Gaillat tend à ne pas clairement dissocier la consultation d'autres notions telles que la concertation. En effet, il considère la "consultation-négociation" comme une "amorçage de la concertation ou de la participation", *id.*, p 870.

¹⁰⁵ R. Hostiou, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, LGDJ, 1975, p 32.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p 1115.

¹⁰⁷ Lorsque les auteurs abordent dans leurs manuels ou articles l'analyse des actes administratifs unilatéraux négociés, ils ne font aucune allusion aux actes pris sur avis conforme.

¹⁰⁸ A. Calogeropoulos, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, Paris, LGDJ, 1983, p 113.

¹⁰⁹ S'agissant d'un acte pris sur avis conforme, le Conseil d'Etat utilise certes le terme "accord" pour caractériser le lien entre les deux organismes concernés, cf CE 12 janvier 1972, *Caisse des dépôts et consignations C/ Picot*, *Rec*, p 33. Cependant, il ne s'agit pas du même type d'accord que l'on retrouve en matière contractuelle ou dans le cadre des actes administratifs unilatéraux négociés.

¹¹⁰ Cf notamment CE 12 janvier 1972 *Caisse des dépôts et consignations* et CE 29 novembre 1999 *Mlle Richaud*, *Rec*, p 869.

¹¹¹ G. Koubi, "L'acte administratif unilatéral conjoint", *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 1985, p 304.

donc bien dans le cadre de la procédure consultative "et ne constitue qu'un degré extrême de la détermination que l'avis imprime à l'exercice de la compétence"¹¹².

Si on se place d'un point de vue général, il apparaît, en cas de négociation, que les administrés soient beaucoup plus impliqués dans l'élaboration de la décision qu'en cas de simple consultation. L'analyse des caractéristiques de la consultation par Yves Weber le démontre indirectement. Dans un développement intitulé "l'articulation de la consultation sur la décision", il constate que la fonction consultative "avis" et la fonction consultative "proposition" doivent être distinguées. La première marque, "de la part de l'organe consultatif, la manifestation d'une opinion concrétisée sous forme d'une réaction à l'encontre d'un projet de décision en lui-même conçu et élaboré"¹¹³. La fonction consultative "proposition", quant à elle, "s'exerce au niveau de la décision même, en ce sens que c'est l'organe consultatif qui, ou la conçoit, ou l'élabore et, éventuellement, la conçoit et l'élabore"¹¹⁴. Lorsque les administrés, les éventuels destinataires de la décision donnent leur "avis", ils ne participent pas à l'élaboration en tant que telle de l'acte administratif unilatéral. On peut faire un rapprochement avec l'affirmation suivante de Jacques Chevallier: "dès l'instant où elle est sollicitée sur un projet tout élaboré, la consultation remplit, au mieux, une fonction de légitimation d'une stratégie sur laquelle elle est dépourvue d'emprise réelle"¹¹⁵. Il ne peut donc y avoir de véritables négociations si les administrés se prononcent sur une décision dont l'administration a entièrement fixé le contenu. La situation est-elle foncièrement différente en cas de proposition ? Dans cette hypothèse, les personnes consultées conçoivent, élaborent la décision. Dès que cette phase est achevée, l'administration accepte ou non le projet. Même si ces personnes consultées interviennent très en amont dans le processus décisionnel, cela ne signifie pas pour autant qu'un véritable accord de volontés soit passé, que des discussions vont avoir lieu entre celles-ci et l'administration.

La consultation et la négociation ne peuvent apparemment être considérées comme synonymes. D'ailleurs, certains auteurs les dissocient nettement. Victor Crabbe s'appuie sur l'exemple de la fonction publique belge pour souligner que, dans ce domaine, "les grandes organisations syndicales revendiquent un droit de négociation qui serait appelé à se substituer au privilège de la consultation dont elles profitent déjà"¹¹⁶. Certes, ces quelques développements permettent de se rendre compte que la frontière entre la simple consultation et la négociation est extrêmement mince. Maryvonne Hecquard-

¹¹² J.-M. Auby, "Le régime juridique des avis dans la procédure consultative", *AJDA* 1956, p 54

¹¹³ *Op. cit.*, p 164.

¹¹⁴ *Op. cit.*, pp 164-165.

¹¹⁵ J. Chevallier, "La participation dans l'administration française. Discours et pratique (II)", *Bulletin de l'IIAP* 1976, p 525.

Théron le reconnaît implicitement lorsqu'elle affirme que la consultation est une "voie médiane entre l'action unilatérale et l'action négociée"¹¹⁷. Néanmoins, il n'y a pas lieu d'intégrer les actes pris sur la base d'une consultation dans une étude portant sur les actes administratifs unilatéraux négociés. En effet, la consultation et la négociation ne peuvent être assimilées. Il s'agit de deux modes de participation distincts.

La consultation n'est pas le seul mode de participation des administrés au processus décisionnel.

- **Négociation et concertation**

De nombreux auteurs soulignent que certains actes administratifs unilatéraux font l'objet d'une élaboration concertée. S'agit-il d'une forme de participation fondamentalement différente de la consultation ? Il semble, comme on va le voir, que ces deux notions ne doivent pas être confondues. En revanche, les termes "négocié" et "concerté" entretiennent des liens très étroits.

La concertation serait apparue au lendemain de la seconde guerre mondiale dans le domaine de la planification. Selon Bénédicte Delaunay, les auteurs du premier Plan français, le Plan Monnet, estimaient que celui-ci devait "être élaboré dans une économie concertée et non pas dans une économie dirigée à caractère bureaucratique et corporatif"¹¹⁸. Cependant, il ne s'agit pas vraiment d'une participation à l'élaboration d'un acte administratif unilatéral décisoire car le Plan n'est "qu'un document indicatif qui ne produit pas lui-même aucun effet de droit, mais fixe simplement des orientations devant servir de référence à l'action administrative"¹¹⁹. La concertation interviendra par la suite en matière décisionnelle. Avant d'aller plus loin dans cette étude, on peut se demander comment se caractérise ce mode de participation ?

François Bloch-Lainé l'a défini dans le cadre très précis de l'"économie concertée". Il s'agit d'un "régime dans lequel les représentants de l'Etat et ceux des entreprises se réunissent, de façon organisée, pour échanger les informations, pour confronter leurs prévisions et pour, ensemble, tantôt prendre des décisions, tantôt formuler des avis à l'intention du gouvernement"¹²⁰. Cet auteur opte pour une approche relativement large de la concertation car la présence du terme "avis" évoque la procédure consultative. En

¹¹⁶ V. Crabbe, "Critères de la consultation", in *La consultation dans l'administration contemporaine*, op. cit., p 259.

¹¹⁷ Op. cit., p 70.

¹¹⁸ B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés – Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Paris, LGDJ, 1993, p 111.

¹¹⁹ Id., p 115.

¹²⁰ F. Bloch-Lainé, *A la recherche d'une économie concertée*, Paris, les éditions de l'Epargne, 3^{ème} édition, 1964, p 5.

outre, il précise que des échanges, confrontations existent entre les différents intervenants. De nombreux auteurs considèrent la concertation comme une forme de consultation. Jacqueline Morand-Deville affirme notamment que "les procédures de consultation sont étroitement liées à la concertation dont elles sont l'un des moyens"¹²¹. De même, selon Dominique Maillard Desgrées du Loû, "il s'agit essentiellement d'un mode de consultation approfondie des usagers"¹²². Il n'y aurait donc qu'une différence de degré entre la consultation proprement dite et la concertation. Or, le fait que cette dernière revête un caractère plus approfondi n'a-t-il pas pour effet de clairement la distinguer de la consultation ?

Les auteurs qui tentent de dissocier ces deux modes de participation se basent sur différents éléments. Parmi ceux-ci, on retrouve un critère que l'on pourrait qualifier, avec cependant beaucoup de réserve, de temporel. On a pu voir que la consultation intervient en règle générale après que le contenu de la décision a été déterminé par l'organe administratif. Or, et pour reprendre une expression souvent utilisée, la concertation se situe plus "en amont"¹²³ dans le processus décisionnel. Lorsque les administrés interviennent dans le cadre d'une concertation, ils n'émettent pas simplement un avis. Ils participent réellement à la conception même de l'acte administratif unilatéral. Cela voudrait donc dire que la consultation et la concertation sont deux phases distinctes du processus décisionnel. Comme l'énonce Lucien Sfez, "alors que la consultation se situe le plus fréquemment après que la décision a été prise ou tout au moins après qu'elle ait été conçue et proposée par l'administration, la concertation permet le dialogue avec celle-ci au moment même de la conception"¹²⁴. Distinguer ces deux notions en se basant uniquement sur le fait que l'une des deux intervienne plus en amont que l'autre peut, sur le plan théorique, sembler pertinent. En pratique, il est très difficile de les dissocier totalement. Ce sont, la plupart du temps, les mêmes personnes qui agissent dans le cadre de la consultation et de la concertation.

Il est vrai qu'Yves Weber paraît, au premier abord, confondre ces deux notions. En effet, il examine dans un même développement la consultation dite classique et la "consultation-concertation"¹²⁵. Même si cette dernière expression peut prêter à confusion,

¹²¹ J. Morand-Deville, "La concertation: une simple reconnaissance ou une nouvelle obligation", *RA* 1986, p 328.

¹²² *Op. cit.*, p 45.

¹²³ J. Chevallier y fait référence dans ses écrits. Cf notamment "La participation dans l'administration française. Discours et pratique (II)", *op. cit.*, p 514. De même, B. Delaunay affirme que la particularité de la concertation est "notamment de se situer souvent plus en amont que la consultation", *op. cit.*, p 110.

¹²⁴ L. Sfez, *L'administration prospective*, Paris, A. Colin, 1970, p 179.

¹²⁵ Y. Weber, "La fonction consultative et le droit", in *La consultation dans l'administration contemporaine*, *op. cit.*, p 116.

cet auteur dégage des critères supplémentaires¹²⁶ permettant de dissocier la consultation de la concertation. Il constate que, dans la procédure classique, l'acte consultatif est dans la plupart des cas le résultat d'un vote. Ce dernier ne fait pas disparaître les dissensions qui peuvent exister entre les différents intervenants. Un tel problème ne se retrouve pas dans le cadre de la concertation car la "règle de l'unanimité"¹²⁷ s'applique pour l'adoption de l'acte concerté. Il en résulte que "les partenaires sont tentés d'approfondir la discussion jusqu'à ce que se manifeste un accord"¹²⁸. Cette dernière phrase est intéressante car il semble que la concertation et la négociation soient finalement très proches. On a pu voir que le dialogue, l'accord de volontés permettaient de caractériser la négociation. Or, ces mêmes éléments se retrouvent dans le passage d'un article consacré à la concertation. Doit-on en conclure que les expressions "actes administratifs unilatéraux négociés" et "actes administratifs unilatéraux concertés" peuvent être employées indistinctement ?

De nombreux auteurs sont persuadés que l'élaboration de l'acte administratif unilatéral fait l'objet de véritables négociations lorsque s'applique la procédure de concertation. Ainsi, Yves Madiot affirme de manière laconique que "la concertation signifie négociation, discussion"¹²⁹. L'analyse de Jacques Chevallier et Danièle Lochak est en revanche plus détaillée puisque la concertation implique, selon eux, "une négociation entre partenaires placés sur un pied d'égalité, un ajustement réciproque de leurs comportements, la recherche de compromis, et une véritable élaboration en commun"¹³⁰. Un dialogue va certes s'instaurer entre les différents intervenants ou, pour reprendre l'expression de Bénédicte Delaunay, "un échange bilatéral d'informations"¹³¹. Ce simple échange ne suffit pas. André de Laubadère insiste sur le fait que la "concertation authentique suppose un minimum de structuration, d'organisation et aussi, sinon la permanence, du moins un minimum de continuité ou de périodicité"¹³². Néanmoins, cela signifie-t-il pour autant qu'un accord de volontés résultera de ces discussions ?

Il ne peut en être autrement si on en croit les propos de Myriam Fritz-Legendre. D'après elle, "le mot « concertation » a pour origine étymologique le terme latin « *concertatio* »,

¹²⁶ On retrouve néanmoins le critère classique selon lequel la concertation se situe plus en amont que la consultation dans le processus décisionnel. Il fait valoir que "la consultation-concertation (...) intervient le plus souvent au stade même de l'élaboration", *id.*, p 121.

¹²⁷ *Id.*, p 120.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, LGDJ, 1971, p 272.

¹³⁰ J. Chevallier et D. Lochak, *Science administrative – L'administration comme organisation et système d'action*, Paris, LGDJ, 1978, tome 2, p 208.

¹³¹ *Op. cit.*, p 110.

¹³² A. de Laubadère, "L'administration concertée", in *Mélanges en l'honneur du professeur M. Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p 413.

c'est-à-dire, dans son sens ancien, l'accord de personnes poursuivant le même but"¹³³. On peut néanmoins se demander d'où cet auteur tire une telle définition car celle donnée par le dictionnaire de référence écrit par Félix Gaffiot est toute autre. *Concertatio* signifie, selon cet ouvrage, "bataille", "conflit" ou bien pour certains auteurs latins: "discussion", "débat philosophique ou littéraire". Le terme "accord" est totalement absent. D'ailleurs, aucune mention de ce terme n'apparaît dans la définition de la notion de concertation donnée par André de Laubadère¹³⁴. L'analyse de Charles-Louis Vier est quant à elle plus nuancée¹³⁵.

Cela n'empêche pourtant pas la plupart des auteurs d'évoquer l'existence d'un accord dans le cadre de la concertation. Christine Le Noan utilise à différentes reprises l'expression "accord concerté"¹³⁶. Il en est de même d'Yves Saint-Jours s'agissant plus spécialement de la politique de concertation dans la fonction publique¹³⁷. Il faut cependant être réaliste. Il ne peut y avoir accord que si les intervenants sont en nombre relativement limité¹³⁸.

L'existence d'échanges bilatéraux d'informations et d'un accord de volonté permet d'affirmer que la concertation et la négociation se rejoignent. Des actes qualifiés de concertés seront donc intégrés dans cette étude portant sur les actes administratifs unilatéraux négociés. Pour s'en convaincre, on peut citer un exemple. Nous avons précédemment souligné que la concertation était apparue dans ce domaine de l'économie dite "concertée". Or, et comme on le verra, c'est dans ce même domaine que les actes administratifs unilatéraux négociés furent pour la première fois expressément consacrés par le juge administratif. Bénédicte Delaunay, dans son développement portant sur la concertation, fait référence en quelques lignes aux actes relatifs à la libération des prix¹³⁹, actes traditionnellement regardés comme des actes administratifs unilatéraux négociés.

On retrouvera ces actes unilatéraux spécifiques dans les différents domaines de l'administration concertée. Outre l'administration économique, l'urbanisme ainsi que le domaine social sont considérés comme les terres de prédilection de la concertation. S'agissant du premier, la loi du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement intègre dans le Code de l'urbanisme des dispositions

¹³³ M. Fritz-Legendre, "Les hésitations de la jurisprudence face à la notion de concertation", *RFDA* 2000, p 154.

¹³⁴ A. de Laubadère, "L'administration concertée", *op. cit.*, pp 412 et ss.

¹³⁵ Il affirme qu'en matière de concertation, "l'idée d'accord est sinon exclue, du moins seconde", note sur CE 23 octobre 1974 *Valet*, *AJDA* 1975, p 366.

¹³⁶ C. Le Noan, *La concertation en droit administratif français*, thèse, Paris I, 1995, p 201.

¹³⁷ Y. Saint-Jours, "Réflexions sur la politique de concertation dans la fonction publique", *DS* 1975, p 229.

¹³⁸ C'est cette éventualité d'un nombre élevé d'intervenants qui motive l'affirmation suivante de D. Maillard Desgrées du Loû: "la concertation ne signifie pas que le texte de la décision ou l'orientation de la politique soient arrêtés d'un commun accord", *op. cit.*, p 45.

prévoyant une concertation obligatoire pour l'élaboration des projets les plus importants. Pour ce qui est du domaine social, l'essor des procédures concertées y est traduit, selon André de Laubadère, "par la recherche de dialogues et de négociations entre l'administration et son personnel pour la fixation des conditions du travail et notamment celle des rémunérations"¹⁴⁰.

Même si les termes "négocié" et "concerté" se rejoignent, il serait néanmoins erroné de croire que tout acte concerté est nécessairement un acte administratif unilatéral négocié et réciproquement. Selon certains auteurs, la concertation ne s'applique pas uniquement aux actes unilatéraux. Nous avons vu que ce mode de participation aboutit en règle générale à la conclusion d'accords. Cependant, Bénédicte Delaunay souligne que de tels accords "peuvent d'ailleurs être parfois de véritables contrats"¹⁴¹. En outre, il semble que le domaine des actes administratifs unilatéraux négociés soit plus étendu que celui des actes unilatéraux concertés. Ces derniers se cantonnent au domaine social, de l'administration économique et de l'urbanisme¹⁴². Tel n'est pas le cas des actes objets de notre étude. On les retrouve par exemple dans les domaines relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics ou à la domanialité publique.

Les notions de négociation et de concertation ne coïncident donc pas totalement. On peut en déduire que les expressions actes unilatéraux concertés et actes administratifs unilatéraux négociés ne sont pas vraiment synonymes. Une telle affirmation n'est pas dénuée d'intérêt. Nous avons vu que la concertation était réellement apparue au sortir de la seconde guerre mondiale. Or si les deux types d'actes susévoqués ne sont pas équivalents, cela signifierait peut-être que les premiers actes administratifs unilatéraux négociés n'ont pas été nécessairement consacrés à la même période que les actes concertés. Nous allons tenter de déterminer quelle est l'origine des actes administratifs unilatéraux négociés. Cela suppose d'analyser les arrêts rendus par le Conseil d'Etat et ce, depuis sa création.

IV – L'origine des actes administratifs unilatéraux négociés

On recense, dans la jurisprudence du XIX^{ème} Siècle, quelques arrêts dans lesquels existe un lien très étroit entre un accord et un acte unilatéral de l'administration. On peut notamment citer l'arrêt en date du 6 juillet 1825 *De Wagram*¹⁴³ portant sur la proposition du prince de Wagram au Gouvernement d'échanger une portion de la forêt d'Etampes contre des bois appartenant au Domaine de l'Etat.

¹³⁹ *Op. cit.*, p 117.

¹⁴⁰ A. de Laubadère, "L'administration concertée", *op. cit.*, p 418.

¹⁴¹ *Op. cit.*, p 163. Elle estime que certains contrats de Plan ont une nature contractuelle mais précise que ces actes peuvent "comporter des stipulations diverses dont seules certaines ont une portée juridique", *op. cit.*, p 117.

¹⁴² B. Delaunay n'est pas la seule à citer ces trois domaines. A de Laubadère les évoque lui aussi dans son article "L'administration concertée", *op. cit.*, pp 415-423.

¹⁴³ *Rec.*, p 356.

Une ordonnance royale est édictée afin d'accepter la proposition d'échanges et d'ordonner des opérations d'expertise. Cependant, quelques années plus tard, une nouvelle ordonnance révoque celle précitée. De ce fait, la famille de Wagram va contester cet acte en invoquant la nature contractuelle de la première ordonnance. Les requérants estiment que le Gouvernement ne pouvait la révoquer.

Le Conseil d'Etat afin de rejeter le moyen va clairement affirmer que la première ordonnance "n'était qu'un acte d'administration qui ne formait pas un contrat".

L'expression "acte d'administration" semble relativement obscure car elle ne permet pas d'affirmer avec certitude si l'ordonnance royale revêt la nature d'un acte administratif unilatéral. Cependant, on peut le supposer.

Hormis sa nature unilatérale, cette ordonnance comporte une particularité car elle prend acte d'une proposition d'échange de terrains, d'un document ayant fait l'objet de discussions, de négociations entre l'Etat et la famille de Wagram. Il s'agirait donc d'un acte administratif unilatéral négocié.

Dans l'arrêt du 12 février 1863 *Grelleau*¹⁴⁴, un arrêté préfectoral fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. A première vue, cela semble logique car il s'agit d'un acte administratif unilatéral, mais l'une des phrases de l'arrêt est quelque peu surprenante. La Haute juridiction admet que cet arrêté peut "être considéré comme une transaction". Or, une transaction est normalement considérée comme un acte bilatéral¹⁴⁵. Bien que cet acte ait fait l'objet d'un accord, de discussions..., il est intégré, tout du moins implicitement, dans la catégorie des actes unilatéraux¹⁴⁶.

Une précision s'impose s'agissant de ces arrêts. Il faut bien voir qu'ils ont été rendus à une époque où la distinction des contentieux de l'excès de pouvoir et de pleine juridiction n'existait pas encore. De ce fait, les notions de contrat et d'acte unilatéral n'étaient pas clairement dissociées.

Entre le début du XX^{ème} siècle et la fin de la seconde guerre mondiale, certains arrêts du Conseil d'Etat révèlent que la nature de certains actes tels que les concessions de service public et les actes de recrutement d'agents de l'administration est incertaine. Il faudra vraiment attendre le début des années soixante-dix pour voir apparaître très clairement ces actes administratifs unilatéraux négociés dans la jurisprudence. Parvient-on au même constat si on se réfère la doctrine ?

De grands auteurs ont consacré de longs développements à l'analyse des actes juridiques en droit public. Tel est le cas notamment de Maurice Hauriou ou de Léon Duguit qui, au cours de la première moitié du XX^{ème} siècle, ont évoqué l'existence d'actes ne rentrant pas, ou alors avec beaucoup de difficultés, dans les catégories classiques. Le premier affirmait en 1910 que "la limite d'action du contrat du côté des institutions se marque en ce que, dès qu'on veut employer la forme contractuelle à sanctionner des situations qui, en réalité, sont institutionnelles, cette forme devient une pure apparence et le contenu réglementaire jure avec son enveloppe"¹⁴⁷. De même, Léon Duguit étudie la notion d'"union". Il ne s'agit pas, selon lui, d'un acte unilatéral au sens propre du terme. Même s'il la considère comme un acte plurilatéral, il refuse de l'intégrer dans la catégorie des contrats¹⁴⁸. Certes, aucun de ces auteurs n'emploie l'expression "acte administratif unilatéral négocié". Ils admettent, malgré tout, qu'il est parfois difficile d'intégrer certains actes dans les catégories traditionnelles.

¹⁴⁴ Rec, p 107.

¹⁴⁵ L'article 2044 du Code civil la définit même comme "un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître".

¹⁴⁶ J-M Auby et R. Drago précisent que "toutes les transactions administratives n'ont pas le caractère de contrats. La transaction en matière économique constitue (...) dans certains cas un instrument de concertation", *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 1984, tome 1, p 41.

¹⁴⁷ M. Hauriou, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Librairie de la société du recueil J-B Sirey et du journal du Palais, 1910, p 211.

¹⁴⁸ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, p 375.

On constate, là encore, que la doctrine n'utilise l'expression précitée qu'après la seconde guerre mondiale. En 1966, Georges Burdeau analyse dans son *Traité de science politique*, ce qu'il appelle "la décision négociée". Elle "est obtenue par le rapprochement des intentions d'une pluralité de personnes (...) qui poursuivent la discussion jusqu'à un accord"¹⁴⁹. On se situe, il est vrai, dans le domaine de la science politique et non du droit administratif en tant que tel. Il semble nécessaire de déterminer si Charles Eisenmann, l'un des grands théoriciens d'après-guerre du droit administratif, évoque l'existence de ces actes unilatéraux spécifiques. Celui-ci y fait implicitement référence dans son cours de doctorat donné durant l'année 1949-1950. A propos des actes bilatéraux d'édiction de normes individuelles, il affirme que "c'est l'analyse du *negotium* qui montrera que l'on a affaire à une convention; il faudra le considérer comme un acte conventionnel, même si les clauses doivent être enregistrées dans un *instrumentum* – qui est établi exclusivement par une autorité administrative. L'*instrumentum* est alors un acte purement unilatéral; mais si les clauses n'entrent en vigueur qu'avec le consentement d'un administré, le *negotium* est une convention"¹⁵⁰. Même si encore une fois cet auteur n'analyse pas expressément les actes administratifs unilatéraux négociés, on retrouve, dans ces quelques lignes, certaines de leurs caractéristiques.

L'étude de la jurisprudence et de la doctrine nous permet d'affirmer avec une quasi-certitude que ces actes seraient réellement apparus au lendemain de la seconde guerre mondiale. Leur apparition serait apparemment bien liée à l'émergence du phénomène précédemment analysé de la concertation. Or, un problème demeure non résolu. Nous avons vu que le domaine des actes unilatéraux concertés et celui des actes unilatéraux négociés ne coïncidaient pas totalement.

Ces actes objets de notre étude n'auraient-ils pas alors pour origine des phénomènes au champ d'action plus large. L'attention doit être portée sur deux d'entre eux: la régulation et la contractualisation.

La régulation fait partie de ces notions nouvelles qu'il semble difficile de définir avec précision. De nombreux auteurs¹⁵¹ ont écrit sur le sujet mais tous adoptent des conceptions très différentes. Parmi tous ces auteurs, on s'intéressera principalement à Gérard Timsit. Celui-ci place la notion de régulation au niveau de la théorie du droit. Gérard Marcou résume ses idées de la manière suivante: "elle (la régulation) exprime une mutation du système juridique caractérisée par le passage d'un droit abstrait à un droit « concret », où la règle générale laisse un espace plus vaste à des autorités chargées d'en contextualiser l'application"¹⁵². Le droit abstrait est appelé par Gérard Timsit le "droit-réglémentation" et le droit dit "concret" correspond à la régulation¹⁵³. Cette dernière se caractérise par "son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte exacte des sociétés qu'il prétend régir"¹⁵⁴. Après avoir mis en avant cette dichotomie, il détermine si certaines pratiques sont une manifestation de ce phénomène de régulation. Toutes les techniques, que l'on retrouve notamment en matière d'administration économique, ayant un caractère non obligatoire et associant les destinataires des normes à leur élaboration, pourraient apparemment entrer dans ce cadre. Il évoque le cas de l'accord de libération des prix. Cet acte "qui, très typiquement, aurait pu être considéré comme un acte de régulation" fait l'objet, par le juge, d'une "réglementarisation"¹⁵⁵.

¹⁴⁹ G. Burdeau, *Traité de science politique – Le pouvoir politique*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 1966, tome 1, pp 603-604.

¹⁵⁰ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 217.

¹⁵¹ G. Marcou cite un certain nombre d'auteurs ayant analysé cette notion, "La notion juridique de régulation", *AJDA* 2006, p 347.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ G. Timsit, "Les deux corps du droit – Essai sur la notion de régulation", *RFAP* 1996, pp 376-377.

¹⁵⁴ *Id.*, p 377.

¹⁵⁵ *Id.*, p 378.

Il est donc difficile d'admettre, sur le plan juridique, que la consécration des actes administratifs unilatéraux négociés ait pour origine la régulation car ce phénomène n'est pas reconnu par le juge. De même, peu d'auteurs reconnaissent que la régulation est une notion juridique¹⁵⁶. Son manque de précision joue probablement en sa défaveur.

Même si la contractualisation ne constitue pas, elle non plus, une notion juridique, il semble intéressant d'aborder succinctement l'étude de ce phénomène. Le terme même de contractualisation ne doit pas induire en erreur. Cela ne désigne pas seulement le fait de conclure des actes ayant la nature juridique de contrats. Il vise un mouvement d'ensemble par lequel les relations conventionnelles se développent¹⁵⁷. Néanmoins, est-ce que tous les actes élaborés dans le cadre de la contractualisation entrent nécessairement dans la catégorie des contrats ? La réponse ne peut être que négative selon Hocine Zeghib. Il affirme que "c'est un des paradoxes de la contractualisation de l'action publique que de donner à penser, à tort, que parce qu'il y a eu négociation, l'acte qui en découle est un contrat"¹⁵⁸. En outre, Gérard Timsit souligne que dans le cadre de la contractualisation, l'élaboration par les différents intervenants doit se traduire "formellement par la conclusion nécessaire d'un acte qui exprime le contenu de la décision à laquelle sont parvenues les parties associées à la négociation"¹⁵⁹. Cet auteur ne fait aucunement référence au contrat. On peut donc en déduire que les actes administratifs unilatéraux ayant fait l'objet de négociations sont liés à ce phénomène. D'ailleurs, Jacques Chevallier et Danièle Lochak citent, dans leur développement consacré à la contractualisation, l'exemple des accords de libération des prix et la jurisprudence afférente à ces actes que nous aurons l'occasion d'étudier¹⁶⁰. De même, Christine Le Noan intègre l'étude des actes administratifs unilatéraux négociés dans un chapitre portant sur la contractualisation¹⁶¹.

Nous avons certes tenté de démontrer comment pouvaient être définis et quelle pouvait être l'origine des actes administratifs unilatéraux négociés. Une question se pose néanmoins. Sur quel élément va-t-on prendre appui pour les analyser ?

V – Méthodes de recherche

Il est relativement difficile d'identifier les actes en cause car il faut bien souligner que tout acte administratif unilatéral peut être élaboré par voie de négociation entre l'administration et le bénéficiaire de celui-ci. André Holleaux souligne, s'agissant des décrets et plus généralement des textes unilatéraux, que "si on pouvait les passer à la radioscopie comme le font les laboratoires de musées qui reconstituent l'histoire d'un tableau en faisant apparaître les repeints successifs, on verrait que les livraisons du *Journal officiel* qui ont une apparence d'airain buriné, dissimulent les montagnes de

¹⁵⁶ G. Marcou s'interroge sur le fait de savoir si la régulation peut constituer une notion juridique nouvelle. Cet auteur reste très prudent dans la conclusion de sa démonstration car il indique simplement que "la régulation existe", *op. cit.*, p 353.

¹⁵⁷ Comme l'affirme Jean-Marie Pontier dans son article "Contractualisation et planification", le premier terme "évoque non plus seulement un acte, ou ce qui en découle, mais toute une activité ou un mode de relation entre des personnes", *RDJ* 1993, p 643.

¹⁵⁸ H. Zeghib, "Le contrat dans l'action publique – Retour sur une pratique établie", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal, Contrats publics, op. cit.*, tome 2, p 618. De même, selon O. Gohin, la politique de contractualisation "conduite par la puissance publique ne s'appuie pas toujours sur de véritables contrats", *Institutions administratives*, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, 2002, p 49.

¹⁵⁹ G. Timsit, "Le concept de coordination administrative", *Bulletin de l'IIAP* 1975, p 1102.

¹⁶⁰ *Op. cit.*, pp 509-510.

¹⁶¹ *Op. cit.*, pp 335 et ss.

compromis, de « consensus » échangés (...)»¹⁶². Il ne s'agit donc pas de déterminer si des négociations interviennent effectivement dans la procédure d'élaboration de tout acte administratif unilatéral. Une telle analyse n'aurait guère d'intérêt dans le cadre de notre étude. Faut-il dans ce cas se référer à la doctrine ?

Aussi surprenant que cela puisse paraître, très peu d'études sont consacrées aux actes administratifs unilatéraux négociés. On ne peut guère citer que les articles de Raphaël Romi¹⁶³ et de Franck Moderne¹⁶⁴ ainsi que quelques passages dans certaines thèses et publications diverses. En outre, les auteurs utilisent différents termes ou expressions qui désignent très souvent une même réalité. Ainsi, on recense des expressions telles que "convention à effet réglementaire"¹⁶⁵, "acte réglementaire à élaboration négociée"¹⁶⁶, "acte réglementaire à élaboration contractuelle"¹⁶⁷, "contrat déguisé ou « habillé » sous la forme d'un acte unilatéral"¹⁶⁸. De même, un acte qualifié de "charte" désigne dans certains cas des actes administratifs unilatéraux négociés¹⁶⁹. Face à cette diversité et aux risques de confusions qu'elle peut engendrer, il semble difficile de prendre les écrits doctrinaux comme point de départ de l'analyse. Elle ne peut servir que de complément. Quel élément principal va-t-on prendre en considération ?

Lors d'un colloque consacré à la recherche juridique, Jean Rivero a proposé la classification suivante des sujets de thèse: "l'exposé d'une question ignorée jusqu'à présent, notamment en droit comparé, la remise en question d'un thème déjà développé par d'autres, mais dans une perspective critique, voire iconoclaste, la reprise d'un thème qui est apparu vaguement, en flou, dans la loi ou la jurisprudence; et que la thèse va essayer de préciser et d'approfondir"¹⁷⁰. Assurément, notre sujet de thèse se rattache à cette troisième catégorie car seule une analyse précise de la jurisprudence va nous permettre d'identifier ces actes administratifs unilatéraux négociés. Les arrêts ou jugements rendus par les différentes juridictions peuvent être imprécis car, bien évidemment, l'expression "acte administratif unilatéral négocié" n'apparaît jamais telle qu'elle. Il faudra notamment déterminer si, au moment de l'élaboration de l'acte, des

¹⁶² A. Holleaux, "Vers un ordre juridique conventionnel", *Bulletin de l'IIAP* 1974, p 677.

¹⁶³ R. Romi, "la requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux – Archaïsme paradoxal ou technique d'avenir ?", *AJDA* 1989, p 9.

¹⁶⁴ F. Moderne, "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *DS* 1975, p 505.

¹⁶⁵ P. Delvolvé, *op. cit.*, pp 78-79.

¹⁶⁶ Cf notamment C. Maugué, concl sur CE 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres, RFDA* 1999, p 1201.

¹⁶⁷ G. Guiheux, note sur CE 3 juillet 1998 *Syndicat des médecins de l'Ain, JCP* 1999, II, 10012, p 158.

¹⁶⁸ A. Tabouis et A. Hourcabie, "Notion et régime de la délégation unilatérale de service public", *Contrats et marchés publics* juin 2005, p 6.

¹⁶⁹ Cf notamment les analyses de G. Koubi, "La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit ?", in *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p 172 et de V. Bléhaut-Dubois, "A « l'école des chartes »", *AJDA* 2004, p 2433.

¹⁷⁰ J. Rivero, *La thèse de doctorat en droit et la recherche juridique*, Paris, LGDJ, 1993, pp 40-41.

négociations sont intervenues. Elles seront révélées par différents indices précédemment cités.

Si le juge évoque l'existence non seulement de discussions entre l'autorité édictant la décision et les destinataires mais aussi d'un accord de volontés, on pourra en déduire que des négociations ont bien eu lieu. On sera malgré tout confronté à des difficultés car le fait que des discussions se soient déroulées entre les personnes précitées n'est que très rarement mentionné dans les arrêts ou jugements. L'analyse des textes nous donnera quelques indications non négligeables. En outre, il faut bien voir que, pris isolément, ces indices sont insuffisants car ces caractéristiques sont aussi celles du contrat. Une grande importance sera accordée à l'étude des termes utilisés par le juge. Dans certains cas, il évite par exemple d'employer le mot "contrat" ou bien l'enserme entre des guillemets. De même, il use de termes à la signification très incertaine tels que "convention"... Enfin, l'association expresse ou implicite de termes apparemment antinomiques tels que "contrat" et "règlement" ne doit pas non plus être négligée.

Une étude terminologique se révèle être à elle seule insuffisante. Il faut aussi se placer sur le plan strictement contentieux et déterminer si l'acte appartient à la catégorie des contrats ou des actes unilatéraux. L'admission de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir donne des indications non négligeables sur la nature juridique de l'acte contesté. Le contrat ne peut faire l'objet d'un tel recours. De ce fait, si ce recours est déclaré recevable, cela signifie que l'acte en cause est de nature unilatérale.

En optant pour cette méthode d'approche, on laisse de côté deux types d'actes: ceux que le juge refuse d'examiner ainsi que ceux sur lesquels il n'a pas encore eu à se prononcer. Ce choix n'est pas aussi arbitraire qu'il n'y paraît. Si de tels actes devaient être pris en compte, cela supposerait que la démonstration repose uniquement sur les analyses des auteurs. Or, compte tenu des divergences d'appréciation, nous avons vu qu'il n'était pas pertinent, sur le plan scientifique, de s'attacher uniquement à la doctrine. Cette dernière ne peut néanmoins être totalement ignorée.

L'analyse doctrinale nous éclaire et nous donne des pistes de réflexions sur la manière d'interpréter les jugements ou arrêts. On ne peut la négliger car il est parfois très difficile, au regard de la rédaction de certains arrêts, d'affirmer avec certitude qu'on se trouve face à un acte administratif unilatéral négocié. Le juge raisonne en effet de manière très particulière. Or, c'est ce raisonnement qui nous permettra d'affirmer que l'acte est à la fois unilatéral et négocié. La démarche est la suivante: bien qu'un acte ait toutes les apparences du contrat, le juge refuse de l'intégrer dans cette catégorie et considère qu'il doit être qualifié d'acte administratif unilatéral. Se pose donc au juge un problème de qualification et même de requalification.

Selon Jean-Pierre Gridel, "qualifier, c'est rattacher le cas concrètement soumis à la catégorie juridique abstraite dont il relève, afin de lui appliquer les règles de droit objectivement prévues pour lui"¹⁷¹. De même, François Terré affirme que la qualification juridique des faits consiste en une "détermination de la nature d'un bien ou d'un rapport de droit à l'effet de le classer dans l'une des catégories juridiques existantes"¹⁷². Le juge administratif utilise très souvent cette technique de qualification. Ainsi, lors d'un contrôle de la légalité interne d'un acte par le juge de l'excès de pouvoir, ce dernier peut examiner, dans certains cas, la qualification juridique des faits. De même, lorsque le juge doit examiner la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir, il doit qualifier juridiquement l'acte en cause et donc déterminer s'il appartient ou non à la catégorie des actes unilatéraux.

S'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés, le terme requalification est plus fréquemment évoqué¹⁷³. Stéphane Asencio affirme qu'il existe deux acceptions. La première dénommée "requalification-interprétation" n'est "somme toute que celle qui fait appel à l'office du juge, qui doit en vertu de règles (...) ou de principes (...), donner (qualifier) ou restituer (requalifier) à la situation qui lui est soumise son exacte qualification"¹⁷⁴. La seconde appelée "requalification-sanction", est "spécifique au droit du travail (...), est une punition attirée, qui s'impose automatiquement au juge, en cas de méconnaissance par l'employeur de dispositions précises formelles de contrats de travail précaires". Il semble évident que seule la première acception va nous intéresser. Le juge administratif a recours à la requalification-interprétation en matière contractuelle. On peut citer l'exemple du jugement rendu par le tribunal administratif de Clermont-Ferrand le 30 mars 1993 *Préfet de l'Allier C/ Commune de Vichy*¹⁷⁵. En l'espèce, le contrat qualifié par la commune contractante de contrat d'entreprise de travaux publics est requalifié par le juge en contrat de travaux publics. On se trouve, dans ce cas, face à des actes appartenant à la même catégorie juridique: celle des contrats. Le juge fait simplement passer l'acte en cause d'une sous-catégorie à une autre.

La démarche est différente lorsqu'il s'agit de faire passer un acte d'une catégorie juridique à une autre. Avant d'aborder le cas des actes administratifs unilatéraux négociés, il est nécessaire de préciser le fonctionnement de cette technique. Pour ce faire, analysons son étymologie. Le substantif "qualification" vient du verbe "qualifier"

¹⁷¹ J-P Gridel, *Introduction au droit et au droit français – Notions fondamentales, méthodologie, synthèses*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 1994, p 36.

¹⁷² F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 6^{ème} édition, 2003, p 321.

¹⁷³ Cf notamment l'article de R. Romi, *op. cit.*, pp 9 et ss.

¹⁷⁴ S. Asencio, *La disqualification en droit privé interne*, thèse, Bordeaux IV, 1999, p 392.

¹⁷⁵ AJDA 1994, p 231, note J. Dufau.

dont l'origine latine est *facere* (faire) et *qualis* (quel ou quelle)¹⁷⁶. Quant au préfixe "re", il contient, selon Stéphane Asencio, "l'idée d'un retour à quelque chose, d'une action de refaire"¹⁷⁷. Cet auteur apporte quelques précisions. Il souligne que "par elle-même la requalification suppose une "décatégorisation" à fins de "recatégorisation" (...). Elle postule nécessairement l'idée de déclassement d'une situation juridique, d'une catégorie inadéquate vers une catégorie adéquate"¹⁷⁸. Cette technique fonctionne dans les deux sens. Elle permet non seulement d'intégrer un acte unilatéral dans la catégorie des contrats et réciproquement.

Peu d'arrêts permettent d'illustrer la première hypothèse. Certains auteurs¹⁷⁹ citent, comme exemple, la décision en date du 25 novembre 1994 *Société Aticam*¹⁸⁰. Cependant, la rédaction de cet arrêt n'est pas suffisamment explicite¹⁸¹. Tel n'est pas le cas de celui rendu par le Conseil d'Etat le 3 mai 2004 *Fondation assistance aux animaux*¹⁸². Les juges de la Haute juridiction se sont demandés si un acte unilatéral accompagné d'une convention¹⁸³ devait être requalifié en contrat. Ils refusent implicitement de le faire en précisant dans un des considérants que les dispositions de la loi Sapin du 29 janvier 1993 s'appliquent "aux seules délégations (de service public) consenties par voie contractuelle; que la Fondation assistance aux animaux ne peut, par suite, utilement s'en prévaloir à l'encontre d'un acte réglementaire qui agréé la personne chargée de gérer un service public (...)". Cette démonstration est conforme aux conclusions du Commissaire du gouvernement pour qui le système en cause n'a rien de contractuel du fait de l'absence de "véritable négociation"¹⁸⁴. Il ne s'agissait donc pas en l'espèce "d'un acte unilatéral qui ne serait que l'habillage d'un processus contractuel"¹⁸⁵. Ce n'est pas le seul intérêt de cet arrêt. Les dernières lignes de ce même considérant

¹⁷⁶ J-P Niboyet en déduit que le verbe qualifier signifierait "dire lequel parmi plusieurs", *Cours de droit international privé*, Paris, Sirey, 1949, p 453.

¹⁷⁷ *Op. cit.*, p 4. S Asencio tente de démontrer, dans l'introduction de sa thèse, que la requalification doit être dissociée de la disqualification, *op. cit.*, pp 4 et ss. Il se base notamment sur le fait que ces deux termes ont des préfixes aux significations différentes. Néanmoins, la distinction entre les deux ne semble pas si évidente que cela. La disqualification est d'ailleurs définie par les auteurs du *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7^{ème} édition, 2005, p 314, comme une "espèce de requalification".

¹⁷⁸ *Op. cit.*, p 5.

¹⁷⁹ Cf notamment E. Glaser, concl sur CE 3 mai 2004 *Fondation assistance aux animaux*, *BJCP* 2004, p 466.

¹⁸⁰ *Rec*, p 514.

¹⁸¹ La Haute juridiction statue en tant que juge de cassation. Le problème était de savoir si la Cour administrative d'appel de Nantes avait correctement apprécié les dispositions d'un acte dénommé "règlement d'exploitation des hangars et terre-pleins". Selon le Conseil d'Etat, "la cour administrative d'appel s'est livrée à une appréciation souveraine d'une stipulation contractuelle qui, en l'absence de dénégation, n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation (...)". On ignore pour quelle raison précise les auteurs estiment qu'un acte unilatéral a fait l'objet d'une requalification en contrat dans cet arrêt. Considèrent-ils qu'un "règlement d'exploitation" prend normalement la forme d'un acte administratif unilatéral ?

¹⁸² *BJCP* 2004, p 464, concl E. Glaser et p 471, note C. M.

¹⁸³ Etait en cause un arrêté agréant une personne morale pour suivre l'identification par radiofréquence des animaux carnivores domestiques et gérer le fichier national d'identification des chiens et chats. L'arrêté est accompagné d'une convention fixant la liste des obligations incombant au gestionnaire.

¹⁸⁴ *Op. cit.*, p 466.

¹⁸⁵ *Ibid.*

peuvent surprendre au regard du problème posé mais n'en demeure pas moins intéressantes dans le cadre de notre étude. Il est en effet précisé que l'agrément a "impliqué la conclusion ultérieure d'une convention pour fixer, dans des conditions qui ne conduisent pas à la requalifier en décision unilatérale, certaines modalités de gestion du service (...)". Certes, on se trouve encore une fois face à un refus de requalification mais l'hypothèse est différente. Les juges ne déterminent pas si l'acte unilatéral doit ou non être requalifié en contrat. Ils examinent si l'acte conventionnel peut être requalifié en acte unilatéral¹⁸⁶.

On retrouve ce raisonnement dans les arrêts relatifs aux actes administratifs unilatéraux négociés¹⁸⁷. Les juges considèrent que l'acte élaboré par voie de discussions et d'accord a les caractéristiques d'un contrat mais cette dernière qualification ne leur semble pas appropriée. Ils préfèrent l'incorporer dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux.

Précisons néanmoins que la requalification est appliquée de manière particulière s'agissant de ces actes administratifs unilatéraux négociés. En théorie, cette technique suppose une " « décatégorisation » à fins de « recatégorisation »". Cela signifie donc qu'avant même que le juge ne se prononce, l'acte est considéré comme relevant d'une catégorie donnée. Grâce à la requalification, il va être intégré dans une autre catégorie. Or, il faut bien voir que, dans la plupart des jugements ou arrêts qu'on étudiera, si l'acte comporte certaines des caractéristiques du contrat, il n'est pas expressément intégré, à la base, dans cette catégorie. Comme on le voit, la simple lecture des jugements ou arrêts ne permet pas, dans certains cas, d'affirmer avec certitude que le procédé de la requalification est bel et bien utilisée. De ce fait, une analyse approfondie des termes et du raisonnement employé sera nécessaire. En outre, et c'est le principal intérêt de la technique de requalification, le recours à celle-ci ne fait pas disparaître les négociations qui ont pu intervenir lors de l'élaboration de l'acte. Un contrat, un accord négocié requalifiés en actes administratifs unilatéraux garderont donc les traces de négociation. Cela signifie apparemment qu'un même acte aura à la fois les caractéristiques de l'acte administratif unilatéral et celles du contrat.

La consécration de ces actes spécifiques tendrait à prouver que la distinction entre les deux catégories traditionnelles n'est peut-être plus aussi nette qu'il n'y paraît, mais l'a-t-

¹⁸⁶ On recense d'autres exemples de refus de requalification. Ainsi, le Commissaire du gouvernement Marc Fornacciari, dans ses conclusions sur l'arrêt du 31 mars 1989 *Département de la Moselle*, estime qu'une convention de partage de services conclue entre un département et l'Etat ne peut être requalifiée en acte unilatéral, *RFDA* 1989, p 468.

¹⁸⁷ Comme on l'a vu, le Commissaire du gouvernement E. Glaser affirme que le juge est amené à requalifier un acte unilatéral en contrat. Or curieusement, il cite, parmi les exemples, des arrêts que nous aurons l'occasion d'étudier (CE 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour*

elle vraiment été un jour ? Il ne fait guère de doute que les auteurs civilistes accordent plus d'importance à l'acte unilatéral qu'au contrat. Jacques Ghestin le présente même comme "l'acte juridique par excellence"¹⁸⁸. A l'inverse, la doctrine publiciste base plus volontiers son analyse sur l'acte unilatéral. Il serait erroné d'affirmer que l'acte unilatéral et le contrat n'existent pas respectivement en droit civil et en droit administratif. Cependant, ces tendances à privilégier l'un ou l'autre acte ont été à l'origine d'écrits pour le moins surprenants. Dans ces deux matières, certains auteurs ont tenté de démontrer soit que l'acte unilatéral se réduisait à un contrat pour reprendre l'expression de Rafael Encinas de Munagorri¹⁸⁹, soit que le contrat se rapprochait de l'acte unilatéral. S'agissant du premier cas, les auteurs civilistes ne nient pas l'existence des actes unilatéraux mais transposent à ces derniers le régime juridique du contrat. A l'inverse, les auteurs publicistes tels André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé constatent que l'application de la théorie des actes détachables au contrat permet d'affirmer que celui-ci n'est qu'une "juxtaposition de deux actes unilatéraux"¹⁹⁰.

Personne ne conteste que la frontière entre l'acte unilatéral et le contrat est des plus ténue. Or, les risques de confusion entre les deux catégories traditionnelles se trouvent apparemment accrus du fait de l'apparition, un peu partout dans le monde, de ces actes unilatéraux négociés. Nous ferons certes allusion, au cours de nos développements, à quelques exemples d'actes unilatéraux négociés révélés par certaines juridictions étrangères. Cependant, et eu égard à la diversité des manifestations, on s'attachera principalement à l'étude du droit français. On peut dores et déjà souligner qu'il est difficile en droit allemand de dissocier "l'acte administratif" du contrat administratif du fait de l'existence d'actes unilatéraux spécifiques (*ausgehandelte Verwaltungsakte*)¹⁹¹. De même, depuis les années quatre-vingt-dix, des procédures de négociation sur les réglementations, appelées "negotiated rulemaking", se sont développées aux Etats-Unis. Elles ont été autorisées par une loi de 1990. Dans le cadre de cette procédure, se met en place, selon Jean-Bernard Auby, "une procédure de négociation de la réglementation à fabriquer, entre l'agence – qui n'est qu'un discutant comme les autres – et les organisations concernées. L'objectif est de parvenir à un accord de toutes les parties sur la réglementation en cause"¹⁹². Or, là encore, distinguer ces actes des véritables contrats se révèle extrêmement délicat.

véhicules et outillages, CE 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure*) et dans lesquels le juge requalifie des actes d'apparence contractuelle en actes unilatéraux, *op. cit.*, p 466.

¹⁸⁸ J. Ghestin, "La notion de contrat", *D* 1990, chron XXVII, p 148.

¹⁸⁹ *Op. cit.*, pp 39 et ss.

¹⁹⁰ A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 2, *op. cit.*, p 1041.

¹⁹¹ Cette expression peut être traduite par "actes administratifs négociés" selon H. Maurer, *Droit administratif allemand*, Paris, LGDJ, 1994, p 378.

¹⁹² J-B. Auby, "Droit administratif et démocratie", *DA* février 2006, p 9.

S'agissant du droit français, il semble difficile d'affirmer avec certitude quelles pourraient être, à plus ou moins long terme, les conséquences d'un développement exponentiel du nombre de ces actes. Néanmoins, et malgré l'attachement du juge à la distinction traditionnelle entre l'acte unilatéral et le contrat, on peut se demander si une troisième catégorie d'actes n'est pas en train d'apparaître.

Au regard de ces développements et afin de présenter le plus clairement possible le résultat de nos recherches, quel plan va-t-on adopter ? La structure de celui-ci apparaît en filigrane dans l'exposé de la problématique mais ne serait-il pas plus judicieux d'opter pour un autre plan ?

On pourrait être tenté de partir d'une analyse générale des actes administratifs unilatéraux négociés en les comparant aux actes unilatéraux et aux contrats classiques afin de voir ensuite, plus précisément, quelles sont notamment leurs caractéristiques, dans quels domaines ils interviennent. Un tel plan n'apparaît pas convaincant dans la mesure où nous serions inévitablement amenés à nous répéter dans la seconde partie. En outre, faire une analyse théorique de ces actes sans les avoir au préalable identifiés au sein de la jurisprudence pourrait sembler quelque peu illogique. De ce fait, il paraît plus cohérent de commencer cette étude en examinant de quelle manière ces actes spécifiques sont révélés. La technique de requalification joue un rôle essentiel sur ce point (Première partie). Après avoir constaté que ces actes existent bel et bien, nous verrons donc la place qu'ils occupent au sein de la théorie générale des actes administratifs (Seconde partie).

PREMIÈRE PARTIE

L'EXISTENCE DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX NÉGOCIÉS RÉVÉLÉE PAR LA TECHNIQUE DE REQUALIFICATION

Le juge administratif ne connaît que deux grandes catégories d'actes: les contrats et les actes unilatéraux. L'analyse de la jurisprudence révèle pourtant que certaines formes d'action de l'administration ne sont pas considérées par le juge comme des actes unilatéraux *stricto sensu* ou des contrats. Ainsi, par exemple, le fait que des discussions interviennent, qu'un accord de volontés soit conclu entre deux entités distinctes, devrait permettre d'affirmer que l'acte en cause entre dans la catégorie des contrats. Tel n'est pourtant pas le cas. Malgré l'existence de certains indices, le juge va refuser de qualifier les actes de contrat et les considérer comme des actes administratifs unilatéraux. Il use donc de la technique de requalification. Comment va-t-on structurer notre analyse ?

On pourra voir que la requalification révèle l'existence de différents types d'actes administratifs unilatéraux négociés: certains sont constitués d'un accord et d'un acte unilatéral d'accompagnement, d'autres sont uniquement formés d'un accord. Les premiers sont en nombre plus important que les seconds. La construction du titre premier ne peut donc être fondée sur cette distinction au risque d'avoir à faire face à un déséquilibre entre les développements. Un autre choix s'offrait à nous. Comme on le verra, de nombreux actes administratifs unilatéraux négociés évoluent dans un environnement "réglementaire". De ce fait, on aurait pu partir de l'analyse d'André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé. Ces auteurs distinguent les accords conventionnels attributifs de situations réglementaires et les accords conventionnels générateurs d'effets réglementaires¹⁹³. Cependant, la distinction peut paraître à première vue trop subtile¹⁹⁴. D'ailleurs, tous les auteurs ne l'ont pas reprise. Ainsi, Jacques Moreau utilise simplement l'expression "contrats à effet réglementaire"¹⁹⁵ pour désigner ces différents types d'actes. En outre, la distinction proposée par André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé ne permet pas de faire clairement ressortir toutes les nuances de la jurisprudence relative aux

¹⁹³ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, pp 73 et ss.

¹⁹⁴ Cela ne nous empêchera pas d'y faire référence lors de certains développements.

¹⁹⁵ J. Moreau, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1989, p 261.

actes administratifs unilatéraux négociés. Il est donc préférable d'analyser la requalification en fonction des domaines dans lesquels elle intervient (Titre premier). L'usage d'une telle technique pourrait sembler, à première vue, difficilement compréhensible et en contradiction avec cette tendance de simplification du droit. En effet, pour quelle raison le juge ne s'en tient-il pas aux apparences et ne qualifie pas tout simplement les actes en cause de contrat ? Nous serons donc amenés à déterminer quels sont les fondements réels du recours à une telle technique (Titre second).

TITRE PREMIER

LA DÉTERMINATION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA PROCÉDURE DE REQUALIFICATION

La technique de requalification n'est pas propre au domaine des actes administratifs unilatéraux négociés. En effet, concernant les établissements publics, le juge administratif a été amené à plusieurs reprises à redresser des qualifications erronées. Ainsi par exemple, un établissement public qualifié d'administratif par les textes peut se révéler être un établissement public industriel et commercial selon le juge¹⁹⁶ et inversement. Comme on peut le remarquer, la requalification permet au juge de faire ressortir la véritable nature d'un établissement, d'un acte. Cette requalification peut être soit expresse soit implicite. Dans le premier cas, le juge affirmera expressément que l'acte faisant l'objet d'un accord est unilatéral. Dans la seconde hypothèse, et il s'agit des cas les plus nombreux, différents indices et non une affirmation univoque permettront de déduire que l'acte en cause ne constitue ni un acte contractuel ni un acte unilatéral au sens classique du terme mais un acte administratif unilatéral négocié. Nous avons fait le choix d'une étude par domaines car cela permet d'établir des comparaisons entre les différentes formes de requalification. On va pouvoir se rendre compte que, dans certains domaines, la requalification peut revêtir à la fois une forme expresse et implicite (Chapitre premier) et que dans d'autres domaines, le juge semble se refuser à faire usage de la requalification expresse (Chapitre second).

¹⁹⁶ TC 24 juin 1968 *Société Distilleries bretonnes et Société d'approvisionnements alimentaires*, Rec, p 801, concl Gégout – AJDA 1969, p 311, note A. de Laubadère – D 1969, p 117, note J. Chevallier – JCP G 1969, n°15764, concl J. Dufau – CE 13 novembre 1970 *Dame Conqui*, Rec, p 667.

CHAPITRE PREMIER

LE CARACTÈRE DUEL DE LA REQUALIFICATION DANS CERTAINS DOMAINES

Il existe deux domaines dans lesquels le juge administratif use à la fois de la technique de requalification expresse et implicite, il s'agit du secteur relativement étendu de l'administration économique (Section 1) ainsi que du secteur relatif à l'occupation du domaine public et de l'aménagement (Section 2).

Section 1

La requalification en matière d'administration économique et fiscale

Le premier domaine à étudier - et l'un des plus important pour ce qui concerne les actes administratifs unilatéraux négociés - est celui de la fixation des prix entre l'Etat et les organisations syndicales de professionnelles notamment (§ 1). Le deuxième domaine dans lequel le juge use ou pourrait être amené à faire usage de la requalification concerne différents types d'aides accordées par l'Etat (§ 2). Enfin, il existe un dernier secteur dans lequel la position du juge semble plus équivoque: il s'agit des accords en matière fiscale (paragraphe 3).

§ 1: Les actes de libération des prix

Avant toute chose, il faut préciser qu'en matière de fixation des prix, de nombreux textes se sont succédés sur lesquels il est nécessaire de s'arrêter (A). Au niveau de l'analyse en tant que telle de ces actes, l'année 1973 sera prise comme point de repère. En effet il est intéressant de voir quelle est la position de la doctrine avant cette date (B) et de faire un examen détaillé de la jurisprudence intervenue à compter de cette année (C).

A – Les dispositions applicables en matière de fixation des prix

Le concept d'acte administratif unilatéral négocié est apparu pour la première fois à la suite de la publication de différents arrêts rendus en matière de fixation négociée des prix, que ce soit en matière de production, de distribution ou de prestations de services. Cependant, avant d'analyser précisément la jurisprudence, il semble nécessaire de rappeler la législation applicable en matière de fixation des prix ainsi que les conditions dans lesquelles la négociation peut avoir lieu.

Au sortir de la seconde guerre mondiale, les autorités nationales ont mis en place grâce au procédé des ordonnances, un système de réglementation des prix. Ainsi, les ordonnances 1483 et 1484 du 30 juin 1945 donnèrent au ministre des Finances le pouvoir de bloquer les prix et d'assortir de sanctions pénales le délit de hausse illicite. En vertu de ces ordonnances, des arrêtés du 12 septembre 1963 et du 20 novembre 1963 instaurent un blocage des prix.

Ce système de blocage unilatéral mis en place par les autorités centrales s'est maintenu pendant près de vingt ans mais n'a pu perdurer. De ce fait, le ministre des Finances a, au début de l'année 1965, proposé aux industriels un déblocage des prix subordonné à la passation de contrats dits de stabilité. Par ces accords, "les chefs d'entreprises s'engageraient à compenser les hausses sur certains produits par des baisses sur d'autres afin de maintenir la stabilité des prix de vente pour la totalité de la production de leur entreprise"¹⁹⁷.

La durée de ce système fut des plus éphémère car ces accords furent remplacés par les contrats de programme institués par un arrêté du 9 mars 1966. Par cet arrêté était proposé aux entreprises "pour la durée du cinquième Plan, une libération complète et immédiate de leurs prix à condition qu'elles souscrivent un contrat de programme par lequel elles s'engageraient d'une part, à respecter les orientations du Plan et, d'autre part, à se soumettre à un examen périodique et bilatéral par l'administration et la profession, non seulement de leurs prix mais également de la situation générale de leur entreprise"¹⁹⁸.

Ce système des contrats de programme concernant les prix à la production va se combiner avec d'autres techniques plus spécifiques – mais tout aussi importantes – mises en place par l'arrêté du 29 juin 1968 relatif aux tarifs des prestations de service et des marges

¹⁹⁷ P. Beltrame, "Le contrôle des prix et le juge", *RA* 1967, p 677.

¹⁹⁸ J. Dutheil de la Rochère, "Le régime conventionnel des prix; engagements de stabilité et contrats de programme", *AJDA* 1967, p 581.

pratiquées aux différents stades de la distribution. Il fera par la suite l'objet d'un aménagement grâce à l'arrêté d'ordre général du 29 novembre 1968 concernant les prix de tous les produits et de tous les systèmes.

Les procédures de libération des prix dans le cadre de l'engagement de stabilité et du contrat de programme revêtent de grandes similitudes. Dans un premier temps, un acte conventionnel est conclu par les professionnels avec les représentants des pouvoirs publics¹⁹⁹ et cet accord va servir de base dans un second temps, à l'édition d'un arrêté ministériel visant à mettre fin au blocage des prix. Comme on le verra par la suite, cette succession d'actes soulève des difficultés quant à la détermination de la nature réelle de l'accord et de l'arrêté.

Après cette période de liberté conventionnelle des prix vont suivre de nouvelles mesures visant à bloquer ces derniers notamment par des arrêtés du 9 août 1969. Cependant cette période de blocage ne dura pas très longtemps. A partir de l'arrêté du 15 mars 1972, on observe un retour à un certain assouplissement grâce à la conclusion d'accords annuels de programmation des prix soumis à un régime très proche de celui régissant les contrats de stabilité. En lien avec ce système, un arrêté en date du 3 mai 1973 relatif aux marges d'importation et de distribution des produits industriels a été publié.

Enfin, la dernière grande étape de l'évolution de la politique des prix est caractérisée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui abroge celle du 30 juin 1945 et précise dans son article premier que "les prix des biens produits et services relevant antérieurement de ladite ordonnance sont librement déterminés par le jeu de la concurrence". Cela ne signifie pas pour autant que les prix de tous les biens peuvent être fixés librement. En vertu des dispositions du Code de la sécurité sociale, une procédure spécifique s'applique pour la fixation du prix des médicaments.

Comme on peut le constater, dans ce domaine de la réglementation des prix entre 1945 et 1986, différents textes ont prévu la conclusion d'actes entre l'Etat et les industriels notamment qualifiés de contrats ou d'engagements. Cependant, il semble nécessaire de se demander si la qualification de ces dispositions réglementant les prix n'est pas trompeuse.

B – L'existence de divergences doctrinales quant à la nature juridique de ces actes

¹⁹⁹ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé affirment qu'"une discussion est menée entre les représentants de l'administration et ceux de la profession; elle aboutit à un document par lequel ils constatent

Avant 1973, il n'existe pas de position unique de la doctrine concernant la nature juridique des engagements en matière de prix.

Une partie des auteurs considéraient que ces accords n'étaient pourvus d'aucune valeur juridique. Les propos de Michel Fleuriet sont, par exemple, sans équivoque. Il souligne que "les accords de programmation, les accords anti-hausses comme les contrats de stabilité ne donnent pas naissance à une situation contractuelle. Ces techniques sont simplement des règles facultatives. Elles ne s'appliquent que lorsque les intéressés les invoquent expressément (c'est le cas le plus général) ou bien elles s'appliquent automatiquement à moins que les intéressés ne les écartent expressément"²⁰⁰. Selon cet auteur, de tels actes sont dotés d'une portée juridique des plus réduite car ils ne disposent pas d'un caractère impératif. Les intéressés peuvent donc passer outre ces accords. Il est regrettable que Michel Fleuriet raisonne simplement au niveau de la portée de ces engagements et n'essaie pas de déterminer quelle est la nature juridique réelle de ces actes. On peut se demander pour quelle raison Michel Fleuriet n'accorde aucune valeur juridique à ces engagements.

Comme on a pu le voir précédemment, ces accords en matière de prix sont pris en application de Plans adoptés par les pouvoirs publics afin d'encadrer la politique économique. Or on constate que, dans les années soixante/soixante-dix, la nature juridique du Plan lui-même est des plus discutée. Ainsi Jean-Louis Quermonne dans son étude sur "les effets de la planification au niveau de l'appareil politique et de l'ordonnancement juridique"²⁰¹ affirme que la programmation inscrite au Plan est sans effet juridique. On ne peut l'introduire dans la catégorie des actes juridiques. Georges Vlachos reprend de la façon suivante l'argumentation de Jean-Louis Quermonne, "l'acte juridique est formaliste; en revanche, le Plan néglige la terminologie juridique (...). L'acte juridique occupe une place déterminée dans la hiérarchie des normes. Il concourt à la formation du droit par degrés, en ce sens qu'il concrétise toujours une norme supérieure et fonde le cas échéant l'édition des normes inférieures. Rien de tel lorsqu'il s'agit des directives du Plan"²⁰².

Ainsi, Michel Fleuriet semble être parti du raisonnement suivant: si le Plan lui-même n'est pas un acte juridique, les mesures prises en application de ce dernier ne le sont pas plus.

leur accord et en fonction duquel sont adoptés ensuite les arrêtés ministériels", *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 433.

²⁰⁰ M. Fleuriet, *Les techniques de l'économie concertée*, Paris, Sirey, 1974, p 208.

²⁰¹ J-L. Quermonne, *La Planification comme processus de décision*, Paris, A. Colin, 1965, pp 95 et ss.

²⁰² G. Vlachos, *Droit public économique français et communautaire*, Paris, A. Colin, 1996, pp 149 et ss.

Jacques Delmas-Marsalet dénie lui aussi toute juridicité aux engagements en matière de prix, mais son analyse est plus précise que celle de Michel Fleuriet car il refuse de voir dans ces actes des contrats. Selon lui, "ces engagements de stabilité et contrats de programme comportent, sans doute, un certain accord de volonté entre l'Etat et les entreprises. Or, cet accord de volonté ne crée pas de situation juridique ou de droits subjectifs. D'une part, en effet, les engagements pris par les entreprises sont, pour la plupart, trop vagues pour pouvoir être contractuellement sanctionnés (...). D'autre part, l'engagement pris par l'administration de libérer les prix ne crée pas, à sa charge d'obligation juridique puisque précisément, elle conserve son pouvoir discrétionnaire de modifier le régime des prix sur le fondement de l'ordonnance du 30 juin 1945"²⁰³. Cette vision semble excessivement schématique car on constate que les rédacteurs du cinquième Plan ont reconnu un caractère juridique à ce dernier. Ils déclaraient en effet que la projection sur laquelle il reposait comprenait à la fois "des prévisions qui ont un caractère simplement indicatif et des objectifs qui ont un caractère normatif"²⁰⁴.

De plus, certains auteurs ont une conception opposée à celle de Jean-Louis Quermonne. Ils considèrent les engagements en matière de prix comme des actes juridiques à part entière. Jacqueline Dutheil De la Rochère a analysé deux des accords en matière de prix cités précédemment à savoir les engagements de stabilité et les contrats de programme. Pour les premiers, elle indique que "l'aspect contractuel de ces procédures (...), ne doit pas faire oublier la liaison causale très étroite qui existe entre l'acte de nature conventionnelle conclu par les professionnels avec les représentants des pouvoirs publics et l'acte purement réglementaire, pris unilatéralement par l'administration dans le cadre des pouvoirs dont elle dispose en vertu de l'ordonnance du 30 juin 1945, qui seul a pour effet de créer une brèche dans le système de blocage imposé depuis septembre 1963"²⁰⁵.

A la lecture de cette affirmation, on pourrait penser que Jacqueline Dutheil De la Rochère partage la vision de Michel Fleuriet: l'acte disposant d'une réelle effectivité juridique est l'arrêté de libération des prix. L'engagement sert simplement de base à celui-ci. Néanmoins, on constate que ce dernier revêt une certaine importance car elle observe l'existence "d'une liaison causale très étroite "entre les deux actes et surtout que "l'arrêté de

²⁰³ J. Delmas-Marsalet, "Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat", *EDCE* 1969, p 138.

²⁰⁴ Cité par P. Delvolvé, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1998, p 345.

²⁰⁵ J. Dutheil De la Rochère, "Le régime conventionnel des prix: engagements de stabilité et contrats de programme", *AJDA* 1967, p 582.

prix et l'engagement de stabilité se conditionnent l'un l'autre"²⁰⁶. Il faut préciser que cette affirmation vaut aussi pour les contrats de programme²⁰⁷.

Ces précisions, quant à la portée réelle des engagements, ne répondent cependant pas à la question principale relative à la nature juridique des engagements.

Dans la suite de son article, Jacqueline Dutheil De la Rochère tente d'inclure ces actes dans l'une des catégories dites "classiques"²⁰⁸. Elle affirme dans un premier temps que "les engagements en matière de prix reposent très certainement sur un accord de volontés entre personnes morales distinctes"²⁰⁹, mais précise dans un second temps que "les engagements en matière de prix, en raison de leur finalité économique particulière, ne sont que partiellement créateurs de situations juridiques subjectives"²¹⁰. Ainsi, seules les clauses qui définissent des obligations précises ont véritablement une nature contractuelle.

En résumé, on peut affirmer que, selon Jacqueline Dutheil De la Rochère, les engagements en matière de prix n'ont qu'une nature contractuelle partielle car certaines clauses ne constituent, semble-t-il, que des déclarations d'intentions. Il faut donc relativiser l'affirmation de Gilles Champagne selon laquelle Jacqueline Dutheil De la Rochère fait partie des auteurs ayant consacré "la nature contractuelle de certaines décisions administratives concertées" telles que les accords en matière de prix²¹¹. Il semble en effet difficile de qualifier un acte de contrat alors que certaines clauses sont dépourvues de toute portée juridique.

Le raisonnement de Pierre Beltrame est très proche de celui étudié précédemment. Il indique, concernant le contrat de stabilité, qu'à "l'origine de cette convention, il y a bien, comme à celle de tout contrat synallagmatique, un échange de prestations. En contrepartie de l'engagement de maintenir la stabilité des prix, prestation purement négative, l'administration accorde à l'administré la permission de fixer librement le prix de sa production. De même, il semble bien que le "consensus" indispensable à la formation d'un contrat existe puisque au consentement de la branche d'industrie qui sollicite et s'engage, peut répondre le consentement de l'administration qui octroie la dérogation"²¹².

²⁰⁶ *Id.*, p 584.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Les actes en droit public relèvent de l'une ou l'autre de ces catégories à savoir l'acte unilatéral ou le contrat.

²⁰⁹ *Op. cit.*, p 587.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ G. Champagne, *Les sanctions de l'inexécution des décisions administratives concertées à caractère économique*, Université de Poitiers, 1979, pp 26 et ss.

²¹² P. Beltrame, "Le contrôle des prix et le juge", *RA* 1967, p 678.

La position de cet auteur pourrait sembler dépourvue de toute ambiguïté. Le contrat de stabilité comporte différents éléments caractéristiques du contrat, mais il tempère très vite son propos en précisant que si "l'élément contractuel existe dans cette procédure ce n'est qu'à un plan psychologique du fait qu'elle établit entre l'administration et les administrés un dialogue, un concert qui, comme le note M. Rivero, sont de nature plus "psychologique que juridique"²¹³.

Selon Pierre Beltrame, ces engagements en matière de prix et plus précisément les contrats de stabilité ne seraient que de pures déclarations d'intention. Sa position serait donc en retrait par rapport à celle de Jacqueline Dutheil De la Rochère. Néanmoins, Pierre Beltrame, dans la suite de son article, imagine quelle pourrait être la position du juge administratif concernant la nature de ces accords. Celui-ci pourrait être amené à considérer "ainsi qu'il l'a fait pour le contrat fiscal, le contrat de stabilité comme une décision unilatérale de l'administration, ce type de décision pouvant être assortie de conditions implicites par l'autorité administrative"²¹⁴.

Le contrat de stabilité ne serait donc pas un acte administratif non décisoire, une simple déclaration d'intention mais une "décision unilatérale".

Sa position est intéressante car jusqu'à présent les auteurs étudiés incluait seulement dans leur raisonnement le concept de contrat ou d'accord ne possédant aucune valeur juridique et semblaient implicitement exclure la notion d'acte administratif unilatéral. Il est vrai que l'analyse peut surprendre étant donné que l'existence d'un dialogue en vue d'élaborer un acte est normalement incompatible avec la notion de décision unilatérale. Malgré cela et comme on le verra par la suite, Pierre Beltrame n'a fait qu'annoncer en 1967 quelle sera la position du juge administratif six ans plus tard.

D'autres auteurs ont analysé les engagements en matière de prix au travers de la notion d'acte administratif unilatéral. C'est notamment le cas de Charles-Louis Vier mais ses propos restent nuancés. Selon lui, l'admission au régime de liberté contractuelle ou de liberté conventionnelle des prix est une procédure originale car "elle juxtapose deux actes unilatéraux: l'engagement de la profession et l'arrêté libérant les prix en cause, auxquels s'ajoute ensuite l'adhésion individuelle des intéressés. Mais on sait que ce n'est pas là une raison suffisante pour refuser toute interprétation contractuelle"²¹⁵. De la même façon, Henri Jacquot considère que "le contrat de programme résulte de la combinaison de deux

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ C-L. Vier, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, Paris, 1972, p 356.

actes unilatéraux: l'engagement professionnel et l'arrêté particulier de libération des prix"²¹⁶.

L'hésitation de la doctrine à analyser les engagements en matière de prix au regard de la notion d'acte unilatéral ressort très clairement de ces deux citations. Les auteurs semblent finalement axer leur analyse uniquement par rapport à la notion de contrat à la fin de leur développement.

La position des auteurs étudiés jusqu'à présent est des plus ambiguë car aucun ne tranche réellement en faveur du caractère contractuel ou unilatéral des engagements en matière de prix. Cette tendance va se confirmer dans les développements qui vont suivre car une partie de la doctrine considère que ces accords ont en fait un caractère hybride.

Jacques Chevallier inclut la technique d'encadrement des prix dans la catégorie plus qu'incertaine des quasi-contrats²¹⁷.

Selon une définition donnée par Amine Ghellal, les quasi-contrats²¹⁸ "consistent en des accords de volontés entre l'Etat et les entreprises privées, par lesquels l'Etat s'engage à conférer certains avantages aux entreprises, moyennant de la part de celles-ci, la promesse de se conformer aux directives et objectifs du Plan"²¹⁹. A la lecture de cette définition, on pourrait penser que ces quasi-contrats entrent sans problème dans la catégorie des contrats. Mais il n'en est rien car, comme l'indique Francine Batailler, le quasi-contrat du plan "ne présente aucun des traits permettant de l'assimiler à ce que la terminologie juridique désigne sous le nom de quasi-contrat. Cette dénomination répond plutôt à l'idée proche du sens étymologique, selon laquelle le "quasi-contrat" du plan possède une nature juridique hybride, alliant un élément consensuel à une forme d'acte unilatéral. Il est proche d'un contrat, mais ce n'est pas un contrat. L'économie "concertée" implique l'existence de "rapports" contractuels: cet élément consensuel exclut donc de façon catégorique l'incorporation d'un tel acte dans la catégorie juridique des quasi-contrats. Le "quasi-contrat" du plan n'est pas pour autant un véritable contrat: l'élément "décisionnel" (d'acte unilatéral) empêche qu'on l'assimile totalement à un contrat"²²⁰. André de Laubadère²²¹ et

²¹⁶ Cité par C-L. Vier, *ibid.*

²¹⁷ Cité par M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, LGDJ, 1977, p 245.

²¹⁸ On aura l'occasion de revenir plus en détail sur cette notion au cours de la seconde partie.

²¹⁹ A. Ghellal, *recherches sur la notion d'effet impératif des actes administratifs unilatéraux*, Montpellier, 1973, p 211.

²²⁰ F. Batailler, "Une nouvelle technique d'économie concertée: les "quasi-contrats" pour l'exécution du Plan", *RSF* 1964, p 380.

²²¹ A. De Laubadère, *Traité de droit administratif – L'administration de l'économie*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 1977, p 158.

Jean-Philippe Colson²²² sont pour leur part encore plus imprécis puisqu'ils qualifient les diverses sortes d'accords relatifs à la libération des prix de "pseudo-contrats".

Enfin, Yves Madiot dans sa thèse consacrée aux actes mixtes inclut lui aussi les engagements en matière de prix dans une catégorie intermédiaire qu'il n'intitule pas quasi-contrat ou pseudo-contrat mais "actes administratifs unilatéraux à fondement contractuel"²²³. Cette qualification est intéressante car moins ambiguë que celles étudiées jusqu'à présent. Elle fait ressortir le caractère principal de ces engagements à savoir leur nature d'acte unilatéral. L'engagement ne sert que de base à ces actes. Cependant on peut se demander si la qualification n'est pas erronée car certains auteurs ont, comme on a pu le voir précédemment, démontré que ces accords qui précèdent l'édition de l'arrêté de libération des prix sont des actes négociés, mais ne rentrent pas dans la catégorie des contrats. De ce fait, il serait plus exact d'affirmer que cet ensemble constitue un acte unilatéral à fondement négocié.

C – L'apport de la jurisprudence

A partir de 1973 et grâce à la jurisprudence, un tournant va s'opérer quant à la détermination de la nature juridique de ces actes. Néanmoins, avant d'examiner cette jurisprudence, il semble intéressant de s'arrêter sur une décision datant du début des années cinquante. Il s'agit d'un arrêt en date du 25 juin 1954 *Syndicat national de la meunerie à seigle*²²⁴ accompagné des conclusions éclairantes du Commissaire du gouvernement Jean Donnedieu De Vabres.

Dans cette décision était contesté un décret du 5 février 1951 modifiant le décret du 22 mars 1947 relatif à la fixation du prix des céréales. Dans le cas d'espèce, le Conseil d'Etat va rejeter le recours, mais le contenu de l'arrêt ne revêt pas un grand intérêt pour cette étude.

Les conclusions, en revanche, contiennent des précisions intéressantes. Le Commissaire du gouvernement Jean Donnedieu de Vabres énonce très clairement dans un premier temps que "le décret définissant la méthode générale de fixation du prix des céréales est un

²²² J-P. Colson, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 2001, p 407.

²²³ *Op. cit.*, p 327.

²²⁴ D. 1955, p 49, concl J. Donnedieu De Vabres.

acte réglementaire"²²⁵. Même si cela n'est pas précisé, Jean Donnedieu De Vabres soutient que l'acte réglementaire en cause est aussi un acte unilatéral car par la suite il oppose l'acte réglementaire et l'acte contractuel.

Dans un second temps de sa démonstration, il précise néanmoins que "les mesures du genre de celle dont vous avez à connaître aujourd'hui n'ont que l'apparence d'un acte unilatéral d'autorité de caractère abstrait et général, et sont en réalité le fruit de négociations et d'accords passés avec les groupements professionnels intéressés. Ceux-ci, dont le concours est nécessaire au Gouvernement, réclament non des ordres, mais des engagements". Le décret est donc un acte unilatéral réglementaire mais négocié.

Dans les développements qui vont suivre, nous allons tout d'abord nous intéresser aux accords de libération des prix intervenant dans le cadre de l'ordonnance du 30 juin 1945 (1). Nous examinerons ensuite plus spécialement le cas des actes administratifs unilatéraux négociés relatifs au prix de vente des médicaments (2).

1 – Les accords de libération des prix intervenant dans le cadre de l'ordonnance du 30 juin 1945

Concernant la nature des accords de libération des prix conclus à la suite de l'ordonnance du 30 juin 1945, l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*²²⁶ va donner des précisions sur la nature juridique de ces actes.

Trois organisations regroupant les producteurs et importateurs d'équipements, accessoires et pièces détachées pour l'automobile avaient conclu un engagement professionnel le 18 septembre 1970 dans lequel "il est question de la conciliation nécessaire entre la pratique généralisée et déjà ancienne des prix conseillés et le souci d'assurer la stabilité des prix de vente au détail"²²⁷. Même si l'expression n'est plus utilisée en matière de prix depuis 1969, on se situe dans le cadre des contrats de programme.

A la suite de cet engagement et conformément à la procédure étudiée précédemment, un arrêté du 21 septembre 1970 du ministre de l'Economie et des Finances est publié en vue de placer les prix et les marges des produits précités sous le régime de la liberté surveillée prévu par un arrêté général du 29 novembre 1968.

²²⁵ *Id.*, p 50.

²²⁶ *Rec.* p 181 – *AJDA* 1973, p 323, concl G. Braibant, note C-L Vier – *Gaz. Pal.* 1973, 1, p 376, note F. Moderne.

Le syndicat national du commerce en gros forme un recours gracieux contre ledit arrêté, mais le ministre garde le silence pendant plus de quatre mois. De ce fait, il exerce un recours pour excès de pouvoir contre la décision implicite de rejet du ministre.

Ce ne sont pas tant les moyens soulevés et examinés par le juge administratif qui ont de l'importance pour cette étude mais la recevabilité du recours exercé. Le syndicat invoque le fait qu'une des dispositions de l'arrêté établit une discrimination illégale au profit des constructeurs d'automobiles et surtout que l'engagement professionnel qui a servi de base à cet arrêté contient lui-même une clause discriminatoire au profit des concessionnaires d'automobiles. Même si le Conseil d'Etat va rejeter le moyen soulevé, "l'important est ici l'admission implicite de la recevabilité de la partie du recours dirigée contre l'engagement professionnel. Le juge a ainsi assimilé ce document aux mesures réglementaires de fixation des prix, alors que sa nature était incertaine, puisque le régime est dit contractuel, et que l'on s'interroge précisément sur les recours ouverts aux tiers lésés par des accords de ce genre"²²⁸.

Au regard de ce considérant, il semble intéressant d'examiner de quelle façon cet arrêt a été analysé par la doctrine.

Charles-Louis Vier affirme dans sa note "qu'en l'espèce, le recours du syndicat requérant était dirigé à la fois contre un acte administratif unilatéral, l'arrêté ministériel du 21 septembre 1970 et contre l'engagement souscrit par les organisations professionnelles"²²⁹.

De même, selon Franck Moderne, "le seul fait qu'il (le Conseil d'Etat) ait déclaré recevable le recours en excès de pouvoir dirigé contre l'engagement professionnel montre de toute évidence qu'il rejetait la théorie de l'acte contractuel"²³⁰. Un acte contractuel ne peut théoriquement faire l'objet d'un tel recours pour excès de pouvoir²³¹. De plus, "la méconnaissance des stipulations d'un contrat... ne peut être utilement invoquée comme moyen de légalité à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre d'une décision administrative"²³².

Analysons plus en détail les conséquences de la recevabilité du recours. Il faut préciser en premier lieu en s'appuyant sur les propos du Commissaire du gouvernement Guy Braibant que l'engagement professionnel "ne constitue pas en lui-même un règlement (...). Mais il

²²⁷ G. Braibant, *op. cit.*, p 323.

²²⁸ C-L. Vier, *op. cit.*, p 326.

²²⁹ *Id.*, p 327.

²³⁰ *Op. cit.*, p 378.

²³¹ CE 11 janvier 1961 *Barbaro*, *Rec*, p 28.

est incorporé à l'arrêté de prix qui s'y réfère expressément, dont il constitue ainsi une annexe comme un cahier des charges ou une convention-type"²³³. Ainsi, on peut en déduire que le seul fait pour l'engagement de libération des prix d'être incorporé dans l'arrêté de libération dès la publication de celui-ci, transforme sa nature car d'un acte bilatéral il devient un acte unilatéral. Plus exactement, cet engagement prend la nature de l'acte dans lequel il s'incorpore à tel point que l'on peut se demander si cet accord possède encore une existence juridique propre.

Il semble que la réponse soit positive car le Conseil d'Etat examine dans cet arrêt la légalité des dispositions de l'engagement, notamment la clause relative à la remise pouvant être consentie. Cependant, il n'examine leur légalité que parce que l'arrêté de libération s'y réfère.

Catherine Piquemal-Pastré adopte une position différente. Elle analyse l'arrêté de libération des prix uniquement par rapport au caractère réglementaire ou individuel des actes administratifs. Elle ne se prononce pas sur la nature unilatérale ou contractuelle de l'acte en cause²³⁴.

Au regard de ces différents points, que peut-on finalement dégager de cet arrêt ne contenant aucune formule de principe ? Est-ce que le Conseil d'Etat reconnaît que l'arrêté de libération des prix a été adopté suite à des négociations ? Est-ce que l'engagement qui le précède prend la nature de cet arrêté à savoir un acte unilatéral lui aussi élaboré grâce à la négociation ? Ou bien, enfin, est-ce l'ensemble constitué par l'arrêté et l'engagement qui forme un acte administratif unilatéral négocié ?

Concernant la première question, il semble que la réponse soit négative. En effet, si on se place sur le plan de l'élaboration, l'engagement et l'arrêté de libération forment deux actes séparés. De ce fait, ce n'est pas l'arrêté qui a été négocié mais l'accord conclu précédemment. Cependant, il examine conjointement la légalité de ces deux actes à tel point qu'ils semblent avoir fusionné pour ne plus former qu'un seul acte car leur contenu est similaire.

²³² CE Ass 8 janvier 1988 *Ministre chargé du Plan C/ Communauté urbaine de Strasbourg*, Rec, p 2 - AJDA 1988, p 137, chron M. Azibert et M. de Boisdeffre - RFDA 1988, p 25, concl S. Dael - JCP G 1988, II, 21084, note R. Drago - RA 1988, p 141, note P. Terneyre.

²³³ *Op. cit.*, p 324.

²³⁴ Selon cet auteur, "le conseil d'Etat a pris nettement position contre la nature contractuelle des contrats de programmes. Plus précisément le Conseil d'Etat s'est prononcé pour une nature réglementaire de l'arrêté particulier de libération des prix auquel est annexé l'engagement professionnel. Nous considérons pour notre part qu'il s'agit d'un acte non réglementaire ne faisant qu'appliquer une réglementation générale à des

On peut donc en conclure que l'ensemble constitué par l'engagement et l'arrêté donnent naissance à un acte unilatéral de par la recevabilité du recours pour excès de pouvoir mais cet acte, outre son unilatéralité, comporte une part de négociation au niveau de son élaboration. Il faut néanmoins préciser que tous les auteurs ne partagent pas ce point de vue. Ainsi, Charles-Louis Vier semble vouloir "conserver quelque caractère conventionnel à ces opérations"²³⁵ et affirme qu'une convention "peut exister sur l'admission au bénéfice du régime sans avoir pour objet son contenu"²³⁶.

Compte tenu du caractère incertain des termes de l'arrêt du 2 mars 1973, il est nécessaire d'analyser la jurisprudence postérieure.

Le deuxième arrêt important a été rendu le 23 octobre 1974 *Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*²³⁷ et contient des dispositions beaucoup plus explicites.

Comme dans l'affaire précédente, un engagement a été conclu le 9 mai 1972 déterminant les modalités de calcul des prix maxima applicables par les détaillants en viande de la boucherie et suite à cela, un arrêté ministériel de libération des prix a été adopté le 24 mai 1972. Ce dernier arrêté va faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt du 2 mars 1973 où seule une décision implicite de rejet était contestée.

Différents moyens sont soulevés par les requérants. Ils font valoir que le ministre ne pouvait recourir à des conventions en matière de libération des prix pour différentes raisons que l'on aura l'occasion d'étudier par la suite. Dès lors, le Conseil d'Etat va être amené à statuer sur la nature juridique de l'acte en cause.

Dans un considérant des plus explicite, la Haute juridiction affirme que "cet arrêté, ainsi que l'engagement professionnel qu'il rend applicable et dont les dispositions s'y incorporent, ne constitue pas un engagement contractuel de l'administration mais une décision unilatérale à caractère réglementaire prise en accord avec la Confédération nationale de la boucherie française."²³⁸

branches professionnelles précises", "Une expérience d'acte économique: le contrat de programme", *RDP* 1974, p 364.

²³⁵ *Op. cit.*, p 327.

²³⁶ *Id.*, p 328.

²³⁷ *Rec.*, p 500 - *AJDA* 1975, p 363, note C-L. Vier - *D* 1976, p 429, note C. Hen.

²³⁸ Un arrêt passé sous silence par la doctrine est rédigé de manière analogue à cette décision de 1974; il s'agit de l'arrêt en date du 14 avril 1982 *Fédération nationale des syndicats professionnels radio-électricien télévision électricien ménagiste*, req n°18481; "Considérant, d'une part, que si, par l'arrêté attaqué ainsi que par l'avenant précité à l'engagement national professionnel C. 48 dont les dispositions s'incorporent audit

Comme dans l'arrêt étudié précédemment, une question essentielle se pose. Est-ce que les deux actes pris séparément à savoir l'engagement et l'arrêté, sont des décisions unilatérales à caractère réglementaire ou bien est-ce la réunion des deux actes qui forme une telle décision ?

On constate dans un premier temps que le Conseil d'Etat exclut clairement la nature contractuelle de l'acte en cause. Ensuite, les juges après avoir précisé que l'engagement s'incorpore à l'arrêté, utilisent le singulier dans la suite de la phrase. Cela signifie qu'il n'y a pas formation d'un nouvel acte qui serait due à une fusion de l'arrêté et de l'engagement, mais seulement incorporation de l'engagement dans l'acte unilatéral précité. C'est donc l'arrêté qui constitue un acte administratif unilatéral négocié du fait de cette inclusion. D'ailleurs, il ressort de la rédaction de l'arrêt que cet arrêté "prédomine" en quelque sorte sur l'engagement. En effet, toute la phrase est articulée autour de l'expression "arrêté attaqué".

Néanmoins, il est utile de préciser dans un second temps que le Conseil d'Etat prend en considération l'accord de volontés qui a précédé l'adoption de l'arrêté. Il s'agit certes d'une "décision unilatérale à caractère réglementaire", mais elle est prise "en accord avec la Confédération".

Charles-Louis Vier ne semble pas partager cette conception car selon lui l'engagement de la profession tout comme l'arrêté "est une décision unilatérale à caractère réglementaire, puisque l'un, *ainsi que* l'autre, constitue un tel acte"²³⁹. Cet auteur interprète de manière extensive les dispositions de cet arrêt car le Conseil d'Etat statue sur la nature juridique de l'acte constitué par l'incorporation de l'engagement dans l'arrêté²⁴⁰. Néanmoins, Charles-Louis Vier adopte le point de vue du Commissaire du gouvernement Mme Grevisse qui analyse de manière distincte les deux actes.

Concernant l'arrêté de libération des prix, il revêt un caractère "réglementaire qui fixe un régime de prix en se référant à l'engagement professionnel qui lui est annexé. (Encore qu'il soit difficile de déterminer ce que signifie en droit « entériner » un accord),

arrêté, le ministre de l'économie a interdit à la profession de diffuser ou de faire appliquer des barèmes de prix ou des conditions de vente (...) en vue de favoriser la hausse des prix ou de faire obstacle à leur baisse (...)"

²³⁹ *Op. cit.*, p 365.

²⁴⁰ C. Hen, dans sa note sur l'arrêt Valet, analyse lui aussi séparément la nature juridique de l'arrêté particulier de libération et l'engagement professionnel. Selon lui ce dernier acte constitue en tant que tel non "un engagement contractuel de l'administration mais une décision unilatérale à caractère réglementaire", *op. cit.*, p 432.

l'engagement annexé à l'arrêté paraît avoir lui aussi une portée réglementaire dans la mesure où il s'incorpore à la décision ministérielle"²⁴¹.

Franck Moderne critique sur un point précis la position de Charles-Louis Vier et de Mme Grevisse. Ils partent en effet du principe que l'engagement constitue un acte décisoire placé au même niveau que l'arrêté de libération des prix et de ce fait cet arrêt *Valet* méconnaîtrait "les caractères spécifiques de l'engagement professionnel qu'on ne peut réduire à la simple annexe d'un acte administratif unilatéral"²⁴². Or, selon Franck Moderne, "l'engagement professionnel se présente davantage comme une déclaration d'intention que comme un acte juridique (...). Tant que l'engagement n'est pas incorporé à la décision, sa valeur est toute relative"²⁴³.

L'essentiel est de bien voir que cet arrêt consacre le fait qu'un acte réglementaire doit être qualifié d'acte unilatéral alors même qu'un engagement précède son adoption. Le juge précise simplement que cette décision est prise en accord avec une personne. Cela constitue de ce fait un acte administratif unilatéral négocié. Jean-Michel de Forges confirme cette assertion car selon lui la négociation dans le cadre de la "politique contractuelle" notamment en matière de prix "ne débouche pas sur la conclusion d'un véritable contrat, elle sert uniquement à préparer le contenu d'un acte édicté unilatéralement par l'Etat"²⁴⁴.

Cependant à la lecture de cet arrêt, des incertitudes subsistent. On ignore dans quels cas précisément les dispositions d'un engagement s'incorporent à un arrêté. Que doit-on entendre exactement par incorporation ? Est-ce que des procédures telles que l'approbation, l'homologation auront par exemple les mêmes effets ? On aura l'occasion de répondre par la suite à ces différentes questions.

Il existe une décision jamais citée par la doctrine mais qui a pourtant son importance en matière de libération des prix. Il s'agit de l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 17 février 1992 *Association hôtellerie et liberté*²⁴⁵.

Un engagement a été conclu avec des organisations professionnelles concernant la majoration des prix de prestations de l'hôtellerie. Le jour suivant, un arrêté est pris en vue

²⁴¹ Conclusions inédites.

²⁴² C-L. Vier, *op. cit.*, p 365.

²⁴³ F. Moderne, "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *DS* 1975, p 512.

²⁴⁴ J-M. De Forges, *Droit administratif*, Paris, PUF, 6^{ème} édition, 2002, p 20.

²⁴⁵ Req n°71236.

de rendre applicable cet acte. Le 26 juin 1985 un nouvel arrêté est adopté afin de maintenir en vigueur l'accord entériné par le premier arrêté.

Ainsi, différentes confédérations, fédérations et associations vont former un recours devant le Conseil d'Etat afin de demander l'annulation de cet arrêté du 26 juin 1985. Divers moyens de légalité sont soulevés dont un de légalité interne relatif à l'existence d'une contradiction interne.

Le Conseil d'Etat va statuer de la manière suivante: "considérant, d'une part, que l'arrêté attaqué, n'est pas entaché de contradiction interne en maintenant en vigueur l'accord de régulation n°85-14 du 7 février 1985 entériné par arrêté du 8 février 1985 et en fixant un maximum à la majoration moyenne des prix des prestations de l'hôtellerie fixée par arrêté du 9 février 1984; que l'arrêté du 8 février 1985 ainsi que l'engagement professionnel qu'il rend applicable ne constituent pas un engagement contractuel mais une décision unilatérale à caractère réglementaire."

La rédaction de ce considérant est des plus sibylline. En effet, on perçoit difficilement en quoi la détermination de la nature juridique de l'opération en matière de prix influe sur le moyen relatif à l'existence d'une contradiction dans l'arrêté maintenant en vigueur l'accord. Les requérants se prévalaient sans doute du fait qu'un arrêté, acte administratif unilatéral, ne peut contenir à la fois des dispositions se rapportant à un accord et des mesures étrangères à celui-ci à savoir la fixation d'un maximum à la majoration moyenne des prix qui ont un caractère unilatéral et réglementaire.

L'arrêté du 26 juin 1985 se serait donc référé à des actes ayant une nature juridique distincte. Cependant, le juge reprend les dispositions de l'arrêt *Valet* analysé précédemment concernant la nature juridique de l'engagement et de l'arrêté. De ce fait, l'arrêté du 26 juin n'est entaché d'aucune contradiction car il ne concerne et ne se réfère qu'à des actes décisifs unilatéraux et réglementaires.

Si on analyse plus précisément cet arrêt du 17 février 1992, on remarque qu'il ne s'agit pas d'une confirmation pure et simple de l'arrêt *Valet* rendu 18 ans plus tôt. S'agissant de cette dernière décision, on a démontré que le Conseil d'Etat statuait en fait uniquement sur la nature juridique de l'arrêté pris à la suite de l'engagement car le verbe utilisé dans la phrase est au singulier²⁴⁶. La rédaction est toute autre dans l'arrêt du 17 février 1992²⁴⁷.

²⁴⁶ "L'arrêté ainsi que l'engagement professionnel (...) ne constitue pas un engagement contractuel de l'administration mais une décision unilatérale à caractère réglementaire prise en accord avec...".

²⁴⁷ "L'arrêté du 8 février 1985 ainsi que l'engagement professionnel qu'il rend applicable ne constituent pas un engagement contractuel mais une décision unilatérale à caractère réglementaire".

On constate dans un premier temps que le verbe "constituer" est cette fois au pluriel et non au singulier ce qui prouve que le Conseil d'Etat statue sur la nature juridique de l'acte formé par la réunion de l'engagement et de l'arrêté et non simplement sur cette dernière décision. Il ne s'agit donc pas simplement d'une incorporation mais apparemment d'une fusion pure et simple des deux actes. D'ailleurs, le Conseil d'Etat ne précise pas que les dispositions de l'engagement s'incorporent dans l'arrêté.

Cet ensemble forme donc une décision unilatérale à caractère réglementaire. Cependant on peut tout de même affirmer que la nature juridique de l'arrêté a influé sur la nature de l'ensemble de l'opération.

Outre cette différence à première vue anodine, on peut observer dans un second temps que le Conseil d'Etat omet (volontairement ?) un élément à la fin du considérant. En effet, dans l'arrêt *Valet*, la Haute juridiction précise qu'il s'agit d'une "décision unilatérale à caractère réglementaire prise en accord avec" une organisation. Or, dans l'arrêt du 17 février 1992 ce dernier élément n'apparaît pas. Le Conseil d'Etat passe donc sous silence le caractère particulier des modalités d'élaboration de cet ensemble. Cette omission signifie-t-elle que le juge considère implicitement l'engagement comme un acte sans aucune portée ? Cela semble peu probable car l'ensemble formé par l'arrêté et l'engagement constituent bien une décision unilatérale.

Au lieu de nous éclairer sur la jurisprudence antérieure, cet arrêt de 1992 soulève donc en réalité de nouvelles questions sans véritable réponse. La décision en date du 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure*²⁴⁸ va peut-être nous apporter quelques éléments de réponse. Précisons cependant que le cadre juridique diffère quelque peu par rapport aux arrêts étudiés précédemment.

Avant de voir la solution, il est utile de rappeler les faits.

En application de l'ordonnance du 30 juin 1945, un arrêté a été pris par le ministre de l'économie et des finances prévoyant que des accords pourront être conclus avec les entreprises concernant la stabilité des marges d'importation ou de distribution de produits industriels, par rapport à l'année précédente. Sur la base de cet arrêté, un accord a été passé entre le ministre de l'Economie et le Syndicat national du commerce de la chaussure le 25 août 1973. Par un arrêté du 2 novembre 1973 ultérieurement remplacé par celui du 12

²⁴⁸ *Rec*, p 404 – *RDP* 1976, p 376.

décembre 1973, le ministre de l'économie décide d'abroger cet accord. Ce dernier arrêté va donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Afin de statuer sur la légalité de l'abrogation, le Conseil d'Etat doit se prononcer sur la nature de l'acte abrogé à savoir l'accord. La Haute juridiction reconnaît clairement que "cet accord ne constitue pas un engagement contractuel de l'administration mais une décision unilatérale à caractère réglementaire prise en accord avec le syndicat"²⁴⁹.

Jusqu'à présent, le juge administratif n'avait pas statué uniquement sur la nature juridique d'un accord en matière de libération des prix. En effet, dans les arrêts analysés précédemment, un arrêté de libération des prix faisait suite à un engagement passé avec les professionnels. Or dans la décision de 1975, l'assouplissement du régime de fixation autoritaire des prix dépend exclusivement de la conclusion d'un accord.

L'absence d'intervention d'un arrêté postérieur résulte des dispositions des arrêtés pris en application de l'ordonnance et antérieurs aux accords mais surtout du domaine particulier des prix industriels à la production et les accords aux stades de l'importation et de la distribution. En effet, l'arrêté du 3 mai 1973 ou celui antérieur du 14 mars 1972, n'imposent pas aux autorités l'édition d'un arrêté postérieurement à la conclusion de l'engagement. Il n'y a donc pas d'incorporation d'un accord dans un acte administratif unilatéral et grâce à cet arrêt, on peut sans aucun doute affirmer que le juge opère une requalification expresse. Ainsi, l'acte d'apparence contractuelle se révèle en réalité n'être qu'un acte unilatéral.

Cependant, tout comme dans l'arrêt analysé précédemment, le juge prend en compte les modalités spécifiques d'élaboration de cet acte car indique que cette décision est prise "en accord avec" un organisme²⁵⁰. Le juge n'ignore donc pas l'existence de négociations.

On peut regretter que le Conseil d'Etat ne précise pas dans cet arrêt quels sont les éléments lui permettant de justifier cette requalification.

2 – Les actes relatifs au prix de vente des médicaments

²⁴⁹ Le Commissaire du gouvernement E. Glaser, dans ses conclusions rendues sur l'arrêt du 3 mai 2004 *Fondation assistance aux animaux*, affirme, en s'adressant aux juges du Conseil d'Etat, qu'il "vous arrive (...) de requalifier un acte en apparence unilatérale en contrat", *op. cit.*, p 466. Il cite comme exemple l'arrêt du 4 juillet 1975. Or, comme on peut s'en rendre compte, son affirmation est erronée. Le juge requalifie plutôt un acte d'apparence contractuelle en acte unilatéral.

²⁵⁰ Il est vrai qu'on peut discuter du lien existant entre les termes "d'accord" et de "négociation"; tout accord ne supposant pas nécessairement l'existence de négociations. Mais en l'espèce, il ne fait guère de doutes que de telles négociations ont eu lieu.

Afin d'avoir une vue d'ensemble de la jurisprudence en matière de fixation des prix, il convient de s'arrêter sur des arrêts concernant des décisions édictées dans le cadre de législations étrangères à l'ordonnance de 1945.

L'ordonnance de 1986 ayant mis fin au système de blocage des prix, on aurait pu penser qu'une telle jurisprudence allait disparaître. Or, il n'en est rien car des exceptions à la libre fixation des prix existent.

Ainsi, le nouvel article L 162-16-1 du Code de la sécurité sociale²⁵¹ prévoit en vue de la fixation du prix de vente de certains médicaments, la conclusion d'une convention entre l'entreprise exploitant le médicament et le comité économique du médicament²⁵². De ce fait, on peut se demander si la jurisprudence analysée précédemment s'applique dans les mêmes termes concernant ce type de convention.

La doctrine a montré quelques hésitations pour déterminer la nature juridique réelle de cette "convention". Ainsi, Jérôme Peigné affirme que cet accord ne peut faire l'objet d'une requalification compte tenu notamment des dispositions de la loi²⁵³. Il se contente d'analyser séparément les clauses de la convention. Certaines auraient un caractère réglementaires alors que d'autres seraient contractuelles. De même, Didier Truchet se demande, sans toutefois répondre à la question, si un tel accord n'est pas qualifiable de "convention à effet réglementaire"²⁵⁴.

Le Conseil d'Etat n'a eu que peu d'occasions de se prononcer sur la nature de cette convention prévue par l'article L 162-16-1 du Code de la sécurité sociale. On peut néanmoins citer les dispositions de l'arrêt suivant en date du 30 décembre 2003 *SA Labo Serono France*²⁵⁵. Dans cette affaire, la décision issue d'une convention fixant le prix d'un médicament est attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir. L'une des parties invoque la nature contractuelle de l'acte attaqué pour contester la compétence du juge de l'excès de pouvoir. Or, la Haute juridiction affirme très clairement que "la décision par laquelle est fixé, soit par convention, soit par arrêté ministériel, le prix de vente d'un

²⁵¹ "Le prix de vente au public de chacun des médicaments mentionnés au premier alinéa de l'article L 162-17 est fixé par convention entre l'entreprise exploitant le médicament et le comité économique du médicament conformément à l'article L 162-17-4 ou, à défaut, par arrêté des ministres chargés de la sécurité sociale, de la santé et de l'économie, après avis du comité".

²⁵² Ce comité, chargé de représenter l'Etat, était auparavant dénommé comité économique des produits de santé.

²⁵³ J. Peigné, "Les conventions régissant le prix des médicaments remboursables", *DS* 2002, p 204

²⁵⁴ D. Truchet, note sur CE 26 février 2001 *SA Janssen-Cilag*, *JCP G* 2001, n°10550 – J-P. Colson prend quant à lui position en affirmant que les conventions conclues par ce comité "n'ont qu'une forme contractuelle; comme les précédents accords en matière de prix, elles produisent des effets juridiques s'attachant à un acte réglementaire, voire constituent de véritables actes réglementaires", *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 2001, p 523.

²⁵⁵ Req n°243954.

médicament constitue une décision réglementaire susceptible comme telle de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir"²⁵⁶.

Par ce considérant, le juge admet que cette convention relative au prix des médicaments ne peut être qualifiée de contrat administratif. Il s'agit d'une décision susceptible d'un recours pour excès de pouvoir. Or, étant donné que les décisions administratives sont des actes administratifs unilatéraux, on peut en déduire que ces conventions mentionnées à l'article L 162-16-1 du Code de la sécurité sociale revêtent une telle nature. Cependant, et comme dans les hypothèses précédentes, des négociations interviennent avant l'adoption de cette "convention" portant fixation du prix de vente du médicament concerné.

Après avoir analysé ces différents arrêts essentiels pour cette étude à quelle conclusion parvient-on ?

Mis à part l'arrêt de 1973, tous reconnaissent de manière expresse que les actes en matière de libération des prix n'ont pas un caractère contractuel. De ce fait, l'affirmation de *Materne Staub* selon laquelle en matière d'accords tarifaires "il faut savoir que l'on se trouve ici, malgré l'apparence d'actes réglementaires négociés, en présence de véritables contrats émanant d'un accord de volontés distinctes"²⁵⁷ ne convainc pas pleinement.

Même si la rédaction des arrêts diffère, le juge reconnaît clairement dans trois des décisions précitées que l'acte en cause en matière de libération des prix est une décision unilatérale mais formée à la suite d'un accord de volontés.

Même si la réglementation des prix apparaît comme le domaine de prédilection des actes administratifs unilatéraux négociés, on les retrouve, semble-t-il, dans d'autres secteurs tels que l'agriculture.

§ 2: L'octroi par voie d'actes unilatéraux d'avantages divers à certaines professions

²⁵⁶ L'arrêt du 3 mai 2004, *Société Les Laboratoires Servier*, *Revue des contrats* 2005, p 434, note P. Brunet va dans le même sens. Les requérant demandaient l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision du comité économique des produits de santé "telle qu'elle résulte de la signature de la convention...". Selon le Conseil d'Etat, "la décision de fixer le prix d'un médicament remboursable incombe au comité économique des produits de santé lorsque l'entreprise qui commercialise le médicament donne son accord au prix qu'il entend retenir et qu'elle résulte d'un arrêté interministériel dans le cas contraire; que, dans le premier cas cette décision présente, tout comme dans le second, et alors même qu'elle prend alors la forme d'une convention, le caractère d'un acte réglementaire; que la requête de la Société (...) tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du comité économique des produits de santé de signer cette convention doit être regardé comme dirigée contre la décision de ce comité fixant le prix du Vastarel 35 mg".

²⁵⁷ M. Staub, *L'indivisibilité en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1999, p 297.

On s'attachera tout particulièrement à l'étude d'aides octroyées dans le domaine agricole (A). De plus, il est nécessaire de s'arrêter sur le cas particulier de certains actes intervenant en matière d'import/export (B).

A – L'attribution d'aides

Un jugement concernant les conventions de restructuration laitière se révèle intéressant (1). En outre, on pourra évoquer le cas des mesures dites "agro-environnementales" (2).

1 – Les conventions de restructuration laitière

Le décret du 21 avril 1987²⁵⁸ relatif à l'octroi d'une indemnité aux producteurs laitiers s'engageant à abandonner définitivement la production laitière prévoit la conclusion de conventions de restructuration. Ces accords conclus entre l'Etat et les organismes interprofessionnels laitiers contiennent des définitions des modalités de l'aide notamment et font l'objet en fin de procédure d'une homologation par arrêté ministériel. Comme on peut le constater, les modalités d'octroi des aides sont très proches de celles étudiées précédemment concernant les prix même si l'expression "homologation" n'est pas employée pour qualifier l'arrêté de libération.

Une de ces conventions de restructuration a directement fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir présenté par une fédération ne faisant pas partie des signataires. Etant donné que ce type de recours n'est normalement pas recevable contre un acte contractuel, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand dans un jugement en date du 13 octobre 1988 *Fédération des syndicats d'Exploitants agricoles du Puy-de-Dôme C/ Préfet de la région d'Auvergne*²⁵⁹ a dû statuer sur la question de la recevabilité du recours.

Cette juridiction va considérer "que la convention de restructuration laitière signée par le préfet de la région Auvergne et par le président du Comité Interprofessionnel Laitier Départemental, et homologuée par arrêté ministériel du 22 juin 1988, ne constitue pas un

²⁵⁸ JO 22 avril 1987, p 4491.

²⁵⁹ *Revue de droit rural* 1989, n°173, p 227, note J-L. Albert.

engagement contractuel mais une décision unilatérale à caractère réglementaire susceptible de recours devant le juge de l'excès de pouvoir".

Le contenu de ce jugement diffère sur un point par rapport au contenu des arrêts analysés précédemment. Le recours pour excès de pouvoir est directement exercé contre l'accord alors que dans les autres arrêts seul l'arrêté de libération des prix était contesté²⁶⁰. En revanche, le raisonnement du juge est très proche de celui opéré par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure*. Dans les deux cas, le juge se base uniquement sur les accords conclus pour déterminer leur nature juridique. A la différence des arrêts *Valet* et *Association hôtellerie et liberté*, l'arrêté ne revêt qu'une importance secondaire.

Cependant, il faut tout de même relativiser cette affirmation car le jugement semble implicitement reconnaître que seules les conventions homologuées doivent être qualifiées de décisions unilatérales et non d'engagements contractuels. Il est nécessaire de préciser à ce sujet que les juges du tribunal administratif utilisent le terme "d'homologation", mais ils ne précisent pas qu'une "incorporation" s'opère comme dans l'arrêt *Valet*.

Même si cela ne concerne pas l'octroi d'avantages, il apparaît intéressant d'opérer un rapprochement entre l'homologation des conventions de restructuration et celle applicable à certains accords conclus en matière agricole.

Yves Madiot analyse, dans sa thèse, la nature juridique des accords interprofessionnels à long terme, des conventions de campagne et les contrats-types d'application, ainsi que les contrats d'intégration individuels ou collectifs. Ces différents accords font l'objet - comme dans le jugement précédemment étudié - d'une procédure d'homologation. Pourtant cet auteur affirme en s'appuyant sur une décision du Tribunal des conflits²⁶¹ que "l'homologation n'altère pas la nature de droit privé de l'acte sur lequel elle porte car son rôle essentiel est d'approuver et de déclarer conforme. C'est une technique administrative qui permet l'application d'un régime particulier"²⁶². Outre le fait que l'homologation ne modifie pas le caractère privé des actes, on peut en déduire aussi qu'elle ne modifie pas leur nature juridique. Ils ne se transforment pas en décisions administratives unilatérales. L'homologation n'aurait donc pas les mêmes effets suivant le type d'acte en cause.

Si l'homologation comporte des effets limités selon Yves Madiot, il n'en est pas de même de l'extension des accords en matière agricole. En effet, prenant l'exemple de l'accord

²⁶⁰ Mis à part le cas particulier de la jurisprudence relative au prix des médicaments précédemment analysée.

²⁶¹ *Rec*, p 866 - TC 12 juin 1961 *Rolland*, *AJDA* 1961, p 633 et 606, chron MM. Galabert et Gentot.

²⁶² *Op. cit.*, p 112.

interprofessionnel, il précise qu'en cas d'extension, il devient "un acte mixte, à base contractuelle et à effet réglementaire. C'est tout d'abord, un acte à base contractuelle, en ce sens que l'accord interprofessionnel, objet de l'extension, est une convention de droit privé (...). C'est ensuite, un acte à effet réglementaire. Lorsque l'accord est étendu, un arrêté d'extension, c'est-à-dire une décision administrative unilatérale, se juxtapose à l'acte de droit privé pour lui donner en tout ou en partie une portée étendue"²⁶³.

Certes, l'extension ne modifie pas purement et simplement la nature de l'acte. Cependant elle atténue sa nature conventionnelle pour le rapprocher des décisions administratives unilatérales. Un arrêt du Conseil d'Etat en date du 19 juin 1981 *Syndicat viticole de Margaux*²⁶⁴ et plus précisément les conclusions rendues par Bruno Genevois sur cet arrêt, confirment ce principe²⁶⁵.

On ne peut, à la lumière de ces quelques développements, considérer que ces différents actes d'extension, d'homologation... n'ont que des effets limités. On aura l'occasion d'approfondir l'analyse dans la suite des développements.

2 – Les mesures dites "agro-environnementales"

L'incertitude quant à la nature juridique d'autres actes relatifs au domaine agricole, tels que les mesures dites "agro-environnementales", a été soulevée par certains auteurs.

Ces mesures définies par le règlement CEE n°2078/96 du 30 juin 1992²⁶⁶, ont été mises en œuvre en France grâce à deux mesures: la "prime à l'herbe"²⁶⁷ et les plans de développement durable²⁶⁸. Selon Jean-François Struillou, "Ces différentes mesures incitatives, basées sur l'octroi d'aides financières, sont utilisées par l'Etat pour infléchir le comportement de certains agriculteurs et les conduire à mettre en place des pratiques culturelles conformes aux objectifs de la politique environnementale"²⁶⁹.

Au premier abord, la nature juridique ne semble pas poser de difficultés. En effet, l'article premier du décret du 20 mars 1998 prévoit que "les exploitants agricoles qui choisissent

²⁶³ *Op. cit.*, p 116.

²⁶⁴ D 1982, p 71, note P. Sabourin.

²⁶⁵ Il indique que "les « accords » étendus par les arrêtés attaqués, sont en réalité des projets de réglementation ayant reçu l'adhésion des professionnels intéressés et qui sont soumis aux pouvoirs publics en vue de se voir conférer la force d'un règlement", *id.*, p 76.

²⁶⁶ JOCE 30 juillet 1992, n°L. 215/85.

²⁶⁷ Décret n°98-196 du 20 mars 1998; JO 22 mars 1998, p 4308 – *Revue de droit rural* 1998, p 310 et p 193, commentaire J-M. Gilardeau.

²⁶⁸ Circulaire DERF n°92-3015 du 18 septembre 1992.

²⁶⁹ J-F. Struillou, "Nature juridique des mesures agri-environnementales: adhésion volontaire à un statut ou situation contractuelle ?", *Revue de droit rural* 1999, p 511.

de maintenir leur système d'élevage extensif et de veiller au bon entretien de leurs prairies peuvent souscrire un engagement contractuel donnant lieu à une contrepartie financière sous la forme d'une prime par hectare de prairie". La nature juridique de ces accords semble clairement ressortir de ces dispositions: il s'agit d'un acte contractuel. Cependant, on a eu l'occasion de se rendre compte qu'un engagement n'est pas dans tous les cas synonyme de contrat.

Analysant la nature juridique des mesures de prime à l'herbe, Carole Hernandez-Zakine constate que les engagements passés, "apparaissent comme étant la condition d'obtenir une aide publique, les demandes sont une condition d'octroi de l'aide mais pas une codécision de l'octroyer"²⁷⁰. Cette analyse ne permet pas de déterminer quelle est la nature juridique réelle de l'opération. De ce fait, l'affirmation de Jean-François Struillou selon laquelle il ressortait de l'article de Carole Hernandez-Zakine que ces mesures auraient "le caractère d'actes unilatéraux pris avec l'accord des agriculteurs"²⁷¹ peut surprendre car si ces mesures revêtaient un tel caractère, il y aurait bien codécision.

Cet auteur tente par la suite de déterminer la nature juridique de ces mesures agri-environnementales et en arrive à la conclusion que celles-ci ont une nature contractuelle. Il s'appuie pour ce faire sur deux arguments. Tout d'abord, il existe bel et bien un accord de volontés, un échange de consentements est à l'origine de la règle. Ensuite, il fait valoir que les mesures agri-environnementales "comportent de véritables engagements réciproques, dotés d'une force obligatoire qui lie les parties et modifie leurs droits et obligations"²⁷².

Par rapport aux arrêts analysés précédemment en matière de libération des prix, on constate que ces arguments manquent de pertinence. En effet, les engagements précédant l'adoption de l'arrêté de libération semblent aussi correspondre aux critères exposés ci-dessus. Pourtant, le juge les a requalifiés en actes unilatéraux. De ce fait, ce n'est pas un hasard si Jean-François Struillou relativise son affirmation en précisant que ces mesures "présentent un particularisme certain, susceptible de rejaillir sur leur régime juridique, et qui tient à l'existence, en la matière, d'un bloc indissociable constitué par le règlement et par le contrat"²⁷³. En effet, l'élément réglementaire consiste, pour ces mesures, dans la réglementation, la normalisation de "la protection de l'environnement dans le domaine

²⁷⁰ C. Hernandez-Zakine, "De l'affichage au droit: l'analyse juridique des contrats agri-environnementaux", *Revue de droit rural* 1998, p 279.

²⁷¹ *Op. cit.*, p 512.

²⁷² *Id.*, p 517.

²⁷³ *Id.*, p 518.

agricole, en incitant les agriculteurs à adopter leur système d'exploitation à la nouvelle donne environnementale²⁷⁴.

On peut constater que la nature juridique de ces mesures agri-environnementales est des plus incertaine et sans indications jurisprudentielles, il semble difficile de prendre partie sur ce point.

Dans les développements qui précèdent était en cause une catégorie particulière d'aides, mais il ressort de l'analyse doctrinale que la nature juridique des aides financières en général peut poser problème. Ainsi, André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé distinguent suivant que l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire ou d'une compétence liée. Dans le premier cas, étant donné que l'administration dispose d'une marge de liberté, un contrat peut être conclu. Par contre, dans le second cas, la marge de manœuvre de l'administration étant beaucoup plus limitée, seul un acte unilatéral peut être adopté.

Néanmoins, la distinction n'est pas figée, il précise en effet que "ce n'est pas parce que les critères d'une aide sont rigoureusement précisés que son octroi est nécessairement unilatéral et parce qu'il laisse place à une marge d'appréciation, donc de discussion, qu'elle donne matière à la conclusion d'un contrat"²⁷⁵.

B – Les actes en matière d'import/export

La dernière catégorie d'actes en matière d'administration économique dont la qualification pose problème concerne la réalisation directe des objectifs interventionnistes. Ainsi, dans la décision du Tribunal des conflits en date du 24 juin 1968 *Société distilleries bretonnes C/FORMA*²⁷⁶, il est question d'un litige relatif à un contrat conclu entre le Fond d'orientation et de régularisation des marchés agricoles et les exportateurs ayant pour objet l'allocation aux intéressés d'une subvention.

Ce n'est pas le raisonnement opéré par le juge qui va nous intéresser mais plutôt l'utilisation d'un signe typographique particulier à savoir les guillemets. En effet, le

²⁷⁴ *Id.*, p 515.

²⁷⁵ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 431.

²⁷⁶ *Rec.* p 801, concl M. Gégout – *D* 1969, p 116, note J. Chevallier – *JCP G* 1969, II, 15764, concl M. Gégout, note J. Dufau – *AJDA* 1969, p 311, note A. de Laubadère.

Tribunal des conflits énonce que le FORMA "passe avec les exportateurs, selon les modalités fixées et les pouvoirs conférés par les ministres compétents, des « contrats »".

Aucune explication n'est donnée concernant l'emploi de ces guillemets. Est-ce que cela signifie que les juges du Tribunal des conflits émettent implicitement des réserves quant au caractère contractuel de ces actes ? Il semble que la réponse soit positive si on en croît la démonstration du Commissaire du gouvernement M. Kahn²⁷⁷. Il affirme très clairement, dans ses conclusions sur la décision du Tribunal des conflits en date du 3 mars 1969 *Préfet de Paris C/ Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés "Interlait"*²⁷⁸, qu'en matière d'interventionnisme économique "chacun s'accorde à reconnaître aujourd'hui que la distinction du contractuel et de l'unilatéral pose plus de questions qu'elle ne permet d'en résoudre: la solution, en somme, tient tout entière entre les guillemets où vous avez enserré vous-mêmes des contrats identiques à ceux de la présente espèce"²⁷⁹.

Ces contrats se rapprocheraient donc plus de l'acte unilatéral que du contrat. Cependant rien dans les textes ne permet de l'affirmer d'autant qu'à la fin de la décision, le Tribunal des conflits détermine sans utiliser les guillemets si le contrat en cause revêt un caractère administratif.

Dans ces domaines où l'administration accorde des avantages aux entreprises privées, il est patent que la nature des actes présente certaines ambiguïtés.

Outre les actes passés avec le FORMA, les autorités nationales ont, à la fin des années cinquante, poussé les entreprises à exporter leurs produits grâce à la conclusion d'accords. Ainsi, la délivrance des licences d'importation et d'exportation donnait lieu à l'octroi de certaines facilités. Une entreprise pouvait par exemple importer avec profit des produits mais, en contrepartie, elle devait accepter d'exporter à perte.

Le Commissaire du gouvernement Mme Questiaux a analysé, dans ses conclusions sur l'arrêt du 12 novembre 1965 *Compagnie marchande de Tunisie*²⁸⁰, la nature juridique d'une lettre comportant une telle opération d'échange. En vertu de cette lettre étaient accordées certaines licences d'importation en contrepartie d'exportations de ciment en Corée du Sud. Il y a donc bien une part de négociation ou tout du moins un accord lors de la formation de cet acte. Pourtant, Mme Questiaux affirme que "certes, la décision en cause présente à certains égards un aspect bilatéral (...) mais il est assez paradoxal d'y voir

²⁷⁷ AJDA 1969, p 311.

²⁷⁸ AJDA 1969, p 307.

²⁷⁹ *Id.*, p 311.

le point de départ de liens contractuels, alors que cet aspect de la lettre traduit seulement la nature propre de l'échange compensé. Dans le cadre de cette procédure, les licences sont délivrées sur la base de certains droits préalablement invoqués par les exportateurs. En réalité, le président du Conseil a entendu délivrer des licences d'importation dans le cadre d'une telle opération. Il s'agit, croyons-nous, d'une véritable décision exécutoire²⁸¹.

Cette analyse semble confirmée par le Conseil d'Etat car il utilise le terme de "décision" pour désigner la nature juridique de la lettre.

On peut donc en déduire qu'il s'agit d'un acte administratif unilatéral précédé de négociations.

Nous terminerons cette première section par l'étude des actes intervenant en matière fiscale.

§ 3: Le cas particulier des actes en matière fiscale

Par l'expression "actes en matière fiscale", on entend plus particulièrement les agréments fiscaux (autrement appelés contrats fiscaux). A première vue, il peut sembler surprenant d'inclure l'étude d'actes fiscaux dans une section relative aux actes à caractère économique. Il est possible de justifier cette inclusion par cette phrase de Michel Fleuriot, "les contrats fiscaux ne relèvent pas du droit fiscal mais du droit économique (par la conclusion de contrats fiscaux, l'Etat ne cherche pas à alimenter son budget mais à orienter l'économie nationale)"²⁸².

Cependant, la nature juridique de ces actes ne semble pas aussi claire qu'il n'y paraît et la doctrine s'est largement interrogée sur la nature juridique réelle des agréments fiscaux. Pour certains, cet agrément entre dans la catégorie des actes contractuels (A) alors que pour d'autres, il s'agit d'un acte unilatéral (B).

A – La thèse contractuelle

²⁸⁰ *AJDA* 1966, p 167.

²⁸¹ *Id.*, p 168.

²⁸² M. Fleuriot, *op. cit.*, p 49. Même si cette affirmation est éminemment contestable, il est nécessaire d'inclure ce paragraphe dans cette section afin de conserver une cohérence d'ensemble.

Ces actes prévus par le Code général des impôts peuvent être définis, selon Emmanuel Kornprobst, comme une "manifestation du consensualisme fiscal qui permet à un contribuable qui le demande, d'accéder au moyen d'une décision administrative, à un régime fiscal de faveur, en contrepartie d'engagements précis qui, initialement, facilitaient la mise en œuvre de la politique économique et sociale du pays, définie dans le cadre du Plan"²⁸³.

Il ressort de cette définition que l'avantage fiscal est accordé en contrepartie d'un engagement du bénéficiaire, de ce fait on peut en déduire qu'un accord de volontés existe. Néanmoins, est-ce que cela signifie pour autant que cette opération s'inscrit dans un cadre contractuel ?

Une telle interrogation a pris toute son importance lorsque les auteurs du IV^{ème} Plan employèrent l'expression de "contrat fiscal" pour désigner ces régimes de faveur²⁸⁴. De ce fait, doit-on s'attacher strictement aux dispositions de ce Plan et admettre la nature contractuelle de ce type d'acte ?

Michel Fleuriet envisage quatre modèles en matière d'octroi d'avantages et parmi les quatre un seul revêt une nature unilatérale. Il s'agit du modèle relatif à l'application "automatique d'un statut privilégié par une loi ou un règlement aux conditions qu'ils déterminent"²⁸⁵. En ce qui concerne les trois autres modèles et étant donné que l'administration dispose d'une marge d'appréciation, Michel Fleuriet les qualifie de contrats.

Son analyse paraît contestable notamment en ce qui concerne le deuxième modèle²⁸⁶. En effet, cet auteur constate que ce modèle résulte "d'un échange de volontés et donne naissance à une obligation qui pèse sur l'administration"²⁸⁷. Dans ce cas, il s'agirait d'un contrat unilatéral. Cependant, il reconnaît que l'on peut "aussi valablement le qualifier de décision exécutoire sollicitée par un administré"²⁸⁸.

Michel Fleuriet semble donc assimiler ces deux catégories d'actes que constituent le contrat unilatéral et l'acte unilatéral. Si on reprend les définitions du contrat, on observe que celui-ci naît d'un échange de volontés qui peut aboutir à la création d'obligations à la charge des deux parties. Il s'agit dans ce cas d'un contrat bilatéral. Si la création

²⁸³ E. Kornprobst, "Agréments fiscaux – Procédure et contentieux", *Jurisclasseur procédures fiscales*, fasc 770, p 2.

²⁸⁴ G. Tournié souligne malgré tout que pour les planificateur du IV^{ème} Plan, l'expression "contrat fiscal" "n'avait pas pour eux de contenu juridique très précis", *Les agréments fiscaux*, Paris, Pédone, 1970, p 231.

²⁸⁵ *Op. cit.*, p 60.

²⁸⁶ Ce modèle vise "les applications d'un statut aux opérations agréées par l'administration", *ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

d'obligations faisant suite à l'accord de volontés ne concerne simplement qu'une des parties, le contrat sera qualifié d'unilatéral.

Le rapprochement du contrat unilatéral et de la décision exécutoire opéré par Michel Fleuriet est de ce fait discutable car même si les effets de ces deux catégories d'actes comportent des similitudes, leur mode de création est en revanche normalement différent.

Néanmoins, ce rapprochement tendrait à prouver que si l'acte en cause est bien une décision exécutoire, Michel Fleuriet lui reconnaît implicitement un caractère particulier. En effet, il précise que ce serait "une décision sollicitée par un administré". Etant donné qu'il opère un rapprochement avec le contrat, il serait peut-être plus exact d'affirmer que la décision, outre son caractère sollicité, est négociée avec l'administré.

De tous ces éléments et mis à part le premier cas, Michel Fleuriet en déduit que "le contrat fiscal est un contrat. C'est un contrat unilatéral si l'administration ne stipule aucune condition particulière lors de l'agrément; il est synallagmatique dans le cas contraire"²⁸⁹. Selon cet auteur, il y a bien un échange de volontés dans la formation du contrat fiscal "dans la mesure où il n'est pas automatique et doit être sollicité, l'agrément unilatéral devient la manifestation positive de la volonté administrative qui, en s'accordant avec la volonté du contribuable, donne naissance à un authentique consentement"²⁹⁰.

Néanmoins, est-ce que cela suffit pour affirmer que cet acte est un contrat ? On a pu étudier précédemment, pour ce qui concerne notamment les accords en matière de prix, que l'existence d'un consentement ou d'une négociation ne préside pas dans tous les cas à la formation d'un contrat.

Gérard Tournié a pris en compte ces difficultés dans sa thèse pour tenter de déterminer la nature juridique du contrat fiscal. Après avoir mis en avant les positions doctrinales critiquant la qualification contractuelle²⁹¹ ainsi que les éléments de défense de la thèse contractuelle, il privilégie cette dernière. Même s'il admet que "le contrat fiscal est très différent des contrats administratifs conclus en vue du fonctionnement d'un service public"²⁹², il reconnaît que "la seule qualification qui permette à la fois d'expliquer et de justifier l'agrément fiscal est celle de contrat fiscal"²⁹³.

²⁸⁸ *Id.*, p 61.

²⁸⁹ *Id.*, p 63.

²⁹⁰ *Id.*, p 64.

²⁹¹ *Op. cit.*, p 236.

²⁹² *Id.*, p 307.

²⁹³ *Ibid.*

Gérard Tournié est parvenu à cette conclusion en étudiant les caractéristiques de l'agrément fiscal et il apparaît que des engagements réciproques de l'administration et du bénéficiaire de l'agrément, "résulte une situation subjective"²⁹⁴. Or la création d'une telle situation étant l'une des caractéristiques majeures du contrat, il peut en déduire que l'agrément appartient bien à cette catégorie juridique. Néanmoins, toujours selon Gérard Tournié, il s'agit d'un contrat très spécifique étant donné que l'autonomie de la volonté des parties, et plus spécifiquement du contribuable, est réduite. De ce fait, il le qualifie de "contrat d'adhésion"²⁹⁵.

Si pour certains auteurs dont Gérard Tournié, la thèse contractuelle ne fait aucun doute, il faut déterminer quels sont les arguments avancés pour contester la nature unilatérale de l'agrément fiscal. Si on s'attache aux propos de Gérard Tournié, son raisonnement repose essentiellement sur deux éléments: le refus d'assimilation de l'agrément fiscal à l'agrément administratif et le fait que l'agrément fiscal n'est pas un acte de police économique²⁹⁶. Si cet auteur admet sans discussion que l'agrément administratif "est un acte administratif unilatéral"²⁹⁷, il opère, dans la suite de ses développements, une comparaison entre les effets de ces deux types d'agréments. Comme il le souligne, "une fois agréé, le contribuable ne subit aucun contrôle spécifique de sa situation privilégiée. Il reste entièrement libre d'exécuter ses engagements"²⁹⁸ alors que l'agrément administratif suppose un contrôle de la part de l'autorité administrative. Or, la comparaison semble incomplète car Gérard Tournié s'en tient essentiellement aux effets et non à la nature même de ces actes pour en déduire que l'agrément fiscal ne peut être considéré comme un acte administratif unilatéral. Il ne prend pas en considération les modalités d'édition de ces deux catégories de décisions tout du moins dans ce développement car, quelques pages plus loin ses propos apparaissent dépourvus d'ambiguïté. Ainsi, il affirme que "l'agrément fiscal est sans aucun doute une décision unilatérale"²⁹⁹.

B – La thèse de l'acte unilatéral défendue par une majorité d'auteurs

²⁹⁴ *Id.*, p 275.

²⁹⁵ *Id.*, p 307.

²⁹⁶ *Id.*, pp 217 et ss.

²⁹⁷ *Id.*, p 221.

²⁹⁸ *Id.*, p 230.

²⁹⁹ *Id.*, p 248.

Une partie de la doctrine a contesté les arguments évoqués par les auteurs tendant à démontrer la nature contractuelle de l'agrément fiscal.

La création d'une situation subjective est notamment contestée par Jacques Delmas-Marsalet qui affirme, dans ses conclusions rendues sur l'arrêt en date du 16 février 1972 *Compagnie X...*³⁰⁰, que "le seul effet de la décision d'agrément est d'entraîner l'application à l'entreprise bénéficiaire d'un statut fiscal privilégié préalablement défini par la loi. Il ne s'agit donc pas d'un engagement contractuel pris par l'administration, mais de cette catégorie particulière d'acte unilatéral que la doctrine a qualifié « d'acte condition »"³⁰¹. Roland Drago dans son article "Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique"³⁰² ainsi qu'André de Laubadère³⁰³ et Gérard Timsit³⁰⁴ semblent partager ce point de vue.

Si on étudie plus en détail cette argumentation, on constate qu'elle repose sur un élément fondamental à savoir l'absence de liberté, d'autonomie des auteurs (ou parties) de l'acte concernant les modalités d'octroi ou le contenu de l'agrément.

Georges Moranges résume cette analyse de la manière suivante: "il ne saurait y avoir de contrat que dans la mesure où l'autonomie de la volonté conserve un domaine, si restreint soit-il. Or, en matière fiscale, l'autonomie de la volonté ne conserve aucune place"³⁰⁵. Cependant, cet argument suffit-il pour rejeter la qualification contractuelle de l'agrément fiscal ?

Comme on l'a précisé, Gérard Tournié reconnaît que l'autonomie de la volonté occupe une place réduite. Mais il ne refuse pas pour autant de qualifier l'agrément de contrat d'adhésion. Or, un tel acte entre bien dans la catégorie des contrats tout du moins en droit civil, car comme l'indique Jacques Ghestin, "on peut tenir pour contractuelle toute obligation née d'un accord de volontés, même si celui-ci n'en a pas déterminé le contenu"³⁰⁶. Cette affirmation de Jacques Ghestin pourrait s'appliquer à l'agrément fiscal. Même si le contrat d'adhésion entre dans la catégorie des contrats, il n'en demeure pas moins qu'il se rapproche ostensiblement de l'acte unilatéral étant donné que le contenu de

³⁰⁰ AJDA 1973, p 257, concl J. Delmas-Marsalet.

³⁰¹ *Id.*, p 258.

³⁰² Les contrats fiscaux "ne sont que des avantages fiscaux accordés dans le cadre de conditions définies par la loi et subordonnés généralement à l'agrément de l'administration donné au programme d'action d'un entreprise ou d'un groupe d'entreprises", in *Mélanges W.J. Ganshoff Van der Meersch*, Centre interuniversitaire de droit public et de l'Université libre de Bruxelles, 1972, p 581.

³⁰³ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 62.

³⁰⁴ "L'agrément est un acte administratif unilatéral et discrétionnaire dont l'édition déclenche l'application à l'entreprise agréée d'un régime fiscal prévu par la loi et le règlement", "Les contrats fiscaux", *D* 1964, pp 119-120.

³⁰⁵ G. Moranges, "La nature juridique des actes d'imposition", *RSLF* 1950, p 549.

l'acte ne résulte pas négociations approfondies entre les parties³⁰⁷. De ce fait, ne serait-il pas plus juste de qualifier l'agrément fiscal d'acte administratif unilatéral ?

Un indice de la nature unilatérale de l'agrément fiscal ne peut être trouvé dans l'attendu de cet arrêt de la Cour de cassation en date du 13 mars 1895 *Dreyfus frères et Compagnie C/ Enregistrement*³⁰⁸ et reconnaissant que "la perception des impôts intéresse essentiellement l'ordre public; qu'elle ne peut donc pas être la matière d'un contrat". En effet, le législateur peut lui-même mettre en place des exceptions à ce principe.

Le caractère contestable de ces arguments amène la majorité des auteurs à considérer que les contrats fiscaux ou agréments fiscaux constituent des actes administratifs unilatéraux. Pour justifier leur affirmation, ils se fondent sur différents arguments plus ou moins pertinents.

Le premier argument invoqué ne présente qu'un intérêt limité étant donné qu'il s'appuie sur la terminologie. Concernant ces agréments, on utilise, pour reprendre les propos de Gérard Tournié, un "vocabulaire emprunté à l'action unilatérale de l'administration (...)". L'agrément est "octroyé", "refusé", "retiré", "révoqué"³⁰⁹. On aura l'occasion de voir à de nombreuses reprises qu'il ne faut pas s'attacher trop strictement aux termes utilisés car les apparences sont souvent trompeuses.

En revanche un argument plus probant est cité par les auteurs en vue de qualifier l'agrément fiscal ou le contrat fiscal d'acte administratif unilatéral: il s'agit du régime contentieux de cet acte. Il ressort de la jurisprudence que les actes relatifs à l'agrément fiscal suivent le régime des actes administratifs unilatéraux. L'arrêt le plus souvent cité par la doctrine sur ce point date du 10 mars 1967 *Ministre de l'Economie et des Finances C/ Société Samat et compagnie*³¹⁰. Un recours pour excès de pouvoir est exercé à l'encontre de l'acte retirant un agrément accordé en vertu de l'article 238 bis E du Code général des impôts à une entreprise s'engageant à réaliser des investissements dans un DOM. Etant donné que le Conseil d'Etat admet implicitement la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre la décision de retrait, on peut en déduire que l'agrément fiscal ne peut être qualifié de contrat³¹¹. En effet, s'il s'agissait d'un tel acte, seul le recours de plein

³⁰⁶ J. Ghestin, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat: formation*, *op. cit.*, p 213.

³⁰⁷ G. Tournié y fait d'ailleurs référence car il constate que "le caractère unilatéral de l'agrément fiscal laisse seulement supposer que le contrat qui en sera issu sera un contrat d'adhésion", *op. cit.*, p 251.

³⁰⁸ S. 1895, I, p 465, note Wahl.

³⁰⁹ *Op. cit.*, p 299.

³¹⁰ *AJDA* 1967, p 280, concl M. Galmot.

³¹¹ R. Simonnet, "Le contrôle juridictionnel des incitations fiscales", *AJDA* 1968, p 276 et O. Fouquet, "Les agréments fiscaux", *JCP E* 1991, p 441 mettent en avant cet argument.

contentieux serait recevable. Le recours pour excès de pouvoir n'a été admis que dans certaines hypothèses précises et particulières que l'on aura l'occasion d'étudier par la suite. Outre la nature unilatérale qui ressort implicitement de cet arrêt, ce dernier apporte une précision intéressante que Pierre Delvolvé résume ainsi: le contrat fiscal résultant d'un agrément est "un acte unilatéral affecté d'une condition résolutoire. Les engagements de l'entreprise sont la condition de l'agrément; celui-ci n'est pas la contrepartie d'une obligation conventionnelle"³¹².

Même si on peut déduire de l'arrêt précédemment étudié que l'agrément fiscal revêt une nature unilatérale, il n'en demeure pas moins que, tout comme en matière de libération des prix, il s'agit d'un acte administratif unilatéral particulier. En effet, l'agrément fiscal fait suite à un accord de volonté entre l'administration et le bénéficiaire éventuel de l'agrément. L'existence de limitations à l'autonomie de la volonté ne signifie pas pour autant que les parties n'ont pas la possibilité d'engager des négociations. Il est vrai que l'agrément fiscal fait suite à une demande du futur bénéficiaire. Deux volontés vont donc se rencontrer et de ce fait, la négociation peut exister. Ainsi, par exemple, si le bénéficiaire estime que "les conditions que lui impose le fisc sont à ses yeux inacceptables, il a toujours la liberté de renoncer. Donc, il est à même de négocier. En ce sens il y a réellement échange de consentements"³¹³. Gérard Tournié va dans le même sens³¹⁴.

Des éléments semblent aller en faveur des thèses contractuelles et unilatérales et dans un souci de compromis, ne serait-il pas préférable d'admettre que l'agrément fiscal doit être qualifié d'acte unilatéral négocié ?

Gérard Tournié évoque-t-il cette possibilité dans sa thèse ? Il affirme que "si le contrat fiscal existe bien, l'agrément fiscal ne peut revêtir qu'une nature mixte. Acte unilatéral, il constitue l'acte de passation du contrat, c'est-à-dire la décision par laquelle l'administration donne son consentement. Mais aussi, il s'assimile aux actes unilatéraux par lesquels l'administration sélectionne ses cocontractants car l'agrément fiscal est aussi un moyen de sélection. Acte contractuel, il est aussi le contrat lui-même définissant, par approbation,

³¹² P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969, p 138.

³¹³ C. de La Mardière, *Recours pour excès de pouvoir et le contentieux administratif de l'impôt*, Paris, LGDJ, 2002, p 104.

³¹⁴ Il affirme que "l'administration ne peut, en particulier, imposer unilatéralement la création d'obligations qui ne pourraient être acceptées par le contribuable, sans voir celui-ci renoncer à sa demande tout en conservant la liberté d'effectuer ses projets. Ainsi, l'accord que le contribuable agréé donne sur les modalités de l'agrément est tacite", *op. cit.*, p 249.

les obligations du contribuable agréé, ce qui se traduit formellement par l'annexion de l'agrément à la demande du contribuable"³¹⁵.

A la lecture de cette conclusion, on peut affirmer que Gérard Tournié privilégie la nature contractuelle de l'agrément fiscal. L'unilatéralité de cet acte s'inscrit dans un cadre contractuel et de ce fait il constituerait un acte détachable de cette opération. L'analyse de cet auteur n'emporte pas la conviction. On conçoit difficilement qu'un même acte puisse être à la fois un contrat et un acte détachable de ce dernier³¹⁶. Affirmer aux vues de cette citation que cet auteur qualifie l'agrément fiscal d'acte administratif unilatéral négocié serait hasardeux.

En revanche, et bien que celui-ci soit un farouche défenseur de la thèse contractuelle, la forme unilatérale de l'agrément fiscal constitue un obstacle sérieux à la consécration d'une telle thèse³¹⁷. Cependant, il semble reprendre cet argument à son avantage car le recours à un acte unilatéral repose à son avis sur une interdiction non fondée de l'utilisation du contrat dans ce domaine; ainsi "les pouvoirs publics auraient donné à des relations contractuelles l'apparence d'une technique unilatérale"³¹⁸. Il y aurait donc bien requalification par l'administration d'un acte contractuel à la base, en acte unilatéral. Le juge administratif confirme implicitement cette requalification en soumettant, comme on l'a vu, l'agrément fiscal au contentieux de l'excès de pouvoir. Même si on peut regretter que ce même juge ne mette pas davantage en avant la part de négociation dans l'élaboration de cet acte, il semble possible de le qualifier d'acte unilatéral négocié.

Dans ce domaine de l'administration économique et fiscale, les actes relatifs à la libération des prix constituent l'exemple le plus probant de requalification expresse. Qu'en est-il des actes relatifs à l'occupation et à la gestion du domaine public ?

³¹⁵ *Op. cit.*, p 251.

³¹⁶ Lorsque le juge admet la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables du contrat, on ne peut affirmer qu'il considère le contrat en tant que tel comme un acte susceptible de faire l'objet de ce même recours.

³¹⁷ Il affirme en effet que "le régime contractuel est démenti par le caractère unilatéral de la décision", *op. cit.*, p 298.

³¹⁸ *Ibid.*

Section 2

La requalification des actes relatifs à l'occupation et à la gestion du domaine public

Il existe une pluralité de domaines publics immobiliers. On recense le domaine maritime, fluvial, terrestre et enfin le domaine hertzien. Concernant la gestion et l'occupation de ces domaines, différents types d'actes peuvent être pris. On constate dans un premier temps que le juge tend à rapprocher ces deux catégories que sont les actes unilatéraux d'occupation du domaine public et les concessions. Il hésite malgré tout à les qualifier d'actes unilatéraux en usant d'artifices (§ 1). Néanmoins, il apparaît dans certains cas que la qualification contractuelle est expressément rejetée (§ 2).

§ 1: Les rapprochements opérés entre les actes unilatéraux d'occupation du domaine public et les concessions

On peut dans un premier temps confronter de manière générale les permissions de voirie aux concessions de voirie. La première s'est vu conférer certaines des caractéristiques de la seconde et réciproquement (A). Le juge hésite néanmoins à les assimiler purement et simplement (B).

A – Les permissions de voirie face aux concessions de voirie

Parmi les actes entrant théoriquement dans la catégorie des actes unilatéraux, on trouve les permissions de voirie, mais le contenu de ces dernières amène à relativiser cette affirmation. Ainsi, au début du XX^{ème} siècle, "la permission de voirie ne pouvait être subordonnée qu'à des conditions relatives à la voirie elle-même (...). Cette conception étroite de la permission de voirie a été abandonnée. La jurisprudence admet aujourd'hui que l'octroi de la permission de voirie soit assujéti à des conditions très variées édictées dans l'intérêt général et même à de véritables obligations de service public, en vue de la satisfaction des besoins des usagers de l'entreprise permissionnaire. Cette évolution

rapproche la permission de la concession de voirie, sinon par sa nature qui n'est pas contractuelle, du moins par les possibilités qu'elle ouvre"³¹⁹.

Cela semble signifier que l'administration et l'occupant peuvent, dans le cadre de la permission, convenir de l'insertion de telle ou telle condition. Des négociations interviendraient lors de la formation d'un tel acte. De ce fait et étant donné qu'elle ne se transforme pas en contrat, elle peut rentrer dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux négociés.

Dans le cadre du rapprochement existant entre l'acte unilatéral et conventionnel, Christine Brechon-Moulènes³²⁰ met en avant l'ambiguïté de la nature juridique d'un acte intitulé autorisation conventionnelle d'occupation du domaine public. Elle a été consacrée par l'arrêté du 30 juillet 1970 devenu l'article A 26 du Code du domaine de l'Etat.

Ce terme d'autorisation conventionnelle n'apparaît pas expressément dans les dispositions de cet article mais semble ressortir d'une circulaire en date du 9 août 1971 relative à l'application de l'article précité. Après avoir démontré que la permission et la concession de voirie sont finalement très proches, elle affirme que la permission de voirie « formule 1970 » offre à l'occupant des garanties analogues à celles de la concession"³²¹. Ainsi, "le régime de la concession de voirie paraît avoir débordé le champ des contrats pour s'emparer de la permission de voirie, l'entourant du même formalisme, lui assurant ce même minimum de sécurité juridique et économique, corollaire de la poursuite d'un même but d'intérêt général"³²². L'auteur précise pour quelle raison cette permission se rapproche tellement de la concession. L'article A 26 du Code du domaine de l'Etat prévoit la possibilité d'indemnisation du bénéficiaire de l'autorisation en cas de retrait de cette dernière avant l'expiration du terme fixé. Une telle garantie n'existe normalement pas en matière d'autorisation unilatérale. On la retrouve seulement dans le cadre de la concession. En effet, Jean-Marie Auby et Pierre Bon ont déterminé quelles sont les caractéristiques des occupations contractuelles du domaine. Ces dernières "comportent non seulement une réciprocité dans les obligations des parties, mais encore pour l'occupant un minimum de sécurité juridique et économique qui se traduit par exemple par une énumération limitative des causes de retrait ou par un droit à indemnité en cas de retrait"³²³.

³¹⁹ Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, Paris, LGDJ, 12^{ème} édition, 2002, tome 2, p 193.

³²⁰ C. Brechon-Moulènes, "Une technique juridique explosive: « l'autorisation conventionnelle » d'occupation du domaine public", in *Mélanges offerts à G. Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p 753.

³²¹ *Id.*, p 760.

³²² *Id.*, p 759.

³²³ J.-M. Auby, P. Bon, *Droit administratif des biens*, Paris, Précis Dalloz, 3^{ème} édition, 1995, p 140.

Si l'intention des parties a donc été de conférer à l'occupant une telle sécurité, l'acte en cause aurait une nature contractuelle. La permission se rapprocherait donc plus du contrat que de l'acte unilatéral et de ce fait on peut se demander si elle pourrait être qualifiée d'acte administratif unilatéral négocié.

Comme il a été dit, cette stipulation relative à l'indemnisation est propre aux actes contractuels. De plus, on constate à la lecture de l'article A 26 du Code du domaine de l'Etat, que cette indemnisation doit avoir été prévue dans le titre d'autorisation. Cela signifie qu'une négociation entre le bénéficiaire et l'administration peut se dérouler afin d'inclure ou non cette possibilité. On pourrait donc admettre que la permission de voirie consacrée par l'arrêté de 1970 constitue un acte administratif unilatéral négocié.

Le caractère délicat de la distinction entre acte unilatéral et contractuel en matière d'occupation du domaine public semble se confirmer avec cet arrêt en date du 21 octobre 1988 *SARL CETRA C/ Port autonome de Nantes-Saint-Nazaire*³²⁴. Une permission de voirie avait été accordée pour un emplacement sur le domaine public maritime. Quelques jours avant l'expiration de cette autorisation unilatérale, l'occupant reçoit l'autorisation pour continuer à utiliser cet emplacement par un acte intitulé "convention". L'une des questions importantes qui se posait dans cet arrêt était de savoir quelle est la véritable nature juridique de cet acte intitulé "convention" ?

Le Conseil d'Etat reconnaît expressément que l'autorisation dénommée "convention", "consentie à titre gracieux, n'a revêtu aucun caractère contractuel et était soumise aux mêmes conditions de précarité que l'autorisation initiale quelle prolongeait".

Cet acte n'a donc que l'apparence d'un contrat et revêt en fait une nature unilatérale. Il peut sembler surprenant que le juge ne qualifie pas expressément cet acte. Il se contente de nier sa nature contractuelle. Cependant, on peut se demander si l'adoption de cette "convention" n'a pas malgré tout été précédée de négociations. En effet, un mois avant l'expiration de l'autorisation unilatérale primitive, l'acte intitulé convention a été pris. On peut donc supposer que des négociations ont eu lieu entre l'administration et l'occupant afin que ce dernier puisse occuper le domaine le plus longtemps possible jusqu'à l'intervention des travaux de dragages.

³²⁴ Rec, p 364 – RA 1988, p 529, note P. Terneyre.

B – Un rapprochement source d'hésitations pour le juge administratif

La majorité des auteurs s'accordent à reconnaître que les différences existantes entre les actes unilatéraux d'occupation du domaine et les autorisations conventionnelles sont des plus incertaines.

Bien que dans le cadre de la concession, l'administration et l'occupant ont toujours la possibilité d'assortir l'occupation de conditions convenues entre ces deux parties, on constate que sa nature juridique prête à discussions. Selon André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, de tels actes "ont une nature contractuelle"³²⁵. Ils poursuivent en constatant "qu'elles se différencient ainsi d'autres actes autorisant l'occupation du domaine public, adoptés unilatéralement, et spécialement des permissions de voirie qui, comme elles, autorisent un particulier à occuper privativement et anormalement une portion du domaine public affecté à l'usage public"³²⁶. De même Agathe Van Lang affirme que ces concessions portant occupation de ce domaine "sont des contrats administratifs par détermination du décret-loi du 17 juin 1938"³²⁷. Il semble donc clair selon ces auteurs que le terme de "concession" sous-entend que l'acte en cause est nécessairement un acte de nature contractuelle. Cependant, la réalité est beaucoup plus complexe qu'il n'y paraît car le terme concession permet certes de désigner des actes contractuels mais aussi unilatéraux³²⁸. De ce fait, on peut se demander si l'utilisation du terme de concession concernant un acte unilatéral ne signifie pas implicitement que celui-ci se rapproche d'un contrat de par l'existence de négociations.

Deux cas doivent semble-t-il être distingués.

Dans une première hypothèse, il se peut que le législateur emploie, dans un texte, le mot concession pour désigner un acte mais sans préciser quelle est sa nature juridique réelle. Concernant le domaine public maritime, l'article 30 de la loi du 3 janvier 1986 fait référence aux "concessions de plage" sans autre indication. Mais est-ce pour autant un contrat ? Si on s'en tient aux dispositions de l'arrêt du 21 juin 2000 *SARL Plage "Chez Joseph"*³²⁹, la réponse est positive car le Conseil d'Etat la qualifie de contrat de délégation de service public. Or, la rédaction de l'arrêt *Commune de Ramatuelle* en date

³²⁵ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 323.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ A. Van Lang, G. Gondouin et V. Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Armand Colin, 4^{ème} édition, 2005, p 75.

³²⁸ Cette phrase de J-P Lebreton selon laquelle, "le vocable concession est employé de manière fantaisiste, aussi bien pour désigner des autorisations unilatérales que des contrats" illustre cette affirmation, "Les occupations du domaine public", *AJDA* 1978, p 618.

³²⁹ *RFDA* 2000, p 797, concl C. Bergeal – *DA* 2000, n°248, note S. Braconnier.

du 13 novembre 2002³³⁰ sème le doute. Le Conseil d'Etat a du déterminer si une contradiction existe entre la notion de concession de plage et les dispositions de l'article L 321-5 du Code de l'environnement prévoyant que "les décisions d'utilisation du domaine public maritime tiennent compte de la vocation des zones concernées (...)". Dans le cadre de son contrôle de cassation, la juridiction suprême affirme que la cour administrative d'appel a pu, sans commettre d'erreur de droit, affirmer que "l'acte de concession approuvé par l'arrêté préfectoral litigieux, constituait bien une "décision d'utilisation du domaine public maritime" au sens des dispositions précitées". Etant donné que le terme "décision" est propre aux actes administratifs unilatéraux, on doit donc en déduire que les concessions de plage ne peuvent être qualifiées de contrat.

Les auteurs se sont demandés de quelle façon devait être interprété cet arrêt. En effet, comment concilier la forme contractuelle de la concession, l'existence de négociations avec la qualification de décision ? Selon Philippe Delelis, la nature de l'acte est fonction de la législation applicable. Ainsi, un même acte peut être de nature unilatérale en vertu d'une première législation et contractuelle en vertu d'une autre. En l'espèce, la concession est régie par les règles relatives à la passation des contrats publics et dans ce cadre l'acte est contractuel ainsi que par les dispositions du Code de l'environnement, mais alors dans ce cas il s'agit d'un acte unilatéral³³¹.

La concession aurait donc une double nature. Philippe Delelis est de cet avis car il affirme que "c'est un seul et même acte – contractuel pour les parties (dont l'administration), unilatéral pour la seule administration – qui fait l'objet d'un contrôle de légalité par le juge administratif"³³². Selon ce même auteur, le Conseil d'Etat ne procède pas à une requalification car "l'avenant était clairement contractuel en ce qu'il réglait les rapports des parties s'agissant d'investissements nouveaux, et il était aussi, implicitement mais nécessairement, tout aussi clairement unilatéral en ce qu'il décidait d'un mode d'utilisation donné du domaine public maritime"³³³.

Cette démonstration n'emporte pas la conviction. Tout d'abord et si on s'en tient à ce raisonnement, l'affirmation selon laquelle le juge n'opère pas de requalification doit être relativisée. L'auteur affirme que le Conseil d'Etat ne dénie pas totalement la nature contractuelle de la concession. En ce sens, il ne peut y avoir selon lui requalification. Cependant, étant donné qu'un acte qualifié à la base de concession et donc théoriquement contractuel est intégré par le juge dans la catégorie des actes unilatéraux,

³³⁰ *BJDU* 2002, p 344, concl D. Piveteau – *AJDA* 2003, p 337, note J. Morand-Deville – *JCP A* 2003, n°1235, p 301, note L. Bordereaux – *Collectivités territoriales et Intercommunalité* 2003, n°37, note T. Celerier – *Contrats et marchés publics* 2003, n°12, p 24, note P. Delelis.

³³¹ P. Delelis affirme sur ce point que "le contrat en cause peut lui-même être qualifié, par ailleurs, d'acte unilatéral ressortissant d'une autre législation", *op. cit.*, p 25.

³³² *Ibid.*

il serait plus juste d'affirmer qu'une requalification partielle est effectuée. Or, à la lecture de l'arrêt, rien ne laisse penser que la concession de plage peut dans certains cas conserver sa nature contractuelle.

Ensuite, le fait de considérer que la nature juridique d'un acte puisse changer en fonction de la législation applicable ainsi que des personnes prises comme référentiels semble pour le moins contestable. Un acte ne peut avoir qu'une seule et unique nature.

C'est pourquoi, il faut à mon sens considérer que l'acte d'apparence conventionnelle que constitue la concession de plage est requalifié en acte unilatéral.

La position du juge peut, dans une seconde hypothèse, évoluer avec le temps. Ainsi, après avoir considéré qu'un acte est un authentique contrat, il adopte une position beaucoup plus nuancée. Tel est le cas des concessions funéraires régies par les articles L 2223-13 et suivants du Code général des collectivités territoriales. Les textes ne faisant référence qu'au terme de "concession", le juge a été amené à déterminer la nature juridique réelle de cet acte. Dans un arrêt d'assemblée du 21 octobre 1955 *Demoiselle Méline*³³⁴, le Conseil d'Etat a reconnu que les concessions funéraires sont des contrats administratifs portant occupation du domaine public dont les litiges relèvent de la juridiction administrative en application de l'article premier du décret du 17 juin 1938³³⁵. La cour administrative d'appel de Marseille a récemment confirmé cet arrêt³³⁶.

Cependant, la nature juridique d'un tel acte se révèle être beaucoup plus incertaine si l'on en croît la rédaction de certains jugements ou arrêts. Ainsi, le tribunal administratif de Paris dans un jugement en date du 21 avril 1971 *Ville de Paris C/ Sieurs Ribette et Manoury*³³⁷ précise qu'une "concession funéraire bien qu'accordée par un arrêté (...) est un contrat administratif". Philippe Godfrin, dans sa note, tente d'expliquer une telle formulation. Selon lui, "l'arrêté... n'est pas, dans ce cas précis, une décision unilatérale, mais seulement l'expression du consentement d'une des parties au contrat: l'administration. Le fait que le consentement de l'administration prenne la forme d'un arrêté n'a aucune influence sur le caractère contractuel de la concession (...) "³³⁸. Si cette analyse semble la plus convaincante, il n'en demeure pas moins que la formule est des plus surprenante. A aucun moment il n'est fait référence à l'autre manifestation de volonté que constitue la déclaration préalable du demandeur en vue de qualifier l'acte de contrat.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Rec*, p 491 – *D* 1956, p 543, concl Guionin – *RPDA* 1956, p 65, étude J-M. Auby.

³³⁵ Cette disposition est incluse, à l'heure actuelle, dans le Code du domaine de l'Etat à l'article L 84.

³³⁶ CAA Marseille 9 février 2004 *M. Y C/ Maire d'Allauch*, req n°99MA00943.

³³⁷ *AJDA* 1972, p 164, note P. Godfrin.

³³⁸ *Id.*, p 166.

Un arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 31 décembre 2003 *M. Pierre X... C/ Commune de Flayosc*³³⁹ confirme le caractère ambigu de la nature juridique de la concession. En effet, à l'occasion du recours contre un arrêté modifiant un acte de concession dans un cimetière, le juge affirme que "les décisions portant attribution de concessions funéraires perpétuelles sont des décisions individuelles créatrices d'un droit réel immobilier au profit de leurs bénéficiaires". La cour administrative d'appel a donc une position beaucoup plus nette que le tribunal administratif. La concession est bien qualifiée d'acte unilatéral³⁴⁰ et non de contrat. La nature contractuelle consacrée par le Conseil d'Etat et rappelée par le tribunal administratif de Paris ne serait donc qu'une apparence. Les concessions funéraires entreraient en réalité dans la catégorie des actes unilatéraux³⁴¹. Si dans ces quelques exemples les juridictions administratives hésitent à intégrer ces actes dans la catégorie des actes unilatéraux et préfèrent s'en tenir, tout du moins pour certaines d'entre elles, à la qualification de contrat, cette dernière est néanmoins expressément rejetée dans certains cas.

§ 2: La qualification contractuelle expressément rejetée par le juge administratif

L'utilisation des fréquences hertziennes ne peut se faire sans autorisation. La loi du 30 septembre 1986 prévoit une procédure particulière qui fait se succéder deux actes différents dont un acte conventionnel. Alors même qu'un tel acte est conclu, le juge refuse de qualifier cet ensemble de contrat (A). L'administration ne délivre pas uniquement des actes autorisant l'occupation du domaine public. Elle doit édicter des actes de portée plus générale afin de gérer efficacement son domaine. Tel est le cas d'un document portant sur l'aménagement du domaine qui, malgré les apparences, n'est pas qualifiable de contrat (B).

A – Les autorisations d'utilisation des fréquences hertziennes

³³⁹ Req n°00MA00517.

³⁴⁰ B. Seiller affirme dans son manuel que "les décisions administratives forment une catégorie d'actes administratifs unilatéraux", *Droit administratif – L'action administrative, op. cit.*, p 116.

³⁴¹ L'usage du conditionnel s'impose en l'espèce car la Haute juridiction administrative n'a semble-t-il jamais confirmé l'analyse des juridictions inférieures.

En vertu de l'article 22 de la loi du 30 septembre 1986, "l'utilisation, par les titulaires d'autorisation, de fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat". Il ne fait aucun doute à la lecture de cet article que les ondes hertziennes font partie du domaine public.

Il n'est pas question d'analyser les différents articles de cette loi mais de s'arrêter notamment sur l'article 28 définissant les modalités d'octroi de ces autorisations. En outre et même si le domaine public n'est pas directement en cause, il sera intéressant d'effectuer un parallèle avec les "conventions" relatives non à l'utilisation des fréquences hertziennes mais à la diffusion par voie câblée.

L'article 28 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit que "la délivrance des autorisations d'usage de la ressource radioélectrique pour chaque nouveau service diffusé par voie hertzienne terrestre autre que ceux exploités par les sociétés nationales de programme est subordonnée à la conclusion d'une convention passée entre le CSA au nom de l'Etat et la personne qui demande l'autorisation".

On peut constater dans un premier temps que le législateur ne qualifie pas la nature de l'autorisation d'usage d'une fréquence³⁴². Seule une analyse de la jurisprudence peut nous éclairer. Ces autorisations font, dans ce domaine, l'objet d'un recours pour excès de pouvoir³⁴³. Elles peuvent donc être considérées comme des actes administratifs unilatéraux décisifs.

L'analyse pourrait s'arrêter là. Or, ce même article 28 précise que la conclusion d'une convention précède la délivrance de l'autorisation par le CSA. Ainsi, différentes questions peuvent se poser. Cette convention possède-t-elle une existence juridique autonome et si oui entre-t-elle, comme son nom semble l'indiquer, dans la catégorie des actes de nature contractuelle ? Au contraire, s'agirait-il en réalité d'un acte unilatéral déguisé sous la forme d'une convention ? Ou bien, enfin, cette convention, dépourvue par elle-même de toute valeur juridique, s'incorpore-t-elle dans la décision d'autorisation ?

Afin de répondre à ces questions, il est nécessaire d'analyser la jurisprudence et plus précisément l'arrêt en date du 8 avril 1998 *Société Serc Fun Radio*³⁴⁴.

³⁴² Le législateur emploie certes le terme "d'autorisation" mais, comme on aura l'occasion de le vérifier, il ne renvoie pas forcément à la notion d'acte unilatéral.

³⁴³ CE 26 juin 1996 *Association « Radio Alpes Info »*, *RFDA* 1996, p 847 – Dans cet arrêt, il s'agissait d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision par laquelle le CSA a délivré une autorisation d'usage de fréquences.

³⁴⁴ *Rec*, p 138, concl S. Hubac – *Légipresse* 1998, III, p 105, note L. Bauer – *D* 1998, IR, p 134 – *D* 1999, Somm, p 122, obs T. Hassler – *RFDA* 1999, p 194, concl S. Hubac.

Suite à un recours du titulaire de l'autorisation, la Haute juridiction a dû se prononcer sur la légalité de différents actes dont la décision du président du CSA de signer un avenant à la convention prévue à l'article 28 ainsi que l'avenant lui-même.

Avant d'examiner ce point, le juge doit d'abord déterminer si ce recours pour excès de pouvoir est recevable. En effet, étant donné que la requête est dirigée contre un avenant à la convention, le juge de plein contentieux devrait normalement être seul compétent.

Le Commissaire du gouvernement Sylvie Hubac a examiné ce point dans ses conclusions. Après avoir rappelé les dispositions de l'article 28, elle fait la remarque suivante: "malgré l'introduction d'une convention, ce régime nous paraît juridiquement être demeuré, avant comme après 1989, un régime d'autorisation unilatérale bien davantage qu'un régime proprement contractuel. La novation réside en ce que cette autorisation est désormais précédée d'un mode d'élaboration concertée et incorpore des prescriptions négociées"³⁴⁵. De ce fait, toute modification des règles incluses dans la convention, "c'est-à-dire des conditions au vue desquelles l'autorisation a été accordée, peut être critiquée dans le cadre du contentieux de la légalité"³⁴⁶.

Pour en arriver à cette conclusion, Sylvie Hubac s'est vraisemblablement inspirée de la jurisprudence rendue en matière de libération des prix. Elle se réfère au principe, expressément mentionné dans l'arrêt *Valet*, d'incorporation des dispositions de la convention dans l'autorisation. Cela signifierait donc que la convention n'a pas de valeur juridique en tant que telle, ce que précise d'ailleurs Sylvie Hubac³⁴⁷.

Le Conseil d'Etat a-t-il suivi les propositions du Commissaire du gouvernement ?

La réponse est implicite. Etant donné que la Haute juridiction examine la légalité des décisions contestées, elle admet du même coup que le recours pour excès de pouvoir est bien recevable. On peut cependant regretter qu'il ne prenne pas partie sur l'exacte nature juridique des décisions en cause. A partir de ces différents éléments, est-il possible de partager l'avis de René Chapus³⁴⁸ et Martin Collet³⁴⁹ pour qui les conventions du CSA doivent être considérées comme des actes administratifs unilatéraux négociés ?

Afin de répondre à cette question, il est nécessaire d'analyser la jurisprudence récente en matière de renouvellement d'autorisation d'émission. L'article 28-1-II de la loi de 1986

³⁴⁵ *Rec*, p 142.

³⁴⁶ *Id.*, p 143.

³⁴⁷ "La convention acquiert la nature de condition dont est assortie la délivrance d'un acte unilatéral. La convention n'a d'ailleurs pas d'existence autonome ou indépendante de l'autorisation dont elle est en quelque sorte un accessoire. Seule l'autorisation lui confère ses pleins effets", *Rec*, p 143.

³⁴⁸ R. Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001, p 495.

prévoit que le CSA mentionne dans une décision "les points principaux de la convention en vigueur qu'il souhaite voir révisés, ainsi que ceux dont le titulaire demande la modification". Ainsi, dans un arrêt en date du 5 mars 2003 *Union syndicale des producteurs audiovisuels*³⁵⁰, le juge déclare implicitement recevable le recours pour excès de pouvoir formé contre la convention. De plus, on observe certaines particularités dans la rédaction de l'arrêt. En effet, la légalité de cette dernière est examinée simultanément avec celle de la décision portant reconduction d'autorisation comme si cet ensemble ne formait qu'un seul et même acte. En outre, après avoir rejeté tous les moyens soulevés, le juge annonce à la fin de l'arrêt que les requérants "ne sont pas fondés à demander l'annulation de la décision du CSA portant reconduction d'autorisation". Or, aucune mention n'est faite de la convention attaquée alors que pour elle aussi les moyens n'étaient pas fondés. Est-ce un oubli de la part du juge ou bien a-t-il considéré que la convention était incluse dans la décision ?

Le principe posé par l'arrêt en date du 19 mars 2003 *Société Canal Antilles*³⁵¹ est plus explicite. Ainsi, après avoir déclaré irrecevable le recours formé contre la décision du CSA approuvant un projet de convention, le juge précise néanmoins que la société "aurait été recevable à introduire, si elle s'y croyait fondée, un recours en excès de pouvoir contre la convention qu'elle a signée avec le CSA".

La phrase de ce considérant peut être comprise de deux façons. Soit le Conseil d'Etat a voulu consacrer une nouvelle exception au principe de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle. Soit il admet implicitement que cette convention n'a qu'une apparence contractuelle et rentre en réalité dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux.

Nous ne retiendrons pas la première hypothèse. Certes, on pourrait citer l'arrêt *Ville de Lisieux* en date du 30 octobre 1998³⁵² dans lequel le Conseil d'Etat a admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre un contrat de recrutement d'agent public. Cependant, comme on aura l'occasion de le voir par la suite, cette exception est à relativiser car l'acte attaqué serait plus proche de l'acte unilatéral que du contrat.

³⁴⁹ M. Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 2003, p 73.

³⁵⁰ Req n°182707.

³⁵¹ Rec, p 137 – RFDA 2003, p 643.

³⁵² Rec, p 375, concl J-H. Stahl – CJEG 1999, p 61, concl J-H. Stahl – RFDA 1999, p 128, concl J-H. Stahl et note D. Pouyaud – AJDA 1998, p 969, chron MM. Raynaud et Fombeur – JCP G 1999, II, 10045, note V. Haïm – AJFP 1999, n°1, p 4, note P. Boutelet – LPA 31 mars 1999, n°64, p 6, note M-C Rouault – RGCT 1999, p 171, note J. Bourdon.

De ce fait, on peut en déduire qu'en déclarant recevable le recours pour excès de pouvoir, le juge reconnaît ces conventions comme étant en fait des actes administratifs unilatéraux dont l'élaboration est "négociée" comme le précise le Conseil d'Etat.

Si cette solution semble logique à la lecture de l'arrêt, il n'en demeure pas moins qu'elle contredit l'analyse faite précédemment. En effet, le Conseil d'Etat en admettant l'exercice d'un tel recours contre les conventions précitées, reconnaît que ces dernières sont dotées d'effets juridiques. Son existence juridique ne serait donc pas liée à l'édition de l'autorisation. Ces deux actes auraient une existence distincte, et de ce fait il n'y aurait pas incorporation des dispositions de la convention dans l'autorisation. Or, sans incorporation, il semble difficile d'affirmer que l'autorisation forme un acte administratif unilatéral négocié.

Un autre arrêt confirme l'absence de véritable incorporation de la convention dans l'autorisation. Dans deux ordonnances en date du 27 mars 2003 *Conseil supérieur de l'audiovisuel et Société Télévision française I*³⁵³, le Conseil d'Etat a dû statuer sur la légalité de décisions relatives à la mise en place de la Télévision Numérique Terrestre. Au cours de son raisonnement, il donne quelques indications intéressantes concernant les pouvoirs du CSA. Il appartient à ce dernier "agissant, sous le contrôle du juge administratif, par des décisions unilatérales, distinctes des « conventions » prévues à l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986, de délivrer des autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques, de les assortir des obligations appropriées et, le cas échéant, de les modifier"³⁵⁴. Le Commissaire du gouvernement Didier Chauvaux³⁵⁵, dans ses conclusions sur cet arrêt, donne les raisons de cette distinction. La loi opèrerait une distinction entre d'un côté "l'autorisation de diffuser un service" et de l'autre "l'autorisation d'utiliser des fréquences déterminées". La première découle de la convention alors que la seconde serait incluse dans la décision unilatérale.

Ces deux actes auraient donc un contenu clairement différencié. Ainsi, on ne peut affirmer que l'ensemble formé par la convention et l'autorisation forment un acte administratif unilatéral négocié. Ils sont tous deux distincts. Les dispositions de l'article 42-1 de la loi du 30 septembre 1986 confirment cette assertion. Il est prévu que si la personne ne se

³⁵³ AJDA 2003, p 1454, note J-P. Thiellay.

³⁵⁴ la 5^{ème} sous-section du Conseil d'Etat a confirmé les principes posés dans ces ordonnances par un arrêt du 12 mai 2003 *Société TF1*, req n°247353.

³⁵⁵ Cité par J-P. Thiellay, *op. cit.*, p 1458.

conforme pas à une mise en demeure adressée par le CSA, ce dernier peut prononcer "le retrait de l'autorisation ou la résiliation unilatérale de la convention"³⁵⁶.

Néanmoins, même s'il n'y a aucune incorporation, le recours pour excès de pouvoir est bel et bien admis à l'encontre de la convention tout comme dans l'arrêt du 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure* précédemment analysé. Une telle admission révèle la nature unilatérale et non contractuelle de cet accord. De même, dans la plupart des arrêts cités, le terme "convention" apparaît entre guillemets. On peut opérer un parallèle avec le contenu de la décision du Tribunal des conflits en date du 24 juin 1968 *Société distilleries bretonnes C/FORMA* étudiée précédemment où le terme "contrat" était encadré des mêmes symboles typographiques. Seule la convention pourrait donc être qualifiée d'acte administratif unilatéral négocié.

Si on s'attache précisément au découpage de la loi du 30 septembre 1986, il apparaît que seuls les articles 21 à 32 concernent l'utilisation de la voie hertzienne *stricto sensu* et donc le domaine public. Les articles 33 et suivants ne s'appliquent qu'à "la radio et la télévision par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par le CSA"³⁵⁷. Logiquement, le domaine public ne se trouve plus concerné. Il semble néanmoins intéressant d'opérer une comparaison entre les dispositions applicables dans le cadre de l'utilisation des fréquences hertziennes et les dispositions des articles 33 et suivants précités.

L'article 33-1 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit de manière sous-entendue la possibilité de diffusion par réseaux câblés des services de radio et de télévision. Cependant, il est précisé que cette diffusion n'est possible qu'après la conclusion "avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel d'une convention définissant les obligations particulières à ces services".

Cet article a été appliqué à plusieurs reprises et notamment dans le cadre de l'autorisation accordée à la Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion. En application de cet article, cette société a négocié une convention avec le CSA. Peu avant l'arrivée du terme de cette convention, la Compagnie a demandé au CSA de modifier certains termes de cet accord ce que ce dernier a implicitement refusé.

³⁵⁶ Il est intéressant de noter qu'avant le vote et la promulgation de la loi du 21 juin 2004, ce même article était rédigé de la manière suivante: le CSA peut prononcer "le retrait de l'autorisation". La possibilité de résilier la convention n'était pas prévue. Était-ce un oubli ? Est-ce que le législateur considérait qu'une telle mention était inutile du fait de l'incorporation de la convention dans l'autorisation ? Il est difficile de répondre.

³⁵⁷ Par cette expression, le législateur renvoie à l'édition et à la distribution par câble et satellite.

La Compagnie va donc former un recours pour excès de pouvoir contre ce refus de modification et le Conseil d'Etat a donc dû se demander si ce recours était recevable dans un arrêt en date du 25 novembre 1998 *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*³⁵⁸.

En vertu d'une jurisprudence bien établie, seul le juge de plein contentieux peut examiner le recours formé par le cocontractant à l'encontre du refus de modification des conditions d'exécution du contrat³⁵⁹. Bien évidemment, cette affirmation ne vaut que si la convention rentre bien dans la catégorie des actes contractuels. Est-ce le cas en l'espèce ou bien applique-t-on la même solution que dans les décisions analysées précédemment ?

Le Conseil d'Etat, après avoir cité les dispositions de l'article 34-1 de la loi du 30 septembre 1986 (aujourd'hui l'article 33-1), affirme "que la convention passée en application de ces dispositions entre le CSA et la Compagnie luxembourgeoise valait autorisation d'émettre sur les réseaux câblés; que la décision attaquée, qui refusait de modifier les conditions dans lesquelles le service doit être assuré et qui ne laissait d'autre possibilité à la CLT que de signer une convention inchangée ou de renoncer à la diffusion en France de son programme RTL 9, constitue une décision faisant grief".

Afin de comprendre le principe posé, il est utile de préciser que l'on se situe dans un cadre juridique différent de celui des arrêts précités. En effet, s'agissant de l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986, la conclusion d'une convention précède l'octroi de l'autorisation. La convention de l'article 34-1 (ou 33-1) vaut à elle seule autorisation d'utilisation du réseau câblé.

Dans cet arrêt, ainsi que dans celui du même jour mais concernant cette fois une mise en demeure adressée par le CSA³⁶⁰, le juge analyse les caractéristiques de la convention pour ensuite en déduire que les décisions contestées font grief et peuvent de ce fait être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir. Certes, le Conseil d'Etat ne se prononce pas expressément sur la nature juridique réelle de la convention. Néanmoins, il déduit des dispositions de la loi du 30 septembre 1986 que la convention vaut "autorisation d'émettre". Au regard du raisonnement suivi, il semble que le terme "autorisation" soit synonyme d'acte administratif unilatéral. Un élément corrobore cette affirmation. Si le Conseil d'Etat avait admis la nature contractuelle et non unilatérale de l'acte, il aurait précisé que la mise en demeure ou la décision refusant de modifier la convention constituent des actes détachables. Or, il ne l'a pas fait. D'ailleurs, dans l'arrêt

³⁵⁸ Rec, p 443 – AJDA 1999, p 54, concl D. Chauvaux – D 1999, IR, p 28 – RFDA 1999, p 264 – JCP G 1999, IV, n°1739.

³⁵⁹ CE 20 mars 1957 *Société Soblanefa*, Rec, p 179.

du 21 novembre 2003 *Société suisse de radiodiffusion et télévision*³⁶¹, il déclare implicitement recevable le recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre de la convention en tant que telle.

La convention en cause peut donc être considérée comme un acte administratif unilatéral. Cette reconnaissance implicite confirme le raisonnement suivi par le Commissaire du gouvernement Didier Chauvaux pour qui "les conventions des services de télévision par câble n'ont que l'apparence de contrats. Il s'agit en réalité d'autorisations délivrées par le CSA assorties de conditions élaborées en concertation avec le radiodiffuseur"³⁶².

Il précise par la suite "qu'il est fait usage, à l'issue d'une concertation, d'un pouvoir qui dans son essence est unilatéral, celui d'organiser l'exercice d'une liberté publique soumise à un régime d'autorisation préalable"³⁶³.

Même si la conclusion de ces conventions revêt un caractère obligatoire dans le cadre de la procédure prévue à l'article 33-1 actuel, des négociations interviennent lors de l'élaboration de celle-ci. En effet, ce même article précise que certaines mentions sont facultatives. De plus, on constate que certaines dispositions doivent être négociées. Ainsi, par exemple, la convention doit préciser "les modalités de rediffusion, intégrale ou partielle...". Cela ne peut se faire que dans le cadre de négociations entre le CSA et l'attributaire de l'autorisation.

S'agissant des actes relatifs à l'utilisation des fréquences hertziennes, la jurisprudence est pour le moins ambiguë. Même si la convention et la décision d'autorisation sont toutes deux distinctes et que la première ne s'incorpore pas dans la seconde, rien n'empêche de considérer que cette convention est bien un acte administratif unilatéral négocié. Nous avons vu précédemment qu'un accord peut recevoir cette qualification sans l'aide d'un acte unilatéral dit "d'accompagnement". L'accord en cause dans l'arrêt du 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure* ainsi que les conventions en matière de réseaux câblées en constituent de bons exemples.

B – Les actes en matière d'aménagement du domaine public terrestre

³⁶⁰ AJDA 1999, p 59.

³⁶¹ Req n°239898.

³⁶² *Op. cit.*, p 55.

En matière de requalification, les auteurs se réfèrent très fréquemment à l'arrêt en date du 23 juin 1995 *Ministre de la Culture C/ Association de défense des Tuileries*. Cette affaire concerne l'aménagement du domaine national du Louvre et des Tuileries confié, par voie de convention, à l'Etablissement public du grand Louvre au début des années quatre-vingt-dix.

Afin de préciser les modalités d'aménagement et d'occupation du jardin des Tuileries, le ministre de l'Education nationale et de la culture signe un acte intitulé "Cahier des charges particulières à l'occupation temporaire de l'esplanade des Feuillants". La particularité de cet acte est de comporter outre la signature du ministre précité, celle du Président de l'Etablissement public du grand Louvre.

Une association désapprouvant le contenu de ce cahier des charges va exercer un recours contre la décision du 26 mars 1993 par laquelle le ministre a signé le cahier des charges et ce devant le tribunal administratif de Paris. Celui-ci va se déclarer compétent et statuer sur l'affaire. Suite à ce jugement, le ministre de la Culture va saisir le Conseil d'Etat qui va devoir répondre en premier lieu à la question suivante dans un arrêt du 23 juin 1995³⁶⁴: le tribunal administratif était-il compétent pour statuer sur la légalité du cahier des charges ? La résolution de ce problème est conditionnée par la détermination de la nature juridique de l'acte attaqué.

Pour admettre sa compétence, le tribunal administratif a dû estimer que le cahier des charges ne rentrait pas dans la liste établie par le décret du 28 novembre 1953 et le décret-loi du 30 septembre 1953. Ces textes énumèrent les actes pour lesquels le Conseil d'Etat statue en premier ressort.

L'article 2 (4°) du décret-loi en date du 30 septembre 1953 dans sa rédaction issue du décret du 13 juin 1966 prévoit que le Conseil d'Etat est compétent pour connaître directement des "recours pour excès de pouvoir contre les actes réglementaires des ministres". Enfin, l'article 2 (3°) de ce même décret-loi énonce que la Haute juridiction connaît en premier ressort "des recours dirigés contre les actes administratifs dont le champ d'application s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif". Le décret du 28 novembre 1953 est venu préciser la notion "d'actes administratifs". Sous cette expression sont seulement visés "les actes administratifs unilatéraux, qu'ils soient réglementaires ou individuels".

³⁶³ *Id.*, p 56.

³⁶⁴ *CJEG* 1995, n°514, p 376, concl J. Arrighi de Casanova – *Revue française de décentralisation* 1996, n°3, p 95, note C. Lavialle.

On peut donc en déduire que le tribunal administratif de Paris a conclu à l'absence de caractère réglementaire du cahier des charges. De même, il a, semble-t-il, estimé que ce même acte n'était pas un acte unilatéral. Il faudrait donc voir dans ce document un acte contractuel. En effet, il a certes été signé par le Ministre de la culture mais aussi par le Président de l'Établissement public du grand Louvre.

Deux individus différents représentant deux personnes morales distinctes ont apposé leur signature sur ce cahier des charges. De ce fait, on peut affirmer qu'il y a bien, comme pour un contrat, deux parties à l'acte. Ce document aurait ainsi l'apparence d'un contrat. Cependant il faut se demander si cette qualification est exacte.

Le Commissaire du gouvernement Jacques Arrighi de Casanova indique pour quelle raison le juge doit opérer une requalification de l'acte. Les dispositions contenues dans ce cahier des charges revêtent un caractère réglementaire. En effet, en application de l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 20 décembre 1957 *Société nationale d'éditions cinématographiques*³⁶⁵, est reconnu à l'autorité responsable du domaine un pouvoir réglementaire pouvant s'exercer en vue "de fixer tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation". Or, il appartient à l'autorité ministérielle seule et non au gestionnaire de prendre ces mesures car elles ne peuvent être négociées "avec un organisme qui deviendrait, par l'apposition de sa signature au bas d'un contrat, le co-auteur de cette réglementation"³⁶⁶. On aura l'occasion de préciser cette notion de "co-auteur" par la suite.

Le Conseil d'Etat va suivre les conclusions de Jacques Arrighi de Casanova en reconnaissant que le document en cause "revêt, nonobstant la circonstance qu'il comporte également la signature du président de l'établissement public du grand Louvre, le caractère d'un acte unilatéral émanant du seul ministre de l'éducation nationale et de la culture agissant dans l'exercice de ses pouvoirs de police du domaine; que cet acte est de nature réglementaire". De ce fait, en application des textes précités, seul le Conseil d'Etat était compétent pour statuer en premier ressort.

Si l'on opère une comparaison entre la solution contenue dans cet arrêt et les hypothèses de requalification étudiées précédemment en matière d'administration économique, que peut-on observer ?

³⁶⁵ Rec, p 702.

³⁶⁶ Ce principe est tiré de l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement agricole public*, Rec, p 22 et cité p 378 concl J. Arrighi de Casanova.

On constate que le cadre juridique diffère par rapport à celui de la libération des prix. En effet, dans ce dernier cas, l'arrêté de libération était précédé d'un engagement. Or, le cahier des charges se suffit à lui seul.

Le parallèle qu'effectue le Commissaire du gouvernement Jacques Arrighi de Casanova entre le document contesté et le principe découlant de l'arrêt *Valet* du 23 octobre 1974 analysé précédemment est donc des plus contestable.

On pourrait en revanche rapprocher cet arrêt de la jurisprudence applicable en matière d'agrément fiscal ou de l'arrêt du 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure* car dans ces différents cas de figure il n'existe pas d'engagements formalisés précédant l'acte unilatéral. Néanmoins, la similitude s'arrête là. Ainsi, en matière d'agrément fiscal, le futur bénéficiaire forme une demande devant l'administration.

Ce cahier des charges particulières à l'occupation temporaire de l'esplanade des Feuillants caractériserait donc une nouvelle forme d'acte administratif unilatéral négocié.

Cependant, un doute subsiste à la lecture de cet arrêt. Certes, la nature unilatérale de ce cahier ne fait aucun doute. En revanche, ce document a-t-il bien fait l'objet de négociations pour son élaboration ?

L'argumentation du Commissaire du gouvernement Jacques Arrighi de Casanova semble pour le moins contradictoire sur ce point. En effet, il souligne que les mesures découlant du pouvoir réglementaire du ministre ne peuvent faire l'objet de négociations en vertu de l'arrêt du 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement agricole public*³⁶⁷. Or, en reconnaissant que doit s'appliquer au cas d'espèce la jurisprudence *Valet*, il admet implicitement que le cahier des charges contesté a fait l'objet de négociations³⁶⁸. D'ailleurs, le fait que ce cahier des charges ait été signé par deux autorités rattachées à deux personnes morales distinctes, permet de supposer que des négociations ont eu lieu. Mais il se peut que ces négociations, comme en matière d'agrément fiscal notamment, soient relativement limitées.

³⁶⁷ *Rec*, p 22 – *AJDA* 1979, n°1, p 37, concl R. Denoix de Saint Marc.

³⁶⁸ La décision en cause "a – pour reprendre l'expression figurant dans un précédent (23 octobre 1974, *Valet*) – le caractère d'une « décision unilatérale à caractère réglementaire prise en accord » avec l'organisme concerné, soit en l'espèce l'Etablissement public du Grand Louvre", *op. cit.*, p 378.

Conclusion du chapitre premier

Que ce soit en matière de libération des prix ou d'aménagement du domaine public, le Conseil d'Etat n'hésite pas à requalifier expressément les actes d'apparence contractuelle en actes unilatéraux négociés. Les accords de libération des prix ainsi que le "Cahier des charges particulières à l'occupation temporaire de l'esplanade des Feuillants" font l'objet d'une telle requalification.

Cependant, pour les autres actes intervenant dans ces deux domaines, les mêmes juges apparaissent beaucoup plus circonspects. La requalification n'est qu'implicite et seuls certains indices épars tels que la recevabilité du recours pour excès de pouvoir permettent d'arriver à cette conclusion. Il est malgré tout difficile d'affirmer, dans certains cas, que le juge requalifie même implicitement un acte. Tel est le cas notamment s'agissant des actes autorisant l'utilisation des fréquences hertziennes. Les incohérences ainsi que le manque de précision de la jurisprudence empêchent de prendre nettement position.

Il ressort de ces différents développements que le juge hésite à requalifier expressément les actes. L'usage d'une telle technique comporte une part d'artifice qui explique sans aucun doute cette réticence. En effet, on aura l'occasion de démontrer que les actes administratifs unilatéraux négociés sont une fiction.

Dans les deux domaines analysés, la requalification implicite semble avoir la préférence du juge. Mais dans d'autres secteurs, ce dernier utilise exclusivement cette technique.

CHAPITRE SECOND

L'ABSENCE DE REQUALIFICATIONS EXPRESSES DANS CERTAINS SECTEURS D'ACTIVITÉS

Le juge administratif n'use qu'avec parcimonie de la technique de requalification expresse. Ainsi, dans trois secteurs, la nature unilatérale et négociée d'un acte n'apparaît que de manière implicite.

Dans un premier temps, on constate que des actes soumis au Code de l'urbanisme peuvent, malgré l'existence d'accords, être qualifiés d'actes unilatéraux (Section 1). Dans un deuxième temps, il faudra étudier le domaine de l'organisation et du fonctionnement du service public (Section 2). Ce domaine est relativement vaste et on aurait pu intégrer dans cette section certains actes intervenant en matière sanitaire et sociale³⁶⁹. Cependant, et afin de clarifier l'analyse, nous avons choisi de les étudier dans une section distincte (Section 3).

Section 1

Les actes soumis au Code de l'urbanisme

Il apparaît tout d'abord que des actes ayant ou non le caractère de décisions individuelles sont précédées de négociations sans qu'ils soient pour autant qualifiés de contrat (§1). Les cahiers des charges des lotissements auraient certes pu être inclus dans les développements de ce premier paragraphe. Néanmoins, il semble nécessaire de l'étudier dans un paragraphe distinct car sa nature juridique a fait couler beaucoup d'encre (§ 2).

³⁶⁹ L. Dubouis affirme que "l'on reconnaît aux assurances sociales et à l'organisation et au contrôle de l'exercice de la profession médicale, sur lequel la sécurité sociale réagit, le caractère d'activités de service public", "Le contentieux administratif des rapports entre les médecins et la sécurité sociale", *EDCE* 1980, p 75.

§ 1: L'existence de négociations préalables à l'adoption de décisions relevant du droit de l'urbanisme

On peut mettre en avant deux cas distincts: l'hypothèse de conventions précédant l'édition de décisions individuelles telles que les permis de construire (A) et une seconde hypothèse particulière concernant cette fois les zones d'aménagement concerté. En effet, on peut se demander s'il n'est pas possible, au vu de la jurisprudence, d'assimiler la concertation prévue à l'article L 300-2 du Code de l'urbanisme à une forme de négociation (B).

A – Les conventions précédant l'édition de décisions individuelles

La position du juge administratif paraît dénuée de toute équivoque en matière d'urbanisme. En effet, le jugement du tribunal administratif de Paris en date du 22 novembre 1960 *SA des établissements Lick et Brevets Paramount*³⁷⁰ énonce, concernant l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire, qu'elle "ne pouvait valablement se lier par voie de négociation vis-à-vis d'un administré dans l'exercice d'un pouvoir de décision dont les limites ne peuvent résulter que de la loi et des règlements pris pour son application".

Même si le terme n'apparaît pas et si la suite de ce jugement est ambiguë, le tribunal administratif reconnaît que le recours au contrat est prohibé en matière d'urbanisme. Néanmoins, cette décision porte plus spécifiquement sur l'impossibilité de négocier dans le cadre du pouvoir de décision.

Cette affirmation n'est-elle pas excessive ? N'existe-t-il pas des cas dans lesquels un acte unilatéral peut être adopté après l'intervention de négociations ?

Dans certains arrêts, le Conseil d'Etat a reconnu que des accords peuvent précéder l'édition de la décision relevant du droit de l'urbanisme sans qu'il y ait pour autant illégalité.

C'est le cas dans l'arrêt en date du 14 juin 1978 *SCI du Val-Roger*³⁷¹. Une compagnie immobilière avait obtenu un permis de construire et s'était engagée par une « convention »

³⁷⁰ Rec, p 834.

³⁷¹ Rec, p 253.

conclue avec une commune à verser une somme d'argent au titre de la participation aux dépenses d'équipements publics.

Un litige s'est formé concernant les termes de cet accord, mais le Conseil d'Etat va préciser que "la convention susmentionnée ne pouvait avoir pour objet que de préparer l'intervention et de faciliter l'exécution de la décision préfectorale que constitue le permis de construire, mais ne peut se substituer à elle; que cette convention ne pouvait entrer en vigueur qu'en vertu de cette décision et à partir de la date à laquelle elle prenait effet, et qu'elle ne devait demeurer applicable qu'aussi longtemps que ladite décision produisait ses effets"³⁷².

Comme dans la plupart des arrêts analysés jusqu'à présent que ce soit en matière d'administration économique ou de domanialité publique, on constate qu'une convention précède l'édition d'un acte administratif unilatéral à savoir le permis de construire. Néanmoins, il faut se demander si cette convention possède bien une existence autonome par rapport au permis ou si au contraire elle s'incorpore au sein même de ce permis de construire.

A la fin du considérant, le Conseil d'Etat donne les caractéristiques de la convention en cause et on observe qu'un lien temporel très étroit existe entre celle-ci et le permis. En effet, il faut que le permis produise lui-même des effets pour que la convention en produise aussi. Cela signifie par exemple que si le permis disparaît, la convention n'a plus d'existence juridique. Il semble donc possible d'affirmer qu'à partir de l'entrée en vigueur du permis de construire, la convention s'incorpore dans cet acte et ses dispositions s'appliqueront jusqu'à la disparition du permis.

Que peut-on en déduire concernant la nature juridique de cet ensemble d'actes ?

Etienne Fatôme énonce au sujet de ce type de convention qu'un "tel accord ne constitue pas un contrat, mais un simple acte préparatoire à la décision que l'autorité administrative peut seule prendre au stade du permis de construire ou de l'autorisation de lotir"³⁷³. Cet auteur assimile donc cette convention à un avis préalable à l'adoption d'une décision³⁷⁴. Or un tel parallèle semble contestable car une fois la décision adoptée, l'avis ne produit pas d'effets juridiques à la différence de la convention en cause. De plus, l'avis ne s'intègre pas dans la décision qu'il précède.

³⁷² Les arrêts en date du 20 juillet 1971 *Société civile du domaine du Bernet*, JCP G 1973, II, 1733, note F. Bouyssou et du 2 octobre 1992 *Commune de la Chapelle-en-Serval*, contiennent des dispositions similaires.

³⁷³ E. Fatôme, "L'urbanisme contractuel", *AJDA* 1993, n° spécial, p 66.

³⁷⁴ CE 5 mai 1961 *Ruais*, *AJDA* 1961, p 355.

La convention ne peut donc être qualifiée de simple acte préparatoire, il s'agirait plutôt de dispositions incorporées au permis de construire et faisant l'objet d'une élaboration négociée. De ce fait, on peut en conclure que l'acte en cause, à savoir le permis de construire, peut être rattaché à la catégorie des actes administratifs unilatéraux dont l'élaboration est partiellement négociée. En effet, la négociation concerne simplement le versement d'une somme d'argent et non l'intégralité du permis de construire.

Cette jurisprudence ne fait que confirmer une pratique relativement fréquente.

Selon certains auteurs dont Jacques Petit, le juge administratif userait de la technique de requalification concernant les pactes sur décision future en matière d'urbanisme. Il précise sur ce point que "l'engagement de prendre une décision en matière d'urbanisme est parfois analysé non comme un contrat, mais comme un acte préparatoire de la décision"³⁷⁵.

Cet auteur ne donne aucune précision supplémentaire sur ce point, il faut donc se demander à quelle jurisprudence il se réfère.

Jacques Petit fait vraisemblablement allusion au jugement du tribunal administratif de Paris en date du 22 novembre 1960 *SA des établissements Lick et Brevets Paramount* cité auparavant et dans lequel était en cause une convention passée entre cette société et le ministre de la reconstruction. Aux termes de celle-ci, le ministre prenait l'engagement d'accorder à certaines conditions une autorisation de construire. La société invoquait la violation de cet engagement à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre le refus d'accorder cette autorisation.

Le tribunal administratif examine les caractéristiques de la convention et en arrive à la conclusion suivante; "si cette convention exprime en fait la volonté du ministre (...) d'accorder dans l'avenir, aux conditions prévues, le permis de construire demandé, elle ne constitue pas pour autant, la formulation d'une véritable décision administrative, valant délivrance dudit permis".

Comme on peut le constater, le juge refuse d'utiliser la procédure de requalification. La convention et le permis de construire sont deux actes clairement distincts. Le juge motive sa solution en se fondant sur le fait que la signature de la convention a eu lieu avant l'entrée en vigueur du décret en date du 30 mai 1955 instituant une procédure d'accord préalable. De ce fait, "à l'époque où a été signée la convention invoquée, le ministre ne pouvait valablement se lier, par voie de négociation, vis-à-vis d'un administré dans l'exercice d'un pouvoir de décision dont les limites ne peuvent résulter que de la loi ou des

règlements pris pour son application". *A contrario*, cela signifierait que le ministre pourrait, en application du décret de 1995, se lier par voie de négociation dans le cadre de son pouvoir de décision.

Même si le Conseil d'Etat ne s'est jamais prononcé sur ce point – le décret du 28 mai 1970 réformant le permis de construire supprima l'accord préalable – il existe des similitudes entre la procédure prévue par le décret de 1955 et ce qui a été étudié précédemment concernant la libération des prix par exemple. En effet, un engagement précède l'édition d'un acte administratif unilatéral et on peut raisonnablement affirmer qu'à partir du moment où le permis de construire est délivré, l'accord s'incorpore dans ce dernier. Ainsi, la décision d'octroi d'un permis pourrait donc en cas d'application du décret de 1955 être incluse dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux négociés. Cependant, et comme on le verra dans le titre second, on ne peut mettre ces différents actes sur le même plan.

La négociation atteint donc des actes qui en sont normalement exempts tels que le permis de construire comme on vient de le voir mais aussi le plan local d'urbanisme. En effet, pour ce dernier, la négociation peut avoir pour objet de régulariser une opération irrégulière à l'origine ou permettre d'urbaniser de nouveaux terrains sur lesquels la construction était jusque là impossible.

Bien entendu la négociation est enfermée dans certaines limites. Les décisions prises à la suite d'accords ou de conventions telles que l'on vient d'analyser seront illégales si "la décision que cette autorité s'est engagée à prendre et qu'elle a effectivement prise est une décision qu'elle n'était pas en droit de prendre, quelle que soit la raison pour laquelle elle n'avait pas ce droit"³⁷⁶.

B – La concertation prévue à l'article L 300-2 du Code de l'urbanisme: une forme de négociation ?

Les autorisations d'occupation des sols ne sont pas les seules visées par l'intervention de négociations préalables à leur délivrance. S'agissant notamment de la

³⁷⁵ J. Petit, "Nouvelles d'une antinomie: contrat et police", in *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de J. Moreau*, Paris, Economica, 2003, p 350.

³⁷⁶ E. Fatôme, *op. cit.*, p 66.

décision de création d'une Zone d'Aménagement Concerté (ZAC) ou d'élaboration du plan d'aménagement de zone, Etienne Fatôme reconnaît qu'il s'agit théoriquement de décisions qui doivent être prises par voie unilatérale. En réalité, "leur contenu est non seulement négocié, mais il est même arrêté d'un commun accord entre l'administration et son aménageur"³⁷⁷. Cet auteur ne donne aucune précision supplémentaire quant aux conditions de cette négociation et il faut se demander si la négociation n'intervient pas à d'autres niveaux dans le processus de création de la ZAC.

La question revêt un intérêt non négligeable au regard des dispositions prévues à l'article L 300-2 du Code de l'urbanisme.

La loi n°85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre des principes d'aménagement introduit un élément particulier dans le processus décisionnel en matière de ZAC notamment. En effet, elle instaure une obligation de concertation des autorités responsables du projet avec les citoyens. Il ressort de cet article L 300-2 que "le conseil municipal délibère sur les objectifs poursuivis et sur les modalités d'une concertation associant, pendant toute la durée de l'élaboration du projet, les habitants, les associations locales et les autres personnes concernées avant: b) toute création, à son initiative, d'une zone d'aménagement concerté".

Les auteurs semblent s'accorder pour reconnaître que cette concertation se rapproche plus d'une consultation revêtant un caractère obligatoire que d'une véritable négociation. Un argument imparable paraît confirmer cette analyse. La personne publique ayant organisé cette concertation n'est pas obligée de tenir compte du point de vue des participants à la concertation³⁷⁸. Néanmoins, on peut se demander si certains éléments de cette concertation ne tendraient pas à prouver qu'une part de négociation intervient dans la procédure de création de la ZAC.

On observe dans un premier temps que la concertation doit notamment associer les habitants pendant "toute la durée de l'élaboration du projet"³⁷⁹. Il ne s'agit donc pas d'une simple information. Le public est véritablement intégré dans le processus décisionnel aboutissant à la création de la ZAC. L'intégration semble confirmée par les modalités de la concertation. Cette dernière peut certes prendre la forme d'expositions de plans et de

³⁷⁷ *Id.*, p 68.

³⁷⁸ CE 3 décembre 1993 *Ville de Paris*, *Rec*, p 340.

³⁷⁹ Le Conseil d'Etat précise dans l'arrêt en date du 6 mai 1996 *Association Aquitaine Alternatives*, *Rec*, p 145 – *DA* 1996, n°461, note B. Lamorlette – *CJEG* 1997, p 9, concl D. Piveteau – *RFDA* 1997, p 711, concl D. Piveteau, que "la concertation prévue par les dispositions précitées (article L 300-2) soit se dérouler avant que le projet ne soit arrêté dans sa nature et ses options essentielles et que ne soient pris les actes conduisant à la réalisation effective de l'opération".

maquettes, d'information du public par les journaux locaux, de la tenue d'un registre mis à la disposition du public, mais elle peut aussi prendre la forme de réunions. Il en est ainsi, par exemple, dans l'arrêt en date du 24 février 1993 *M. Roncari*³⁸⁰ ainsi que dans la décision du 24 mai 1995 *Ville de Meudon*³⁸¹ dans lequel était envisagée la création d'une commission extra-municipale. Selon le Conseil d'Etat, cette commission "était le seul organisme par le moyen duquel les personnes intéressées pouvaient directement faire connaître leurs réactions aux informations que la commune se proposait de diffuser".

La mise en place de tels organismes est de nature à favoriser les échanges de points de vue et donc éventuellement des négociations entre deux parties pouvant avoir des intérêts divergents à savoir les autorités responsables du projet et les administrés.

Un autre élément prouve que la concertation prévue à l'article L 300-2 ne peut se réduire à une exigence dénuée d'effectivité: il s'agit du contrôle opéré par le juge administratif.

Même si cet article est silencieux sur ce point, le juge administratif a posé comme règle que les modalités de la concertation "soient dans leur ampleur proportionnelles à l'importance du projet"³⁸². Ainsi, par exemple, l'arrêt du 24 février 1993 *M. Roncari* cité précédemment, reconnaît "qu'eu égard au nombre d'habitants concernés par ce projet et à l'importance de celui-ci, ces modalités de concertation ont été suffisantes pour permettre, pendant la durée d'élaboration du projet, l'association des personnes intéressées".

On peut donc déduire du principe posé que plus le projet ainsi que le nombre d'habitants est important, plus la concertation sera poussée. Cela sous-entend qu'une véritable négociation devra s'engager entre les autorités publiques et les administrés.

Enfin, même si la concertation ne lie pas les autorités quant au sens de la décision à adopter, un arrêt du Conseil d'Etat en date du 18 mars 1994 *Copropriété Le Melchior*³⁸³ précise tout de même "qu'à l'achèvement de la concertation (...), le conseil municipal peut légalement adopter un projet comportant des modifications par rapport aux prévisions portées précédemment à la connaissance des habitants, des associations locales et des autres personnes concernées, dès lors que ces modifications n'affectent ni la nature, ni les dispositions essentielles de l'opération d'aménagement envisagée."

On a certes pu observer que l'autorité responsable du projet est libre de suivre ou non le point de vue des administrés, mais sa marge de manœuvre demeure malgré tout limitée. Ainsi, le projet présenté au public ne peut faire l'objet de modifications substantielles

³⁸⁰ Req, n°116.219.

³⁸¹ DA 1995, n°553.

³⁸² I. Cassin, "La concertation en matière d'aménagement: l'introuvable concept", *BJDU* 1/97, p 8.

après la phase de concertation. De ce fait, on peut en déduire que les participants à la concertation disposent d'un certain pouvoir dans l'élaboration de la décision à savoir l'acte de création de la ZAC. L'affirmation selon laquelle des négociations interviennent dans la formation de cet acte unilatéral qu'est la décision de création, ne semble pas excessive. Les cahiers des charges des lotissements peuvent-ils eux aussi être qualifiés d'actes administratifs unilatéraux négociés ?

§ 2: La nature juridique du cahier des charges des lotissements objet de controverses jurisprudentielles et doctrinales

L'analyse de la nature juridique réelle du cahier des charges présente quelques difficultés dues notamment aux divergences jurisprudentielles (A) qui se répercutent sur l'analyse doctrinale (B).

A – Une jurisprudence fluctuante

Le code de l'urbanisme régit le domaine particulier des lotissements qui, rappelons-le, ont pour objet de diviser en parcelles une propriété foncière ayant vocation à être vendues à des constructeurs³⁸⁴. Destinés dans un premier temps à morceler une propriété privée sans autres objectifs, la conception des lotissements va évoluer avec les textes. Ainsi, par la loi du 14 mars 1919 dite loi « Cornudet » ainsi que celle du 19 juillet 1924, les autorités publiques vont commencer à intervenir dans ces opérations de lotissement en soumettant à l'approbation administrative un document intitulé "cahier des charges". Celui-ci a pour objet de fixer les règles applicables à l'intérieur de ce lotissement.

Par cette intervention, l'administration tente de limiter certaines dérives et de ce fait le lotissement entre dans la catégorie des opérations d'aménagement soumises du moins partiellement au droit public.

Cette évolution va influencer – comme on va pouvoir le constater – sur la nature juridique de certains documents nécessaires à la création du lotissement et plus particulièrement sur le cahier des charges. Outre les lois précédemment citées, différentes réformes sont

³⁸³ *Rec*, Tables, p 1244.

intervenues empêchant d'affirmer très clairement à quelle catégorie juridique rattacher les actes en cause.

Le cahier des charges contient diverses règles destinées à régir un groupe d'habitations et de ce fait il établit un double rapport entre d'une part le lotisseur et les colotis et d'autre part entre les colotis entre eux. Cet acte étant conclu entre personnes privées, on pourrait penser qu'il s'agit tout naturellement d'un contrat de droit privé et de ce fait l'analyse serait close. Cependant, les développements qui vont suivre démontreront une nouvelle fois que les apparences sont parfois trompeuses.

Avant 1919, les lotissements sont réalisés sur la base de conventions de pur droit privé. En outre, le décret du 26 juillet 1977 a introduit des dispositions à l'article R 315-9 du Code de l'urbanisme consacrant la nature contractuelle du cahier des charges³⁸⁵. De ce fait, la période durant laquelle sa nature juridique a été l'objet d'âpres discussions s'étale entre 1919 et 1978.

Comme il a été dit précédemment, l'administration va, par les lois de 1919 et 1924, intervenir dans la procédure de création des lotissements. Plus précisément, la seconde loi soumet à l'approbation administrative le cahier des charges. Ainsi, d'une simple convention de droit privé, le lotissement se transforme en une opération faisant intervenir la puissance publique.

Cette intervention a-t-elle pour effet de modifier la nature juridique du cahier des charges?

Concernant en premier lieu le Conseil d'Etat, celui-ci a été amené à se prononcer sur les caractéristiques du cahier des charges des lotissements à l'occasion notamment de recours contre des permis de construire. Les requérants invoquaient le fait qu'au nombre des "dispositions réglementaires" dont il est question à l'article 89 du Code de l'urbanisme³⁸⁶, figure un tel document.

Le Conseil d'Etat va suivre l'argumentation des requérants et consacrer le caractère réglementaire de ce cahier des charges³⁸⁷. Cette juridiction aura l'occasion de confirmer par la suite³⁸⁸ le principe posé par cet arrêt *Jeanjean et di Mayo* avec néanmoins quelques différences quant à sa formulation.

³⁸⁴ Cf article R 315-1 C. urba.

³⁸⁵ L'article R 315-9 du Code de l'urbanisme dispose que "s'il en est prévu un, le cahier des charges du lotissement est joint pour information au dossier présenté à l'appui de la demande. Ce document contractuel ainsi que les statuts de l'association syndicale ne sont pas soumis à l'approbation de l'autorité compétente".

³⁸⁶ Ces dispositions sont à l'heure actuelle intégrées à l'article L 421-3 du Code de l'urbanisme.

³⁸⁷ CE 25 novembre 1959 *Sieurs Jeanjean et di Mayo*, Rec, p 621.

³⁸⁸ CE 7 octobre 1964 *Nickel*, Rec, p 453 – CE 13 octobre 1967 *Debar*, Rec, p 377.

Ainsi, dans l'arrêt du 6 novembre 1963 *Association syndicale libre des propriétaires du Cabellon et des environs*³⁸⁹ et à l'occasion d'un litige similaire à celui exposé précédemment, le Conseil d'Etat précise que le cahier des charges revêt un caractère réglementaire dès lors que celui-ci "a été régulièrement approuvé par l'autorité préfectorale".

Le juge administratif fait donc de l'approbation la condition du caractère réglementaire de ce document. Ainsi, les autorités administratives doivent respecter ce cahier des charges lors de la délivrance des autorisations d'occupation des sols. Sa violation peut entraîner l'annulation du permis de construire³⁹⁰.

On peut déduire de cette jurisprudence que, sans l'approbation administrative, le cahier des charges des lotissements conserve une nature contractuelle³⁹¹ et ne peut donc de ce fait être opposé aux autorités administratives lors de la délivrance des permis de construire.

Dans un souci de clarification, le pouvoir réglementaire institua par un décret du 31 décembre 1958 un nouveau document intitulé « règlement ». Celui-ci est approuvé par l'administration et regroupe en son sein toutes les règles d'urbanisme édictées dans l'intérêt général. Suite à cette réforme, le cahier des charges est maintenu, mais ne contient que des dispositions contractuelles régissant les rapports entre lotisseurs, lotis et entre colotis. De même, il ne fait plus l'objet d'une approbation.

Etant donné que la distinction entre les dispositions réglementaires et les clauses contractuelles est des plus délicate, cette réforme fut un échec. En effet, il était fréquent en pratique que des règles d'urbanisme soient incluses dans le cahier des charges "pour les faire bénéficier de l'immutabilité des contrats de droit privé"³⁹².

L'échec fut tel que la position du Conseil d'Etat concernant le cahier des charges se maintint. Ainsi, dans l'arrêt du 9 décembre 1966 *Société Provence-Logis*³⁹³, il confirme le caractère réglementaire de ce document.

Jacques de Lanversin tente de justifier cette absence de revirement de la manière suivante: même si le cahier des charges n'a plus à faire l'objet d'une approbation en vertu du décret, il doit néanmoins "être soumis au préfet pour vérification de son contenu. De ce fait, il

³⁸⁹ Rec, p 527.

³⁹⁰ CE 25 mars 1966 *Sieur Bezieu et ministre de la construction*, Rec, p 244.

³⁹¹ CE 27 octobre 1972 *Commune du Vésinet*, Rec, p 688.

³⁹² R. Cristini, "Règles applicables à l'intérieur des lotissements", *Jurisclasseur collectivités territoriales*, Fasc 1229, p 7.

³⁹³ Rec, p 656.

reçoit également l'approbation de l'autorité administrative et acquiert de la sorte une portée réglementaire³⁹⁴.

Depuis le décret du 26 juillet 1977, le cahier des charges est expressément qualifié d'acte contractuel. Cependant cela ne signifie pas, selon le Conseil d'Etat, que l'intégralité du document revêt un tel caractère. En effet, il précise dans un arrêt du 10 mars 1989 *Commune de Reichstett*³⁹⁵ que la qualification de document contractuel donnée par le décret du 26 juillet 1977 au cahier des charges "n'aurait pu légalement avoir pour effet de priver le préfet du pouvoir d'approuver, selon la procédure définie à l'article L 315-3, les modifications apportées par la majorité qualifiée aux clauses de nature réglementaire de ce document".

La Haute juridiction admet donc par cet arrêt qu'il faut distinguer selon les clauses du cahier des charges. Certaines revêtent un caractère réglementaire et d'autres conservent leur nature contractuelle. Si la position du Conseil d'Etat semble relativement claire, il n'en est pas de même de la Cour de cassation. La première et troisième chambre civile ainsi que la chambre criminelle ont des positions sensiblement divergentes.

La première chambre civile n'a pas fait preuve de constance dans ses solutions. A l'instar du Conseil d'Etat, il y eut des évolutions. En effet, elle considère dans un arrêt en date du 30 décembre 1958³⁹⁶ que "le cahier des charges étant l'œuvre des lotisseurs, le fait qu'il a reçu l'approbation préfectorale n'a pu lui conférer le caractère d'un acte administratif". Mais cela ne l'empêche pas d'admettre que l'approbation lui confère un caractère réglementaire³⁹⁷.

La position de la troisième chambre civile diverge quant à son évolution par rapport à celle de la première chambre civile et du Conseil d'Etat. Cette troisième chambre a, dans un premier temps, reconnu que le cahier des charges des lotissements avait une nature contractuelle³⁹⁸. Puis dans un deuxième temps, elle admet que ce cahier des charges "présente un caractère réglementaire et administratif, du fait de l'arrêté préfectoral autorisant la division du terrain"³⁹⁹. Cela signifie que ce document contient des dispositions contractuelles et réglementaires. Cependant, l'évolution de la jurisprudence ne

³⁹⁴ J. de Lanversin, *Les grands arrêts du droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 1996, p 493.

³⁹⁵ *RDI* 1989, p 201 – *LPA* 21 juillet 1989, n°87, p 21, note J. Courrech.

³⁹⁶ *Bull civ I*, n°587.

³⁹⁷ L'arrêt en date du 24 janvier 1984, *Bull civ I*, n°35; admet que "présentent un tel caractère réglementaire les prescriptions du cahier des charges d'un lotissement du fait de son approbation par arrêté préfectoral".

³⁹⁸ Cass civ 3^{ème} 18 décembre 1967, *Bull civ III*, n°369.

³⁹⁹ Cass civ 3^{ème} 29 janvier 1974, *Bull civ III*, n°43.

va pas s'arrêter là car au cours des années quatre-vingt-dix, elle considère que ce document, quelle que soit sa date, approuvé ou non, revêt dans son intégralité un "caractère contractuel"⁴⁰⁰.

Finalement, c'est la jurisprudence de la chambre criminelle qui se rapproche le plus de la position première du Conseil d'Etat. Elle admet que le manquement à un arrêté préfectoral autorisant un lotissement est qualifié de contravention de simple police⁴⁰¹. La chambre reconnaît donc un caractère réglementaire au cahier des charges approuvé par l'arrêté préfectoral autorisant le lotissement. En effet, est constitutif d'une infraction le fait pour un lotisseur de ne pas exécuter les travaux de viabilité prévus par ce cahier des charges.

Les évolutions des jurisprudences du Conseil d'Etat et des chambres de la Cour de cassation ont emprunté des chemins différents et finalement la nature juridique du cahier des charges demeure incertaine. De ce fait, il faut analyser la position de la doctrine face à cet imbroglio afin de parvenir à une solution.

B – Les divergences doctrinales concernant la nature juridique du cahier des charges des lotissements

Il est nécessaire de souligner que les auteurs qualifiant, avant la réforme de 1977, ce document d'acte entièrement contractuel, sont éminemment minoritaires. On ne peut guère citer que les propos du ministre de la Construction qui, en 1961, déclarait devant l'Assemblée nationale que "le cahier des charges d'un lotissement est le contrat qui unit le lotisseur aux lotis et les lotis entre eux"⁴⁰².

A l'inverse, certains auteurs tels Yves Madiot estiment "qu'il n'y a pas d'élément contractuel, pas de clauses contractuelles"⁴⁰³ dans le cahier des charges. Afin de justifier sa position, Yves Madiot invoque l'absence d'accord de volontés au niveau de la formation de ce document. De ce fait, il s'agit selon lui d'un acte-type de droit privé. Cette thèse semble pour le moins excessive. En effet, la plupart des auteurs estiment qu'un accord de volontés existe au moment de sa formation. Il suffit pour s'en convaincre de citer les propos de Philippe Benoît-Cattin affirmant que "méconnaître son aspect contractuel serait ignorer l'accord de volontés, par adhésion, des colotis et les relations qui s'établissent entre

⁴⁰⁰ Cass civ 3^{ème} 12 février 1997, *Bull civ III*, n°34.

⁴⁰¹ Cass crim 3 mars 1955, *Bull crim*, p 249.

⁴⁰² JO Débat AN 17 novembre 1961, p 4904.

eux"⁴⁰⁴. Certes, la position de ce dernier doit elle aussi être relativisée car l'existence d'un accord de volontés ne constitue pas un indice suffisant d'identification du contrat comme on le verra. Néanmoins, cette citation prouve malgré tout que deux volontés se rencontrent⁴⁰⁵.

Si on s'appuie sur certains arrêts rendus notamment par la Cour de cassation, il semble que la nature intégralement contractuelle du cahier des charges soit parfaitement justifiable. Cependant, des auteurs ont estimé que le cahier des charges des lotissements doit être inclus dans la catégorie des actes réglementaires. Ainsi Yves Madiot, après avoir démontré l'absence de dispositions contractuelles dans ce document, en déduit que ce dernier est un acte réglementaire. Cet auteur a donc opté pour une démonstration par *a contrario* ce qui est regrettable car il n'indique pas quels sont les éléments justifiant son caractère réglementaire.

La plupart des auteurs s'accordent à dire que le cahier des charges des lotissements revêt un tel caractère en s'appuyant sur la jurisprudence précitée. Mais d'autres auteurs présentent des thèses que l'on pourrait qualifier de compromis. Ainsi, selon le Commissaire du gouvernement Guy Braibant, ce cahier des charges aurait une double nature juridique. Plus précisément, "ce document qui a, dans les relations entre les lotisseurs ou constructeurs, d'une part, et les acquéreurs ou locataires, d'autre part, un caractère purement contractuel et privé, a en même temps, au regard du droit public, un caractère réglementaire au sens de la législation du permis de construire"⁴⁰⁶. Une telle conception ne convainc pas totalement. En effet, pour déterminer sa nature juridique, Guy Braibant s'appuie sur l'opposabilité du document sans prendre en considération le contenu même du cahier des charges. Cet auteur peut certes justifier sa position grâce à la jurisprudence car comme on a pu le voir précédemment, en fonction des juridictions et donc du type de recours effectué, la nature de ce document varie.

Afin d'avoir une vue d'ensemble, cette analyse doit être complétée. De ce fait il semble intéressant de se demander si on pourrait considérer ce document comme un contrat réglementaire.

⁴⁰³ *Op. cit.*, pp 181-182.

⁴⁰⁴ *AJPI* 1984, p 336.

⁴⁰⁵ R. Besson dans son ouvrage *Les lotissements*, Berger, Levraut, 1971, p 184 évoque l'autonomie de la volonté des parties.

⁴⁰⁶ Concl sur CE 6 mai 1966 *Ville de Bagneux*, *RDP* 1967, p 342.

Selon la définition généralement admise, le règlement revêt une portée générale et impersonnelle tandis que l'acte contractuel régit les relations entre deux parties distinctes. Comme on l'a dit précédemment, affirmer qu'un acte revêt un caractère réglementaire ne donne pas d'indications sur sa nature unilatérale ou contractuelle. Il est vrai que certains auteurs ont parfois tendance à considérer les termes "unilatéral" et "réglementaire" comme synonymes. Etablir un lien entre les notions de contrat et de règlement poserait quelques problèmes théoriques. En effet, l'expression contrat ou convention réglementaire comporte une contradiction. Le contrat est régi par le principe de l'effet relatif des conventions. De ce fait, il ne peut être doté d'effets réglementaires. Ce dernier caractère implique que des personnes extérieures aux parties subissent ses effets.

Le caractère inconciliable de ces deux notions⁴⁰⁷ empêche de considérer le cahier des charges des lotissements comme étant dans son ensemble un contrat ou une convention à effets réglementaires.

On pourrait contourner cette difficulté en analysant non pas le document dans son ensemble mais en prenant les clauses de celui-ci individuellement.

Des auteurs admettent ainsi que le cahier des charges des lotissements peut être qualifié d'acte mixte en ce qu'il comprend à la fois des stipulations contractuelles et des dispositions réglementaires. Pour s'en convaincre, on peut citer Jean-Marie Auby. Ce document est, selon lui, "un acte mixte qui relève des tribunaux judiciaires, quant à l'interprétation de la volonté de ses auteurs et aux rapports qu'il détermine entre lotis successifs par les servitudes d'intérêt général et réciproques qu'il crée, mais relève des tribunaux administratifs, quant à l'autorité de ces énonciations, à l'obligation de sa rédaction, au contrôle de l'administration et à son approbation administrative"⁴⁰⁸. La position de Jean-Marie Auby est partagée par différents auteurs tels Georges Liet-Veaux⁴⁰⁹ ou plus récemment Pierre Cambot⁴¹⁰.

Une telle conception serait admissible si la distinction entre les stipulations contractuelles et les dispositions réglementaires pouvait être clairement établie. Or, il est parfois délicat d'opérer le départ entre ces deux types de clauses. Une telle difficulté est décelable dans l'application de la réforme de 1977 qui distingue clairement entre ces deux documents: le cahier des charges et le règlement. Ainsi, par exemple, concernant les servitudes dites

⁴⁰⁷⁴⁰⁷ On aura l'occasion de revenir sur la combinaison de ces différentes notions dans les développements de la seconde partie.

⁴⁰⁸ J.-M. Auby, R. Ducos-Ader, *Droit administratif*, Paris, Précis Dalloz, 2^{ème} édition, 1970, p 792.

⁴⁰⁹ M. Liet-Veaux, "Les lotissements", *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc 455, n°220 à 233.

d'aménagement; "à partir de quel critère apprécier si le style architectural des constructions, l'harmonie recherchée dans leur aspect et leur implantation sert l'intérêt général ou l'intérêt collectif des colotis ?"⁴¹¹. De même, Jean Courrech fait valoir que du fait de l'absence de critères de distinction entre les clauses réglementaires et contractuelles, "certaines clauses relatives à la destination des bâtiments" sont considérées "tout à la fois contractuelles pour le juge civil, et réglementaires pour le Conseil d'Etat"⁴¹².

Etant donné qu'il n'existe pas de critères précis dans ce domaine, il semble nécessaire de se demander si une autre conception du cahier des charges des lotissements ne pourrait pas être admise.

On constate, à la lecture de la doctrine, que les auteurs envisagent le document précité soit par rapport à l'acte réglementaire soit par rapport à l'acte contractuel. A moins de considérer la notion d'acte réglementaire comme synonyme d'acte administratif unilatéral – ce qui peut prêter à discussion – seuls deux auteurs analysent le cahier des charges en le confrontant avec la notion d'acte administratif unilatéral. Ainsi, au sujet d'un tel document approuvé en 1956, Jean-Luc Bourgois constate que "la Cour de cassation n'a jamais complètement abandonné l'idée que le cahier des charges était essentiellement un acte de droit privé, en général repris dans un cadre conventionnel; cependant que le Conseil d'Etat lui reconnaît, sans ambiguïté, la nature d'un acte administratif unilatéral"⁴¹³.

De la même façon, Philippe Benoit-Cattin reconnaît que "le cahier des charges approuvé présente (...) un caractère hybride procédant du contrat de droit privé et de l'acte administratif unilatéral"⁴¹⁴.

Ces différentes analyses seraient juridiquement plus exactes car lors de l'étude des actes on pense instinctivement à la distinction entre l'acte contractuel et l'acte unilatéral et non à l'opposition entre acte contractuel et acte réglementaire.

L'intervention d'un acte administratif unilatéral émis par les autorités administratives peut influencer sur la nature juridique de l'acte qui le précède. C'est le cas notamment en matière d'administration économique ou d'occupation du domaine public.

⁴¹⁰ P. Cambot, "Critique de la contractualisation des règles d'urbanisme par le cahier des charges de lotissements", *RFDA* 2000, p 395.

⁴¹¹ J. Morand-Deville, *Dalloz Action Urbanisme*, 2001, n°5496, p 651.

⁴¹² J. Courrech, *LPA* 21 juillet 1989, n° 87, p 23 – Il renvoie pour illustrations aux arrêts du Conseil d'Etat en date du 20 janvier 1978 *Ep Roehn-Beretta*, *Rec*, p 27 et de la Cour d'appel de Rennes en date du 7 février 1978, *D* 1978, p 653, note Y. Gaudemet.

⁴¹³ J-L. Bourgois, "A propos des règles d'urbanisme d'un cahier des charges approuvé en 1956", *JCP N* 1998, p 1650.

Pour ce qui est du cahier des charges des lotissements, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la première chambre civile de la Cour de cassation que l'intervention de l'arrêté d'approbation jouait un rôle important au niveau de son caractère. En effet, l'approbation a pour conséquence de conférer un caractère réglementaire à ce document. Cependant, on peut se demander si cet arrêté préfectoral, outre ses effets sur le caractère réglementaire du document, peut permettre de déterminer si sa nature est unilatérale ou contractuelle.

Rien n'empêche de considérer que, tout comme en matière de libération des prix, le cahier des charges s'incorpore dans l'arrêté préfectoral d'approbation de sorte que l'ensemble formé par cet arrêté et le document susmentionné constitue un acte administratif unilatéral. La nature juridique de l'arrêt se répercuterait donc sur celle du cahier des charges. Mais l'intervention d'une décision d'approbation n'est pas indispensable pour conférer à un acte adopté à la suite d'un accord une nature unilatérale, le cahier des charges relatif à l'occupation et l'aménagement du jardin des Tuileries constitue une illustration probante.

Plutôt que d'affirmer simplement que le cahier des charges des lotissements est un acte réglementaire, les juges auraient dû préciser qu'il s'agit d'un acte administratif unilatéral à caractère réglementaire. Mais est-il précédé de négociations ?

Yves Madiot dénie au cahier des charges des lotissements toute nature contractuelle⁴¹⁵, et Jacqueline Morand-Deville l'intègre dans la catégorie des contrats d'adhésion⁴¹⁶. Il apparaît que l'affirmation d'Yves Madiot est excessive et que la qualification de contrat d'adhésion ne signifie pas l'absence d'un concours à l'acte de deux volontés. Même si la majeure partie du cahier des charges est rédigée par le lotisseur, un accord de volontés doit malgré tout intervenir dans la formation de cet acte. La troisième chambre de la Cour de cassation s'est d'ailleurs probablement appuyée sur cet indice pour reconnaître à ce document une nature contractuelle.

Bien entendu, et il est important de le souligner à nouveau, cette démonstration n'a d'intérêt que pour les cahiers des charges approuvés avant la réforme de 1977.

L'affirmation selon laquelle le juge utilise la technique de requalification à l'égard de ces différents actes soumis au Code de l'urbanisme n'est pas des plus évidente. En est-il de même s'agissant des actes relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics ?

⁴¹⁴ P. Benoit-Cattin, note sur l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 8 février 1984 *Epoux Guyon*, *AJPI* 1984, p 336.

⁴¹⁵ *Op. cit.*, p 181.

Section 2

Les actes administratifs portant sur l'organisation et le fonctionnement des services publics

Cette expression "organisation et fonctionnement des services publics" est suffisamment large pour regrouper de nombreux actes conclus par l'autorité gestionnaire du service public.

Deux catégories de personnes distinctes sont concernées par l'organisation et le fonctionnement du service public. D'une part les agents de ce service qu'ils soient "contractuels" ou titulaires et d'autre part les usagers qui forment la raison d'être de ce service. Même s'il s'agit de deux catégories différentes, on constate que la nature des liens unissant chacune d'elle au service présentent les mêmes ambiguïtés (§ 1).

Outre cet aspect de l'organisation et du fonctionnement, il est nécessaire de s'arrêter sur un acte particulier relatif à la gestion du service public: il s'agit de la concession (§ 2).

§ 1: Les liens unissant le service public à son personnel et ses usagers

Dans le cadre des relations entre le service public et les personnes susmentionnées, on se trouve confronté à deux situations différentes. On observe en premier lieu que les usagers et les agents non titulaires sont apparemment dans une relation de type contractuelle avec le service public. Or, cette affirmation doit être relativisée du fait de l'application d'un régime légal et réglementaire (A). En second lieu, et à l'inverse, il ressort de la doctrine moderne que les actes relatifs notamment à la nomination des agents titulaires ne sont pas de nature contractuelle malgré l'existence de négociations. Mais ces dernières n'interviennent pas uniquement dans le cadre de la nomination (B).

⁴¹⁶ J. Morand-Deville, *Dalloz Action Urbanisme*, 2001, n°5496, p 651.

A – Les agents publics contractuels et les usagers soumis à un régime légal et réglementaire

Le fait de soumettre les agents dits contractuels ainsi que les usagers à un régime légal et réglementaire va avoir des conséquences sur les règles applicables sur le plan contentieux (1). De ce fait, on pourra essayer de déduire la nature juridique réelle des actes en cause (2).

1 – Un régime favorisant l'application de règles contentieuses particulières

Il est vrai que les dispositions de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat semblent non équivoques. L'article 4 dispose que "par dérogation au principe énoncé à l'article 3 du titre 1^{er} du statut général, des agents contractuels peuvent être recrutés (...). Les agents ainsi recrutés sont engagés par des contrats à durée déterminée (...)"⁴¹⁷. Cependant, la qualification de contrat n'est peut-être pas la plus appropriée.

Au début du vingtième siècle, la doctrine s'est interrogée sur la nature juridique de "contrats" spécifiques, ceux relatifs à l'engagement militaire. Suite à un arrêt *Chirac* en date du 16 juillet 1920⁴¹⁸ reconnaissant que l'Etat n'est pas lié envers les engagés volontaires par des stipulations synallagmatiques, la doctrine⁴¹⁹ en concluait que l'engagement devait être qualifié d'acte unilatéral. En effet, le Commissaire du gouvernement Corneille estimait qu'une fois "l'accord de volontés devenu effectif, la situation juridique se différencie de la notion contractuelle... La situation juridique va se trouver, désormais, réglementaire et non contractuelle"⁴²⁰.

Une transformation s'opère donc suite à l'accord de volonté. En effet, d'un acte contractuel, l'engagement devient un acte réglementaire. Une nouvelle fois, les auteurs confondent la nature de l'acte et ses effets. Le terme "réglementaire" ne donne aucune indication sur la nature unilatérale ou contractuelle de l'acte. Cependant, cette citation a le mérite de confirmer implicitement l'affirmation selon laquelle un acte ne peut simultanément revêtir

⁴¹⁷ Des dispositions similaires apparaissent dans l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

⁴¹⁸ *Rec*, p 708 – *RDP* 1920, p 532, concl L. Corneille.

⁴¹⁹ G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, Paris, LGDJ, 1936, tome 3, p 174 – H. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 12^{ème} édition, 1933, p 427 – J. Appleton, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1927, p 217 – L. Rolland, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Dalloz, 9^{ème} édition, 1947, n°664.

une nature contractuelle et avoir des effets réglementaires. La jurisprudence postérieure est assez fluctuante car l'expression "contrat d'engagement" est expressément utilisée dans l'arrêt *Michaux* en date du 29 janvier 1947⁴²¹.

Du fait de ces divergences jurisprudentielles, la doctrine est pour le moins divisée. Ainsi, selon Gaston Jèze⁴²², l'acte en cause entre dans la catégorie des actes-condition car déclenche l'application d'un régime légal et réglementaire. A l'inverse, Marcel Waline estime que "les éléments d'un contrat se trouvent bien réunis: il y a bien accord de volontés; l'engagement et le rengagement son toujours volontaires de la part de l'engagé ou du rengagé, et l'autorité militaire accepte ou refuse discrétionnairement l'engagement. Il y a donc bien libre accord de volontés"⁴²³.

Par la suite, André de Laubadère et Yves Gaudemet notamment vont déduire de l'arrêt en date du 3 février 1956 *Sieur de Fontbonne*⁴²⁴, que "le conseil d'Etat est de nouveau revenu à l'idée que la situation de l'engagé ou du rengagé est réglementaire"⁴²⁵.

Cette jurisprudence va donc servir de fondement à des arrêts reconnaissant aux actes de recrutement un régime contentieux dérogatoire.

Ayant à examiner le statut du personnel du centre national de la cinématographie, le Conseil d'Etat précise certes, dans un arrêt en date du 5 octobre 1960 *CNC C/ Gauthier*⁴²⁶, qu'il est "dans une situation contractuelle jusqu'à ce qu'intervienne le règlement d'administration publique fixant le statut". Cependant le régime juridique de cet acte présente certaines particularités. Ainsi, et de manière générale, la voie du recours pour excès de pouvoir ne peut être empruntée par le cocontractant en vue de contester la décision de résiliation de son contrat. Seul un recours de plein contentieux peut être formé⁴²⁷. Mais dès les années quarante, la Haute juridiction a admis que les agents non titulaires peuvent intenter un recours pour excès de pouvoir contre les actes mettant fin à leurs fonctions⁴²⁸.

Une autre décision confirme le caractère dérogatoire du contentieux de ces actes. Il s'agit de l'arrêt du 25 mai 1979 *Mme Rabut*⁴²⁹. Une requérante demandait l'annulation pour

⁴²⁰ *Op. cit.*, p 537.

⁴²¹ *Rec*, p 35 – S. 1947, 3, 1, note P.A – *RDP* 1948, p 78, concl Theis, note M. Waline.

⁴²² Note sous l'arrêt *Michaux* en date du 29 janvier 1947, *RDP* 1948, p 259.

⁴²³ *RDP* 1948, p 80.

⁴²⁴ *Rec*, p 45 – *AJDA* 1956, p 144.

⁴²⁵ A. de Laubadère et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif – La fonction publique*, Paris, LGDJ, 12^{ème} édition, 2000, tome 5, p 37.

⁴²⁶ *Rec*, Tables, p 1042.

⁴²⁷ On peut citer par exemple l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 14 juin 1929 *Legrès*, *Rec*, p 593.

⁴²⁸ CE 8 décembre 1948 *Pasteau*, *Rec*, p 464 ou plus récemment CE 3 mai 1982 *Mme Vidy*, *Rec*, p 166.

⁴²⁹ *Rec*, p 231, concl B. Genevois.

excès de pouvoir de la décision d'une autorité administrative refusant de modifier certains articles du contrat la recrutant en tant qu'agent public. En vertu du principe selon lequel les cocontractants ne peuvent utiliser la voie du recours pour excès de pouvoir contre les actes relatifs à l'exécution du contrat⁴³⁰, un tel recours aurait dû être déclaré irrecevable dans cet arrêt *Rabut*. Or, il n'en est rien. Le juge de l'excès de pouvoir examine la légalité de la décision en cause et l'annule⁴³¹. Le recours est donc déclaré implicitement recevable.

En lien avec cette jurisprudence, il est nécessaire d'évoquer le jugement du tribunal administratif de Nice en date du 4 février 1986 *Mme Monique Descamps*⁴³². Dans cette affaire, la requérante demandait l'annulation de la décision par laquelle le maire l'a informé qu'il ne renouvellerait pas son contrat de travail. Le recours est certes déclaré recevable comme dans l'arrêt *Rabut*. Mais l'un des moyens soulevés doit en outre retenir notre attention. La requérante estime que les stipulations du contrat de solidarité passé entre l'Etat et une commune ont été méconnues. Comme on le verra par la suite, on ne peut théoriquement invoquer la violation d'un contrat dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Or, le tribunal administratif considère que "ces stipulations présentant un caractère réglementaire, les tiers sont recevables à en invoquer la méconnaissance". On pourrait certes considérer qu'il s'agit d'une dérogation au régime normal. On pourrait aussi partir du principe que ces "contrats de solidarité" sont en réalité des actes unilatéraux négociés. Yves Gaudemet évoque d'ailleurs cette question au détour d'un développement⁴³³. De même, René Chapus, dans la 8^{ème} édition de son manuel de *Droit administratif général*, cite ce jugement dans les exemples d'actes administratifs unilatéraux négociés⁴³⁴. Cependant, à partir de la 13^{ème} édition, il n'y fait plus référence. Le fait qu'il émane d'un tribunal administratif et non de la juridiction suprême peut sans doute expliquer cette disparition.

Si on se place toujours dans le cadre du contentieux contractuel, il apparaît que le Conseil d'Etat a été encore plus loin au niveau des dérogations. Dans l'arrêt en date du 30 octobre 1998 *Ville de Lisieux*⁴³⁵, les requérants demandaient l'annulation d'un jugement du tribunal administratif de Caen annulant les décisions de nomination incluses dans les contrats de

⁴³⁰ Cf par exemple; CE 9 décembre 1983 *Ville de Paris*, *Rec*, p 499, concl B. Genevois – *AJDA* 1984, p 82, chron B. Lasserre et J-M. Delarue.

⁴³¹ B. Genevois, dans ses conclusions sur l'arrêt *Rabut*, se fonde sur l'arrêt *Chirac* et les conclusions de L. Corneille pour admettre que "la situation des personnels contractuels est en réalité par bien des aspects une situation réglementaire", *op. cit.*, p 238.

⁴³² *AJDA* 1986, p 508, note J. Moreau.

⁴³³ Y. Gaudemet, "Les contrats de solidarité (aspects de droit public)", *DS* 1982, p 343.

⁴³⁴ R. Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 8^{ème} édition, 1994, tome 1, p 424.

⁴³⁵ *Op. cit.*

recrutements d'agents publics locaux. Sur ce point, la recevabilité du recours ne semble pas poser de problème. Le Conseil d'Etat a depuis longtemps admis que les tiers au contrat peuvent exercer un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes antérieurs à l'exécution ou à la fin du contrat.

Cependant – et il s'agit là du premier élément important de cet arrêt – le juge va opérer une requalification des conclusions présentées par le tiers au contrat. Ainsi, le recours est dirigé contre le contrat en tant que tel et non simplement contre la décision de passer ce contrat. Suite à cette requalification, le recours aurait dû être déclaré irrecevable. En effet, le juge a toujours refusé d'examiner la légalité d'un contrat dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Or, le Conseil d'Etat va adopter une solution en apparence surprenante puisqu'il considère "qu'en égard à la nature particulière des liens qui s'établissent entre une collectivité publique et ses agents non titulaires les contrats par lesquels il est procédé au recrutement de ces derniers sont au nombre des actes dont l'annulation peut être demandée au juge administratif par un tiers y ayant un intérêt suffisant".

Comme on peut le constater, le principe posé ne s'applique pas à tous les contrats, mais seulement à ceux faisant naître des liens particuliers. Mis à part quelques exceptions⁴³⁶, les auteurs s'accordent à dire que l'expression "nature particulière des liens" renvoie au fait que les agents non titulaires sont placés dans une situation légale et réglementaire⁴³⁷ comme cela a été étudié.

A l'instar des actes de recrutement des agents publics non titulaires, on constate que la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'actes portant sur les relations entre l'administration et les usagers est soumise à des règles spécifiques. On peut justifier cette affirmation en se basant sur quelques exemples. L'analyse des contrats d'abonnement téléphoniques⁴³⁸ est sur ce point caractéristique. Ainsi, dans l'arrêt en date du 29 juin 1979 *Veuve Bourgeois*⁴³⁹, la Haute juridiction tout en rappelant la nature contractuelle de cet abonnement⁴⁴⁰, admet que l'abonné "est recevable, eu égard à la nature de ce contrat et à

⁴³⁶ Cf notamment P. Boutelet, *AJFP* 1999, pp 7 et 8.

⁴³⁷ On aura l'occasion d'étudier précisément dans des développements ultérieurs en quoi consiste le caractère réglementaire des actes.

⁴³⁸ Le contenu des arrêts cités est aujourd'hui obsolète étant donné que l'article 25 de la loi du 2 juillet 1990, relative au service public de La poste et des Télécommunications, précise que les contrats d'abonnement téléphoniques sont désormais considérés comme des contrats de droit privé dont le contentieux relève du juge judiciaire.

⁴³⁹ *Rec*, p 292 – *AJDA* 1980, p 304, note Y. Brard – *D* 1981, p 74, note J-P. Lebreton.

⁴⁴⁰ Le Commissaire du gouvernement P. Dondoux adopte un point de vue contraire dans ses conclusions. Il proposait au juge de "tirer les conséquences du caractère parfaitement factice du contrat d'abonnement téléphonique" qui ne constitue pas "un acte contractuel mais un acte-condition rendant applicable l'acte-règle

l'objet de ses conclusions, à contester par la voie du recours pour excès de pouvoir la mesure de résiliation de son abonnement".

Classiquement, et comme on a eu l'occasion de le rappeler ci-dessus, le juge de l'excès de pouvoir aurait dû déclarer le recours irrecevable étant donné qu'un cocontractant ne peut contester par cette voie les décisions postérieures à la conclusion du contrat. Or, en l'espèce, il admet la recevabilité du recours en se fondant notamment sur la "nature de ce contrat". Comme pour les actes analysés précédemment, cette dernière formule signifie que le contenu de ce "contrat" est entièrement défini par voie législative et réglementaire⁴⁴¹ et ne résulte pas de la libre discussion des parties.

Cependant, on perçoit l'incohérence du raisonnement du Conseil d'Etat. En effet, s'il s'agissait réellement d'un contrat administratif, le juge aurait dû, comme pour tous les contrats, prononcer l'irrecevabilité du recours contre la décision de résiliation. En optant pour la solution exposée précédemment, le juge reconnaît implicitement qu'il ne s'agit pas d'un contrat au sens classique du terme à tel point que l'on peut se demander si le terme "contrat" est vraiment approprié pour ce type d'acte.

La jurisprudence postérieure semble confirmer l'originalité du régime juridique de l'abonnement téléphonique. Ainsi, dans l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 6 mai 1985 *Ministre chargé des PTT C/ M. Ricard*⁴⁴², le juge statue sur deux points importants. Il reconnaît dans un premier temps et de manière implicite qu'un abonné du téléphone peut utiliser la voie du recours pour excès de pouvoir en vue de contester une décision modifiant unilatéralement le contrat. Dans un second temps, il précise que la modification unilatérale est impossible pour un contrat – tel que cet abonnement – dont le contenu est entièrement "défini par voie législative et réglementaire". Seule une modification de ces derniers textes peut être effectuée.

Non seulement le Conseil d'Etat admet à nouveau que le cocontractant puisse exercer un recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable d'un contrat postérieur à sa conclusion mais en plus, il apporte une dérogation à la règle fondamentale du régime des contrats administratifs selon laquelle l'administration contractante peut modifier à tout

qui est la loi du service public", concl inédites citées par A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, pp 81 et 93.

⁴⁴¹ Le Conseil d'Etat confirme d'ailleurs cette affirmation car dans un arrêt en date du 23 décembre 1987 *Cazelles*, *Rec*, p 862 et concernant le service Publi-Télex, il précise que l'abonnement à ce service donne lieu à la conclusion "de contrats administratifs dont le contenu est entièrement défini par voie législative et réglementaire". Certes, il ne s'agit pas d'un contrat d'abonnement téléphonique mais le domaine est très proche.

⁴⁴² *Rec*, p 144 – *AJDA* 1985, p 736, note J-L. Gauroy, *RFDA* 1985, p 697, note J-C. B.

moment de tels contrats⁴⁴³. Sur ce dernier point, une remarque similaire peut être faite concernant les actes de recrutement des agents "contractuels". En effet, il ressort de l'arrêt *Rabut* cité précédemment que les dispositions se rapportant à la rémunération des personnels ainsi que celles relatives à la durée du contrat, présentent un caractère d'ordre public empêchant les parties d'y déroger. Or, le juge administratif admet de manière générale que de telles clauses ont en règle générale "un caractère contractuel « négociable »"⁴⁴⁴.

De ce fait, Franck Moderne en arrive à la constatation suivante; "il y a (...) quelque risque de confusion à utiliser le concept de contrat pour qualifier une situation dont les éléments apparemment les plus contractuels échappent à l'emprise des cocontractants"⁴⁴⁵.

Etant donné que les dispositions précitées sont définies de manière unilatérale et revêtent un caractère général et impersonnel, elles ont donc un caractère statutaire. De ce fait, les autorités administratives compétentes peuvent les modifier librement en application du principe de mutabilité des actes réglementaires.

Que peut-on déduire de ces différents éléments au niveau de la nature juridique des actes de recrutement des agents et relatifs aux relations entre l'usager et le service public ? Doit-on maintenir sa qualification de contrat ? S'agit-il d'actes hybrides comprenant à la fois des dispositions contractuelles et réglementaires ou bien peut-on les qualifier d'actes administratifs unilatéraux réglementaires à élaboration négociée ?

2 – Les incidences sur la nature juridique réelle des actes en cause

Un nombre très restreint d'auteurs a intégré les actes de recrutement dans la catégorie des contrats. On ne peut guère citer que Jean-Marie Auby et Robert Ducos-Ader qui, dans leur manuel de droit administratif, évoquent la composition du personnel de

⁴⁴³ Dans un arrêt du Conseil d'Etat en date du 2 février 1983 *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec, p 33 – RDP 1984, p 212, note J-M. Auby – RFDA 1984, p 45, note F. Llorens, les juges reconnaissent que ce pouvoir de modification unilatérale constitue une des "règles générales applicables aux contrats administratifs".

⁴⁴⁴ F. Moderne, "Les contrats de louage de service", in *Collectivités locales*, Paris, Dalloz, tome 3, p 3772-13 – A. Plantey dans son ouvrage *La fonction publique – Traité général*, Paris, Litec, 2^{ème} édition, 2001, p 50 indique précisément que "les points les plus fréquemment régis par le contrat sont ceux relatifs à la date d'effet et à la durée de la convention (CE 30 septembre 1955 *Vilmain*, D 1956, Somm, p 47), à la rémunération (TA Amiens 7 octobre 1986 *Commissaire de la République de Picardie*, Rec, p 595) et aux indemnités (CE 17 juin 1996 *Ministre de la défense*, Rec, p 996), au type des fonctions et obligations (CE 18 novembre 1988 *Centre hospitalier de Lille*, Rec, p 876), aux conditions de leur expiration (CE 15 février 1950 *Philippon*, Rec, p 107)".

⁴⁴⁵ *Ibid.*

l'administration et notamment les agents publics contractuels. Un contrat administratif est selon eux à la base de leur recrutement, "par conséquent à l'intérieur de l'acte à forme contractuelle se placent des actes administratifs unilatéraux, des règlements que l'administration est toujours libre de modifier"⁴⁴⁶. La formulation peut surprendre car ces auteurs sous-entendent apparemment que dans tous les contrats administratifs sont insérés de tels actes administratifs unilatéraux. Une telle affirmation est contestable.

Certes, ils qualifient l'acte de "contrat administratif". Cependant, il ne faut pas se laisser abuser par cette expression. L'acte en cause n'a de contrat que le nom.

Didier Truchet résume de la façon suivante sa conception partagée par d'autres auteurs⁴⁴⁷: "la recevabilité du recours pour excès de pouvoir du co-contractant contre une mesure d'exécution ou de résiliation du contrat n'a été admise que pour des contrats dont la qualification était assez factice, et ne correspondait pas à la véritable nature – en réalité statutaire – de la situation du co-contractant"⁴⁴⁸. Il ne s'agirait donc pas d'un contrat administratif au sens classique du terme mais d'une convention réglementaire.

Pour certains auteurs, tels que Philippe Terneyre⁴⁴⁹, cette convention aurait un caractère intégralement réglementaire et pour d'autres, elle combinerait des éléments contractuels et réglementaires⁴⁵⁰.

L'affirmation de Philippe Terneyre doit être relativisée car il ressort des développements précédents que certains points du "contrat" ne sont pas imposés unilatéralement par l'administration. De même la thèse de la mixité évoquée par André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé ainsi que David Ruzié⁴⁵¹ semble contestable. En effet, et comme pour le cahier des charges des lotissements, la distinction entre les clauses réglementaires et contractuelles est des plus délicate. Franck Moderne l'a bien mis en lumière⁴⁵².

Compte tenu des ambiguïtés de la qualification contractuelle de l'acte de recrutement des agents publics non titulaires, il faut se demander si dans un souci de clarification et de réalisme juridique, il ne serait pas préférable de l'intégrer dans la catégorie des actes

⁴⁴⁶ J.-M. Auby et R. Ducos-Ader, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 1970, p 41.

⁴⁴⁷ Cf par exemple Y. Gaudemet, "existe-t-il une "catégorie" d'agents publics contractuels de l'administration", *AJDA* 1977, p 617 ou P. Terneyre, *CJEG* 1996, p 385.

⁴⁴⁸ D. Truchet, "Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés", in *Le droit contemporain des contrats. Bilan et perspectives*, Paris, Economica, 1987, p 192.

⁴⁴⁹ *Op. cit.*, p 385.

⁴⁵⁰ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 354.

⁴⁵¹ D. Ruzié, *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français*, Paris, LGDJ, 1960, p 52.

⁴⁵² F. Moderne, "Les contrats de louage de service", *op.cit.*

administratifs unilatéraux et ce en s'appuyant notamment sur le contenu de l'arrêt *Ville de Lisieux*.

Le Commissaire du gouvernement Jacques-Henri Stahl évite de prendre clairement position sur la nature juridique de l'acte de recrutement. Il s'est simplement prononcé sur le caractère de tels actes et non sur leur nature juridique. Il se contente d'affirmer en prenant appui sur la jurisprudence étudiée précédemment et en s'adressant aux juges que "vous les avez déjà, à plusieurs reprises, regardés comme de faux contrats"⁴⁵³. Néanmoins cela ne nous donne aucune indication précise quant à la nature juridique réelle de cet acte. L'expression "faux contrats" peut renvoyer à deux hypothèses distinctes; soit il s'agit d'un acte non décisoire, sans portée juridique par lui même comme il en existe notamment en matière de planification, soit il s'agit d'un acte de nature unilatérale. En l'espèce, la première hypothèse ne peut être reçue étant donné que le juge a admis la recevabilité du recours. Qu'en est-il de la seconde ?

Trois auteurs semblent inclure l'engagement d'agents contractuels dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux. Ainsi, Jean Gourdou et Philippe Terneyre affirment au sujet de cet arrêt que "le recours pour excès de pouvoir retrouve ici son domaine naturel, à savoir l'acte unilatéral (...) dont l'apparence contractuelle n'était qu'illusion"⁴⁵⁴.

Cet arrêt n'étant pas explicite quant à la nature de l'acte de recrutement, il est permis d'hésiter concernant sa qualification. Tel est le cas de Delphine Costa. Cependant, cette dernière admet par la suite qu'en "l'état actuel du droit administratif, les actes dont l'annulation peut être demandée au juge administratif sont des actes unilatéraux, le principe selon lequel ce dernier ne peut annuler un contrat n'étant pas encore renversé"⁴⁵⁵.

Ces différents auteurs reconnaissent donc implicitement qu'un lien étroit existe entre le caractère réglementaire d'un acte et sa nature unilatérale. Les concepts de règlement et de contrat seraient bel et bien antinomiques.

Cependant, il ne s'agit pas d'un acte administratif unilatéral au sens classique du terme car lors de son élaboration, un accord de volonté intervient entre l'administration et le futur agent. De plus, Laurent Richer précise que les textes réglementant la situation de l'agent non titulaire laissent "subsister la possibilité" de les compléter "et le juge fait alors prévaloir la commune intention des parties"⁴⁵⁶. De la même manière, le Conseil d'Etat

⁴⁵³ RFDA 1999, p 136.

⁴⁵⁴ J. Gourdou et P. Terneyre, "Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle", CJEG 1999, p 254.

⁴⁵⁵ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2000, p 128.

⁴⁵⁶ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, 2004, p 618.

souligne, dans un avis en date du 30 janvier 1997, que "la circonstance que le régime applicable à certaines catégories d'agents contractuels est défini par des textes de caractère réglementaire ne fait pas obstacle à ce que, dans le silence de ces textes, certains éléments de la situation de ces agents soient fixés par les stipulations de leurs contrats"⁴⁵⁷. Il en est notamment ainsi des conditions de rémunération⁴⁵⁸. Néanmoins, il faut à nouveau préciser qu'il n'existe pas de liste clairement établie des dispositions pouvant être négociées. En effet, on a pu voir précédemment que des variations existent en fonction des réglementations.

La détermination de la nature juridique réelle des actes liant l'usager au service public semble plus problématique.

Lorsqu'un malade entre à l'hôpital, qu'un étudiant s'inscrit à l'Université ou bien encore lorsqu'une personne s'abonne au téléphone... tous sont considérés comme des usagers d'un service public. Dans certains arrêts, le juge a semble-t-il admis la nature contractuelle de tels actes. Ainsi, le Conseil d'Etat considère que les locataires d'un HLM sont liés aux offices publics par des contrats⁴⁵⁹.

De la même façon, le Tribunal des conflits, dans un arrêt en date du 28 juin 1968 *Ursof*⁴⁶⁰, a reconnu que "les contrats d'abonnement téléphonique (...) constituent des contrats administratifs". La rédaction de cet arrêt paraît dénuée de toute équivoque. Néanmoins, de nombreux auteurs ont contesté cette qualification - tout du moins jusqu'à l'intervention de la loi du 2 juillet 1990⁴⁶¹ - à commencer par les auteurs des notes relatives à cet arrêt. Ainsi, selon Jean du Bois de Gaudusson, le Tribunal des conflits se trompe en qualifiant la relation de contractuelle. Le contrat d'abonnement téléphonique doit être considéré comme un acte-condition plaçant l'abonné dans une situation légale et réglementaire⁴⁶².

⁴⁵⁷ EDCE 1997, n°49, pp 189-190.

⁴⁵⁸ Le Conseil d'Etat a, dans un arrêt du 5 octobre 1973 *Dame Gilles*, req n°83793, jugé légale l'insertion de stipulations prévoyant que certaines des "conditions fixant les rapports entre l'administration et l'agent sont celles qui règlent généralement les rapports entre employeurs et employés à titre privé".

⁴⁵⁹ CE 6 octobre 1965, *Denis*, Rec, p 491 – TC 28 février 1966, *Saubeste C/ OPHLM de Toulouse*, JCP G 1966, II, 14637, note G. Liet-Veaux.

⁴⁶⁰ Rec, p 798 – JCP G 1968, II, 15646, concl Gégout, note J. Dufau – D 1969, J, p 416, note J du Bois de Gaudusson – AJDA 1969, p 139, note J. Lemasurier.

⁴⁶¹ En vertu de l'article 25 de cette loi, les contrats d'abonnement téléphonique sont des contrats de droit privé dont le contentieux relève du juge judiciaire.

⁴⁶² Il affirme précisément que "l'abonnement téléphonique n'est pas un acte contractuel, mais un acte-condition rendant applicable l'acte-règle qu'est la loi du service public", D 1969, J, p 421.

Malheureusement, cet auteur n'opère pas une requalification de la nature juridique de l'acte. Il se contente de déterminer quels sont les effets du contrat⁴⁶³.

A quelles conclusions peut-on parvenir au regard de ces différentes jurisprudences ? Peut-on reprendre la formule suivante de J-C. B "la nature profonde du contrat d'abonnement est de ne pas en être un"⁴⁶⁴ et l'appliquer à tous les actes unissant les agents ou usagers au service public ?

A la suite de ces différents arrêts, peu d'auteurs continuent de prendre au pied de la lettre la qualification contractuelle donnée par le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat. Denys de Béchillon⁴⁶⁵ affirme tout de même que l'abonnement téléphonique ou l'acte de recrutement d'un agent public non titulaire entrent dans la catégorie des actes contractuels car le recours pour excès de pouvoir est irrecevable contre ces "contrats". Cet argument manque à l'heure actuelle de pertinence s'agissant de l'acte de recrutement étant donné – comme on a eu l'occasion de le voir précédemment – que le Conseil d'Etat a déclaré recevable un tel recours contre le contrat de recrutement d'un agent non titulaire. Même si aucun arrêt similaire n'est intervenu s'agissant des relations entre l'utilisateur et le service public, on peut se référer aux propos de Victor Haïm pour qui le principe dégagé par l'arrêt *Ville de Lisieux* pourrait s'appliquer aux "contrats" conclus par les usagers d'un service public tel que le téléphone⁴⁶⁶.

D'autres auteurs, et ils sont majoritaires, incluent ces abonnements dans cette fautive catégorie que constitue la "convention à effets réglementaires". C'est le cas par exemple de Jacques Moreau⁴⁶⁷ ou de Philippe Terneyre⁴⁶⁸. Or, comme on l'a indiqué à plusieurs reprises, une telle catégorie ne nous donne aucune indication sur la nature unilatérale ou contractuelle de l'acte en cause.

Etant donné le caractère dérogatoire de l'abonnement téléphonique au régime juridique des contrats administratifs, peut-on affirmer qu'il entre dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux ?

Deux auteurs semblent évoquer la nature unilatérale d'un tel abonnement. Il s'agit d'Alain-Serge Mescheriakoff et de Delphine Costa. Le premier se contente d'affirmer que la qualification contractuelle a fait l'objet de critiques de la part de la doctrine qui y a vu un

⁴⁶³ En effet, comme l'a affirmé G. Jèze, "tantôt l'acte-condition est unilatéral, tantôt il est bilatéral", *Les principes généraux du droit administratif – La technique juridique du droit public français*, Paris, Dalloz, 2005 (réimpression de l'édition de 1925), tome 1, p 47.

⁴⁶⁴ *RFDA* 1985, p 702.

⁴⁶⁵ D. de Béchillon, "Le contrat administratif comme norme dans le droit public positif", *RFDA* 1992, p 20.

⁴⁶⁶ Note sur CE 30 octobre 1998 *Ville de Lisieux*, *JCP G* 1999, 10045, p 479.

⁴⁶⁷ J. Moreau, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1989, p 261.

faux semblant, une fiction recouvrant une situation en réalité unilatérale⁴⁶⁹. Quant au second auteur, après avoir cité notamment Laurent Richer qui estime ce type de contrat factice étant donné qu'il fait entrer le cocontractant dans le cadre d'un statut légal et réglementaire, elle indique que "ces contrats seraient alors des actes unilatéraux à caractère réglementaire"⁴⁷⁰.

Il semble possible de partager ce point de vue étant donné, comme on l'a vu précédemment, que le régime juridique contient de nombreuses dérogations au régime juridique normalement applicable aux contrats administratifs. De ce fait, si l'abonnement téléphonique ne peut être qualifié de contrat, il s'agit d'un acte administratif unilatéral.

Ce type d'abonnement entre certes dans la catégorie des actes unilatéraux. Néanmoins, il faut déterminer si une part de négociation intervient malgré tout dans sa formation.

Philippe Dondoux, dans ses conclusions sur l'arrêt *Veuve Bourgeois*, indiquait que "le contrat que les intéressés passent avec l'administration n'est que très rarement négocié"⁴⁷¹.

Cependant, Yves Brard constate qu'un "abonnement téléphonique fait naître entre l'administration et un abonné déterminé des engagements corrélatifs et que la souscription de cet abonnement manifeste clairement la volonté de l'abonné de bénéficier de la prestation offerte par l'administration des postes en acceptant formellement les conditions proposées, même si ces conditions ne peuvent être négociées"⁴⁷². Même si un accord de volontés est nécessaire en vue de la formation de l'abonnement téléphonique, il semble difficile de qualifier cet abonnement d'acte administratif unilatéral négocié.

Néanmoins, le Commissaire du gouvernement Alain Bacquet fait remarquer à propos d'un usager d'un service public hospitalier que, si celui se trouve vis-à-vis du service dans une situation légale et réglementaire, il peut y avoir des "cas dans lesquels le besoin de prestations adaptées à des situations particulières, et par conséquent « sur mesure », s'accommoderait mieux de la technique du contrat"⁴⁷³. Étant donné que l'on se situe dans un cadre légal et réglementaire, il ne peut y avoir de contrat au sens strict. De ce fait, Alain Bacquet a sans doute voulu dire, par cette dernière expression, que des négociations peuvent intervenir antérieurement à l'adoption de l'acte caractérisant l'accès au service public. Certes, il s'agit en l'espèce de l'accès au service public hospitalier cependant il

⁴⁶⁸ CJEG 1996, p 385.

⁴⁶⁹ A-S Mesheriakoff, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^{ème} édition, 1997, p 236.

⁴⁷⁰ *Op. cit.*, p 126.

⁴⁷¹ Cité par Y. Brard, *AJDA* 1980, p 305.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Conclusions rendues sur l'arrêt du 23 février 1979, *Tolub*, *AJDA* 1979, p 31 et citées par A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé dans leur *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 91.

semble possible d'appliquer ce raisonnement aux relations entre les PTT et leurs usagers. En effet, on peut prendre pour exemple l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 24 avril 1964 *SA de Livraisons Industrielles et Commerciales*⁴⁷⁴ concernant une convention conclue entre l'administration des PTT et une société, relative à l'attribution d'un indicatif spécial. Dans le cadre de cet accord, on constate que des négociations sont intervenues. Ainsi, en contre-partie de l'octroi d'un indicatif spécial, la société s'est engagée à rembourser les frais d'installation des équipements automatiques nécessaires et à verser à l'Etat des redevances, calculées en fonction des services rendus. Certes, et comme dans les arrêts analysés précédemment, le juge administratif analyse cet accord comme un acte contractuel. Néanmoins, il semble que le raisonnement exposé ci-dessus s'applique dans les mêmes termes. L'accord octroyant cet indicatif ne peut donc être qualifié de contrat. On peut d'ailleurs observer que, dans l'arrêt précité, le Conseil d'Etat n'emploie à aucun moment le terme de "contrat" pour désigner l'accord intervenu entre l'administration des PTT et l'utilisateur. Il utilise simplement le terme de "convention" ce qui semble démontrer l'embarras du juge pour qualifier ce type d'accord.

En définitif, il s'agirait d'un acte administratif unilatéral dont l'élaboration est négociée.

On a tenté de déterminer dans les développements qui précèdent quelle est la nature juridique réelle du lien unissant l'agent public non titulaire au service public. Cet agent se trouverait en réalité dans une situation proche du fonctionnaire. Néanmoins, pour ce dernier aussi, la question de la nature juridique des actes d'engagement ainsi que certains actes connexes se pose.

B – L'absence d'actes contractuels dans le recrutement et l'organisation du statut des agents publics titulaires

Si comme on l'a vu la nature juridique des actes de recrutement des agents non titulaires fait l'objet d'analyses divergentes, la même remarque peut être faite à l'encontre des actes intervenant dans le domaine statutaire que ce soit en matière de nomination (1) ou bien s'agissant de certains accords conclus avec les syndicats de fonctionnaires (2).

⁴⁷⁴ AJDA 1964, p 308, concl M. Combarrous.

1 – La nature des liens existant entre les fonctionnaires et l'administration

La jurisprudence et la doctrine au cours du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle, ont eu à déterminer quelle était la nature juridique du lien unissant l'administration au fonctionnaire.

La conception contractuelle prévalut dans un premier temps que ce soit au niveau doctrinal ou jurisprudentiel. Ainsi, le Conseil d'Etat reconnaît clairement dans un arrêt du 7 août 1909 *Winkell et Rosier*⁴⁷⁵ que les fonctionnaires grévistes cessent de bénéficier des garanties résultant pour eux du "contrat de droit public qui les lie à l'administration". Le Commissaire du gouvernement Tardieu explique pour quelle raison la conception contractuelle est retenue. C'est "l'accord de volontés qui se produit lors de la nomination acceptée par le fonctionnaire, accord générateur d'obligations réciproques, qui constitue ce qu'on appelle le contrat de fonction publique"⁴⁷⁶. En effet, l'administration propose une offre d'accès à la fonction publique au moment de la publication de l'arrêté d'ouverture du concours. Ensuite, le candidat ayant passé avec succès toutes les épreuves, accepte ou non l'offre proposée par l'administration. Si celui-ci accepte, il y a bien création d'un accord de volontés. En revanche, en cas de refus, le Conseil d'Etat considère que la nomination disparaît rétroactivement⁴⁷⁷. L'accord de volonté est donc indispensable afin d'accéder effectivement à la fonction publique.

Cependant, une telle argumentation comporte des lacunes car on a souvent eu l'occasion de démontrer que l'existence d'un accord de volontés n'impliquait pas dans tous les cas l'existence d'un contrat. Léon Duguit ne s'est d'ailleurs pas laissé abuser sur ce point. Dès 1930, il affirme qu'il y a bien dans "la nomination de fonctionnaire de nos jours deux actes de volontés" mais "malgré le concours des deux volontés, il n'y a pas contrat"⁴⁷⁸. Selon ce même auteur, "il n'y a contrat que, lorsque, à la suite d'un accord de volonté, il naît une situation subjective de créancier et de débiteur, dont l'accord détermine l'étendue et la portée"⁴⁷⁹. Ces différents éléments n'apparaissent pas dans le cadre de l'acte de nomination du fonctionnaire.

⁴⁷⁵ Rec, p 826, concl Tardieu – D 1911, 3, p 17, concl Tardieu – RDP 1909, p 494, note G; Jèze – S 1909, 3, p 145, concl Tardieu, note M. Hauriou.

⁴⁷⁶ Rec, p 827.

⁴⁷⁷ CE 20 février 1924, *Brandstetter*, Rec, p 194.

⁴⁷⁸ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne librairie Fontemoing et Compagnie, 3^{ème} édition, 1930, tome 3, p 125.

⁴⁷⁹ *Id.*, p 126. M. Hauriou est du même avis. Selon cet auteur, "s'il est un élément de fond capital dans toute situation contractuelle, c'est bien celui de la loi contractuelle (...). Or de cette puissance de la volonté individuelle par la loi contractuelle des parties, nous ne voyons aucune trace dans la situation des

Dès la fin des années trente, l'analyse de la nature juridique de cet acte va se modifier. En effet, par un arrêt du 22 octobre 1937 *Dlle Minaire*⁴⁸⁰, le Conseil d'Etat va cesser de se référer à la notion de contrat pour qualifier le lien unissant le fonctionnaire à l'administration. Il déclare simplement qu'en cas de grève, le fonctionnaire se place en dehors de l'application des lois et règlements. Ce principe va être consacré textuellement dès 1946 car les différents statuts généraux de la fonction publique prévoient que "le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire"⁴⁸¹. Toute référence au contrat est donc abandonnée. Cependant ces statuts ne donnent aucune indication quant à la nature juridique réelle du lien unissant l'administration à son agent titulaire.

Même si la doctrine reconnaît de manière quasi unanime que ce lien ne peut être qualifié de contractuel, certains auteurs font valoir que la nomination de fonctionnaires est une convention autre que le contrat⁴⁸². Il s'agirait plus précisément d'une convention ayant une unité d'objet, mais dont les buts diffèrent en fonction des parties. Cette analyse rejoindrait celle de Léon Duguit qui, dans le troisième tome de son *Traité de droit constitutionnel*, estimait que cet acte de nomination devait être qualifié non de contrat mais de convention faisant naître une situation juridique objective et non subjective comme le contrat⁴⁸³. A la différence du droit civil, la convention n'est pas reconnue comme catégorie en droit public. Si on se place exclusivement sur un plan contentieux, seuls le contrat et l'acte unilatéral sont explicitement consacrés comme catégorie juridique⁴⁸⁴.

Or, étant donné que l'acte de nomination ne peut être qualifié de contrat, doit-on l'inclure dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux ?

Après avoir vu dans l'acte de nomination un acte unilatéral⁴⁸⁵, Léon Duguit va estimer par la suite que "la nomination de fonctionnaire n'est certainement pas un acte unilatéral, puisqu'elle implique évidemment le concours de deux volontés au moins, celle de celui qui

fonctionnaires", *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 2002 (réimpression de l'édition de 1933), p 739.

⁴⁸⁰ *Rec*, p 843, concl Lagrange – *D* 1938, 3, p 49, concl Lagrange et note C. Eisenmann – *RDP* 1938, p 121, concl Lagrange et note G. Jèze – *S* 1940, 3, p 13, concl Lagrange.

⁴⁸¹ Cf les articles 5 du statut du 19 octobre 1946 et du 4 février 1959 ainsi que l'article 4 du statut du 13 juillet 1983.

⁴⁸² Selon M. Réglade, "comme exemple de conventions autres que le contrat, on peut citer, la nomination d'un fonctionnaire public", "La place de la convention dans une classification des actes juridiques", *Archives de philosophie du droit* 1940, p 163.

⁴⁸³ *Op. cit.*, p 127.

⁴⁸⁴ On aura l'occasion de revenir en détail sur ces différents types d'actes au cours de la seconde partie.

⁴⁸⁵ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne librairie Fontemoing et Compagnie, 1^{ère} édition, 1911, tome 1, p 469.

nomme et celle de celui qui est nommé⁴⁸⁶. Cet auteur adopte une conception restrictive de l'acte administratif unilatéral car on a eu l'occasion de se rendre compte que l'existence d'un concours ou d'un accord de volonté n'était en rien incompatible avec la notion d'acte unilatéral.

A la même époque, Gaston Jèze prône une conception différente. La nomination d'un fonctionnaire est selon lui, "un acte unilatéral, provoqué ou accepté". Il précise en outre que "cette investiture est l'œuvre de la seule autorité qui nomme des électeurs. C'est en cela que l'acte est unilatéral"⁴⁸⁷. Cette vision semble encore une fois quelque peu réductrice car la volonté de la personne admise à la suite du concours est indispensable dans la formation de cet acte complexe qu'est la nomination. Néanmoins, Gaston Jèze reconnaît que cet acte est doté d'une particularité à savoir la nécessité d'une acceptation.

Roger Bonnard adopte une conception très proche de celle exposée par Gaston Jèze. Il qualifie la nomination d'un fonctionnaire "d'acte unilatéral affecté d'une condition résolutoire"⁴⁸⁸.

De par l'admission de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, il ne fait guère de doute que l'acte de nomination entre dans la catégorie des actes unilatéraux⁴⁸⁹.

Néanmoins, on peut regretter que les auteurs conçoivent le consentement du futur fonctionnaire comme un acte détaché de la phase de formation de cet acte unilatéral de nomination. En effet, il ressort des propos de Gaston Jèze ou Roger Bonnard que la manifestation de volonté du bénéficiaire de l'acte n'est qu'une condition de l'effectivité de l'acte de nomination⁴⁹⁰. Cependant, on peut se demander si cette manifestation de volonté ne constitue pas un élément conditionnant l'existence même de l'acte de nomination.

Il ressort d'un arrêt du Conseil d'Etat en date du 17 février 1928⁴⁹¹ *Laurent*, que le refus par le bénéficiaire de la nomination entraîne un anéantissement de cette dernière, c'est-à-dire qu'elle est considérée comme n'étant jamais intervenue et donc comme n'ayant jamais existé. La volonté du fonctionnaire a donc une place importante au niveau de la formation de l'acte de nomination.

⁴⁸⁶ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne librairie Fontemoing et Compagnie, 1921, 2^{ème} édition, tome 1, p 315.

⁴⁸⁷ *Op. cit.*, p 425.

⁴⁸⁸ R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, 1942, p 450.

⁴⁸⁹ Cf par exemple, CE 17 juin 1996 *Vion*, req n°67900.

⁴⁹⁰ De même, L. Richer dans son manuel *Droit des contrats administratifs* reconnaît qu'il "peut arriver que le consentement de la personne intéressée, soit nécessaire, comme, par exemple, pour la nomination d'un fonctionnaire, mais ce consentement est seulement une condition d'efficacité de la volonté unilatérale de l'administration: l'acte juridique existe alors indépendamment de ce consentement", *op. cit.*, p 53.

⁴⁹¹ *Rec.*, p 257.

Certes, un accord de volonté existe. Mais est-ce que cela signifie pour autant qu'une négociation intervient dans la formation de cet acte ?

A première vue, la réponse semble négative. Comme on a eu l'occasion de le voir précédemment, le statut des agents publics titulaires revêt un caractère légal et réglementaire. Or, une des conséquences de cette situation est que les droits et obligations qui régissent ce type de personnel ne peuvent faire normalement l'objet de négociations. Seules les dispositions statutaires s'appliquent. Néanmoins, l'impossibilité de négociation des conditions particulières d'emploi n'est pas une règle générale et absolue car les statuts peuvent expressément prévoir que tels ou tels points feront l'objet de négociations entre l'administration et l'agent⁴⁹². On peut donc en conclure que la décision de nomination entre dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux dont l'élaboration fait partiellement l'objet de négociations.

2 – Les accords portant sur les droits syndicaux

Comme on vient de le voir, l'acte de nomination peut dans certains cas revêtir un caractère négocié. De telles négociations interviennent aussi dans des domaines de la fonction publique autres que les relations entre le gestionnaire du service et la personne intégrée dans ce dernier par la voie de la titularisation. Ainsi, il existe des cas de négociations entre le ministère et les groupements de syndicats de fonctionnaires sur des problèmes particuliers tels que la carrière ou les rémunérations.⁴⁹³

Les fonctionnaires sont régis par un statut contenant des dispositions à caractère légal et réglementaire. Or, l'existence de telles négociations tend à remettre en cause une telle situation. Celles-ci visent à la conclusion d'accords formels qui ont l'apparence de véritables conventions et on a pu parler de « contractualisation » de la fonction publique⁴⁹⁴.

⁴⁹² J-M de Forges le souligne très clairement dans son ouvrage, *Droit de la fonction publique*, Paris, PUF, 2^{ème} édition, 1997, p 72 – Il ressort de la décision du Tribunal des conflits en date du 3 juillet 2000 *Syndicat des pilotes d'Air France*, RFDA 2001, p 511, que "les personnels de la société Air France sont au nombre des catégories de personnels relevant d'un statut réglementaire particulier, qui n'est susceptible d'être complété par des conventions ou accords d'entreprise que « dans les limites fixées par le statut »".

⁴⁹³ Sur ce point, l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983 reconnaît que "les organisations syndicales ont qualité pour conduire au niveau national avec le gouvernement des négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations" – L'article 9 de cette même loi apparaît encore plus explicite car il dispose que "les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs délégués à l'élaboration des règles statutaires".

⁴⁹⁴ A de Laubadère et Y Gaudemet, *Traité de droit administratif – La fonction publique*, op. cit., p 39.

Les auteurs relayés par la jurisprudence se sont interrogés sur la nature juridique de tels accords intervenant dans des matières relevant uniquement – en temps normal – du pouvoir réglementaire.

Cette contractualisation des dispositions statutaires a pour origine les troubles sociaux de mai 1968. En effet, le "protocole Oudinot" du 2 juin 1968 inclut l'engagement des pouvoirs publics de discuter à l'avenir avec les organisations syndicales, toutes les modifications relatives notamment au traitement des fonctionnaires. La négociation a lieu tous les ans et se termine soit par la conclusion d'un accord soit par un constat de désaccord.

Peut-on affirmer que des contrats administratifs sont conclus entre les pouvoirs publics et les organisations syndicales ?

Le Conseil d'Etat ne les a pas qualifiés de contrat, mais il a surtout reconnu à maintes reprises leur absence de valeur juridique⁴⁹⁵.

Néanmoins, la situation n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît. Même si ces accords ne sont en eux-mêmes dotés d'aucune effectivité juridique, il n'en demeure pas moins que leur contenu est dans certains cas "repris"⁴⁹⁶, "ratifiés"⁴⁹⁷ ou encore "enregistrés"⁴⁹⁸ par des actes unilatéraux des autorités centrales. Dans ce cas, quels sont les effets de l'intervention d'un tel acte unilatéral sur la qualification juridique de cet ensemble ?

Michèle Voisset s'est demandée si une telle procédure n'aboutissait pas en fait à un partage dans l'exercice du pouvoir réglementaire ? Selon elle, "il n'y a bilatéralisme qu'au stade de l'élaboration de la décision qui doit ensuite être ratifiée par un acte unilatéral du gouvernement pour pouvoir prendre effet"⁴⁹⁹. Sa réponse demeure pour le moins ambiguë. En effet, on peut être surpris de l'utilisation qu'elle fait du terme "décision" désignant selon elle l'accord précédant l'édiction de l'acte unilatéral. L'accord en tant que tel ne peut avoir un caractère décisoire étant donné – comme on l'a vu précédemment – que le Conseil d'Etat lui dénie toute valeur juridique. De plus, la notion de "décision" s'applique exclusivement aux actes unilatéraux. Michèle Voisset admettrait-elle donc implicitement

⁴⁹⁵ Cf par exemple les arrêts du Conseil d'Etat en date du 23 mars 1973 *Fédération du personnel de la défense nationale CFDT*, Rec, p 247 – AJDA 1973, p 503, obs V. S et du 27 octobre 1989 *Syndicat national des études et de l'exploitation de l'aviation*, Rec, p 833 – DA 1989, n°663. Ou bien, plus récemment, l'arrêt en date du 10 janvier 2003 *Union professionnelle des cadres administratifs supérieurs des services extérieurs du ministère de l'équipement*, req n°248118.

⁴⁹⁶ R. Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001, tome 2, p 76.

⁴⁹⁷ M. Voisset, "Concertation et contractualisation dans la fonction publique", AJDA 1970, p 392.

⁴⁹⁸ J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 19^{ème} édition, 2002, p 90.

⁴⁹⁹ *Op. cit.*, p 392.

que l'accord du fait de l'intervention postérieure d'un acte unilatéral appartiendrait à cette dernière catégorie ?

Les faits et la doctrine semblent le confirmer. Ainsi, il ressort des dispositions même de l'accord précité en date du 10 octobre 1969 que les deux parties "décident", "arrêtent" telle disposition. Les rédacteurs ont donc employé, à l'occasion d'un accord, des termes se rapportant à l'acte unilatéral. De même, René Chapus souligne dans l'un de ses ouvrages que même si ces accords n'ont par eux-mêmes aucune valeur, il ne faut pas pour autant sous-estimer l'intervention de ces derniers. Selon cet auteur, "il est important que les mesures qui les mettent en œuvre aient le caractère de *décisions négociées*"⁵⁰⁰. Cela signifierait qu'à l'instar des actes en matière de libération des prix, les dispositions de l'accord s'incorporeraient dans l'acte unilatéral qui lui succède. Cet ensemble pourrait donc être qualifié d'acte administratif unilatéral négocié. Il s'agit d'une supposition car aucun arrêt du Conseil d'Etat n'a été rendu sur ce point.

S'agissant d'un type d'accord particulier, le juge a eu l'occasion de se prononcer implicitement sur leur nature juridique. L'article 31-1 de la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications⁵⁰¹ prévoit que "France Télécom recherche par la négociation et la concertation la conclusion d'accords avec les organisations syndicales, tout particulièrement dans les domaines de l'emploi, de la formation, de l'organisation et des conditions de travail, de l'évolution des métiers et de la durée du travail". Même si des négociations interviennent lors de l'élaboration de l'accord, celui-ci n'est pas de nature contractuelle mais appartient à la catégorie des actes unilatéraux. Le Conseil d'Etat a en effet très clairement admis qu'un tel accord puisse faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁵⁰².

Les actes de nature unilatérale adoptés à la suite de négociations occupent une place importante dans le cadre des relations entre les usagers et le service public mais aussi dans le cadre des relations entre ce même service et le personnel ou ses représentants. Mais qu'en est-il des actes relatifs à la gestion même de ce service dénommés concessions ?

⁵⁰⁰ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 2, *op. cit.*, p 76 – Il est intéressant de souligner sur ce point qu'à la suite de l'expression "décisions négociées", R. Chapus renvoie entre parenthèses aux développements inclus dans le tome 1^{er} de son manuel et relatifs aux actes unilatéraux négociés.

⁵⁰¹ Cet article a été introduit dans cette loi suite au vote et à la promulgation de la loi du 26 juillet 1996.

⁵⁰² Cf notamment CE 7 juillet 2004 *Fédération des syndicats des autonomes PTT Midi-Pyrénées*, *Rec*, Tables, p 832 et CE 26 avril 2006 *Syndicat des autonomes Midi-Pyrénées Roussillon FNNSA PTT*, req n°249114.

§ 2: Les actes relatifs aux concessions de service public

Sous l'expression "actes relatifs aux concessions de service public", on regroupe non seulement l'acte de concession *stricto sensu* (A) mais aussi les accords conclus au cours de la concession (B).

A – L'acte de concession

La concession de service public constitue, selon André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, "un mode de gestion du service public selon lequel une collectivité publique charge une personne privée, par un accord conclu avec celui-ci, de faire fonctionner le service public"⁵⁰³.

La nature juridique d'un tel acte pose problème car plusieurs actes différents sont imbriqués. Ainsi, l'acte de concession est accompagné d'un cahier des charges particuliers qui contient notamment le tarif des redevances versées au concessionnaire.

Certes, jusqu'au début des années trente, la grande majorité des auteurs⁵⁰⁴ considéraient que la concession devait être incluse dans la catégorie des actes contractuels⁵⁰⁵. Leur démonstration était la suivante: cet acte est formé par un accord de volontés du concessionnaire et du concédant. De cet accord naissent des engagements réciproques. Le premier doit assurer le service selon le cahier des charges et le second doit accorder au premier tous les moyens visant à assurer une bonne gestion. Le caractère probant de tels arguments est pour le moins discutable car, comme nous l'avons vu, l'existence d'un accord de volontés ne suffit pas à qualifier un acte de contrat. Cette théorie a été par la suite abandonnée. Un arrêt en date du 21 décembre 1906 *Syndicat Croix-de-Seguey-Tivoli*⁵⁰⁶ semble en effet contredire cette thèse.

⁵⁰³ A de Laubadère, F Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 100.

⁵⁰⁴ On peut citer par exemple M. Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 5^{ème} édition, 1908, pp 600-601 – M. Hauriou, note sous CE 14 février 1902 *Blanleuil*, S 1904, 3, 81.

⁵⁰⁵ Plus récemment, S. Badaoui, dans sa thèse portant sur *Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien*, Paris, LGDJ, 1954, pp 78 et ss, estime que la concession de service public doit être considérée comme un contrat.

⁵⁰⁶ *Rec*, p 969, concl Romieu – S 1907, 3, p 37, note M. Hauriou – *RDP* 1907, pp 411 et 681, notes L. Duguit et G. Jèze.

A l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir, il est admis que puisse être invoquée par des usagers – comme pourrait l'être n'importe quel règlement – la méconnaissance des dispositions d'un cahier de charges de concession.

Suite à cet arrêt est apparue une théorie intéressante mais difficilement justifiable concernant la nature juridique de la concession de service public. Ainsi, la concession aurait une double nature⁵⁰⁷. Dans le cadre des rapports concédant et concessionnaire, elle aurait une nature contractuelle. En revanche, à l'égard des usagers, elle devrait être qualifiée "d'acte unilatéral réglementaire"⁵⁰⁸. A la différence de la doctrine ainsi que de la jurisprudence récente, les auteurs, au début du XX^{ème} siècle soulignent qu'un acte ne peut en même temps être de nature contractuelle et présenter un caractère réglementaire. On peut semble-t-il justifier cette incompatibilité par le lien très étroit existant entre ce dernier caractère et la nature unilatérale d'un acte.

Comme on peut s'y attendre, cette théorie a fait l'objet de critiques. Ainsi, des auteurs ont fait notamment valoir qu'il paraît difficilement concevable qu'un même acte ait une nature différente suivant les personnes auxquelles il va s'appliquer⁵⁰⁹.

Etant donné le caractère peu justifiable de cette conception, la doctrine a appliqué la théorie des actes mixtes à la concession de service public. La nature de cette dernière n'est donc plus analysée de manière globale: on distingue suivant les clauses de cet acte. Ainsi, les clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement du service revêtent un caractère réglementaire alors que les clauses accordant des avantages divers ou imposant certaines obligations au concessionnaire sont de nature contractuelle⁵¹⁰. Léon Duguit souligne, par exemple, qu'une telle concession "comprend deux catégories de clauses très différentes, les clauses contractuelles et les clauses réglementaires"⁵¹¹ et précise dans le troisième tome de son *Traité de droit constitutionnel* que "cette convention n'est pas un contrat"⁵¹². Contrairement aux affirmations d'André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, Léon Duguit ne reconnaît pas que l'acte de concession revêt un caractère

⁵⁰⁷ Certains auteurs ont soutenu cette théorie, tel est le cas de L. Blum dans ses conclusions sur CE 11 mars 1910 *Ministre des travaux publics C/ Compagnie française des tramways*, Rec, p 223, M. Hauriou quelques années après avoir admis la nature contractuelle de la concession, S 1907, 3, p 33, M. Letourneur dans ses conclusions sur CE 25 juin 1948 *Société du journal l'Aurore*, S 1907, 2, p 8.

⁵⁰⁸ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, op. cit., p 498.

⁵⁰⁹ Cf notamment Y. Madiot, op. cit., p 347 et M. Fornacciarri, concl sur CE 31 mars 1989 *Département de la Moselle*, RFDA 1989, p 467.

⁵¹⁰ Selon l'arrêt en date du 29 décembre 1999 *Commune de Port-Saint-Louis du Rhône*, RDI 2000, p 173, les clauses qui font obligation de présenter à l'autorité concédante certains documents tels que des comptes rendus techniques et financiers ou des comptes d'exploitation ont une nature contractuelle.

⁵¹¹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. Boccard, 3^{ème} édition, 1927, tome 1, p 420.

⁵¹² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. Boccard, 3^{ème} édition, 1930, tome 3, p 447.

intégralement réglementaire⁵¹³. Seules certaines clauses ont ce caractère. Maurice Hauriou opte pour cette même thèse dans la 12^{ème} édition de son *Précis de droit administratif et de droit public*⁵¹⁴.

Même si la théorie de l'acte mixte est quasi unanimement évoquée par la doctrine⁵¹⁵ pour caractériser la concession de service public, il n'en demeure pas moins, comme l'affirment André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, que "la reconnaissance du caractère mixte de la concession de service public ne résout pas à elle seule la question de la nature juridique"⁵¹⁶. En effet, la qualification d'acte mixte permet simplement de mettre en avant le caractère distinct des clauses de l'acte mais non sa nature globale.

Certes, ils constatent que la théorie de l'acte mixte est insuffisante, mais cela ne les empêche pas de se rallier à celle-ci. En outre, ils ne se prononcent pas sur la nature juridique de l'ensemble de la concession. Il est vrai qu'ils incluent cet acte dans la catégorie "fourre-tout" et juridiquement peu rigoureuse des accords conventionnels générateurs d'effets réglementaires⁵¹⁷. Cependant, il faut bien voir que seules les clauses réglementaires sont concernées. En effet, la partie contenant les stipulations contractuelles doit être selon eux qualifiée de contrat. Ces auteurs appliquent en fait la théorie de l'acte mixte mais en l'adaptant. Ainsi, la concession contiendrait en son sein deux actes distincts: un acte contractuel regroupant les clauses du même nom et un acte réglementaire contenant les dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement du service. On constate, encore une fois, que ces auteurs détournent le problème en ne se prononçant pas sur la nature de l'acte de concession pris dans sa globalité.

Néanmoins, grâce à cette théorie, on peut mettre en avant les particularités de certaines clauses telles les tarifs des redevances perçues sur les usagers. La plupart des auteurs s'accordent pour dire que ce tarif "est le fruit d'un débat, d'un accord"⁵¹⁸. Une négociation s'engage donc entre le concédant et le concessionnaire. La part de négociation est d'autant plus marquée que la modification des tarifs suppose un accord entre concédant et

⁵¹³ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 101.

⁵¹⁴ Selon cet auteur, il y a "combinaison de deux éléments: 1° la création d'une situation réglementaire ayant trait à l'institution, à l'aménagement et à l'exploitation du service public...; 2° la conclusion d'un contrat passé avec cahier des charges et tarif maximum entre l'administration et le concessionnaire (...)", *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p 1015.

⁵¹⁵ C'est le cas notamment d'A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé dans leur *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 105.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ *Ibid.*

⁵¹⁸ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, *op. cit.*, p 156. Voir dans le même sens, P. Laroque, *Les usagers des services publics industriels et commerciaux*, Paris, Sirey, 1933, p 190.

concessionnaire⁵¹⁹. Malgré tout, "la jurisprudence tend à en négliger complètement l'aspect contractuel pour y voir dans tous les cas de purs règlements administratifs⁵²⁰, ce sont des actes administratifs unilatéraux"⁵²¹.

L'une des clauses de la concession de service public pourrait donc être qualifiée d'acte administratif unilatéral négocié⁵²².

Doit-on en conclure que, du fait de ses caractéristiques, il est impossible de se prononcer sur la nature juridique de l'acte de concession en tant que tel ?

L'étude de la jurisprudence se révèle intéressante. Dans un arrêt en date du 16 avril 1986 *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres*⁵²³, le Conseil d'Etat affirme que "le contrat de concession et le cahier des charges qui y est annexé ne constituent pas des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir". Un tel recours est irrecevable car, et cela est sous-entendu, l'acte dans son ensemble entre dans la catégorie des contrats. Cependant, il faut bien voir que depuis l'arrêt *Cayzele* en date du 10 juillet 1996⁵²⁴, le Conseil d'Etat admet la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des dispositions réglementaires d'un contrat. En outre, il apparaît très clairement dans les arrêts du 16 avril 1986 *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres* et du 30 octobre 1996 *Mme Wajs et M. Monnier*⁵²⁵ que la légalité des clauses non réglementaires des concessions de service public peut être contestée par voie d'exception à l'occasion du recours pour excès de pouvoir formé contre l'acte d'approbation.

S'agissant de cet arrêt, une question se pose. Le juge administratif utilise-t-il une telle technique à l'encontre de tous les contrats ou bien n'a-t-il recours à cette dernière que pour examiner des actes dont la nature contractuelle est des plus discutables ?

Jacques Barthélémy et Antoine Louvaris définissent l'exception d'illégalité de la manière suivante: "à l'occasion d'un litige né de la contestation de la légalité d'un acte administratif, l'une des parties, en demande ou en défense, ou le juge d'office, peut invoquer un moyen

⁵¹⁹ CE 13 décembre 1918 *Commune de Vitry-le-François*, Rec, p 1135.

⁵²⁰ Voir par exemple Cass civ, 25 juin 1924, S 1924, I, p 384 – TA Dijon 7 octobre 1997 *M. Segaud C/ Commune de Châlon-Sur-Saône*, AJDA 1998, p 173.

⁵²¹ P. Laroque, *Les usagers des services publics industriels et commerciaux*, op. cit., p 31.

⁵²² Cependant certains auteurs estiment que cette clause est contractuelle. Voir notamment D. Linotte et R. Romi, *Service public et droit public économique*, Paris, Litec, 4^{ème} édition, 2001, p 285.

⁵²³ Rec, p 96 – RDP 1986, p 847, concl O. Dutheillet de Lamothe – AJDA 1986, p 284, chron MM. Azibert et Fornacciarri – D 1987, p 97, note F. Llorens – JCP G 1986, II, 20617, note M. Guibal – RFDA 1987, p 11, note F. Moderne.

⁵²⁴ Rec, p 274 – AJDA 1996, p 732, chron D. Chauvaux et T-X Girardot – RFDA 1997, p 89, note P. Delvolvé – CJEG 1996, p 382, note P. Terneyre – JCP G 1996, IV, 2231, obs M-Ch Rouault – JCP G 1997, I, 4019, p 203, chron J. Petit – LPA 18 décembre 1996, p 26, note M. Viviano.

⁵²⁵ Rec, p 387 – AJDA 1996, p 973, chron D. Chauvaux et T-X Girardot.

tiré de ce que cet acte est illégal comme reposant sur un acte lui-même illégal"⁵²⁶. Le problème est de savoir ce qu'il faut entendre par "acte" à la fin de cette citation. Plus précisément, l'acte dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception doit-il nécessairement être de nature unilatérale ou bien peut-il s'agir aussi d'un acte contractuel ?

Lorsqu'ils analysent l'exception d'illégalité, la plupart des auteurs raisonnent essentiellement à partir des actes unilatéraux⁵²⁷. Cependant, certains n'hésitent pas à souligner que l'exception d'illégalité peut être soulevée à l'encontre d'un contrat administratif⁵²⁸. Ils s'appuient, pour ce faire, sur quelques arrêts en nombre limité rendus par le Conseil d'Etat. Néanmoins, si on analyse la jurisprudence citée, on constate que les contrats dont l'illégalité est soulevée par voie d'exception revêtent une nature particulière. En effet, la majorité des décisions mentionnées dans ces ouvrages se réfèrent à des contrats faisant ou devant faire l'objet d'une approbation par voie d'arrêté ou de décret ou contenant des dispositions réglementaires⁵²⁹. Il s'agit donc de conventions comportant des caractéristiques très proches de celles présentes dans les concessions de service public.

Dans les autres exemples cités, il semble plus difficile de trouver un dénominateur commun. Soit le juge statue sur la légalité du contrat à la suite d'un renvoi préjudiciel du juge judiciaire⁵³⁰. Soit il examine la légalité d'accords intervenant dans des domaines particuliers tels que l'urbanisme⁵³¹. Soit enfin, le juge refuse de statuer sur la légalité de contrats dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception eu égard à leur absence de valeur juridique⁵³².

Comme on peut s'en rendre compte, le juge de l'excès de pouvoir occupe une place très importante dans le contentieux des concessions de service public. De ce fait, et afin de

⁵²⁶ J. Barthélémy et A. Louvaris, "Exception d'illégalité", *Jurisclasseur Droit administratif*, Fasc 1160, p 2.

⁵²⁷ Par exemple, B. Seiller définit l'exception d'illégalité dans l'introduction de sa thèse "comme le moyen par lequel est critiquée la légalité d'un acte administratif à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un autre acte, ou d'un recours de plein contentieux en réparation du préjudice né de cette illégalité", *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Paris, 1995, p 13. Il n'est fait aucune allusion au contrat dans cette définition ainsi que dans les autres développements de sa thèse. Seuls les actes unilatéraux seraient donc concernés par l'exception d'illégalité.

⁵²⁸ Cf J. Barthélémy et A. Louvaris, *ibid.* – L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp 197 et s – A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 2, *op. cit.*, p 1047 – D. de Béchillon et P. Terneyre, "Contentieux des contrats administratifs", *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, p 19.

⁵²⁹ Cf par exemple, CE 2 décembre 1983, *Confédération des syndicats de France*, *Rec*, p 468 – CE 17 octobre 1980, *Société assistance technique de coordination et Solvet*, req n°11905 – CE 23 mars 1992 *M. Martin*, *AJDA* 1992, p 376 – CE 30 octobre 1996 *Mme Wajs et M. Monnier*, *op. cit.*

⁵³⁰ CE 3 novembre 1997 *Société Million et Marais*, *Rec*, p 406 – *DA* 1997, n°372 – *RFDA* 1997, p 1228, concl J-H. Stahl – *AJDA* 1997, p 945, chron T-X. Girardot et F. Raynaud.

⁵³¹ CAA Paris 29 mars 1993, *Association pour l'Information et la Défense de l'Environnement et de l'Urbanisme*, *DA* 1993, n°251.

⁵³² CE 8 mars 1985, *Association Les amis de la Terre*, *Rec*, p 73 - *RFDA* 1985, p 363, concl P-A. Jeanneney – *AJDA* 1985, p 382, obs J. Moreau.

maintenir une certaine cohérence, ne serait-il pas préférable d'admettre que ces actes ne sont pas des contrats mais doivent être intégrés dans la catégorie des actes unilatéraux ?⁵³³

La nature unilatérale n'aurait rien de surprenant au regard des démonstrations de certains auteurs étrangers et français. Ainsi, selon Spyridon Flogaïtis⁵³⁴, la doctrine allemande, au début du XX^{ème} siècle, analysait l'acte de concession comme "un acte administratif (individuel) unilatéral, dont découlent des droits et des obligations pour le concessionnaire"⁵³⁵. Ont été distinguées deux types de concessions: die Verleihung et die Beleihung⁵³⁶. Le contenu de ces concessions permet de les dissocier. En revanche leur nature est identique: il s'agit dans les deux cas d'actes administratifs unilatéraux.

A la même époque, la doctrine italienne adopte une conception similaire⁵³⁷ mais certains estiment que la nature juridique de la concession peut varier suivant les circonstances et devenir contractuelle.

Les auteurs français sont peu nombreux à envisager la concession de service public comme un acte administratif unilatéral. On peut malgré tout évoquer la conception de Pierre Laroque qui voit dans l'acte de concession, "la condition de l'entrée en application des clauses du cahier des charges intéressant l'organisation du service, il soumet le concessionnaire au statut défini par ces clauses: c'est un acte-condition"⁵³⁸. Néanmoins, on a eu l'occasion de préciser que le concept d'acte-condition ne permet pas de qualifier juridiquement la nature de l'acte.

Dans la suite des développements, ce même auteur observe que l'acte de concession naît d'un accord de volontés mais, précise-t-il, il s'agit d'un accord ayant des effets particuliers puisqu'il fait naître des dispositions réglementaires. Cependant, une telle naissance n'est possible que grâce "à la présence dans l'accord d'une autorité administrative intervenant dans un but d'intérêt général"⁵³⁹. Il poursuit en précisant que "de là à dire que les prescriptions réglementaires émanent unilatéralement de cette seule autorité, il n'y a qu'un pas et il paraît d'autant plus nécessaire de le franchir qu'on voit mal comment des

⁵³³ J. Chevallier affirme que la concession de service public "comporte un élément fondamental d'unilatéralité qui, matérialisé par la présence de clauses réglementaires au cœur du contrat, pèsent d'un bout à l'autre sur son déroulement", "Le droit administratif, droit de privilège ?", *Pouvoirs* 1988, n°46, p 65.

⁵³⁴ S. Flogaïtis, "Contrat et acte administratif unilatéral", in *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p 235.

⁵³⁵ S. Flogaïtis justifie cette affirmation par un renvoi aux propos d'Otto Mayer dans son ouvrage, *Le droit administratif allemand*, 1906, tome IV, pp 167-168.

⁵³⁶ Cf notamment, S. Flogaïtis, *op. cit.*, p 236.

⁵³⁷ Cf H. Redeuilh, *Nature juridique de la concession de service public*, Bordeaux, Imprimeries Delmas, Chapon, Gounouilhou, 1925, p 30.

⁵³⁸ *Op. cit.*, pp 23 et ss.

règlements nés d'une convention pourraient être modifiés sans l'accord des volontés qui ont concouru à les faire naître"⁵⁴⁰. Malgré son caractère équivoque, cette dernière citation est intéressante. En effet, on ignore si l'expression "prescriptions réglementaires" de Pierre Laroque désigne l'ensemble de la concession ou bien seulement certaines dispositions d'un tel acte.

André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé semblent interpréter les propos de Pierre Laroque comme une reconnaissance implicite de la nature unilatérale de cet acte⁵⁴¹. Plus précisément, la démonstration de l'auteur précité aboutirait à ranger l'acte de concession dans la catégorie des "accords donnés à un acte unilatéral"⁵⁴². Au sein de cette catégorie, on trouve différents types d'actes dont les accords étudiés précédemment relatifs à la police des prix. Or, étant donné que de tels accords ont été qualifiés d'actes administratifs unilatéraux négociés, on peut en conclure que la concession de service public revêt la même nature. Encore une fois, une telle analyse ne vaut que si les propos de Pierre Laroque visent l'acte de concession dans son ensemble. Dans le cas contraire, cela signifierait que seules certaines dispositions de la concession peuvent être qualifiées d'actes administratifs unilatéraux négociés.

Mise à part cette analyse, quels sont les éléments qui pourraient justifier l'intégration de la concession de service public dans cette dernière catégorie ?

Certains auteurs ont appliqué à cet acte une théorie que l'on a déjà rencontrée en matière de police des prix notamment: il s'agit de la théorie de l'incorporation.

En matière de concession de service public doit intervenir un acte unilatéral d'approbation de l'administration qui, selon Spyridon Flogaitis, "provoque une absorption, une incorporation du contrat, dans lequel il laisse pénétrer son propre caractère réglementaire, qui est dû au fait que son objet même est matériellement réglementaire"⁵⁴³. A la lecture de cette citation, on pourrait penser que l'acte pris par cette autorité administrative n'affecte pas la nature de la concession mais seulement ses effets. Or, dans la suite de ses développements, il reconnaît que c'est "pour des raisons de tradition juridique qu'en droit français, on parle plutôt de contrat de concession de service public, c'est-à-dire qu'on met l'accent sur la forme contractuelle de l'acte, au lieu de parler d'acte administratif unilatéral

⁵³⁹ *Id.*, p 40.

⁵⁴⁰ *Id.*, p 42.

⁵⁴¹ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 106.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ *Op. cit.*, p 238.

de concession, c'est-à-dire de l'acte d'approbation incorporant le contrat⁵⁴⁴. Cet acte d'approbation modifierait donc la nature juridique de la concession de service public, d'acte contractuel elle se transformerait donc en acte unilatéral. Il s'agirait néanmoins d'un acte unilatéral spécifique étant donné qu'un accord de volonté et même des négociations interviennent lors de l'élaboration de certaines clauses.

B – Les accords conclus au cours de la concession

Des conventions conclues entre l'Etat et deux compagnies aériennes, mais non assujetties à une quelconque approbation à la différence de certaines concessions de service public, ont donné lieu à deux litiges à l'occasion desquels le Conseil d'Etat leur a reconnu un caractère particulier. Certes, il ne s'agit pas à proprement parler de concessions de service public mais les accords en cause sont intimement liés à de tels actes⁵⁴⁵.

Dans la première⁵⁴⁶ de ces affaires, le requérant, agent de la compagnie Air-Algérie, exerce un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'une décision ministérielle refusant de l'intégrer à la compagnie Air-France. Il s'appuyait pour ce faire sur la méconnaissance des dispositions d'une convention – prise en application d'une loi du 26 décembre 1961 et d'une ordonnance du 11 avril 1962 - passée entre l'Etat et Air-France.

Dans la seconde⁵⁴⁷, Les requérants contestaient une décision ministérielle autorisant Air-Inter à cesser d'exploiter certaines lignes. Leur argumentation était centrée autour de la violation par cette décision de la convention conclue – en application d'un arrêté ministériel – entre l'Etat et Air-Inter déterminant notamment le réseau que la compagnie s'engageait à exploiter.

Dans ces deux affaires, on peut constater que les requérants invoquent à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif unilatéral, la non exécution ou la mauvaise application d'une convention.

Le Conseil d'Etat admet dans l'arrêt *Picard* que "les stipulations de cette convention ont (...) un caractère réglementaire et (...) les tiers sont recevables à en invoquer la

⁵⁴⁴ *Id.*, p 242.

⁵⁴⁵ H-G. Hubrecht dans sa thèse portant sur *Les contrats de service public*, Bordeaux, 1980, p 479, affirme qu'il ne s'agit pas de "concession à proprement parler". En outre et même si A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé qualifient les conventions en cause dans les arrêts cités ci-dessous d'"accords conventionnels entre personne publique et personne privée gérant un service public", *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 110, ils précisent qu'elles sont étroitement liées aux concessions de service public.

⁵⁴⁶ CE 23 février 1968 *Picard*, *Rec*, p 131 – *AJDA* 1968, p 457, chron MM. Massot et Dewost.

méconnaissance à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision d'une autorité administrative". Un tel principe se retrouve dans l'arrêt *Chambre de commerce de la Rochelle et autres* avec cependant une précision. Après avoir cité certains articles de la convention, le Conseil d'Etat reconnaît que "ces stipulations qui règlent l'organisation même du service public assuré par la Compagnie Air-Inter ont un caractère réglementaire"⁵⁴⁸.

Que peut-on déduire de ces différentes formulations ?

On constate dans un premier temps que la Haute juridiction statue uniquement sur le caractère de la convention, sur ses effets car il est précisé qu'elle revêt un caractère réglementaire. A ce sujet, il faut d'ailleurs préciser que le Commissaire du gouvernement Vught estime au sujet de la convention du premier arrêt que seules certaines des clauses de celle-ci ont un tel caractère⁵⁴⁹. Or, le Conseil ne fait aucune distinction. Il semble que la convention dans son ensemble peut être qualifiée de réglementaire. Néanmoins, il paraît nécessaire de relativiser cette affirmation à la lecture du second arrêt (*Chambre de commerce de la Rochelle et autres*). Le Conseil d'Etat, après avoir cité quelques dispositions de la convention, précise que "ces dispositions (...) ont un caractère réglementaire"⁵⁵⁰. Cela signifierait à contrario que d'autres dispositions de la convention sont purement contractuelles.

Le principe posé par ces arrêts *Picard* et *Chambre de commerce de La Rochelle et autres* doit cependant être confronté à un principe constamment réaffirmé par le juge. Selon l'arrêt du 8 janvier 1988 *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire C/ Communauté urbaine de Strasbourg*: "la méconnaissance des stipulations d'un contrat (...) ne peut être utilement invoquée comme moyen de légalité à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre d'une décision administrative"⁵⁵¹. Au regard de ce principe, les deux arrêts de 1968 et de 1977 auraient donc marqué un infléchissement de la jurisprudence. Cependant, il n'en est rien car ces deux arrêts ne font que confirmer cette

⁵⁴⁷ CE 18 mars 1977 *Chambre de commerce de la Rochelle et autres*, Rec, p 153, concl Massot.

⁵⁴⁸ Une formulation identique apparaît dans le jugement du tribunal administratif de Nice du 4 février 1986 *Mme Dominique Descamps*. Cependant, il s'agissait dans ce cas d'un contrat de solidarité conclu entre l'Etat et une commune. En vertu de l'article 6 de ce contrat, la ville s'est engagée à ne procéder à aucun licenciement individuel d'agents titulaires ou non titulaires, sauf motif disciplinaire ou insuffisance professionnelle. Selon le tribunal, "ces stipulations présentant un caractère réglementaire, les tiers sont recevables à en invoquer la méconnaissance à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision d'une autorité administrative".

⁵⁴⁹ Conclusions évoquées dans la chronique de MM. Massot et Dewost, *AJDA* 1968, p 458.

⁵⁵⁰ Souligné par nous. Il en est de même dans le jugement du tribunal administratif de Nice du 4 février 1986 *Mme Dominique Descamps*.

solution bien établie. En effet, selon la règle précitée, la violation d'un contrat pris dans son ensemble ne peut constituer "la violation d'une règle générale et objective invocable en excès de pouvoir selon laquelle les droits nés des contrats doivent être respectés", précise Serge Daël⁵⁵². Ce même auteur ajoute qu'en cas de remise en cause d'une telle règle, serait introduit "un bouleversement dans la conception même de l'acte unilatéral"⁵⁵³. On constate que ni dans l'arrêt *Picard* ni dans l'arrêt *Chambre de commerce de La Rochelle*, le terme de "contrat" n'est usité. Or seuls les actes contractuels et seulement eux sont visés par l'arrêt de 1988. On peut donc en déduire que les requérants peuvent sans problème invoquer la méconnaissance d'un acte de nature non contractuelle lors d'un recours pour excès de pouvoir. De ce fait, étant donné que le Conseil d'Etat a admis dans ces arrêts de 1968 et 1977 que la mauvaise exécution des conventions en cause pouvait être soulevée à l'occasion du recours en annulation de décisions, on peut en conclure que ces accords ne peuvent être qualifiés de contrat.

Cependant, on ne peut se satisfaire de la conclusion d'André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé pour qui "les conventions à effets réglementaires sont des accords de volontés, des conventions, mais ne sont pas des contrats"⁵⁵⁴.

S'il ne s'agit pas d'un acte contractuel, il faut déterminer si la qualification d'acte administratif unilatéral peut être recevable.

Différents auteurs semblent admettre qu'une telle nature peut être déduite de l'objet même de ces conventions. Ainsi, Pierre Delvolvé estime que "l'organisation du service permet (...), de reconnaître un acte administratif; elle permet aussi bien de reconnaître dans un acte administratif un acte réglementaire". Afin de justifier son affirmation, cet auteur cite de nombreux exemples jurisprudentiels d'arrêtés, c'est-à-dire d'actes unilatéraux pour lesquels le caractère réglementaire a été reconnu. Or, l'élément intéressant réside dans l'insertion, parmi ces exemples, de l'arrêt *Chambre de commerce de la Rochelle et autres* étudiés précédemment et la qualification de la convention de "décision relative à l'exploitation de lignes aériennes"⁵⁵⁵. Ainsi, le terme de "décision" étant uniquement

⁵⁵¹ *Op. cit.* – Des arrêts antérieurs contenaient des dispositions similaires, cf par exemple CE 21 décembre 1897, *Le Buc*, Rec, p 848 – CE 9 juin 1972 *Syndicat national des ingénieurs et cadres supérieurs des mines et de la recherche pétrolière FO et autres*, Rec, p 432.

⁵⁵² S. Daël, *RFDA* 1988, p 30.

⁵⁵³ *Id.*, p 31.

⁵⁵⁴ A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 116.

⁵⁵⁵ P. Delvolvé, "Actes administratifs", *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, p 33.

applicable, en théorie, aux actes unilatéraux, on peut en déduire qu'il considère la convention litigieuse comme possédant une telle nature.

René Chapus semble partager ce point de vue car il intègre la jurisprudence précédemment analysée à l'intérieur de ses développements relatifs aux actes unilatéraux négociés. Il précise en outre que les conventions ont, "du fait qu'elles se rapportent à « l'organisation même du service public assuré » par les compagnies, « un caractère réglementaire » et sont par suite considérées comme des actes unilatéraux"⁵⁵⁶.

Le juge opèrerait donc de manière implicite une requalification de la convention en acte administratif unilatéral. Cependant, comme on vient de le constater, René Chapus met en avant la particularité d'un tel acte unilatéral puisqu'il fait intervenir la négociation.

Une telle affirmation semble parfaitement justifiable car les conditions d'intégration du personnel ainsi que la détermination du réseau de lignes aériennes exploitables supposent nécessairement que des négociations soient engagées entre l'Etat et ces compagnies aériennes. On conçoit difficilement que l'Etat puisse imposer, sans négociations préalables, l'application de ces dispositions.

Si l'interprétation de la jurisprudence et des propos d'une partie de la doctrine se révèle délicate s'agissant des actes relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics, qu'en est-il en matière sanitaire et sociale ?

Section 3

Les actes d'apparence contractuelle en matière sanitaire et sociale

De nombreux types d'accords interviennent en matière sociale et, parmi ceux-ci, on peut dégager deux catégories dont la nature prête à discussion. Il s'agit des conventions et accords collectifs de travail ainsi que des conventions intervenant en matière d'assurance chômage (§1). De même, depuis de nombreuses années les auteurs s'interrogent sur la qualification juridique de certains accords relatifs au domaine médical (§2).

⁵⁵⁶ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, *op. cit.*, p 495.

§ 1: Les conventions régies par le Code du travail

L'expression convention collective renvoie à deux catégories de convention: celles régissant les conditions de travail et celles organisant le système d'assurance chômage. Pour chacune d'entre elles, la doctrine ainsi que la jurisprudence tant administrative que judiciaire, adoptent des positions assez contrastées quant aux effets de l'intervention de certains actes administratifs unilatéraux sur la nature juridique de ces conventions (A). Cependant, on va pouvoir se rendre compte que la jurisprudence administrative reconnaît implicitement que ces différentes conventions s'incorporent dans certains de ces actes unilatéraux (B).

A – La nature juridique incertaine des conventions collectives de travail et d'assurance chômage

On peut tout d'abord observer que les auteurs ont montré leurs désaccords concernant la nature juridique de la conventions collective de travail (1) et ensuite que les conventions d'assurance-chômage semblent se rapprocher dans certains cas de l'acte unilatéral au regard de leur objet (2).

1 – Les divergences doctrinales concernant la nature juridique des conventions collectives de travail

On peut définir la convention collective de travail comme "un accord conclu entre un employeur ou un groupement d'employeurs et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés, en vue de fixer en commun les conditions d'emploi et de travail ainsi que les garanties sociales"⁵⁵⁷. Cependant, il faut dès à présent préciser qu'en vertu de l'article L 132-1 du Code du travail, la convention collective se distingue de l'accord collectif en ce que la première traite de l'ensemble des conditions d'emploi notamment alors que le second ne porte que sur un ou plusieurs sujets déterminés dans cet ensemble.

Différentes lois se sont succédées afin de fixer le statut des conventions collectives ce qui a suscité de nombreuses discussions doctrinales relatives à la nature juridique réelle de la convention collective. La loi du 25 mars 1919 donnant pour la première fois un statut légal propre à cet accord ne semble pas contenir de dispositions remettant en cause la nature contractuelle de celui-ci. La loi du 24 juin 1936, quant à elle, contient des éléments tendant à relativiser cette dernière affirmation. En effet, l'intervention des autorités publiques revêt une grande importance dans la procédure d'élaboration de la convention collective. Ainsi, et en opposition avec le principe de l'effet relatif des contrats, est reconnu au ministre du travail la possibilité d'étendre la portée de la convention dans un cadre territorial donné à tous les membres de la profession.

L'intervention de l'Etat va se faire de plus en plus marquante au lendemain de la seconde guerre mondiale. Les dispositions de la loi du 23 décembre 1946 subordonnent l'applicabilité de la convention collective à l'édition d'un agrément ministériel, mais peu de conventions furent conclues suite à l'adoption de ce texte. Le 11 février 1950, le législateur a souhaité marquer, par l'adoption d'une loi, le retour à une libre négociation des conditions de travail mais en conservant toutefois la procédure d'extension.

Enfin, par une loi du 13 novembre 1982, sera rendu effectif le "droit des travailleurs à la négociation collective" reconnu par la loi du 13 juillet 1971. Cette première loi instaure des obligations de négocier à la charge des employeurs notamment en élargissant le domaine de la négociation et en consacrant la possibilité d'élargissement de telles conventions.

Antérieurement au vote de la loi de 1936, les auteurs s'étaient déjà posé la question de savoir quelle était la nature juridique de la convention collective. C'est le cas de Léon Duguit pour qui cet accord ne peut être qualifié de contrat mais d'acte-règle⁵⁵⁸. En effet, selon cet auteur, on ne retrouve pas les éléments caractéristiques des contrats à savoir la recherche par chacune des parties de buts différents. Les signataires de la convention collective poursuivent un même objectif qui est de fixer les conditions de travail dans une profession donnée. Si on théorise, cela signifie que cette convention ne fait pas naître des droits subjectifs mais seulement des droits objectifs comme tout acte réglementaire⁵⁵⁹.

Néanmoins, c'est la loi du 24 juin 1936 qui va être à l'origine de vives discussions doctrinales. En effet, alors que la loi de 1919 faisait prédominer le caractère conventionnel

⁵⁵⁷ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 21^{ème} édition, 2002, p 863.

⁵⁵⁸ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1927, 3^{ème} édition, tome 1, *op. cit.*, pp 411 et ss.

de la convention collective, la loi de 1936 fait ressortir de manière prégnante ses aspects réglementaires en instaurant notamment une procédure d'extension. Ainsi, à cette époque, des auteurs ont mis en avant le caractère dualiste de la convention collective. C'est le cas par exemple de Paul Durand⁵⁶⁰. Selon lui, on retrouve, au niveau de l'élaboration, des éléments contractuels et réglementaires. L'existence d'un accord de volontés et l'intervention de l'autorité publique dans la confection en constituent l'illustrent parfaitement.

Au niveau du contenu de cet acte, ces mêmes remarques s'appliquent. En effet les parties doivent respecter certaines obligations contractuelles. En outre, cette convention revêt un caractère réglementaire⁵⁶¹. A ce sujet, on peut constater qu'en dehors même de la procédure d'extension, la convention collective oblige des personnes qui n'ont pas manifesté leur consentement au moment de l'élaboration⁵⁶². Ces individus "sont ainsi liés malgré eux comme s'il s'agissait d'une disposition réglementaire"⁵⁶³.

Certes, la convention collective non étendue semble revêtir un caractère réglementaire. Cependant, l'extension de cette dernière marque clairement la présence d'un tel caractère. En cas d'extension⁵⁶⁴ d'un tel accord, le champ d'application territorial et professionnel de celui-ci demeure inchangé, mais toutes les entreprises entrant dans son périmètre vont être soumises à cet accord. Ce dernier s'appliquera donc aux entreprises dont les groupements patronaux n'ont pas participé à sa signature.

La doctrine s'est divisée sur la question de savoir quels sont les effets d'une telle extension sur les conventions et accords. L'extension influe-t-elle uniquement sur les effets de cet actes ou bien transforme-t-elle la nature juridique de ceux-ci ?

André Rouast adopte une position très claire sur ce point. Il est, selon lui, "impossible d'admettre en droit français la transformation de la convention en règlement par l'effet de l'arrêté d'extension. La vérité est que l'arrêté d'extension ne change pas la nature de l'institution, mais qu'il lui donne une efficacité plus étendue en lui permettant d'atteindre des tiers qui ne peuvent plus s'abriter derrière le principe posé par l'article 1165 du Code

⁵⁵⁹ Comme on le verra dans la seconde partie, la distinction entre l'acte-règle et le contrat a fait l'objet de différentes études doctrinales.

⁵⁶⁰ P. Durand, "Le dualisme de la convention collective de travail", *RTDC* 1939, p 353.

⁵⁶¹ Selon P. Durand, "la convention collective présente un caractère de généralité. Elle est impersonnelle; elle place toutes les parties sous un même statut, égal pour tous; elle crée une situation juridique objective", *id.*, p 379.

⁵⁶² A. Rouast dans son article intitulé "La nature et l'efficacité de la convention collective de travail", *DS* 1960, p 640, cite notamment le cas "des membres des groupements signataires qui n'ont manifesté aucun consentement au sujet des dispositions de la convention ou même de sa passation".

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ Cf l'article L 133-8 du Code du travail.

civil"⁵⁶⁵. Une telle affirmation peut être justifiée par certains arrêts et arguments, mais on va pouvoir constater qu'ils ne sont en rien irréfutables.

André Rouast réfute la thèse de la transformation de la convention en règlement. Il se fonde notamment sur le contenu de certains textes aujourd'hui inclus dans le Code du travail. Il déduit notamment des articles 31 j et 31 m de la loi du 11 février 1950⁵⁶⁶ que le ministre exerce un simple droit de contrôle par l'édition de l'arrêté d'extension.

La parution de l'article de André Rouast intervient quelques mois après la publication d'un arrêt du Conseil d'Etat en date du 4 mars 1960 *SA Le peignage de Reims et autres*⁵⁶⁷ dans lequel il reconnaît clairement que la convention collective de travail ayant fait l'objet d'une extension présente le "caractère de contrat de droit privé". L'arrêté d'extension n'influerait donc pas sur la nature juridique de la convention collective⁵⁶⁸. Si on analyse les conclusions du Commissaire du gouvernement M. Nicolay, on constate que ce dernier établit une sorte de rapport hiérarchique entre l'arrêté d'extension et la convention collective. Cette dernière prévaut visiblement sur l'arrêté qui, de ce fait, ne peut avoir une quelconque influence sur la nature ou les caractères de la convention.

Même si cette jurisprudence a été confirmée, le principe posé prête à discussion car il semble possible d'affirmer qu'un tel arrêté n'est pas dénué d'effets sur la convention. En outre, il sera nécessaire d'approfondir l'analyse car les auteurs examinent les incidences de l'arrêté d'extension sur la convention non au niveau de sa nature juridique mais uniquement au niveau de ses effets. Les auteurs se demandent simplement si l'arrêté d'extension transforme la convention en acte réglementaire. Ils n'indiquent pas que cet arrêté la métamorphose en acte unilatéral réglementaire.

A l'inverse des auteurs analysés précédemment, certains estiment que l'arrêté d'extension n'est pas sans incidence sur la convention collective. Ainsi, lors des travaux préparatoires de la loi du 11 février 1950, Pierre-Henri Teitgen déclara que l'acte d'extension d'une convention collective est d'ordre réglementaire et "consiste à transformer une convention,

⁵⁶⁵ *Op. cit.*, p 642.

⁵⁶⁶ Ces dispositions sont intégrées dans le Code du travail respectivement aux articles L 133-8 et L 133-15.

⁵⁶⁷ *Rec*, p 168 – *DS* 1960, p 275, concl M. Nicolay – *AJDA* 1960, p 463 et 135, chron MM. Combarnous et Galabert. La Cour de cassation aura l'occasion de confirmer ce principe à plusieurs reprises, on peut citer par exemple l'arrêt de la 2^{ème} chambre civile en date du 12 juillet 1963 *L'usine de la cellophane de Saint Priest-Isère C/ Syndicat CGT*, *JCP G* 1964, II, 13495, obs P. S et C. G.

⁵⁶⁸ Les juges ont suivi la position du Commissaire du gouvernement M. Nicolay pour qui "bien loin de donner à la convention collective une vie propre, l'arrêté d'extension reste subordonné dans une très large mesure à la volonté des parties. Et l'on ne peut concevoir de règlement dont l'application serait subordonnée à la volonté de la plupart de ceux qui y seraient soumis. Il ne nous paraît donc pas possible de souscrire à une thèse qui ferait de la convention collective étendue un acte réglementaire", *op. cit.*, p 278.

des stipulations négociées entre les organisations syndicales et qui jusque-là ne valaient que pour les signataires, à les étendre à des tiers et, par conséquent, à les convertir en des dispositions d'ordre réglementaire. Étendre une convention collective, c'est, à proprement parler, faire acte réglementaire"⁵⁶⁹. La conception de cet auteur est donc en totale contradiction avec celle notamment prônée par André Rouast. Néanmoins, on peut une nouvelle fois observer que Pierre-Henri Teitgen raisonne lui aussi en terme d'effets et non de nature car il évoque simplement le caractère réglementaire de la convention et non sa nature juridique réelle. A ce sujet, on constate de la même façon que les termes de convention et de règlement ne semblent pouvoir se concilier selon cet auteur. Il n'indique pas que la convention collective se transforme en acte conventionnel à effets réglementaires mais qu'elle devient un acte réglementaire. De ce fait, on peut se demander si, implicitement, Pierre-Henri Teitgen n'a pas voulu dire que la convention collective devient à la suite de l'arrêté d'extension un acte unilatéral réglementaire.

L'arrêté d'élargissement aurait les mêmes effets selon Jean-Pierre Chauchard⁵⁷⁰, mais lui aussi n'évoque que la transformation en un acte de caractère réglementaire.

D'autres auteurs sont beaucoup plus explicites sur la question mais certains restent malgré tout réservés. C'est le cas par exemple de Jean-Claude Douence. Il expose la conception réglementaire de l'extension. L'intervention d'un tel arrêté permet de rendre la convention obligatoire aux personnes non membres des groupements signataires. De ce fait, "pour ces personnes la convention est bien un acte unilatéral dont toute la théorie du droit réserve l'émission à une autorité publique"⁵⁷¹. Cet auteur ne partage pas ce point de vue car il précise qu'en cas d'extension d'une convention, "ce sont bien les règles de cette dernière qui s'appliquent, sans modification de leur contenu ni de leur nature juridique. La procédure d'extension ne modifie pas la nature des conventions qui restent des contrats de droit privé"⁵⁷².

Une telle distinction paraît difficilement justifiable car un même acte ne peut à la fois être qualifié de contrat et d'acte unilatéral.

⁵⁶⁹ Cité par P. Durand dans son article, "Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives: les effets de l'arrêté d'extension", *DS* 1956, p 214.

⁵⁷⁰ Cet auteur affirme que la mesure d'élargissement transforme la nature juridique de la convention car "l'aspect contractuel propre à l'élaboration de toute convention ou accord collectif de travail s'efface au profit de l'aspect réglementaire dont la source réside alors dans la seule volonté de l'autorité publique", "Conventions et accords collectifs de travail – Régime juridique: conclusion, application, sanctions", *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, p 33.

⁵⁷¹ J-C. Douence, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, Paris, LGDJ, 1968, p 128.

⁵⁷² *Id.*, p 129.

Georges Dupuis paraît adopter une conception beaucoup plus claire. Il admet que la convention collective, même en dehors du cadre de l'extension, peut apparaître comme un acte unilatéral. Il se fonde sur les dispositions aujourd'hui insérées à l'article L 135-2 du Code du travail et selon lesquelles les clauses de la convention collective s'appliquent aux contrats de travail conclus avec l'employeur. Or ces derniers contrats sont passés avec des salariés tiers à la convention. De ce fait, la convention collective "est pour une part un acte unilatéral puisqu'elle lie l'employeur envers des tiers. Il est donc possible d'affirmer que les syndicats coauteurs des conventions collectives participent à l'édition d'actes unilatéraux"⁵⁷³. Georges Dupuis justifie l'unilatéralité de la convention collective uniquement en se fondant sur l'absence d'application du principe de l'effet relatif des contrats dans le cadre d'une telle convention. En effet des tiers sont soumis à cet accord. Il ressort donc de cette analyse doctrinale que la nature juridique de la convention collective de travail n'apparaît pas de manière évidente. La même conclusion s'applique, comme on va pouvoir le constater, aux conventions d'assurance chômage.

2 – L'identité d'objet entre une convention d'assurance-chômage et un acte unilatéral

Le système d'assurance-chômage n'a pas été mis en place dès la fin de la seconde guerre mondiale à l'inverse du régime de sécurité sociale. Ce dernier a été institué par la convention collective nationale du 30 décembre 1958.

Par la suite, de nombreux textes et accords sont venus modifier ce système d'indemnisation du chômage. Cependant, pour synthétiser, on peut dire que cette assurance "repose sur une convention négociée entre le patronat et les organisations syndicales représentatives à l'échelon national. Son financement est assuré par des cotisations patronales et salariales assises sur les salaires"⁵⁷⁴.

L'existence d'une telle convention est expressément prévue par les dispositions de l'article L 351-8 et L 352-1 et suivants du Code du travail. De nombreuses conventions ont été conclues sur la base de ces textes. Cependant, comme en matière de convention collective nationale de travail, la nature juridique de ces accords est source d'incertitudes.

⁵⁷³ G. Dupuis, *Les privilèges de l'administration*, Paris, 1962, p 86.

En vertu des dispositions de l'article L 352-2 du Code du travail, la convention est négociée entre l'une des organisations patronales représentatives au plan national et l'un des cinq syndicats de salariés représentatifs au plan national. Comme on peut le constater, les deux parties signataires sont des personnes privées. Il doit donc s'agir d'un "accord de droit privé". Le Conseil d'Etat l'a d'ailleurs expressément qualifié ainsi dans un arrêt du 29 juillet 1994 *Assemblée nationale et fédérale d'associations de sous-officiers de carrière de l'armée française*⁵⁷⁵. L'analyse pourrait se clore ainsi car la Haute juridiction a eu l'occasion de confirmer à plusieurs reprises le principe posé. Néanmoins, la situation est plus ambiguë qu'il n'y paraît. Il ressort à la fois des textes et de la jurisprudence que la convention en cause ne peut décentement être qualifiée de pur contrat de droit privé.

En 1958, la nature contractuelle ne semblait pas contestée. Mais le législateur a, par la suite, porté atteinte à cette qualification. Ainsi, l'ordonnance du 13 juillet 1967 procède à l'extension du champ d'application du régime de l'assurance chômage. En outre, de par la loi du 16 janvier 1979 et l'ordonnance du 21 mars 1984, les conventions n'ont plus de contractuel que le nom car elles sont considérées comme de simples actes d'application des principes mentionnés dans ces textes.

Si on compare cette évolution avec celle étudiée précédemment en matière de conventions collectives de travail, on observe certaines similitudes. Néanmoins, les auteurs refusent d'assimiler ces deux types d'accords du fait notamment de l'existence d'un contenu, d'un objet et d'un mécanisme d'entrée en vigueur particuliers. De même, à la différence de ces accords ou conventions collectives de travail, le législateur a introduit dans le Code du travail une disposition spécifique permettant de pallier non seulement l'absence de convention d'assurance chômage mais aussi la non édicton d'un arrêté d'agrément. Ainsi, l'alinéa 3 de l'article L 351-8 prévoit que dans ces hypothèses, les mesures d'application des articles L 351-3 à L 351-7 "sont fixées par décret en Conseil d'Etat".

Ce troisième alinéa est intéressant sur différents points. On constate dans un premier temps que la convention d'assurance chômage a le même contenu qu'un acte administratif unilatéral. Il s'agit plus précisément d'un décret en Conseil d'Etat⁵⁷⁶. En effet, ces deux types d'actes permettent l'application de certaines dispositions législatives du Code du travail. De ce fait, Xavier Prétot en a déduit que ce type d'accord pouvait être qualifié de

⁵⁷⁴ A. Mazeaud, *Droit du travail*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2002, p 7.

⁵⁷⁵ *Rec*, p 389 – *D* 1995, *Somm*, p 353, obs V. Soubise – *D* 1996, *Somm*, p 229, obs D. Chelle et X. Prétot – *DS* 1994, p 900 – *RJS* 10/94, n°1165.

⁵⁷⁶ Une telle procédure est aussi prévue concernant les accords prévus à l'article L 162-22-3 du Code de la Sécurité sociale.

convention ayant "un objet réglementaire"⁵⁷⁷. Cependant, on peut se demander quelles sont les implications d'un tel mécanisme de substitution sur la nature juridique de la convention.

Le 30 juin 2000, le Gouvernement a eu pour la première fois l'occasion de recourir à l'adoption d'un tel décret. La convention d'assurance chômage entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997 arrivait à échéance le 31 décembre 1999. Du fait de l'absence de conclusion et d'agrément dans les délais d'une nouvelle convention, un décret a donc été édicté. Or, ce décret du 30 juin 2000 comporte une particularité: le Gouvernement a repris dans cet acte administratif unilatéral les dispositions de la convention en date du 1^{er} janvier 1997⁵⁷⁸. Par un tel procédé, la nature des dispositions de la convention s'en trouve modifiée selon Sophie Boissard. Ainsi, "de normes de droit privé, elles deviennent, par le jeu du décret, des actes administratifs unilatéraux à caractère réglementaire"⁵⁷⁹.

S'il est possible d'affirmer que la convention s'est transformée en un acte administratif unilatéral, ce dernier revêt néanmoins un caractère négocié. La reprise par le décret des dispositions de la convention ne fait pas disparaître les négociations qui se sont déroulées entre les deux parties signataires au moment de la conclusion de celle-ci en 1997.

Un tel raisonnement ne peut être appliqué à toutes les conventions d'assurance chômage car l'adoption d'un décret de carence est une pratique fort rare. En effet, il ne s'agit pas en l'espèce d'une application de la technique de l'incorporation car le décret n'a pas pour objet d'agrément... les dispositions de la convention mais simplement de reprendre à son compte le contenu d'un tel accord ayant fait l'objet en 1997 d'un agrément.

Ainsi, il faut se demander si ce type de convention ainsi que la convention collective de travail peuvent être qualifiées d'actes administratifs unilatéraux du fait de l'incorporation de leurs dispositions dans des actes administratifs unilatéraux d'extension, d'élargissement ou d'agrément édictés par la puissance publique.

B – L'incorporation implicite de ces conventions dans les actes administratifs unilatéraux de la puissance publique

⁵⁷⁷ X. Prétot affirme que "destinée à préciser les mesures d'application des principes fixés par la loi, la convention a en effet un objet réglementaire – il peut d'ailleurs y être suppléé par voie de décret en Conseil d'Etat", *Les grands arrêts du droit de la Sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 1998, p 627.

⁵⁷⁸ L'article 1^{er} du décret dispose qu'à compter "du 1^{er} juillet 2000, les mesures d'application des dispositions des articles L 351-3 à L 351-8 du Code de travail relatives au régime d'assurance chômage des travailleurs privés d'emploi sont constituées par les dispositions de la convention du 1^{er} janvier 1997".

⁵⁷⁹ S. Boissard, concl sur CE 11 juillet 2001 *MEDEF et CGPME*, DS 2001, p 843.

Concernant dans un premier temps la convention collective de travail, il ressort de l'analyse que cette dernière ainsi que l'arrêté d'extension entretiennent des liens très étroits à tel point que l'on peut se demander si ces deux actes apparemment distincts ne forment pas un seul et même "ensemble". Autrement dit, est-ce que les stipulations d'un tel accord s'incorporeraient dans l'arrêté ministériel "et deviendraient les éléments d'une réglementation étatique"⁵⁸⁰ ?

Afin de répondre à cette question, il semble nécessaire d'analyser les arrêts rendus par certaines juridictions civiles au cours des années cinquante/soixante ainsi que la jurisprudence récente du Conseil d'Etat.

Il ressort d'un jugement⁵⁸¹ rendu quelques mois avant la publication de l'arrêt du Conseil d'Etat du 4 mars 1960 étudié précédemment, que la convention collective par l'effet de son arrêté d'extension, "se trouve participer de la nature des actes réglementaires". Certes, les juges n'admettent pas expressément que la convention est devenue un acte unilatéral. Néanmoins, si on s'attache aux propos du Commissaire du gouvernement M. Souleau, celui-ci constate qu'un tel accord suite à l'extension est "converti en un acte de droit public, intégré dans un règlement administratif, le caractère privé de la convention primitive a définitivement disparu"⁵⁸². Par cette affirmation, il est admis que la convention collective s'est incorporée dans l'acte unilatéral que constitue l'arrêté d'extension. De ce fait, la nature de cette dernière décision se répercute sur la convention qui devient un acte unilatéral.

Bien que le Conseil d'Etat ait admis en 1960 que la convention collective entre dans la catégorie des contrats de droit privé, la cour d'appel de Paris⁵⁸³ et le tribunal d'instance de Briançon⁵⁸⁴ semblent ne pas en tenir compte. Le premier arrêt admet que l'arrêté d'extension "transforme la convention collective, de nature contractuelle à l'origine, en un acte réglementaire, obligatoire pour les tiers". On retrouve un raisonnement similaire dans le jugement puisqu'il est précisé que "la convention collective, qui n'était qu'un acte de droit privé, se transforme en acte de droit public s'imposant au respect de tous".

⁵⁸⁰ P. Durand, *op. cit.*, p 215.

⁵⁸¹ Tribunal civil de la Seine 15 avril 1959 *Syndicat national des notaires*, JCP G 1959, II, 11320, concl M. Souleau.

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ Cour d'appel de Paris 4 juillet 1962 *Syndicat national des notaires*, D 1962, p 670, note J. Brèthe de la Gressaye.

⁵⁸⁴ Tribunal d'instance de Briançon 26 février 1963 *Syndicat CGT C/ Comité d'établissement de l'usine Péchiney*, Gaz. Pal 1963, II, p 158.

On peut observer qu'à aucun moment les juges ne prennent position quant à la nature juridique réelle de la convention collective. Ils utilisent simplement les expressions "acte réglementaire" et "acte de droit public". Néanmoins, dans les deux cas, les juges insistent sur la transformation qu'opère l'arrêté d'extension. Or, une telle transformation ne peut se concevoir que si on admet que la convention collective s'incorpore dans l'arrêté d'extension. De ce fait, la nature juridique de la convention est bien unilatérale.

Cette jurisprudence n'est plus d'actualité. La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que la convention collective doit être qualifiée de contrat de droit privé. Néanmoins, il semble que l'ancienne jurisprudence réapparaisse si on en croit certains arrêts récents du Conseil d'Etat.

Etant donné que la Haute juridiction administrative ainsi que la Cour de cassation ont reconnu à partir des années soixante la nature contractuelle et de droit privé de la convention collective, le juge administratif a dû faire face à une difficulté. Eu égard au lien très étroit unissant cette convention à l'arrêté d'extension, le juge de l'excès de pouvoir est-il compétent pour apprécier par voie d'exception la légalité de ladite convention à l'occasion d'un recours contre cet arrêté d'extension ?

Il est nécessaire de préciser qu'avant la publication de l'arrêt du 4 mars 1960, le juge a eu l'occasion d'examiner la validité de tels accords. Pour s'en convaincre, on peut citer les dispositions de l'arrêt en date du 3 mars 1939 *Confédération nationale des coiffeurs de France et des colonies*⁵⁸⁵. Selon cet arrêt, l'article 22 de la convention collective de travail en cause "n'est contraire à aucune disposition de loi ou de règlement et n'apporte aucune sujétion excessive aux employeurs non affiliés à l'organisation signataire de la convention"⁵⁸⁶.

A partir du début des années soixante, la règle devant s'appliquer en cas de recours contre l'arrêté d'extension et de contestation par voie d'exception de la validité de cet accord, est la suivante: "la juridiction administrative (...) est, eu égard au caractère de contrat de droit privé que présente la convention collective ou l'avenant, tenue de renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen de cette question préjudicielle"⁵⁸⁷. Si le principe posé semble dénué d'ambiguïté, l'application qui en est faite par le Conseil d'Etat l'est beaucoup moins. Ainsi,

⁵⁸⁵ *Rec*, p 140.

⁵⁸⁶ Il existe d'autres illustrations; cf par exemple CE 12 octobre 1939 *Dame Richez*, *Rec*, p 540 – CE 4 mars 1955 *Drillet*, *Rec*, p 137.

⁵⁸⁷ CE 20 février 1987 *SARL Omnium de prévoyance d'étude et de gestion*, *Rec*, p 68.

dans un arrêt en date du 30 décembre 1998 *Syndicat des coiffeurs aquitains*⁵⁸⁸, le Conseil d'Etat devait statuer sur la légalité d'un arrêté d'extension d'un avenant à une convention collective nationale. Or, à l'occasion de ce recours, le juge a été amené à statuer sur la légalité de certaines stipulations de la convention. Ainsi, il indique que la contestation de la validité au regard du principe d'égalité des dispositions relatives au régime de repos de certains coiffeurs "ne revêt pas un caractère sérieux". De même, le juge a examiné la légalité d'un accord collectif dans un arrêt du 6 octobre 1999 *Fédération nationale des industries chimiques CGT*⁵⁸⁹ puisqu'il reconnaît que certaines de ses dispositions ne méconnaissent pas le Code du travail. Enfin, le juge administratif, à l'occasion d'un recours contre des décisions implicites de refus d'abrogation d'un arrêté d'extension d'un avenant à une convention collective nationale, déborde une nouvelle fois de ses attributions⁵⁹⁰. Il indique notamment que "le moyen tiré de ce que le ministre chargé du travail aurait étendu un accord ne répondant pas aux conditions de négociation et de conclusion des conventions et accords susceptibles d'être étendus n'est pas fondé". De plus, il souligne que "la contestation tirée de ce que ces stipulations (de l'avenant litigieux) comporteraient des effets à l'égard de tiers à l'accord en méconnaissance de l'article 1165 du Code civil n'est pas sérieuse".

Comme on peut le constater, le juge administratif distingue entre les moyens soulevant une difficulté sérieuse et ceux ne présentant pas un tel caractère. Dans le premier cas, le juge renverra l'examen de la question au juge judiciaire, ce qu'il ne fera pas dans le second cas. Le principe selon lequel seul le juge judiciaire peut examiner la légalité de la convention collective semble donc sauf. Cependant, les apparences sont trompeuses car pour affirmer qu'un moyen revêt ou non un caractère sérieux, le juge administratif ne peut faire autrement que d'apprécier la validité des dispositions de la convention.

La convention ou l'accord collectif et l'arrêté d'extension forment donc un ensemble indissociable. Il y aurait bien incorporation des dispositions de la convention dans cet acte administratif unilatéral.

Concernant dans un second temps la convention d'assurance chômage, les articles L 351-8 et L 352-1 du Code du travail prévoient que cet accord fait l'objet d'un agrément ministériel. Lors de la mise en place du système d'assurance à la fin des années cinquante,

⁵⁸⁸ RJS 3/99, n°398, p 237.

⁵⁸⁹ RJS 12/99, n°1487, p 864.

l'agrément avait, selon Jean-Paul Domergue, "pour effet d'étendre les dispositions de la convention à tous les employeurs non compris dans les champs d'application professionnels de l'accord. Il avait des effets analogues à ceux produits par l'extension et l'élargissement décidés par les pouvoirs publics, d'une convention collective de travail"⁵⁹¹. L'ordonnance en date du 21 mars 1984 a modifié les effets d'un tel agrément puisque ce dernier est devenu une condition d'application de la convention. En effet, l'article L 351-8 indique clairement qu'en l'absence d'un tel agrément, un décret devra intervenir pour fixer les mesures d'applications des dispositions du Code du travail précitées. Ainsi, le législateur assimile les effets de l'absence d'agrément à une absence pure et simple de convention.

Au regard de ces considérations, il semble utile de se demander si un tel agrément exerce une quelconque influence sur la nature juridique de la convention d'assurance chômage.

A l'occasion d'un litige opposant une association accueillant des adultes handicapés et certains de ses salariés, ces derniers avaient soulevé le fait qu'une convention collective ayant fait l'objet d'un agrément devait être qualifiée d'acte réglementaire négocié. Certes, dans cette affaire, il ne s'agissait pas d'une convention d'assurance chômage mais d'une convention prise sur la base de l'article 16 de la loi du 30 juin 1975 modifiée par la loi du 6 janvier 1986⁵⁹². Cependant, il est intéressant de faire un parallèle avec la convention d'assurance chômage car elles ont toutes deux un objet social. De plus, elles ne prennent effet qu'après agrément. Afin de répondre à ce moyen, le conseiller rapporteur se fonde d'ailleurs sur certains arrêts rendus par le Conseil d'Etat relatifs à des conventions d'assurance chômage⁵⁹³. La Cour de cassation⁵⁹⁴ répond implicitement au moyen soulevé étant donné qu'elle se déclare compétente pour statuer. De ce fait, la convention en cause est bien un accord de droit privé et non un acte administratif.

⁵⁹⁰ CE 16 janvier 2002 *Syndicat national des entreprises d'esthétique et de coiffure à domicile*, RJS 4/02, n°468, p 357.

⁵⁹¹ J-P Domergue, "Chômage – Aspects institutionnels", *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, p 6.

⁵⁹² Aux termes de cet article 16, "les conventions collectives de travail, conventions d'entreprise et accords de retraites applicables aux salariés des établissements ou services à caractère social ou sanitaire à but non lucratif dont les dépenses de fonctionnement sont, en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, supportées, en tout ou partie, directement ou indirectement, soit par des personnes morales de droit public, soit par des organismes de sécurité sociale, ne prennent effet qu'après agrément donné par le ministre compétent (...). Ces conventions ou accords s'imposent aux autorités compétentes pour fixer la tarification".

⁵⁹³ CE 6 octobre 2000 *M. Jouanine*, RDSS 2001, p 183, obs C. Willman – DS 2001, p 33, concl S. Boissard – TPS 2000, n°403, obs X. Prétot – CE 11 juillet 2001 *Syndicat Sud Travail et autres*, DS 2001, p 857, concl S. Boissard – RJS 10/01, n°1168 – RDSS 2001, p 867, note C. Willman – JCP G 2002, II, 10058, p 675, note X. Prétot – TPS 2001, n°302.

⁵⁹⁴ Cass Ass plénière, 24 janvier 2003, *Mme Anger C/ Association Promotion des handicapés dans le Loiret*, DS 2003, p 373, rapport J. Merlin.

L'agrément n'aurait apparemment aucune incidence sur la nature juridique de la convention d'assurance chômage. Cependant, cette affirmation doit être relativisée.

Dans un premier temps, on constate – si on se place au niveau des effets de la convention – qu'un élément conforte l'idée selon laquelle un tel accord est doté d'une nature particulière. Les juridictions ont affirmé à différentes reprises que cette convention était constitutive d'un contrat de droit privé au regard notamment des personnes signataires de l'acte. De ce fait, il paraîtrait surprenant qu'un contrat de droit privé puisse s'appliquer à des agents de l'administration. C'est pourtant ce qu'ont reconnu à la fois le législateur⁵⁹⁵ et le Conseil d'Etat. En effet, selon cette dernière juridiction, "le régime des allocations auxquelles ont droit les agents des collectivités locales involontairement privés d'emploi est défini par les stipulations de l'accord prévu à l'article L 351-8 précité, dès lors qu'un tel accord est intervenu et a été agréé"⁵⁹⁶. Ainsi, est appliquée à des agents publics la convention du 24 février 1984 conclue entre les organisations patronales et syndicales du secteur privé et agréée par arrêté du ministre chargé de l'emploi. Comment peut-on justifier qu'un acte, apparemment de droit privé, régisse des agents publics ?

Selon Eliane Ayoub, le Conseil d'Etat, par cette jurisprudence, voit dans l'accord précité un véritable règlement. Il fait, "semble-t-il, application à la fonction publique de la théorie de l'incorporation selon laquelle l'arrêté approuvant la convention (ou l'accord) est un règlement qui s'approprie les stipulations de la convention"⁵⁹⁷.

Etant donné, dans un second temps, que le Conseil d'Etat a reconnu à diverses reprises la nature contractuelle et de droit privé de la convention d'assurance chômage agréée, celui-ci est théoriquement incompétent pour apprécier la légalité des dispositions d'une telle convention. Or, si on examine attentivement la jurisprudence de la Haute juridiction administrative, on constate que celle-ci a été plusieurs fois amenée à apprécier la validité des clauses de cet acte. Il faut malgré tout préciser que la méthode et les formulations utilisées par le juge ont évolué au fil du temps.

⁵⁹⁵ L'article L 351-12 du Code du travail prévoit "qu'ont droit « à l'allocation » d'assurance dans les conditions prévues à l'article L 351-3: 1° les agents non fonctionnaires de l'Etat et de ses établissements publics administratifs, les agents titulaires des collectivités territoriales ainsi que les agents statutaires des autres établissements publics administratifs; 2° Les agents non titulaires des collectivités territoriales et les agents non statutaires des établissements publics administratifs autres que ceux de l'Etat...". Certes, il n'est pas affirmé expressément que les accords sont applicables à ces agents néanmoins, étant donné que l'article L 351-3 fait partie des dispositions dont l'application est assurée par la convention en cause, il en résulte que ces personnes sont bien régies par cet accord.

⁵⁹⁶ CE 5 février 1988 *Commune de Mouroux*, Rec, p 46 – AJDA 1988, p 413, note X. Prétot – D 1989, p 95, note E. Ayoub – CE 26 juin 1989, *Mme Duprez-Wacrenier*, AJDA 1989, p 724, obs X. Prétot.

⁵⁹⁷ E. Ayoub, *La fonction publique en vingt principes*, Paris, Editions Frison-Roche, 1994, p 26.

A l'occasion d'un recours en annulation contre une décision excluant une personne de la liste des bénéficiaires du revenu de remplacement, le Conseil d'Etat reconnaît⁵⁹⁸ que certaines dispositions de la convention méconnaissent les prescriptions de certains articles du Code du travail⁵⁹⁹. Il analyse donc la légalité des dispositions de l'acte sans préciser auparavant qu'il s'agit d'un contrat de droit privé.

A partir de 1994, le Conseil d'Etat va adopter une position plus prudente mais néanmoins ambiguë. En effet, dans son arrêt du 29 juillet 1994 *Assemblée nationale et fédérale d'association de sous-officiers de carrière de l'armée*⁶⁰⁰, il précise, lors d'un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté d'agrément, que les éventuelles questions de validité de la convention sont de la compétence du juge judiciaire, étant donné que cette dernière est un accord de droit privé⁶⁰¹. Encore une fois, une telle reconnaissance n'empêche pas la Haute juridiction d'examiner et de déclarer illégales par voie d'exception les dispositions d'une convention d'assurance chômage à l'occasion d'un recours contre l'arrêté d'agrément⁶⁰².

Le Conseil d'Etat va semble-t-il prendre en compte cet état de fait et admettre, concernant la convention d'assurance chômage, "qu'eu égard à la nature particulière d'un tel accord qui, en vertu de l'article L 351-8 (...) détermine, lorsqu'il est agréé, les mesures d'application des articles L 351-3 à L 351-7 du Code du travail et ne produit d'effet que du fait de cet agrément, il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi d'un recours contre l'arrêté d'agrément, de se prononcer sur les moyens mettant en cause la légalité des clauses de l'accord, sauf à renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen des questions soulevant une difficulté sérieuse relative, soit aux conditions de conclusion de l'accord, soit à l'interprétation de la commune intention de ses auteurs"⁶⁰³.

⁵⁹⁸ CE 10 décembre 1993 *Ministre du travail C/ Ghion*, RJS 3/94, n°292.

⁵⁹⁹ "Considérant, (...) que le ministre ne saurait utilement invoquer les dispositions de l'article 37-b) de la convention du 19 novembre 1985 ayant fait l'objet d'un agrément par arrêté du 11 décembre 1985 du ministre du Travail qui, en ajoutant un cas de radiation de la liste des bénéficiaires du revenu de remplacement à ceux fixés par les articles L 351-17 et R 351-28, méconnaissent les prescriptions desdits articles".

⁶⁰⁰ *Rec*, p 389 – *D* 1995, *Somm*, p 353, obs V. Soubise – *D* 1996, *Somm*, p 229, obs D. Chelle et X. Prétot – *DS* 1994, p 900 – *RJS* 10/94, n°1165.

⁶⁰¹ "Considérant que la légalité d'un arrêté ministériel portant agrément d'un des accords mentionnés par l'article L 352-2 du Code du travail est nécessairement subordonnée à la validité des stipulations de l'accord en cause; que, lorsqu'une contestation sérieuse s'élève sur cette validité, la juridiction administrative, compétamment saisie d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'arrêté d'agrément, est tenue, eu égard au caractère de droit privé que présente l'accord, de renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen de cette question préjudicielle" – Le Conseil d'Etat aura l'occasion de confirmer ce principe dans de nombreux arrêts. On peut citer notamment la décision en date du 6 octobre 2000 *M. Jouanine*, *op. cit.*

⁶⁰² CE 18 mai 1998 *Union nationale de coordination des associations militaires et autres*, *Rec*, p 196 - *D* 1999, *SC*, p 30, note A. Bouilloux – *D* 1999, *SC*, p 282, obs D. Morel - *RDP* 1998, p 631, note X. Prétot – *RJS* 8-9/98, n°1041.

De nombreuses similitudes existent entre l'évolution de la jurisprudence en matière de convention collective de travail et celle relative aux conventions d'assurance chômage. Dans les deux cas, on a pu voir que le Conseil d'Etat était amené à utiliser la technique de l'exception d'illégalité pour examiner la légalité des dispositions de ces accords. Nous avons démontré, dans le développement relatif aux concessions de service public, que le juge n'utilise cette technique qu'à l'égard des actes unilatéraux et des accords à la nature contractuelle discutable car comportant notamment des dispositions réglementaires. Il n'est pas certain que ce raisonnement s'applique aux conventions en cause car les exemples précédemment évoqués concernent des actes administratifs. Or, nous avons souligné que les conventions collectives de travail ainsi que les conventions d'assurance chômage relevaient du droit privé.

Cependant, on peut légitimement avoir quelques doutes quant à la qualification de contrats de droit privé car le Conseil d'Etat examine la légalité de nombreuses clauses de ces conventions. Il n'effectue un renvoi devant le juge judiciaire que pour certaines questions en nombre très limité. De plus, aucun des articles du Code du travail ne reconnaît expressément à ces conventions le caractère de contrat de droit privé.

Au regard de ces différents points, on se rend compte que ces conventions se rapprochent davantage des actes administratifs que des contrats de droit privé. De ce fait, il ne semble pas incongru d'affirmer que le principe suivant lequel seule l'illégalité des clauses réglementaires des "contrats" peut être soulevée par voie d'exception s'applique à ces conventions régies par le Code du travail.

Certes, ces différentes conventions se voient appliquer une règle particulière de contentieux administratif, mais il faut à ce stade du raisonnement prendre position sur la nature juridique réelle de ces actes. Comme on vient de le démontrer, la règle de l'exception d'illégalité ne s'applique qu'à des actes unilatéraux ou tout du moins revêtant les caractères intrinsèques de ceux-ci. De ce fait, les conventions collectives de travail ou d'assurance chômage auraient une nature unilatérale. Cependant, il faut se demander ce qui pourrait expliquer qu'une telle qualification puisse s'appliquer à un acte ayant toutes les apparences d'un contrat.

L'intervention de l'administration matérialisée par l'édition d'un acte d'extension, d'élargissement ou d'agrément joue, semble-t-il, un grand rôle dans cette qualification.

⁶⁰³ CE 11 juillet 2001 *Syndicat Sud Travail et autres*, *op. cit.* – Le Conseil d'Etat utilisera la même formule dans la jurisprudence postérieure, on peut par exemple citer l'arrêt du 13 novembre 2002 *Syndicat national du personnel navigant commercial et autres*, TPS 2003, n°74.

L'émission de tels actes administratifs unilatéraux a pour effet d'incorporer les dispositions de ces différents types de conventions en son sein. On constate en effet que l'examen par voie d'exception des dispositions de ces accords est opéré lors du recours contre l'arrêté d'extension, d'élargissement ou d'agrément. La théorie de l'incorporation permettrait ainsi d'expliquer que le Conseil d'Etat accepte d'examiner la légalité des clauses de telles conventions. Implicitement, pour la Haute juridiction administrative, ces dernières n'existent qu'au travers de l'un des actes unilatéraux précités. De ce fait, elles acquièrent la nature d'un acte administratif unilatéral.

Etant donné qu'une part importante de négociation intervient dans la formation de ces actes, comme cela ressort des dispositions du Code du travail, on peut donc affirmer que ces différentes conventions devraient être considérées comme des actes administratifs unilatéraux négociés.

A ce sujet, il est intéressant de citer le cas de la Belgique où le droit applicable en matière de convention collective de travail comporte de nombreuses similitudes avec le droit français. Une loi de 1968 avait qualifié de contrat la convention collective et jusqu'en 1989 le Conseil d'Etat belge s'en était tenu à cette qualification. Or, dans un arrêt du 12 avril 1989⁶⁰⁴, et comme l'indique Hugues Dumont, la section d'administration de cette juridiction, "rompt avec cette fiction et requalifie ces actes négociés en actes unilatéraux"⁶⁰⁵. Il semble important de citer le considérant dans son intégralité: "la loi (...) définissant, en son article 5, la convention collective de travail la qualifie "d'accord"; (...) elle détermine toutefois les effets des conventions collectives comme si elles étaient non pas des "conventions légalement formées" faisant la loi des parties au sens de l'article 1134 du Code civil, mais, même si leur force obligatoire n'est pas étendue par un arrêté royal, des règlements nécessairement issus d'une négociation, règlements formés par convention entre associations représentatives (...), ou entre employeurs et de telles associations".

Même si Hugues Dumont est quelque peu péremptoire dans ses propos en affirmant que le Conseil d'Etat a consacré la nature unilatérale de la convention collective – l'arrêt ne se réfère qu'à la notion de règlement – il n'en demeure pas moins que cette juridiction semble implicitement assimiler les notions de règlement et d'acte unilatéral.

⁶⁰⁴ CE n°32348, RCJB 1991, pp 652-653.

⁶⁰⁵ H. Dumont, "Droit public, droit négocié et para-légalité", in *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publication des Facultés Universités de Saint-Louis, 1996, p 457.

Au regard de ces différents éléments, il serait donc souhaitable que les juridictions françaises prennent clairement position et déterminent quelle est la nature juridique réelle des conventions ou accords collectifs de travail. Certes, aucun auteur ne remet en cause le fait que des négociations⁶⁰⁶ interviennent lors de la formation de tels actes néanmoins l'unilatéralité semble s'insinuer à l'intérieur même de ces accords. Il s'agirait donc davantage d'actes administratifs unilatéraux négociés que de contrats de droit privé⁶⁰⁷. On parvient à la même conclusion s'agissant des conventions d'assurance chômage.

Le raisonnement diffère quelque peu s'agissant des conventions relatives au domaine médical.

§ 2: Les conventions relatives au domaine médical

Ces liens unissant l'assurance maladie aux diverses professions de santé font l'objet de relations qualifiées de conventionnelles. Cependant, et on a eu l'occasion de le constater à maintes reprises, ce terme de convention ne peut systématiquement être rattaché à la notion de contrat. Dans ce domaine de la santé, il semble, qu'à nouveau, la jurisprudence soit source d'incertitudes quant à la véritable nature juridique des conventions en cause. De ce fait, et dans un souci de clarté, on analysera dans un premier temps les relations entre les praticiens et certains organismes tels que les caisses d'assurance maladie voire même dans certains cas un établissement public de santé (A). Dans un second temps, on s'attachera au cas des conventions passées entre certains établissements à caractère médical et les caisses d'assurance maladie (B).

A – Les conventions passées entre les praticiens et divers organismes

Les textes ainsi que les principes jurisprudentiels applicables aux relations unissant l'assurance maladie et les praticiens ont fait l'objet d'évolutions depuis la fin de la seconde guerre mondiale. On est passé de conventions conclues au niveau départemental à des

⁶⁰⁶ Le terme de "négociation" apparaît clairement au sein de l'article L 133-1 du Code du travail ainsi que dans les arrêts relatifs aux conventions collectives de travail. Cf par exemple CE 16 janvier 2002 *Syndicat national des entreprises d'esthétique et de coiffure à domicile*, *op. cit.*

conventions signées au niveau national au début des années soixante-dix⁶⁰⁸. De même, l'objet de ces accords s'est modifié et élargi au cours des années car à l'origine ils concernaient essentiellement la fixation des tarifs des soins et prestations alors qu'à l'heure actuelle, ces conventions entretiennent un lien étroit avec la politique de maîtrise des dépenses de santé.

Même si l'objet de tels accords revêt de l'importance pour cette étude, on s'attachera surtout à déterminer à quelle catégorie juridique se rattachent ces conventions. S'agit-il, comme leur nom pourrait le laisser penser, de contrats ou bien doit-on les considérer davantage comme des actes unilatéraux ?

Comme il a été précisé, la loi du 3 juillet 1971 a mis en place un système de convention nationale entre les syndicats de praticiens et les caisses d'assurance maladie⁶⁰⁹. Assez vite, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la nature juridique de cet acte à l'occasion d'un recours contre l'arrêté interministériel d'approbation⁶¹⁰.

Tous les auteurs s'accordent à reconnaître que l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 18 octobre 1974 *Confédération nationale des auxiliaires médicaux et paramédicaux*⁶¹¹ consacre la nature contractuelle et administrative d'un tel accord. Selon la doctrine, en se déclarant implicitement compétent pour interpréter les dispositions de la convention, la Haute juridiction inclut cet acte dans la catégorie des contrats administratifs. L'interprétation qui est faite de cet arrêt semble pour le moins extensive car dans cette affaire, la solution du litige ne dépendait pas de la qualification contractuelle de l'acte en cause mais de la nature publique ou privée de ce dernier⁶¹². La compétence du Conseil d'Etat est notamment déduite de l'administrativité de l'acte en cause.

⁶⁰⁷ A ce sujet, on peut d'ailleurs constater qu'aucun texte de loi ne qualifie la convention ou les accords collectifs de contrat de droit privé.

⁶⁰⁸ La loi du 3 juillet 1971 marque ce changement.

⁶⁰⁹ Il faut préciser qu'avant l'adoption de la loi du 13 août 2004, les conventions devaient être signées par la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés et au moins une autre caisse nationale d'une part, un ou plusieurs syndicats représentatifs de la profession concernée de l'autre. Il ressort de cette loi que du côté des organismes de sécurité sociale, seule l'Union nationale des caisses d'assurance maladie conclut les conventions avec les syndicats de praticiens.

⁶¹⁰ Antérieurement à cette réforme, les conventions départementales étaient considérées comme des contrats de droit privé. Cf CE 13 décembre 1963 *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du Nord*, Rec, p 623 – AJDA 1964, p 25, chron J. Fourré et M. Puybasset – D 1964, p 55, concl G. Braibant – S 1964, p 57, concl G. Braibant.

⁶¹¹ Rec, p 496, concl P. Dondoux – AJDA 1974, p 535, chron M. Franc et M. Boyon – DS 1975, p 335, note F. Moderne.

⁶¹² F. Moderne dans sa note indique qu'en "affirmant, implicitement, sa compétence pour procéder à l'interprétation de la convention litigieuse, la haute juridiction se prononce en faveur du caractère administratif de cette convention", *id.*, p 336.

La nature contractuelle ou unilatérale n'entre donc pas en ligne de compte. A ce sujet, on peut observer que les juges n'emploient à aucun moment le terme de contrat pour désigner la convention en cause.

La jurisprudence postérieure va apporter des précisions essentielles pour la suite de la démonstration. Ainsi, le Conseil d'Etat admet, dans l'arrêt du 18 février 1977 *Hervouët*⁶¹³, que du fait de l'intervention de l'arrêté d'approbation qui revêt un caractère réglementaire, les dispositions de la convention nationale des médecins "produisent les effets juridiques s'attachant à un acte réglementaire". Cette formulation montre toute la prudence du Conseil d'Etat qui évite soigneusement de se prononcer sur la nature juridique de la convention. Il reconnaît simplement que les effets de la convention revêtent un caractère réglementaire⁶¹⁴. La Haute juridiction aura l'occasion de confirmer le principe posé par cet arrêt tout en y apportant quelques précisions dans l'arrêt du 9 octobre 1981 *Syndicat des médecins de la Haute-Loire et autres*⁶¹⁵. Cette dernière décision est intéressante à plusieurs titres. Alors que la formulation du principe posé dans l'arrêt de 1977 semblait sous-entendre que l'intégralité de la convention avait des effets réglementaires, il ressort de l'arrêt de 1981 que seules certaines stipulations de l'accord ont un tel caractère. Il s'agit, en l'occurrence, de l'article 18 de cette convention.

De plus, si on analyse le contenu de l'article précité, on constate que différents termes employés (concertation, accord, contrepartie) démontrent l'existence de négociations entre les syndicats de médecins et les caisses d'assurance maladie. Le Commissaire du gouvernement Alain Bacquet met d'ailleurs clairement en avant l'ambiguïté de la situation. Ainsi, il reconnaît qu'avec "l'organisation d'éléments essentiels du système national de santé, et la définition générale des droits et obligations des assurés sociaux et des médecins, on tient là deux éléments caractéristiques de dispositions d'origine et de forme contractuelles, mais réglementaires par leur *nature* et confirmées comme telles par l'acte administratif d'approbation"⁶¹⁶. La formulation peut surprendre. Est-ce que cela signifie que la disposition en cause de la convention revêt en fait une nature unilatérale et des effets réglementaires, et ce alors même que des négociations interviennent ?

⁶¹³ Rec, p 98, concl P. Dondoux – AJDA 1977, p 271, chron MM. Nauwelaers et Fabius.

⁶¹⁴ Il est cependant important de préciser que le Commissaire du gouvernement M. Dondoux affirme clairement dans ses conclusions "qu'aucun contrat même tacite n'existe entre les praticiens et les caisses: en acceptant d'être conventionné, un médecin se soumet à un statut réglementaire qui lui est applicable sauf volonté contraire de sa part", *id.*, p 99.

⁶¹⁵ Rec, p 360 – AJDA 1982, p 364, chron F. Tiberghien et B. Lasserre – RDSS 1982, p 106, concl A. Bacquet. Selon cet arrêt, les stipulations de la convention en cause se sont vu conférer par l'arrêté d'approbation, "les effets qui s'attachent aux dispositions réglementaires" et "présentent un caractère obligatoire et s'imposent aux autorités administratives et aux tiers comme aux parties à la convention".

Par une loi du 23 janvier 1990, le législateur va apporter quelques modifications aux relations entre l'assurance maladie et les praticiens. Avant son entrée en vigueur, le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions de la loi précitée dans une décision en date du 22 janvier 1990⁶¹⁷. Les auteurs de la saisine soutenaient que cette loi violait l'article 21 de la Constitution qui n'accorde qu'au Premier ministre le pouvoir réglementaire d'application des lois. En effet, le nouvel article L 162-5 du Code de la sécurité sociale prévoit le recours à différents types de conventions pour déterminer les rapports entre les organismes de sécurité sociale et les syndicats de médecins. Cette convention a pour objet de définir les modalités d'application de la loi. Il ne s'agit donc pas d'un acte unilatéral réglementaire édicté par le Premier ministre.

Ce n'est pas tant le fait d'attribuer un tel pouvoir à une autorité autre que le chef du gouvernement qui posait problème⁶¹⁸, mais plutôt d'avoir recours à une convention pour appliquer la loi.

Le Conseil constitutionnel va parvenir à contourner la difficulté en précisant que grâce à l'approbation ministérielle est conféré "un caractère réglementaire aux stipulations de la convention qui entrent dans le champ des prévisions de l'article L 162-6 du Code de la sécurité sociale; que ce mécanisme de mise en œuvre des principes posés par la loi, dont la sphère d'application et la portée sont étroitement circonscrites, n'est pas contraire à l'article 21 de la Constitution". Xavier Prétot a accueilli avec beaucoup de réticences cette décision du Conseil constitutionnel et a critiqué notamment le fait que l'exécution de la loi se fasse par voie conventionnelle. De plus, il fait observer que la position de la Haute juridiction constitutionnelle se distingue de celle du Conseil d'Etat en ce que ce dernier n'a jamais reconnu aux conventions précitées "un *caractère réglementaire*, mais s'est borné à attacher à leurs stipulations des *effets réglementaires*, préservant ainsi clairement la nature contractuelle intrinsèque de la convention médicale"⁶¹⁹.

L'analyse de Xavier Prétot peut prêter à discussions car l'emploi de la formule "caractère réglementaire" semble ambigu dans cette citation. En effet, il précise que la

⁶¹⁶ *Id.*, p 109.

⁶¹⁷ Conseil constitutionnel, décision n°89-269 DC, *Rec Cons const*, p 102 – DS 1990, p 352, note X. Prétot – RFDC 1991, p 716, obs A. Roux – RJS 10/91, n°138 – AJDA 1990, p 473, note F. Benoît-Rohmer – RFDA 1990, p 406, note B. Genevois – RDSS 1990, p 637, note L. Dubouis.

⁶¹⁸ Le Conseil constitutionnel a admis à diverses reprises qu'un pouvoir réglementaire limité pouvait être confié par le législateur à des autorités administratives indépendantes. On peut notamment citer, à propos du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, la décision n°86-248 DC du 17 janvier 1989, *Rec Cons const*, p 18.

⁶¹⁹ X. Prétot, DS 1990, p 355 – On peut s'interroger sur le sens précis de la distinction entre "caractère réglementaire" et "effet réglementaire". Un acte pourrait selon cette analyse avoir un effet réglementaire sans avoir pour autant un tel caractère. Or, X. Prétot ne précise pas quelles conditions doivent être remplies pour

reconnaissance du caractère réglementaire de la convention par le Conseil constitutionnel porte atteinte à la nature contractuelle de cet accord. Si une telle atteinte a été portée à la nature même de l'acte en cause, cela sous-entend qu'outre son caractère réglementaire, cet accord est en fait de nature unilatérale. Peut-on déceimment le rattacher à une telle catégorie ?

Comme dans la plupart des cas analysés jusqu'à maintenant, les auteurs n'étudient que très rarement la nature de l'acte. Ils se bornent la plupart du temps à mettre en avant les aspects réglementaires de celui-ci. La doctrine semble ainsi s'accorder pour reconnaître que ces conventions liant les caisses d'assurance maladie et les syndicats de praticiens doivent être qualifiées "d'actes réglementaires négociés"⁶²⁰. Par cette expression, les auteurs évitent soigneusement de prendre partie sur la nature juridique réelle de ce type de convention.

Les positions du Commissaire du gouvernement Christine Maugüé confirment nettement cette tendance même si on observe une légère évolution au fil des ans. A la lecture de ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 20 décembre 1995 *Collectif national Kiné-France*⁶²¹, elle reconnaît la "valeur réglementaire" de tels accords. Cependant, ils revêtent malgré tout, selon elle, le "caractère de contrats administratifs"⁶²². Pour justifier cette dernière affirmation, elle se fonde sur l'arrêt étudié précédemment en date du 18 octobre 1974 et dont l'interprétation qui en a été faite est dès plus contestable.

Si sa position paraît claire en l'espèce, il n'en est pas de même dans ses conclusions sur l'arrêt du 17 mars 1997 *Syndicat des médecins d'Aix et région*⁶²³. Ainsi, après avoir mentionné à nouveau le principe posé par l'arrêt du 18 octobre 1974 et démontré l'importance des effets de l'arrêté d'approbation dans ce domaine des conventions médicales, le Commissaire du gouvernement en arrive à la conclusion suivante: "les conventions médicales sont donc des actes réglementaires à élaboration contractuelle et non de véritables contrats"⁶²⁴. S'il ne s'agit pas de contrats *stricto sensu*, ce genre de conventions doit donc être intégré dans la catégorie des actes unilatéraux. C'est ce qui ressort implicitement de ces dispositions.

qu'un acte revête un caractère réglementaire. Néanmoins, il ressort implicitement de son analyse que la nature unilatérale de l'acte semble être une des conditions essentielles.

⁶²⁰ Cf par exemple G. Le Chatelier, note sous CE 17 décembre 1993 *Groupement national des établissements de gérontologie*, AJDA 1994, p 63 – G. Guiheux, note sous CE 3 juillet 1998 *Syndicat des médecins de l'Ain*, JCP G 1999, II, 10012, p 158.

⁶²¹ Rec, p 442.

⁶²² Id., pp 444-445.

⁶²³ RFDA 1997, p 1139.

⁶²⁴ Id., p 1144.

Cependant, ses conclusions postérieures ne confirment pas cette analyse car, dans celles rendues sur l'arrêt en date du 27 avril 1998 *Confédération des syndicats médicaux français et autres*⁶²⁵, elle maintient son affirmation première selon laquelle "les conventions médicales restent d'authentiques contrats administratifs"⁶²⁶. Même si elle ne se réfère plus à l'arrêt de 1974, sa position reste inchangée dans ses conclusions rendues un an plus tard⁶²⁷. Mais cela ne l'empêche pas de qualifier ces accords "d'actes réglementaires à élaboration négociée"⁶²⁸.

La doctrine semble donc pour le moins embarrassée lorsqu'il s'agit de déterminer précisément la nature juridique de ces conventions médicales. Plus qu'un embarras, il apparaît que les auteurs ne souhaitent pas qualifier ces accords autrement que de contrats administratifs⁶²⁹. Cependant, il ressort implicitement des conclusions de Christine Maugué qu'une telle qualification est artificielle et ce du fait notamment de l'intervention d'un acte particulier à savoir l'arrêté d'approbation de ces conventions médicales⁶³⁰. Ainsi, un auteur n'hésite pas à affirmer, à propos de ces conventions, que par l'approbation, "non seulement le contrat devient un acte unilatéral, mais encore il devient un acte de droit public"⁶³¹.

Que ce soit le Conseil d'Etat ou le Conseil constitutionnel, chacune de ces juridictions ont reconnu que l'approbation avait pour effet de conférer un caractère réglementaire aux conventions étudiées⁶³². Cependant, ces juridictions ne précisent à aucun moment que la nature contractuelle de ces accords s'en trouve modifiée. Doit-on dans ce cas adopter la

⁶²⁵ RFDA 1999, p 97.

⁶²⁶ *Id.*, p 98.

⁶²⁷ A propos des conventions conclues entre les caisses d'assurance maladie et les syndicats de médecins, elle affirme que "leur essence demeure contractuelle", concl sur CE 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres*, RFDA 1999, p 1201.

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ Quelques auteurs vont cependant à l'encontre de ce mouvement en qualifiant plus ou moins expressément les conventions en cause d'actes unilatéraux. Ainsi, D. Truchet classe dans "les actes pris en vertu ou dans le cadre du contrat, et qui sont pourtant susceptibles de recours en excès de pouvoir car le juge les considère à certains égards comme unilatéraux", "Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés", *op. cit.*, p 192.

De même, à propos notamment de ces mêmes accords, F. Servoin, constate que l'Etat qualifie "de contrats des décisions qu'il arrête directement", *Droit administratif de l'économie*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2^{ème} édition, 2001, p 182. Certes, ce dernier auteur n'utilise pas le terme "unilatéral" pour désigner ces conventions, néanmoins, le fait d'arrêter directement un acte constitue une manifestation de l'unilatéralité de ce dernier.

⁶³⁰ L'article L 162-15 du Code de la sécurité sociale prévoit que "les conventions, annexes et avenants sont approuvés par les ministres chargés de la santé, de la sécurité sociale, de l'agriculture, de l'économie et du budget. Ils sont réputés approuvés si les ministres n'ont pas fait connaître à la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (...), dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la réception du texte, qu'ils s'opposent à leur approbation (...)"

⁶³¹ C. Fardet, "La notion d'homologation", *Droits*, 1999, n°28, p 189.

⁶³² Cf CE 18 février 1977 *Hervouët*, *op. cit.* – Cons const, décision du 22 janvier 1990, *op. cit.*

X. Prétot avait pu déduire de certains arrêts que la Cour de cassation faisait découler le caractère réglementaire de ces conventions "de la nature même de la convention, indépendamment de son approbation par l'autorité publique", *Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p 336). Or, il

position de Franck Moderne pour qui, l'approbation "n'affecte en rien la nature juridique de l'acte approuvé"⁶³³ ?

Si on en croit les dispositions du Code de la sécurité sociale applicables avant la réforme législative du 29 décembre 1999, l'approbation ne concerne que l'efficacité des conventions médicales. En effet, l'article L 162-6 de ce Code issu de la loi du 4 janvier 1993 prévoyait que "la ou les conventions, leurs annexes ou avenants n'entrent en vigueur, lors de leur conclusion ou lors d'une tacite reconduction, qu'après approbation par arrêté interministériel". La nature de l'accord ne semble donc pas visée par ces dispositions. Cependant, il ne pourrait s'agir que d'une apparence car certains Commissaires du gouvernement considèrent qu'à l'instar des accords en matière de prix, l'acte portant approbation de la convention "est en réalité un arrêté réglementaire qui s'est incorporé les stipulations de la convention"⁶³⁴. Outre ces membres du Conseil d'Etat, on peut citer Delphine Costa qui admet aussi que ces accords passés en matière médicale "sont apparus fictivement qualifiés d'actes réglementaires puisque leur nature conventionnelle était niée par le règlement administratif qui se les incorporait"⁶³⁵.

Ainsi, et comme on l'a démontré à plusieurs reprises, de par l'incorporation, la convention n'existe que par rapport à cet acte d'approbation. De ce fait, elle acquiert la nature unilatérale de cette décision ministérielle.

La démonstration aurait pu se clore sur ces mots si le législateur n'avait pas modifié par une loi du 29 décembre 1999 certains articles du Code de la sécurité sociale. En effet, l'article L 162-6 ayant été abrogé, c'est l'article L 162-15 qui définit les conditions d'approbation de ces conventions. Celui-ci prévoit que "les conventions, annexes et avenants (...) sont approuvés par les ministres chargés de la santé, de la sécurité sociale, de l'agriculture, de l'économie et du budget. Ils sont réputés approuvés si les ministres n'ont pas fait connaître à la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (...) dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la réception du texte, qu'ils s'opposent à leur approbation". Le législateur a donc instauré un système d'approbation

ressort d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 18 mai 2000, *RJS 7-8/00*, n°858, que ce caractère réglementaire a pour origine cet arrêté d'approbation.

⁶³³ Note précitée sur CE 18 octobre 1974 *Confédération nationale des auxiliaires médicaux et paramédicaux*, *DS 1975*, p 337 – La position de cet auteur n'est en rien isolée puisque X. Prétot, par exemple, partage ce point de vue, cf *Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p 336.

⁶³⁴ M. Dondoux, *op. cit.*, p 99 – M. Fornacciari dans ses conclusions sur l'arrêt du 31 mars 1989 *Département de la Moselle*, est du même avis puisqu'il énonce que les conventions conclues entre les syndicats de médecins et les organismes de sécurité sociale "s'incorporent en réalité à l'acte unilatéral de la puissance publique qui les approuve et les rend opposable aux tiers, leur faisant ainsi acquérir un caractère unilatéral et réglementaire", *op. cit.*, p 468.

⁶³⁵ D. Costa, *op. cit.*, pp 227-228.

tacite mais contrairement à l'affirmation de certains auteurs, le système de l'approbation expresse n'a pas été supprimé⁶³⁶.

Outre les conventions entre les syndicats de praticiens et les caisses d'assurance maladie, l'article L 6154-4 du Code de la santé publique prévoit que les praticiens des établissements publics de santé peuvent exercer une activité libérale dont les modalités "font l'objet d'un contrat conclu entre le praticien concerné et l'établissement public de santé sur la base d'un contrat type d'activité libérale établi par voie réglementaire. Ce contrat est approuvé par le représentant de l'Etat dans le département (...). L'approbation du contrat vaut autorisation d'exercice de l'activité libérale". Le terme de "contrat" est expressément utilisé par le législateur pour désigner l'acte liant le praticien et l'établissement. Cependant, le Conseil d'Etat semble faire fi d'une telle qualification comme le révèlent les deux arrêts en date du 28 décembre 2001⁶³⁷ et du 3 février 2003⁶³⁸ ayant pour requérant le *Syndicat national de défense pour l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*. Non seulement le juge se réfère au terme de contrat en l'enserrant entre des guillemets mais en plus, il précise dans le premier arrêt que "si cette autorisation prend la forme de l'approbation d'un "contrat" (conclu entre les deux personnes précitées), le praticien hospitalier doit être regardé comme bénéficiaire d'une autorisation administrative et non comme étant dans une situation qui présenterait un caractère contractuel".

Le juge reconnaît très nettement que l'approbation préfectorale a pour effet de s'incorporer les dispositions du contrat qui disparaît purement et simplement. L'acte d'autorisation a donc bien une nature unilatérale étant donné que seule l'approbation confère l'autorisation exigée. Cependant, grâce à l'incorporation du contrat en son sein, cet acte unilatéral a un caractère négocié. La position du juge semble plus timorée dans la seconde décision. Celui-ci affirme simplement que les praticiens autorisés à exercer sont dans une "situation réglementaire" mais précise que ceux-ci ne sont pas dans une situation contractuelle. Cela revient donc à dire que l'acte d'autorisation entre bien dans la catégorie des actes unilatéraux.

⁶³⁶ Dans l'arrêt en date du 29 juillet 2002 *Conseil national de l'ordre des médecins*, req n°242916, le Conseil d'Etat a statué sur la légalité d'un arrêté interministériel d'approbation adopté le 31 janvier 2002 soit après la réforme de 1999.

⁶³⁷ Req n°229718/229756.

⁶³⁸ Req n°235066.

B – Les conventions passées entre certains établissements à caractère médical et les caisses d'assurance maladie

Les laboratoires d'analyse médicale entretiennent des liens particuliers avec les représentants de l'Etat et les caisses d'assurance maladie concernant notamment la fixation de différents frais. Tout d'abord, l'article L 162-14 du Code de la sécurité sociale prévoit la conclusion pour une durée au plus égale à cinq ans d'une convention nationale entre d'un côté, une ou plusieurs organisations syndicales membres du comité professionnel national de la biologie et de l'autre, la caisse nationale d'assurance maladie (CNAM) et au moins une autre caisse nationale d'assurance maladie. Cet acte fait l'objet d'une approbation par arrêté interministériel en vertu de l'article L 162-15⁶³⁹. Ensuite, l'article L 162-14-1, dans sa rédaction antérieure à l'intervention de la réforme de 2002, énonce qu'un accord doit être conclu chaque année entre l'Etat, les organismes nationaux d'assurance maladie et les organisations syndicales représentatives. Enfin, en vertu de l'article L 162-14-2 est prévue la conclusion d'avenants à la convention nationale dans lesquels sont notamment fixés les tarifs⁶⁴⁰. Ces actes sont eux aussi soumis à approbation.

Suite à l'adoption de la loi du 6 mars 2002, l'accord tripartite annuel est supprimé. Seule demeure la convention nationale et les avenants. Néanmoins, la nature juridique d'un tel accord prévu par l'ancien article L 162-14-1 a été à l'origine de certaines discussions. L'analyse qui va suivre est donc basée sur les textes applicables avant cette réforme de 2002.

Il ressort des articles L 162-14 et L 162-14-1 que le législateur emploie deux termes différents pour désigner les actes devant être conclus en application de ces articles. Ainsi, le premier article parle de "convention nationale" alors que le second se réfère au terme "d'accord". Apparemment, pour le juge, ces deux notions ne sont pas synonymes car comme on va pouvoir s'en rendre compte, la nature de cet "accord" ne peut être rattachée à la catégorie des contrats.

Le Conseil d'Etat, saisi aux fins d'annulation pour excès de pouvoir du protocole d'accord conclu le 18 décembre 1991 en application de l'article L 162-14-1, a dû se prononcer sur la recevabilité de la requête dans un arrêt en date du 10 juin 1994 *Confédération française*

⁶³⁹ Anciennement article L 162-3.

⁶⁴⁰ Avant l'intervention de la loi du 6 mars 2002, l'article L 162-14-2 prévoyait l'intervention d'une annexe à la convention mise à jour annuellement et devant déterminer la répartition de l'enveloppe globale par zone géographique, les modalités de détermination des sommes dues par les caisses à chaque laboratoire et les modalités de leur versement.

des syndicats de biologistes et autres⁶⁴¹. En effet, non seulement il statue comme juge de l'excès de pouvoir mais en plus, les requérants sont des tiers par rapport à l'accord. La solution de la Haute juridiction est dès plus implicite car elle se contente d'affirmer que "les requérants ne sont pas fondés à demander l'annulation pour excès de pouvoir du "protocole d'accord" en date du 18 décembre 1991". Cela signifie donc que le recours pour excès de pouvoir contre un tel accord est bien recevable mais en l'espèce, il n'est pas fondé.

Même si les commentateurs affirment, à la suite de cet arrêt, que le juge "admet implicitement mais nécessairement que l'accord tripartite revêt le caractère d'un acte réglementaire"⁶⁴², il n'en demeure pas moins que le Conseil d'Etat évite soigneusement de prendre partie sur la nature juridique exacte de l'acte contesté. Les conclusions du Commissaire du gouvernement Gilles Le Chatelier apportent quelques éclaircissements. Il propose en effet d'appliquer à l'accord en cause la jurisprudence étudiée précédemment relative aux accords sur les prix. Il affirme en s'adressant aux juges que "vous admettez parfois de requalifier certains contrats en véritables actes réglementaires estimant qu'ils n'ont que les apparences des premiers"⁶⁴³. Or, là aussi, on constate une certaine réticence du Commissaire du gouvernement. Il n'emploie pas le terme "d'acte unilatéral" pour désigner l'accord, mais seulement l'expression "d'acte réglementaire". Selon lui, ces deux concepts ne sont pas synonymes car au début de son analyse, il fait la distinction entre d'une part "les notions de contrat et d'acte réglementaire" et d'autre part, les catégories de "convention née de l'accord des parties et l'exercice par la puissance publique de son pouvoir de modifier par la voie d'actes unilatéraux l'ordonnancement juridique"⁶⁴⁴. Pour autant, il ne qualifie pas l'accord en cause d'acte conventionnel à caractère réglementaire.

Comme on le voit, des incertitudes demeurent quant à la nature juridique d'un tel acte⁶⁴⁵. De ce fait, une étude de la jurisprudence postérieure semble nécessaire.

Dans un arrêt en date du 29 juillet 1998 *Centre national des biologistes*⁶⁴⁶, le Conseil d'Etat adopte le même raisonnement que dans l'arrêt précité. Il reconnaît implicitement que le recours pour excès de pouvoir est recevable mais sans donner d'indications précises sur

⁶⁴¹ Rec, p 735 – D 1995, SC, p 30, obs X. Prétot – DA 1994, n°424, obs G.L.C – RFDA 1995, p 645, concl G. Le Chatelier – RJS 1994, n°1044.

⁶⁴² X. Prétot, *id.*, p 31.

⁶⁴³ *Op. cit.*, p 648.

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ Cet arrêt du 10 juin 1994 est néanmoins cité par les auteurs en vue d'illustrer leurs propos sur les actes administratifs unilatéraux. Cf C. Guettier, *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} édition, 2000, pp 13-14 ou plus spécifiquement sur les actes unilatéraux négociés, G. Dupuis, M-J Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, *op. cit.*, p 412.

la nature juridique de l'accord tripartite conclu en application de l'article L 162-14-1 du Code de la sécurité sociale. Cependant, différents éléments intéressants peuvent être relevés. Tout d'abord, et à la différence de l'arrêt de 1994, le Conseil d'Etat examine la légalité des dispositions du protocole d'accord contesté. De plus, avant de statuer sur cette légalité, le juge annonce sur quoi il se prononce en utilisant l'expression suivante: "Sur la légalité de la décision attaquée". Une telle expression, qui pour tout acte dont la légalité est contestée devant le juge de l'excès de pouvoir pourrait sembler totalement anodine, revêt une grande importance en l'espèce. En effet, comme on l'a souligné à différentes reprises: "la décision est un acte administratif unilatéral"⁶⁴⁷. On aura l'occasion d'étudier plus en détail ce point dans la seconde partie.

Il faut donc en déduire que l'accord tripartite peut être qualifié d'acte administratif unilatéral.

Le Conseil d'Etat ne donne pas de précisions supplémentaires dans l'arrêt du 29 décembre 1999 *Syndicat national des médecins biologistes*⁶⁴⁸. On peut simplement relever qu'à la fois l'accord tripartite et un avenant à celui-ci font l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et on constate que le juge reconnaît à ces actes un caractère "réglementaire". En revanche, il ne donne aucune indication quant à leur nature juridique.

Outre les laboratoires d'analyse médicale, l'article L 162-22-1 – avant l'adoption de la loi du 29 décembre 1999 – prévoyait la conclusion pour cinq ans d'un "contrat tripartite national" entre l'Etat, deux caisses nationales d'assurance maladie et une organisation syndicale membre du comité professionnel national de l'hospitalisation privée. En outre, en vertu de l'article L 162-22-2, tous les ans, devait être conclu entre l'Etat, les caisses précitées et une au moins des organisations syndicales nationales les plus représentatives des établissements privés de santé, un accord fixant notamment certains tarifs.

Le Conseil d'Etat, à la différence des accords précédents, ne s'est pas prononcé, même implicitement, sur la nature juridique de ces accords annuels. Mais il ne fait aucun doute que la solution analysée concernant les accords avec les laboratoires d'analyse serait identique. On peut néanmoins mentionner l'arrêt en date du 7 juillet 2000 *Centre médico-chirurgical et obstétrical d'Evry-CMCO*⁶⁴⁹ dans lequel était contesté, par la voie du

⁶⁴⁶ Rec, p 332 – DA 1999, n°19, obs J-C. B.

⁶⁴⁷ A. Van Lang, G. Gondouin, V. Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Armand Colin, 4^{ème} édition, 2005, p 104.

⁶⁴⁸ Req n°202968.

⁶⁴⁹ Rec, p 308.

recours pour excès de pouvoir, l'avenant à un accord prévu à l'article L 162-22-2⁶⁵⁰. Cet article énonce que la possibilité de conclusion d'un tel accord est limitée dans le temps. Si dans un délai de quinze jours après la date de publication de la loi de financement de la sécurité sociale un accord n'a pas été conclu, seul un arrêté ministériel peut fixer le contenu des éléments prévus par cet article L 162-22-2. L'expiration du délai a donc pour effet de dessaisir les parties au profit d'un arrêté ministériel. De ce fait, le juge reconnaît dans cette affaire que le ministre était compétent, à la date de l'avenant attaqué, pour modifier l'accord tripartite. La qualification est surprenante. En effet, le juge emploie le terme d'avenant – certes entre guillemets – pour désigner l'acte unilatéral adopté par le ministre seul alors que par définition un avenant est un acte contractuel. Cependant, si l'acte en cause est considéré par le juge comme n'ayant été adopté que par le ministre, il constate néanmoins que cet avenant a été signé par l'ensemble des parties à l'accord initial. Même si le Conseil d'Etat précise que de telles signatures sont sans influence sur sa légalité, cette modification n'a donc apparemment été adoptée qu'après négociations. Il s'agirait donc bien d'un acte unilatéral négocié.

On observe un point commun dans la rédaction des arrêts relatifs à ces accords régis par les articles L 162-22 et L 162-14. En effet, dans les différents arrêts étudiés précédemment, les notions d'accords et d'avenants sont cités entre guillemets. Cela prouve donc que l'on ne doit pas se laisser abuser par les termes de la loi. Le vocabulaire renvoie à la notion de contrat⁶⁵¹, mais comme on a pu le constater, et même si plusieurs volontés distinctes s'accordent, les accords en cause doivent être inclus dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux.

Suite à l'adoption de la loi du 29 décembre 1999, sont prévus de nouveaux types d'accords non plus tripartites mais bipartites. Il suffit de se référer aux articles L 162-22-3 et L 162-22-4. Dans les deux cas, et à défaut d'accord, une décision unilatérale et non négociée est adoptée.

Si on s'en tient à ces différents développements, doit-on finalement considérer que toutes les conventions ayant pour partie les caisses d'assurance maladie font l'objet d'une requalification implicite ? Le juge n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer très

⁶⁵⁰ L'accord intervient avant la réforme de 1999.

⁶⁵¹ Un contrat est un accord de volontés. De même, un avenant est un acte contractuel portant modification d'un contrat.

clairement sur la nature juridique de toutes les conventions. On peut néanmoins évoquer le cas des conventions d'objectifs et de gestion mentionnées aux articles L 227-1 et suivants du Code de la sécurité sociale⁶⁵². Ces accords signés entre l'Etat et chacun des organismes nationaux du régime général de sécurité sociale doivent "déterminer les objectifs pluriannuels de gestion, les moyens de fonctionnement dont disposent les caisses pour les atteindre ainsi que les actions mises en œuvre par chacune des parties"⁶⁵³. Les auteurs ont tenté de déterminer à quelle catégorie pouvaient se rattacher ces conventions. Christian-Albert Garbar s'est demandé si la jurisprudence relative à la requalification des actes conventionnels en actes unilatéraux réglementaires pouvait leur être appliquée⁶⁵⁴. Il constate que les arguments développés par Gilles Le Chatelier dans ses conclusions sur l'arrêt du 10 juin 1994 *Confédération française des syndicats de biologistes et autres* "auraient pu en partie être utilisés à propos des conventions d'objectifs et de gestion"⁶⁵⁵. Il estime que cet arrêt ainsi que les conclusions le concernant sont contestables car on se trouverait, selon lui, face à une hypothèse de requalification "*contra legem*"⁶⁵⁶. Il préfère donc opter pour une autre solution et considérer, tout comme Xavier Prétot⁶⁵⁷, que ces conventions sont de véritables contrats⁶⁵⁸. Mais ils seraient d'une nature particulière car ces deux auteurs les intègrent dans cette catégorie très contestable des "contrats générateurs d'effets réglementaires"⁶⁵⁹.

La jurisprudence confirme-t-elle ou non cette approche ? Seul l'arrêt en date du 3 avril 2002 *Caisse d'allocations familiales d'Eure-et-Loire*⁶⁶⁰ nous donne quelques éléments de réponse. Le Conseil d'Etat ne fait à aucun moment référence à la nature contractuelle de ces conventions. En outre, il admet, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre de décisions unilatérales, que les requérants peuvent invoquer la méconnaissance des clauses de ces conventions d'objectif et de gestion. Cela signifie, selon Xavier Prétot, que la Haute juridiction leur confère, "implicitement, mais

⁶⁵² On aurait pu évoquer ces conventions dans développements de la section précédente car comme l'indique X. Prétot, ces conventions s'inscrivent "dans le cadre de la gestion d'ensemble d'un service public", "La réforme de l'organisation et du fonctionnement de la sécurité sociale", *D* 1996, p 226. Mais étant donné que la sécurité sociale est concernée, il nous a semblé préférable de l'inclure dans cette section.

⁶⁵³ C-A. Garbar, "Les conventions d'objectifs et de gestion: nouvel avatar du « contractualisme »", *DS* 1997, p 816.

⁶⁵⁴ *Id.*, pp 817 et ss.

⁶⁵⁵ *Id.*, p 818.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ X. Prétot, "La réforme de l'organisation et du fonctionnement de la sécurité sociale", *op. cit.*, p 226.

⁶⁵⁸ *Op. cit.*, pp 819 et ss.

⁶⁵⁹ X. Prétot, *op. cit.*, p 226 et C-A Garbar, *op. cit.*, p 820.

⁶⁶⁰ *TPS* 2002, n°206, note X. Prétot.

nécessairement, un caractère réglementaire⁶⁶¹. Certes, on ignore si certaines dispositions seulement ou si l'intégralité des conventions auraient ce caractère. Néanmoins, le contenu de cet arrêt tend à se rapprocher de la jurisprudence précédemment analysée relative aux conventions médicales. Sans arrêt de confirmation, on ne peut approfondir l'analyse.

⁶⁶¹ *Ibid.*

Conclusion du chapitre second

Les actes analysés dans ce second chapitre interviennent dans des domaines très variés qui n'ont au premier abord aucun lien entre eux. Un point commun les unit malgré tout. Que ce soit en matière d'aménagement, d'organisation et de fonctionnement du service public ou en matière sanitaire et sociale, le juge tend à considérer ces actes élaborés par voie conventionnelle comme des actes administratifs unilatéraux. Seule une déduction permet d'arriver à cette conclusion. Les arrêts ne contiennent pas de formules identiques à celles que l'on retrouve en matière de libération des prix. Mais il ne fait guère de doute que les actes liés à l'organisation et au fonctionnement des services publics ainsi que les conventions médicales n'ont de contractuel que le nom. Le juge hésite à les qualifier de contrat. Il serait donc plus pertinent d'admettre qu'il s'agit d'actes administratifs unilatéraux dont l'élaboration est, tout du moins partiellement, négociée. Concernant les autres actes, il faut davantage faire preuve de circonspection. Il est en effet difficile de porter un jugement définitif au vu de la jurisprudence. Des actes tels que les conventions collectives de travail ou les conventions d'assurance-chômage sont soumises à la fois au juge administratif et au juge judiciaire. Même si le premier tend de plus en plus à examiner leur légalité, elles sont toujours considérées, à l'heure actuelle, comme des contrats de droit privé.

Conclusion du titre premier

Les méthodes d'analyse du juge administratif varient selon les domaines considérés. En matière de libération des prix ou d'aménagement du domaine public, le juge requalifie expressément un acte d'apparence contractuelle en acte administratif unilatéral. Dans tous les autres domaines, le juge se montre beaucoup plus hésitants. Il n'use qu'implicitement de la technique de requalification. Ces hypothèses sont les plus fréquentes mais aussi les plus incertaines. On ne peut affirmer qu'une telle requalification est opérée sans un examen précis des arrêts car seuls quelques indices disséminés dans les considérants vont nous permettre d'en déduire que l'acte en cause se rapproche davantage des actes unilatéraux que des contrats. En outre, il faut bien voir que ces indices sont de différentes sortes. Il peut s'agir d'indices textuels: le juge utilise le terme de "décision" au détour d'un développement ou refuse de qualifier l'acte en cause de contrat. Les indices peuvent être d'ordre contentieux. Ainsi, l'admission de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir et le contrôle opéré par le juge donnent de précieuses indications quant à la nature de l'acte. Mais on ne doit pas négliger le rôle de la doctrine. Les doutes émis par certains auteurs s'agissant de la nature contractuelle des cahiers des charges des lotissements, des concessions de service public, des conventions collectives... confortent notre analyse.

En usant de cette technique de requalification, le juge poursuit un objectif bien précis. Il refuse de qualifier l'acte en cause de contrat. Or, une question se pose. Pour quelle raison les juridictions administratives préfèrent-elles requalifier l'acte plutôt que de l'intégrer dans la catégorie des actes contractuels ? Existe-il une justification globale ou doit-on se contenter d'une addition de fondements d'origines différentes ?

TITRE SECOND

LE RECOURS PARTIELLEMENT JUSTIFIABLE A LA TECHNIQUE DE REQUALIFICATION

Dans le titre premier, nous avons dû répondre aux deux questions suivantes: par quels procédés le juge refuse-t-il de qualifier des actes élaborés par voie conventionnelle de contrat ? Nous avons constaté que le juge utilise deux techniques de requalification: l'une expresse et l'autre implicite. Cela nous a permis de mettre en avant les différents indices révélant que les actes en cause ont bien une nature unilatérale et non contractuelle. Cependant, la question suivante n'a pas encore trouvé de réponse: pour quelles raisons le juge administratif refuse de qualifier expressément les actes susmentionnés de contrat ? Nous allons donc devoir déterminer quelles sont les justifications du recours à la technique de requalification. Il peut sembler délicat d'aborder une telle étude car, comme on l'a vu, les actes administratifs unilatéraux négociés interviennent dans des domaines qui n'ont *a priori* aucun lien entre eux. On retrouve pourtant, dans la plupart des écrits, les mêmes justifications que l'on pourrait qualifier de traditionnelles. Le fait qu'elles soient acceptées par de nombreux auteurs ne signifie pas pour autant qu'elles soient dans tous les cas pertinentes. En effet, elles ne peuvent à elles seules expliquer les différentes hypothèses de requalifications (Chapitre premier). De ce fait, il faudra tenter de déterminer si les fondements réels de la requalification ne se cachent pas derrière ces fondements traditionnels évoqués par les auteurs (Chapitre second).

CHAPITRE PREMIER

LE CARACTÈRE CONTROVERSÉ DES FONDEMENTS TRADITIONNELS DE LA REQUALIFICATION

Il apparaît de manière récurrente dans la jurisprudence et la doctrine que la nature même de l'activité empêche toute conclusion de contrat. On a pu voir, au cours des développements précédents, que de nombreux actes administratifs unilatéraux négociés avaient un caractère réglementaire. L'exercice d'un tel pouvoir empêcherait donc la conclusion de contrats (Section 1). Néanmoins, cette justification manque de pertinence. En outre, certains des actes étudiés dans le titre premier n'ont aucun caractère réglementaire. Il faudrait donc élargir l'analyse et établir un parallèle entre le refus de qualification des actes en cause de contrat et la nature régaliennne des matières concernées (Section 2).

Section 1

Le refus de qualification de contrat justifié par l'exercice du pouvoir réglementaire

Dans les développements qui vont suivre, nous allons partir du principe qu'un acte ne peut avoir en même temps une nature contractuelle et un caractère réglementaire. Le Conseil d'Etat affirme très clairement dans l'arrêt en date du 13 mai 1987 *Syndicat national professionnel des médecins du travail*⁶⁶² que les "contrats types" portant code de déontologie médicale dont les prescriptions s'imposent aux signataires de certains contrats "n'ont pas un caractère contractuel, mais constituent des actes réglementaires pouvant être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir". Nous n'étudierons pas les raisons de l'opposition⁶⁶³ mais nous déterminerons de quelle façon elle se manifeste.

L'exercice du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire la faculté de prendre des décisions revêtant un caractère général et impersonnel se manifeste de deux façons en matière d'acte unilatéral négocié. Soit l'administration édicte un acte unilatéral réglementaire d'accompagnement (§1), soit, et indépendamment de l'existence d'un tel acte,

⁶⁶² Rec, p 530.

⁶⁶³ Nous aborderons ce point au cours de la seconde partie.

l'environnement même des actes conventionnels soumis à requalification revêt un tel caractère (§2).

§ 1: L'exercice du pouvoir réglementaire par l'intermédiaire des actes dits "d'accompagnement"

L'expression "acte d'accompagnement" si elle a l'avantage de renvoyer à différents types de décisions, reste relativement imprécise. Il est donc nécessaire d'établir une typologie de ces actes (A) et de constater par la suite que le caractère réglementaire de ces actes d'accompagnement ne peut être considéré comme la véritable justification de la requalification (B).

A – Typologie des actes d'accompagnement

André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé affirmaient dans leur célèbre *Traité des contrats administratifs* que "s'il ne suffit pas qu'une convention ait un objet réglementaire pour avoir des effets réglementaires, la présence complémentaire d'un acte unilatéral d'accompagnement, tel qu'un acte d'homologation, d'approbation, est considéré comme susceptible d'entraîner ce résultat"⁶⁶⁴. Comme on le verra par la suite, l'objet même de l'acte requalifié revêt une grande importance. Cependant, à la lecture de cette affirmation, on constate que l'édition d'un acte unilatéral édicté postérieurement à la formation de l'acte conventionnel, joue un rôle primordial dans cette opération. Cependant, il faut se demander ce que recouvre ce concept d'acte d'accompagnement. Les actes unilatéraux d'accompagnement auxquels ces auteurs font référence sont de natures très diverses. Entrent dans cette catégorie les actes d'agrément⁶⁶⁵, d'autorisation, d'homologation, d'approbation, d'extension. Outre l'arrêté d'extension et d'élargissement⁶⁶⁶ en matière de convention collective de travail, tous les autres ont, malgré leur appellation

⁶⁶⁴ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, pp 116-117.

⁶⁶⁵ Avant toute chose, il faut préciser que l'agrément dont il est question n'englobe pas l'agrément fiscal. En effet, il s'agit d'une procédure particulière car on ne retrouve pas comme dans les exemples qui vont suivre la succession de deux opérations à savoir la conclusion d'un acte conventionnel et l'intervention postérieure d'un acte d'accompagnement.

variée, semble-t-il les mêmes effets. Ainsi, selon Yves Madiot, agréer un acte, "c'est l'approuver et consentir à ce qu'il s'applique"⁶⁶⁷. De même, l'homologation est une technique permettant à l'administration de reconnaître certains accords réguliers ou pour reprendre la formule de Gabriel Roujou de Boubée, "l'homologation est un simple agrément"⁶⁶⁸. Les mêmes définitions pouvant apparemment s'appliquer pour les actes d'approbation et d'autorisation.

Des auteurs ont analysé de manière plus précise ces différents actes. Tel est notamment le cas de Christine Bertrand⁶⁶⁹ et de Jacques Georgel. Ce dernier démontre que l'agrément⁶⁷⁰ se distingue de procédures voisines telles que la déclaration, l'approbation, la reconnaissance, l'autorisation. En effet, le caractère discrétionnaire du pouvoir attribué à l'administration permet de les différencier. Ainsi, selon cet auteur, "la décision d'octroi ou de refus d'agrément est un acte pour lequel l'autorité compétente jouit d'un pouvoir discrétionnaire"⁶⁷¹. De ce fait, l'agrément se distingue de la déclaration et de l'autorisation de par le caractère limité du pouvoir discrétionnaire dans ces deux hypothèses. L'agrément ne peut enfin être assimilé à l'approbation et la reconnaissance. Jacques Georgel précise que ces deux procédures sont dans certains cas exclusives de tout agrément. L'objet permettrait donc de distinguer ces deux actes de l'agrément⁶⁷².

Enfin, Christophe Fardet démontre dans sa thèse que l'homologation se différencie de l'approbation, de l'agrément et de l'autorisation⁶⁷³. Les distinctions envisagées apparaissent néanmoins contestables du moins pour certaines d'entre elles. L'homologation ne pourrait, selon lui, être confondue avec l'approbation. Il affirme que "l'approbation bien souvent change la nature et les effets de l'acte: une convention médicale approuvée possède les effets d'un acte réglementaire. En réalité, l'autorité qui approuve fait sien l'acte approuvé, ce qui est en totale opposition avec l'homologation"⁶⁷⁴. Cette dernière affirmation semble contredite par le jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand en date du 13

⁶⁶⁶ Le caractère réglementaire de ces actes n'est pas contesté. Cf par *a contrario*, S. Boissard, *AJDA* 2002, p 849.

⁶⁶⁷ *Op. cit.*, p 214.

⁶⁶⁸ G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Paris, LGDJ, 1961, pp 162-163.

⁶⁶⁹ C. Bertrand, *L'agrément en droit public*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de droit – Université d'Auvergne, LGDJ, 1999.

⁶⁷⁰ J. Georgel définit de la manière suivante l'agrément; il s'agit "d'un consentement donné par une autorité publique à une personne ou à une institution privée et permettant à celle-ci d'accomplir, sous surveillance, certaines activités", "L'agrément administratif", *AJDA* 1962, p 467.

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² Il est important de préciser qu'il est seulement question de l'agrément administratif dans ces quelques développements et non de l'agrément intervenant en matière fiscale. En effet, les auteurs considèrent que ces deux types d'agrément sont bien distincts. Cf sur ce point par exemple, M. Fleuriet, *op. cit.*, pp 56 et ss ainsi que G. Tournié, *op. cit.*, pp 217 et ss.

⁶⁷³ C. Fardet, *L'homologation en droit administratif*, Paris II, 1996, pp 329 et ss.

octobre 1988 *Fédération des syndicats d'Exploitants agricoles du Puy-de-Dôme C/ Préfet de la région d'Auvergne*⁶⁷⁵. Dans ce dernier, la convention en cause s'incorpore bel et bien dans l'acte d'homologation.

Il est donc extrêmement délicat de dissocier ces différents types d'actes d'accompagnement. Tenter de déterminer pour chaque espèce quelle est la nature de cet acte unilatéral ne serait pas d'un grand intérêt. Seul le caractère ou non réglementaire de cet acte va nous intéresser.

L'édition de tels actes unilatéraux d'accompagnement apparaît dans la majeure partie des hypothèses d'actes unilatéraux négociés étudiés dans le titre premier. En effet, en matière d'administration économique, un arrêté est édicté postérieurement à l'accord conclu entre les représentants des pouvoirs publics et les professionnels en vue de libérer les prix. Le juge indique certes qu'il s'agit d'un acte unilatéral réglementaire, mais il ne précise pas à quelle catégorie se rattache cet acte d'accompagnement. S'agit-il d'un acte d'agrément ? On peut le penser si on reprend la définition de Jacques Georgel car il s'agit bien d'un consentement donné par l'administration en vue d'assurer le déblocage des prix. Il en est de même concernant l'arrêté "homologant" les conventions de restructuration laitière.

Outre l'administration économique, il semble nécessaire de s'arrêter sur le cas des cahiers des charges des lotissements. Il faut souligner que, dans ce domaine, les personnes élaborant ce document sont des personnes privées, alors qu'en matière d'administration économique, l'acte conventionnel est passé entre une personne publique et une personne privée. Cependant, et à l'instar de certains actes en matière d'administration économique, le cahier des charges devait être approuvé jusqu'à la réforme de 1977⁶⁷⁶.

Alors que ce document pouvait apparaître comme un acte de nature contractuelle – ce qu'admit la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation – le Conseil d'Etat, quant à lui, consacra le caractère réglementaire de cet acte à la fin des années cinquante. Les textes régissant l'élaboration de ce type de cahier des charges prévoyaient expressément l'intervention d'un acte d'approbation. Etant donné que le Conseil d'Etat fait découler de l'édition de ce dernier acte le caractère réglementaire du cahier des charges, on peut en déduire que l'acte d'approbation revêt ce même caractère.

⁶⁷⁴ *Id.*, p 186.

⁶⁷⁵ *Op. cit.*

⁶⁷⁶ M. Fornacciari affirme ainsi que l'acte d'approbation du cahier des charges notamment fait acquérir aux conventions "un caractère unilatéral et réglementaire", *RFDA* 1989, p 468.

Il en est de même en matière sanitaire et sociale. Ainsi, l'arrêté d'agrément d'une convention d'assurance chômage revêt un caractère réglementaire. Cependant, le Conseil d'Etat ne l'a admis qu'assez récemment. Dans l'arrêt en date du 6 octobre 2000 *Jouanine*⁶⁷⁷, le juge lui applique le principe obligeant l'administration à abroger un acte réglementaire illégal.

La situation est identique concernant les accords passés entre les organismes de santé et les caisses de sécurité sociale. Par l'arrêt *Hervouet* du 18 février 1977, la Haute juridiction admet clairement que l'acte d'approbation est revêtu d'un tel caractère réglementaire.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion, dans sa décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990 analysée précédemment, de souligner l'importance de l'acte d'approbation pour de tels accords. Il admet que l'approbation "a pour effet de conférer un caractère réglementaire aux stipulations de la convention qui entrent dans le champ d'application de l'article L 162-6 du Code de la Sécurité sociale". Par cette formule, le juge constitutionnel contourne deux principes majeurs. Le premier est relatif à la dévolution du pouvoir réglementaire au Premier ministre en vertu de l'article 21 de la Constitution. L'atteinte à ce principe ne soulève pas de difficultés car le Conseil constitutionnel a auparavant admis que le législateur confie à une autorité administrative indépendante un pouvoir réglementaire limité dans sa portée⁶⁷⁸. Le second pose quant à lui l'interdiction pour le législateur de rendre l'exercice du pouvoir réglementaire tributaire de la conclusion de conventions entre les parties intéressées⁶⁷⁹. Il ressort de la décision du Conseil constitutionnel que les dispositions de la convention ont "un caractère réglementaire", mais il ne faut pas déduire de cette formule que les parties signataires détiennent ce pouvoir réglementaire. C'est l'acte d'approbation édicté par le ministre qui confère un tel caractère. Etant donné que le Premier ministre peut déléguer son pouvoir réglementaire aux ministres, le texte de loi n'est pas contraire à la Constitution. Néanmoins, cette solution est contestable. Certes, l'acte est pris en vue d'assurer l'exécution de la loi et se voit conférer un caractère réglementaire. Cependant et même si cet acte revêt un tel caractère, le Conseil constitutionnel souligne qu'il est en outre conventionnel. De ce fait, on peut se demander si cette juridiction n'a pas implicitement admis qu'après l'édition de

⁶⁷⁷ *RJS* 2/01, n°225 – *DS* 2001, p 33, concl S. Boissard.

⁶⁷⁸ Cf les décisions n°83-164 DC du 19 janvier 1984, *Rec Cons const*, p 23 – n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *Rec Cons const*, p 141 – n°88-248 DC du 17 janvier 1989, *Rec Cons const*, p 18 – n°89-260 DC du 28 juillet 1989, *Rec Cons const*, p 71.

⁶⁷⁹ Ce principe ressort de la décision n°78-95 DC en date du 27 juillet 1978, *Rec Cons const*, p 26 – *AJDA* 1979, p 30, note C. Franck – *JCP G* 1979, II, n°19309, note Nguyen Quoc Vinh – *RDP* 1979, p 486, chron L. Philip.

l'acte d'approbation, une transformation s'est opérée. Ce ne serait plus la convention qui constituerait une mesure d'exécution de la loi mais l'acte d'approbation auquel se serait incorporée la convention.

Le Conseil constitutionnel adopterait donc une position beaucoup plus nuancée que dans sa décision rendue six mois plus tôt⁶⁸⁰. Il habilite en effet le législateur à "laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte". Cela signifie qu'un acte réglementaire d'accompagnement n'est pas nécessaire pour conférer à une convention collective de travail le caractère d'un acte réglementaire d'application de la loi. Néanmoins, il semble délicat de comparer ces deux décisions étant donné que l'entrée en vigueur de la convention collective de travail ne nécessite pas – à la différence des actes précités – l'intervention d'un acte d'approbation.

B – Le caractère réglementaire de l'acte d'accompagnement: une justification improbable de la requalification

Le caractère réglementaire de l'acte conventionnel objet de la requalification explicite ou implicite n'aurait rien de surprenant étant donné que l'acte d'accompagnement possède très souvent un tel caractère. Cependant, suite à cette affirmation, quelques questions se posent.

L'acte réglementaire d'accompagnement aurait certes pour effet d'incorporer en son sein les dispositions de l'acte conventionnel. Cependant, quels sont les éléments permettant de démontrer que c'est bien le caractère réglementaire qui est à l'origine de la requalification? La reconnaissance du caractère réglementaire de l'acte d'accompagnement facilite la requalification de l'acte conventionnel. En effet si l'acte d'accompagnement était un acte de tutelle, la situation serait apparemment toute autre.

Dans un arrêt d'assemblée en date du 8 janvier 1971 *URSAFF des Alpes-Maritimes*⁶⁸¹, la Haute juridiction précise qu'un acte de tutelle portant approbation de certaines dispositions du statut de l'URSAFF n'a pas un caractère réglementaire. En optant pour une telle solution, le juge a suivi les conclusions du Commissaire du gouvernement Vught précisant

⁶⁸⁰ Décision n°89-257 DC en date du 25 juillet 1989, *AJDA* 1989, p 796, note F. Benoît-Rommer – *DS* 1989, p 701, note X. Prétot.

⁶⁸¹ *Rec.*, p 11, concl Vught.

qu'une véritable dissociation devait être opérée entre l'acte soumis à la tutelle et l'acte de tutelle. Pour ce faire, il s'appuie sur les affirmations de MM. Maspétiol et Laroque pour qui "l'acte de tutelle reste absolument distinct de l'acte de la personne décentralisée..., (l'un conditionne l'efficacité de l'autre) mais, sous cette réserve, les deux actes ont une existence tout à fait distincte"⁶⁸². Cela signifie non seulement que l'acte de tutelle alors même qu'il possède un caractère non réglementaire, peut approuver un acte possédant quant à lui un tel caractère, mais aussi et surtout que l'acte de tutelle ne s'incorpore pas les dispositions de l'acte sous tutelle. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de consacrer un tel principe dès le début du XX^{ème} siècle. A l'occasion d'un commentaire sur différentes décisions dont l'arrêt du 11 décembre 1903 *Commune de Gorre*⁶⁸³, Maurice Hauriou affirme que "l'acte de tutelle ne se trouve point incorporé au bail une fois celui-ci conclu, et, d'une façon plus générale, (...) les décisions exécutoires qui précèdent, suivent ou accompagnent des actes de gestion ne s'incorporent point à eux pour constituer des actes complexes. C'est contre l'idée de l'incorporation que s'élève le Conseil"⁶⁸⁴. Cet arrêt constitue un revirement car, antérieurement, le juge déclarait irrecevable le recours contre l'acte de tutelle⁶⁸⁵. Il estimait notamment que "la décision était définitive par son incorporation à une opération génératrice de droits acquis"⁶⁸⁶.

On pourrait déduire de ces quelques éléments qu'en matière de tutelle, le fait qu'un tel acte approuve par exemple un contrat n'a aucune incidence sur la nature juridique de ce dernier du fait du caractère distinct des deux actes. A ce sujet, on peut analyser la position du juge administratif concernant certaines conventions conclues entre deux personnes publiques. L'article 26 de la loi du 2 mars 1982 prévoyait la conclusion d'une convention entre le préfet du département et le président du conseil général en vue de déterminer quels devaient être les services de la préfecture placés sous l'autorité du président du conseil général. Une telle convention fait l'objet d'une approbation par arrêté du ministre de l'intérieur.

A l'occasion d'un recours contre une décision visiblement prise en méconnaissance des dispositions de la convention, le juge a dû se demander quelle était la nature de la convention et déterminer si le litige s'inscrivait dans le cadre du recours pour excès de pouvoir ou de plein contentieux.

⁶⁸² MM. Maspétiol et Laroque, *La tutelle administrative*, Sirey, 1981, p 14.

⁶⁸³ S. 1906, III, p 52.

⁶⁸⁴ M. Hauriou, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits*, Paris, Editions La Mémoire du Droit, 2000, tome 2, p 285.

⁶⁸⁵ Cf par exemple CE 7 mai 1897 *Sieurs Cimétière de la Boutresse et autres*, Rec, p 345.

Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt en date du 31 mars 1989 *Département de la Moselle*⁶⁸⁷, précise que l'acte en cause est bien de nature contractuelle, mais aussi que le juge du contrat est compétent pour statuer sur le litige. L'approbation n'a donc pas affecté la nature de l'acte. Néanmoins, une telle nature contractuelle n'apparaissait pas si évidente que cela aux yeux du Commissaire du gouvernement Marc Fornacciari. En effet, ce dernier s'est demandé si le juge ne devait pas opérer une requalification de la convention en acte unilatéral⁶⁸⁸ eu égard au contenu de l'accord et à son régime particulier. Cependant, il se refuse à proposer aux juges une requalification en mettant en avant le caractère exceptionnel d'une telle procédure et en précisant qu'une requalification "irait à l'encontre de la volonté du législateur, telle qu'elle ressort de travaux préparatoires très clairs"⁶⁸⁹. Des auteurs ont une position similaire sur ce point. Ainsi Etienne Fatôme et Jacques Moreau, à propos notamment de ces accords conclus en application de l'article 26 de la loi du 2 mars 1982, soulignent que "cette volonté de contractualiser autant que faire se peut les rapports Etat-collectivités locales (...) a souvent conduit le législateur ou le pouvoir réglementaire à marquer de façon plus ou moins nette, plus ou moins précise, que les conventions dont on prévoyait la conclusion dans tel ou tel domaine étaient de véritables contrats (...), et non des « actes unilatéraux négociés »"⁶⁹⁰.

Il ressort implicitement des conclusions rendues sur cet arrêt que l'acte d'approbation ne faisait pas partie des éléments qui auraient pu justifier une requalification de l'accord. Selon Marc Fornacciari, l'approbation prévue par l'article 26 de la loi du 2 mars 1982 n'a apparemment pas les mêmes effets que celle s'appliquant au cahier des charges des lotissements ou aux conventions passées entre les syndicats de praticiens et les caisses de sécurité sociale.

L'acte approuvant ces conventions ayant pour parties deux personnes publiques, est donc bien un acte de tutelle qui ne modifie pas la nature juridique de l'accord⁶⁹¹.

⁶⁸⁶ M.Hauriou, *op. cit.*, p 278.

⁶⁸⁷ *Rec*, p 105 – *RDP* 1989, p 1171, note F. Llorens – *RA* 1989, p 341, note P. Terneyre – *AJDA* 1989, p 315, E. Honorat et E. Baptiste – *RFDA* 1989, p 466, concl M. Fornacciari.

⁶⁸⁸ *Id.*, pp 467 et ss.

⁶⁸⁹ *Id.*, p 468.

⁶⁹⁰ E. Fatôme et J. Moreau, "Les relations contractuelles entre collectivités publiques. L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation", *AJDA* 1990, p 143.

⁶⁹¹ Dans sa note sur cet arrêt *Département de la Moselle*, F. Llorens fait d'ailleurs remarquer que "ni la référence à un document type, ni l'exigence d'une approbation par l'autorité de tutelle n'ont jamais ôté à des conventions leur caractère contractuel", *op. cit.*, p 1174.

Il est en outre intéressant de constater que l'acte de tutelle ne transforme pas un contrat de droit privé en contrat administratif. En effet, l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 4 mai 1984 *Maternité régionale A. Pinard*,

Pour les actes réglementaires d'accompagnement la situation est différente. Comme on a pu le constater, le fait que ces actes d'accompagnement ne puissent être qualifiés d'actes de tutelle justifierait qu'une incorporation et par suite une requalification soit opérée.

Mais alors est-ce à dire que le juge applique en fait aux actes d'accompagnement la jurisprudence datant du XIX^{ème} siècle applicable aux actes de tutelle⁶⁹² à savoir que l'acte d'accompagnement et l'acte conventionnel forment un seul et même ensemble ? A la lecture de la jurisprudence en matière d'administration économique et plus précisément concernant la libération des prix, la réponse semble positive. Cependant, on peut constater qu'il ne s'agit pas d'une transposition pure et simple. En effet, alors que les dispositions de l'acte conventionnel s'incorporent dans l'acte d'accompagnement, l'acte de tutelle était, quant à lui, incorporé dans l'acte conventionnel avant d'être clairement distingué dans l'arrêt *Commune de Gorre*. En outre, pour les autres domaines analysés précédemment, le juge distingue – tout du moins au niveau contentieux – les deux actes. Cela tendrait à prouver que l'incorporation n'est que partielle. Il ne s'agirait donc pas d'une transposition pure et simple de la jurisprudence du XIX^{ème} siècle relative aux actes de tutelle.

Cette divergence jurisprudentielle appelle la remarque suivante. Au XIX^{ème} siècle, l'acte sous tutelle semblait prédominer sur l'acte de tutelle car ce dernier acte, du fait de son incorporation dans l'acte sous tutelle, prenait la nature de celui-ci. Pour les actes unilatéraux négociés, c'est l'acte d'accompagnement qui affirme sa suprématie du fait de l'incorporation en son sein de l'acte conventionnel. On ne peut justifier une telle différence par la nature de l'acte de tutelle et de l'acte d'accompagnement car ils peuvent tous deux être inclus dans la catégorie des actes unilatéraux. Il semble donc que le caractère de ces actes soit seul à même d'expliquer cette distinction. En effet – comme on l'a vu précédemment – le juge a admis à plusieurs reprises que l'acte de tutelle n'avait pas un caractère réglementaire mais devait être qualifié de décision administrative individuelle⁶⁹³ alors que les actes d'accompagnement sont quant à eux réglementaires. Les effets de l'acte réglementaire seraient donc plus étendus que ceux de l'acte individuel car seul le premier peut provoquer l'incorporation en son sein des dispositions de l'acte conventionnel.

Cependant, une telle affirmation doit être relativisée. L'article 123-1 du Code de la Sécurité sociale prévoit la conclusion de conventions collectives de travail s'appliquant au

RFDA 1985, p 502, note J. Virole, énonce que le contrat en cause "en dépit de son approbation par l'autorité administrative investie du pouvoir de tutelle, avait le caractère d'un contrat passé entre personnes privées".

⁶⁹² Cf les arrêts cités par M. Hauriou, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits*, op. cit., pp 277-278.

personnel des organismes de sécurité sociale. Selon ce même article, "les dispositions de la convention ne deviennent applicables qu'après avoir reçu l'agrément de l'autorité compétente de l'Etat". Même si le régime juridique comporte quelques similitudes avec les actes étudiés précédemment, notamment les conventions relatives à l'assurance chômage, il n'en demeure pas moins que la position des juges diverge. Ainsi, l'agrément prévu par l'article L 123-1 du Code de la Sécurité sociale constitue selon l'avis du Conseil d'Etat en date du 11 février 1992⁶⁹⁴, une "décision administrative individuelle". Il s'agit donc dans ce cas d'un acte de tutelle. Ainsi, la convention qualifiée d'acte de droit privé⁶⁹⁵ ne changera pas de nature suite à l'intervention de l'acte d'agrément.

Un tel principe ne semble pas avoir une portée générale si on examine les dispositions de l'arrêt en date du 8 novembre 1996 *Syndicat national FO des cadres des organismes sociaux*⁶⁹⁶. Alors même qu'il était saisi d'un recours tendant à l'annulation de l'acte d'agrément prononcé par le ministre, le Conseil d'Etat examine par voie d'exception comme en matière d'assurance chômage notamment, la légalité des clauses du protocole d'accord. Il précise en effet que "la contestation des distinctions établies par le protocole au regard du principe d'égalité ne saurait être prise en considération". Or, comme on a eu l'occasion de le préciser, le juge administratif n'est théoriquement pas compétent pour opérer un tel contrôle par voie d'exception. Seul le juge judiciaire dispose d'une telle faculté. Le fondement d'un tel contrôle effectué par le juge administratif ne peut être justifié que par la "semi-incorporation" de l'acte conventionnel dans l'acte d'agrément.

Même si ces actes d'agrément dans le cadre des conventions collectives régissant le statut des personnels des organismes de sécurité sociale et des conventions d'assurance chômage n'ont pas les mêmes caractères, l'un étant un acte administratif individuel et l'autre un acte administratif réglementaire, ils revêtent apparemment les mêmes effets.

Une telle analyse tend à démontrer que le caractère réglementaire de l'acte d'accompagnement ne peut à lui seul justifier qu'une requalification explicite ou implicite soit opérée par le juge.

⁶⁹³ CE 12 juin 2002, *Syndicat interdépartemental de la protection sociale Rhône-Alpes CFDT*, AJDA 2002, p 848, concl S. Boissard.

⁶⁹⁴ EDCE 1993, p 443 – DS 1992, p 729, note X. Prétot – RJS 1993, n°781. Cet avis a été confirmé par l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 12 juin 2002 *Syndicat interdépartemental de la protection sociale Rhône-Alpes*, *op. cit.*

⁶⁹⁵ Cf l'arrêt du 17 mai 1999, *Fédération générale agroalimentaire CFDT*, RJS 1999, n°1129 reconnaissant implicitement une telle nature.

⁶⁹⁶ DS 1997, p 179, note X. Prétot – RJS 1997, n°323.

Il est possible de confirmer cette affirmation si on analyse certains accords. Concernant les conventions de restructuration laitière⁶⁹⁷, elles font l'objet d'une "homologation". Selon Christophe Fardet, l'homologation est "une décision d'espèce"⁶⁹⁸; il ne s'agit donc pas d'un acte réglementaire. Or, on a pu voir que cette convention homologuée devait être qualifiée d'acte unilatéral à caractère réglementaire⁶⁹⁹. S'agissant des conventions passées entre certains établissements à caractère médical et les caisses d'assurance maladie, ceux-ci font l'objet d'une approbation par arrêté interministériel. Le juge administratif ne s'est pas prononcé expressément sur le caractère réglementaire ou non de cet arrêté. Pourtant, cela n'a pas empêché la doctrine et le juge – comme on a pu le voir – de considérer les accords précités comme des actes unilatéraux réglementaires.

Mais alors est-ce que cela voudrait dire finalement que ce n'est pas le caractère réglementaire de l'acte d'accompagnement qui justifie la requalification mais la seule présence de cet acte unilatéral et ce quel que soit son caractère ?

Une telle conclusion ne peut être retenue car dans l'arrêt du 31 mars 1989 *Département de la Moselle* précédemment cité, le juge refuse expressément de requalifier la convention bien qu'elle fasse l'objet d'une approbation par arrêté du ministre de l'Intérieur. De même, lors de l'analyse du champ d'application des actes administratifs unilatéraux négociés, nous avons pu voir que certains actes pouvaient recevoir une telle qualification alors même qu'aucun acte unilatéral d'accompagnement n'est adopté par l'administration.

A quelle conclusion parvient-on ?

Certes, il n'est pas contesté que des accords s'incorporent dans certains actes unilatéraux les accompagnant. Cependant, nous avons démontré que la présence d'un tel acte ne peut à elle seule justifier la requalification. La jurisprudence manque en effet de constance et de précision.

Ainsi, on peut même se demander si l'environnement réglementaire des actes soumis à la requalification ne justifie pas à lui seul une telle opération, l'acte unilatéral d'accompagnement n'ayant dans ce cas qu'une importance secondaire.

§ 2: L'environnement réglementaire des actes administratifs unilatéraux négociés

⁶⁹⁷ Cf TA Clermont-Ferrand 13 octobre 1988 *Fédération des syndicats d'Exploitants agricoles du Puy-de-Dôme C/ Préfet de la région d'Auvergne*, *op. cit.*

⁶⁹⁸ C. Fardet, "La notion d'homologation", *op. cit.*, p 186.

⁶⁹⁹ Ce jugement semble contredire la démonstration de C. Fardet pour qui "l'homologation est une opération neutre" quant à la nature de l'acte, *id.*, p 189.

Comme on a pu le voir dans le paragraphe précédent, un acte d'accompagnement peut conférer un caractère réglementaire à un acte élaboré par voie de négociation. Cet acte unilatéral de la puissance publique ne suffit pas à justifier le caractère réglementaire de l'acte soumis à la requalification. Il semble que ce dernier revête un tel caractère indépendamment de l'édition de l'acte d'accompagnement. Par l'expression "environnement réglementaire" on désigne non seulement les actes réglementaires d'application des lois mais aussi, et sous certaines réserves, les actes relatifs à l'organisation du service public (A). Néanmoins, la jurisprudence révèle que cet environnement réglementaire ne peut à lui seul justifier toutes les hypothèses de requalification (B).

A – La caractérisation de l'environnement réglementaire

Le pouvoir réglementaire est classiquement défini "comme la compétence pour prendre des décisions publiques et exécutoires comportant des règles générales et impersonnelles"⁷⁰⁰. L'une des manifestations les plus visibles de l'exercice du pouvoir réglementaire réside dans les dispositions de l'article 21 de la Constitution. Selon cet article, le Premier ministre "exerce le pouvoir réglementaire" et plus précisément, ce pouvoir est exercé en vue d'assurer "l'exécution des lois". Cependant, le Premier ministre n'est pas le seul détenteur de ce pouvoir. Ce dernier peut non seulement être délégué aux ministres en vertu de l'article 21 de la Constitution mais en plus, le Conseil constitutionnel a admis la faculté pour le législateur d'octroyer un tel pouvoir à des autorités administratives indépendantes⁷⁰¹. Seules ces autorités précitées devraient donc être en mesure de prendre ces actes. Ainsi, l'acte d'accompagnement analysé dans le paragraphe précédent est bien édicté dans le cadre de ces dispositions. En effet, il s'agit de décisions prises en règle générale par un ministre ou plus exceptionnellement par plusieurs ministres.

Qu'en est-il dans les autres cas ?

⁷⁰⁰ M. Rougevin-Baville, R. Denoix de Saint Marc, D. Labetoulle, *Leçons de droit administratif*, Paris, Editions Hachette, 1989, p 141.

⁷⁰¹ Cf par exemple la décision n°83-164 DC en date du 19 janvier 1984, *Rec Cons Const*, p 141.

En matière d'assurance chômage, l'article L 351-8 du Code du travail prévoit que "les mesures d'application des dispositions de la présente section font l'objet d'un accord conclu et agréé dans les conditions définies aux articles L 352-1, L 352-2 et L 352-2-1". Comme on peut le constater, le législateur prévoit expressément que l'exécution de la loi s'opère par l'intermédiaire d'un accord conclu entre des personnes privées. Certes, on pourrait faire valoir que l'agrément ayant un caractère réglementaire et s'incorporant les dispositions de la convention c'est lui qui constitue finalement une mesure d'exécution de la loi. Or, il ressort de cet article que l'accord agréé et non l'agrément seul doit être qualifié de mesure d'exécution. On peut donc en déduire que l'accord ayant pour objet d'exécuter la loi, cela lui permet d'acquérir un caractère réglementaire. Ce caractère se trouve en quelque sorte conforté par l'édition de l'acte d'agrément.

Différents éléments corroborent cette analyse. Ainsi, l'alinéa 3 de l'article L 351-8 précité prévoit qu'en "l'absence d'accord ou agrément de celui-ci, ces mesures sont fixées par décret en Conseil d'Etat". On peut donc affirmer que cet accord d'assurance chômage a le même objet qu'un acte administratif unilatéral réglementaire à savoir le décret. Cela tend à confirmer l'affirmation selon laquelle malgré l'importance de l'acte d'accompagnement, l'objet même de l'accord permet de qualifier l'acte de réglementaire. D'ailleurs, Xavier Prétot souligne à propos de conventions précitées qu'étant "destinée à préciser les mesures d'applications des principes fixés par la loi, la convention a en effet un objet réglementaire – il peut d'ailleurs y être suppléé par voie de décret en Conseil d'Etat"⁷⁰². Selon cet auteur, l'agrément n'a même aucune incidence sur le caractère réglementaire de l'accord. En effet, cet acte d'accompagnement lui confère simplement un "caractère obligatoire et force exécutoire"⁷⁰³.

L'analyse qui vient d'être faite concerne les conventions d'assurance chômage. Or est-ce que ce même raisonnement peut s'appliquer aux autres conventions conclues en matière sanitaire et sociale ?

Même si comme on va le voir des différences existent, de nombreux points communs unissent les conventions d'assurance chômage avec les conventions concernant notamment les laboratoires d'analyses médicales et les établissements de soins.

En matière d'assurance chômage, le législateur admet expressément que les modalités d'application de la loi se font par voie conventionnelle. Pour les autres catégories de conventions, la reconnaissance n'est qu'implicite car le législateur indique simplement que

⁷⁰² X. Prétot, *Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale*, op. cit., p 627.

différents éléments sont "déterminés" ou "définis" par voie conventionnelle. De ce fait, il est possible d'affirmer qu'on se trouve face au pouvoir réglementaire d'application des lois. Un tel caractère se trouve renforcé par la présence dans le Code de la sécurité sociale, d'articles prévoyant l'intervention d'un acte réglementaire prenant la forme d'un arrêté ministériel en cas d'absence de convention⁷⁰⁴. La convention a donc bien le même objet qu'un acte réglementaire unilatéral.

En outre, l'intervention d'un acte d'accompagnement ne peut suffire à conférer un caractère réglementaire car l'intervention d'un acte d'accompagnement n'est pas nécessaire pour certaines conventions. C'est le cas notamment des conventions relatives aux établissements de soins prévues par l'ancien article L 162-22-1 du Code de la sécurité sociale. Mais on constate que parmi les parties signataires de la convention, l'une d'entre elles, à savoir le ministre, fait partie des autorités publiques pouvant détenir le pouvoir réglementaire.

Ce raisonnement est transposable au cahier des charges adopté en matière de gestion domaniale. Ainsi, on a pu voir que le cahier des charges relatif à l'occupation du jardin des Tuileries a été qualifié d'acte unilatéral réglementaire par le Conseil d'Etat. Or, l'hésitation était permise car celui-ci était revêtu de la signature de deux autorités. La Haute juridiction a malgré tout intégré ce cahier des charges dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux du fait de la possession par le ministre de la culture en tant qu'autorité responsable du domaine, d'un pouvoir réglementaire. Jean Dufau fait d'ailleurs remarquer à ce sujet que ce "pouvoir général reconnu à l'administration de prendre toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer la conservation du domaine public" ne doit pas être confondu avec la police de la conservation⁷⁰⁵. En effet, en vertu de ce pouvoir général, "l'administration affectataire du domaine public a toujours la possibilité d'édicter des mesures ayant pour but la conservation de son domaine alors même qu'aucun texte ne lui donne compétence à cet effet"⁷⁰⁶. On peut citer par exemple l'arrêt en date du 29 avril 1966 *Société d'affichage Giraudy*⁷⁰⁷ reconnaissant qu'il appartient "à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation". Le caractère réglementaire de ce cahier des charges ne découle

⁷⁰³ *Ibid.*

⁷⁰⁴ L'article L 162-5-9 prévoit l'adoption d'un règlement conventionnel minimal, dans l'ancien article L 162-14-4, il est question d'arrêté interministériel. Enfin, l'article L 162-22-3 évoque l'adoption d'un arrêté conjoint.

⁷⁰⁵ J. Dufau, "Domaine public – Protection juridique", *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc 406-10, p 6.

⁷⁰⁶ *Ibid.*

donc pas d'un acte d'accompagnement et ne peut être considéré comme un acte d'application de la loi car l'adoption de cet acte unilatéral réglementaire ne repose sur aucun fondement textuel.

Si le juge administratif se contente d'affirmer dans certains arrêts que l'acte unilatéral est réglementaire, il lui arrive parfois de préciser en quoi consiste précisément l'objet de ce pouvoir réglementaire.

Il ressort de la jurisprudence que le pouvoir d'organisation même du service public, appartient aux autorités détentrices du pouvoir réglementaire. Le Conseil d'Etat a mis en avant, à de nombreuses reprises, le lien très étroit existant entre le pouvoir réglementaire et l'organisation du service public. Pour s'en convaincre, on peut citer, par exemple, les dispositions de l'arrêt en date du 17 décembre 1997 *M. Desmots*⁷⁰⁸ qui précise que la décision contestée ayant "trait à l'organisation même d'un service public a, ainsi, un caractère réglementaire". Un tel lien n'a rien de surprenant si on se réfère aux dispositions de l'article 7 de la loi du 17 août 1948 qui avait fait de l'organisation des services publics une matière "réglementaire par nature" autorisant le gouvernement à modifier en ce domaine les dispositions de lois en vigueur.

A partir du moment où on se trouve face à un acte ayant pour objet l'organisation du service public, celui-ci semble donc nécessairement réglementaire.

Dans le cadre des actes unilatéraux négociés, on constate qu'un tel objet revêt une grande importance comme on a pu le voir dans le titre premier avec l'arrêt *Chambre de commerce de La Rochelle* ou bien encore pour les actes relatifs au secteur sanitaire et social. En effet, Louis Dubouis indique, en se fondant sur deux arrêts célèbres⁷⁰⁹, que "l'on reconnaît aux assurances sociales et à l'organisation et au contrôle de l'exercice de la profession médicale, sur lequel la sécurité sociale réagit, le caractère d'activités de service public"⁷¹⁰. Cependant, un second principe s'adjoint à celui précité. André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé le résumant ainsi: "c'est à la puissance publique seule qu'il appartient de fixer l'organisation des services publics et l'administration ne peut pas

⁷⁰⁷ Rec, p 293.

⁷⁰⁸ Rec, p 630.

⁷⁰⁹ CE 13 mai 1938 *Caisse primaire "Aide et protection"*, Rec, p 417 – D 1939, 3, 65, concl R. Latournerie, note Pépy – CE 2 avril 1943 *Bouguen*, Rec, p 86 – D 1944, p 52, concl Lagrange, note J. Donnedieu de Vabres – S 1944, 3, 1, concl Lagrange, note A. Mestre – JCP G 1944, II, 2565, note Célier.

⁷¹⁰ L. Dubouis, "Le contentieux administratif des rapports entre les médecins et la sécurité sociale", *op. cit.*, p 75.

renoncer au droit de modifier cette organisation"⁷¹¹. Cela signifie qu'aucun contrat ne peut être conclu dans la matière. De la même façon, Jacques Moreau souligne que lorsque "dans un domaine de l'activité administrative, la sédimentation des lois et décrets en vigueur a fait naître de véritables statuts, les personnes publiques ne peuvent y apporter de dérogations par voie contractuelle. La même prohibition interdit à l'autorité administrative de contracter sur l'exercice de son pouvoir réglementaire ou sur sa faculté d'organiser un service public"⁷¹². Enfin, François Llorens affirme très clairement que "l'organisation du service public est une matière qui relève généralement du pouvoir d'action unilatérale"⁷¹³. Même si ces deux éléments semblent étroitement liés, il faut bien voir comme l'indiquent André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé que ce qui échappe au contrat, "c'est l'exercice de la compétence pour fixer l'organisation du service. Ce monopole n'exclut pas que l'administration puisse conclure des contrats à l'occasion de la création d'un service public et de l'attribution de la charge de le faire fonctionner"⁷¹⁴.

La logique est donc la suivante: un acte relatif à l'organisation du service public doit être qualifié d'acte réglementaire et cet acte est nécessairement de nature unilatérale.

A ce stade du raisonnement, une question essentielle se pose. Est-ce que ce triptyque organisation des services publics / caractère réglementaire / nature unilatérale existe réellement et justifierait de ce fait les requalifications opérées ?

B – Une justification incertaine

Dans le cadre des actes administratifs unilatéraux négociés, il semble que ces trois éléments apparaissent. Prenons l'exemple des contrats de recrutement des agents publics non titulaires. Les actes en cause placent les agents dans une situation légale et réglementaire. Delphine Costa précise en outre que leur situation "est également justifiée

⁷¹¹ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 46.

⁷¹² J. Moreau, "Les « matières contractuelles »", *AJDA* 1998, p 751.

⁷¹³ Note sur CE 31 mars 1989 *Département de la Moselle*, *RDP* 1989, p 1182.

⁷¹⁴ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 46.

par la compétence de l'administration d'organiser le service public"⁷¹⁵. Par conséquent, le recours pour excès de pouvoir est recevable à leur rencontre et on en déduit qu'il s'agit d'actes unilatéraux et non de contrats.

Tous ces éléments semblent donc intimement liés. Malheureusement, tout n'est pas aussi simple.

Dans notre analyse, on a adopté le postulat suivant lequel, les actes relatifs à l'organisation et au fonctionnement du service public sont d'une façon ou d'une autre liés à l'exercice du pouvoir réglementaire. Or, il n'en est pas toujours ainsi. Au cours des années trente, Jean Rivero faisait remarquer dans sa note sur l'arrêt *Jamart* du 7 février 1936⁷¹⁶ qu'il faut distinguer entre l'arrêté ministériel pris dans le cadre de la jurisprudence *Jamart* et l'exercice du pouvoir réglementaire. Ainsi, l'arrêté ministériel ne concerne que "l'organisation et le fonctionnement du service (...), l'arrêté n'oblige pas l'universalité des citoyens (...), son autorité se limite à la collectivité qui vit dans le service et autour de lui (...). Dans ces conditions, l'arrêté se rapproche davantage des autres décisions, même individuelles, que le ministre est appelé à prendre dans l'exercice de son rôle de chef d'un service pour en assurer le fonctionnement que des actes du pouvoir réglementaire"⁷¹⁷. On peut donc en déduire que les actes relatifs à l'organisation et au fonctionnement du service public ne peuvent entrer dans la catégorie des actes réglementaires *stricto sensu*. Jean Rivero adopte à nos yeux une conception beaucoup trop stricte de l'acte réglementaire car même si un tel acte se caractérise notamment par sa généralité, elle n'est pas synonyme d'universalité. Un acte réglementaire peut toucher un nombre limité d'individus sans pour autant que sa généralité soit remise en cause. Même si la démonstration est contestable, elle a l'intérêt de mettre en avant l'absence de lien automatique entre l'organisation du service public et le caractère réglementaire. La jurisprudence va-t-elle dans ce sens ?

Une décision paraît confirmer cette absence d'automaticité du lien. Il s'agit de l'arrêt en date du 11 janvier 1961 *Sieurs Barbaro et de la Marnière*⁷¹⁸. Etait en cause une convention contenant des stipulations individuelles ainsi que des dispositions relatives à l'organisation du service de chirurgie d'un centre hospitalier. Selon le Conseil d'Etat, ces dernières stipulations "ne sauraient avoir en elles-mêmes une portée réglementaire", car celles-ci ne sont pas opposables aux tiers. Le Commissaire du gouvernement Renaud Denoix de Saint Marc s'appuiera quelques années plus tard sur les dispositions de cet arrêt

⁷¹⁵ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, op. cit., p 126.

⁷¹⁶ S. 1937, III, p 113, note J. Rivero.

⁷¹⁷ *Id.*, p 114.

pour affirmer qu'une "convention, même si elle contient des stipulations relatives à l'organisation du service, ne peut avoir, en elle-même, une portée réglementaire"⁷¹⁹. De même, si on reprend l'exemple des actes de recrutement des agents publics non titulaires, il apparaît que le "contrat" a certes pour effet de placer la personne dans une situation réglementaire. Cependant, l'acte en lui-même n'a pas un caractère, une portée réglementaire⁷²⁰.

Outre cette mise à mal du lien unissant deux des éléments du triptyque organisation du service public, caractère réglementaire et acte unilatéral, il ressort de deux arrêts que l'acte n'entre pas nécessairement dans cette dernière catégorie.

Evoquons tout d'abord l'arrêt du 31 mars 1989 *Département de la Moselle*⁷²¹. Le Conseil d'Etat était saisi d'une requête tendant à l'annulation de mesures prises en méconnaissance des stipulations d'une convention de transfert de services. Comme l'indique François Llorens, les clauses de ces conventions "étant relatives à l'organisation du service public, (...) [elles] revêtent nécessairement un caractère réglementaire"⁷²². Si on en croit les développements précédents, ces conventions doivent être considérées comme des actes unilatéraux. Or, le Conseil d'Etat précise qu'il s'agit "d'un contrat passé entre deux personnes publiques en application de l'article 26 de la loi du 2 mars 1982 et ayant pour objet l'organisation d'un service public". Certes, on pourrait, comme pour les arrêts analysés dans le titre premier, partir du principe que le terme de "contrat" ne doit pas être pris au pied de la lettre et que l'acte en cause est en réalité de nature unilatérale. Une telle affirmation serait erronée car la Haute juridiction précise à différentes reprises qu'elle statue en tant que juge du contrat. Il ne s'agit pas d'une jurisprudence isolée car la même solution se retrouve dans les décisions du 13 mai 1992 *Commune d'Ivry-sur-Seine*⁷²³ et du

⁷¹⁸ *Rec*, p 25.

⁷¹⁹ *AJDA* 1979, n°1, p 37. Comme on peut le voir, l'affirmation de J. Petit selon laquelle "le lien établi entre le caractère réglementaire d'un acte et l'organisation d'un service public est constant", note sur CE 14 janvier 1998 *Syndicat départemental Interco 35 CFDT*, *AJDA* 1999, p 167, doit être relativisée.

⁷²⁰ W. Kloepfer souligne à propos de l'arrêt du 30 octobre 1998 *Ville de Lisieux* que "le recours pour excès de pouvoir est ici directement dirigé contre le contrat. C'est ce qu'a admis le Conseil d'Etat alors même que ces contrats ne contiennent pas de clause réglementaire. Ils placent pourtant le cocontractant de l'administration dans une situation réglementaire", "Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle", *AJDA* 2003, p 589.

⁷²¹ *Op. cit.*

⁷²² *RDJ* 1989, pp 1173-1174.

⁷²³ *Rec*, p 197 – *AJDA* 1992, p 480, chron C. Maugué et R. Schwartz – *JCP* 1992, IV, 1930, note M-C Rouault – *JCP* 1993, II, 22014, note V. Haim.

25 mai 1992 *Département de l'Hérault*⁷²⁴. De telles précisions empêchent d'affirmer que le juge opère une requalification même implicite.

Dans un tout autre domaine, l'arrêt en date du 14 janvier 1998 *Syndicat départemental Interco 35 CFDT*⁷²⁵ semble aller dans le même sens. Etait en cause une convention constitutive d'une agence régionale d'hospitalisation conclue notamment entre l'Etat, la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés et la caisse régionale d'assurance maladie de Bretagne, en application de l'article L 6115-2 du Code de la santé publique. Le Conseil d'Etat a été amené à déterminer sa compétence pour connaître en premier ressort d'un recours pour excès de pouvoir formé contre un tel acte. Afin de répondre à cette question, le juge doit qualifier la nature de l'acte en cause. Au regard du type de recours exercé, on peut supposer que les requérants ont fait entrer cette convention dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux réglementaires. Or, comme on va pouvoir s'en rendre compte, la Haute juridiction opte pour une autre solution.

Le juge affirme en effet que "l'acte constitutif de l'agence régionale de l'hospitalisation de Bretagne a le caractère d'une convention relative à l'organisation du service public à laquelle l'Etat est partie et non celui d'un acte administratif unilatéral".

On constate que toutes les conventions conclues dans le domaine sanitaire et social ne sont pas forcément des actes unilatéraux déguisés sous une forme contractuelle. Certes, le juge n'affirme pas expressément que la convention en cause est un contrat administratif. Seul le terme "convention" apparaît. Néanmoins, étant donné qu'il refuse expressément de la qualifier d'acte unilatéral, on en déduit qu'il s'agit bien d'un contrat⁷²⁶. D'ailleurs, Stéphane Braconnier affirme, à propos de cet arrêt, que le juge reconnaît à cette convention ayant "un contenu unilatéral"⁷²⁷, le caractère de véritable contrat⁷²⁸.

A la lumière de ces constatations, une question se pose. Pour quelle raison le juge n'a-t-il pas requalifié, tout du moins implicitement, les conventions objet du recours en actes unilatéraux négociés ? En effet, ces accords concernent l'organisation et le fonctionnement du service public tout comme les différentes conventions intervenant en matière sociale analysées dans le titre premier.

⁷²⁴ Rec, p 954 – AJDA 1992, p 480, chron C. Maugué et R. Schwartz.

⁷²⁵ AJDA 1999, p 164, note Jacques Petit – DA 1998, n°221, obs J-C.B – RFDA 1998, p 465 – LPA 18 décembre 1998, p 20, concl J-C Bonichot.

⁷²⁶ Comme on le verra dans la seconde partie, seules deux catégories principales d'actes existent sur le plan contentieux: l'acte administratif unilatéral et le contrat.

⁷²⁷ S. Braconnier, "Formation du contrat administratif", *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc 610, p 5.

La rédaction de ces différents arrêts comporte une caractéristique. Même si le Conseil d'Etat n'hésite pas à considérer que l'objet de l'acte concerne l'organisation du service public, il n'indique à aucun moment que ces actes ont un caractère réglementaire ou évoluent dans un environnement présentant ce caractère.

Examinons le contenu de l'arrêt du 14 janvier 1998. Le juge annonce qu'il n'est pas compétent pour connaître en premier ressort de la requête car celle-ci "n'est pas dirigée contre un acte réglementaire d'un ministre". On ne peut s'appuyer sur cette phrase pour affirmer que la convention en cause n'est pas un acte réglementaire. Le juge précise simplement qu'il ne s'agit pas d'un acte réglementaire émanant d'un ministre. Même si elle ne permet pas de démontrer l'absence de caractère réglementaire de la convention, cette partie de l'arrêt demeure intéressante car cela confirme nettement que l'acte a bien une nature contractuelle. En outre, on peut en déduire que les ministres de la santé et de la sécurité sociale ne sont pas les seules personnes à l'origine de l'acte contesté.

On pourrait n'accorder qu'une importance minimale à cette absence du terme "réglementaire" pour caractériser la convention. Il s'agit peut-être d'un oubli. Cependant, dans ces différents arrêts de 1989, 1992 et 1998, le juge confirme que l'acte est relatif à l'organisation du service et est de nature contractuelle mais ne se prononce pas sur son caractère réglementaire ou sur l'existence d'un environnement réglementaire.

Comment interpréter ces silences du Conseil d'Etat ?

On peut affirmer que cette décision tend à confirmer les dispositions de l'arrêt précédemment cité en date du 11 janvier 1961 *Sieurs Barbaro et de La Marnière* à savoir que tout acte relatif à l'organisation du service public n'est pas forcément réglementaire.

Cependant, bien que les conventions soient relatives à l'organisation du service public, cela n'empêche pas le juge de les qualifier de contrat et non d'acte unilatéral. Or, pour les autres conventions intervenant en matière sociale pour lesquelles le caractère réglementaire apparaît clairement, le Conseil d'Etat fait preuve d'une plus grande réserve quant à la nature juridique de ces actes. Ainsi, il semble possible d'affirmer que si dans ces arrêts de 1989, 1992 et 1998, le juge avait précisé que l'acte était réglementaire, il n'aurait sans doute pas qualifié expressément l'acte en cause de contrat.

Du fait de son caractère quelque peu artificiel, cette démonstration ne convainc pas vraiment. S'agissant de la convention constitutive d'une agence régionale d'hospitalisation évoquée dans l'arrêt du 14 janvier 1998, le caractère réglementaire, ou tout du moins

⁷²⁸ De même, le Commissaire du gouvernement J-C Bonichot affirme expressément qu'il "s'agit (...)

l'environnement réglementaire⁷²⁹, ne fait aucun doute selon Jacques Petit. Il constate tout d'abord que le juge n'a pas rejeté comme entachée d'une irrecevabilité manifeste le recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre de cette convention. De là, il en déduit que le Conseil d'Etat "a donc implicitement, mais nécessairement, reconnu aux dispositions critiquées devant lui un caractère réglementaire, en raison de leur lien avec l'organisation d'un service public. L'utilisation du terme « disposition », qui évoque le règlement, de préférence à celui de stipulation, qui appartient à l'univers contractuel, est d'ailleurs significative à cet égard, ainsi que l'a noté Pierre Delvolvé"⁷³⁰. Il faut noter que cette dernière affirmation ne repose sur aucun fondement solide étant donné que le juge emploie indistinctement les termes de "disposition" et "stipulation" pour qualifier les clauses d'un contrat⁷³¹. Cependant, il semble préférable d'admettre que, de par le lien avec l'organisation du service public, le contrat revêt un caractère réglementaire. D'ailleurs, le Commissaire du gouvernement Jean-Claude Bonichot affirme qu'un "contrat administratif peut comporter des clauses réglementaires et même être – comme c'est à notre sens ici le cas – entièrement réglementaire"⁷³².

Jacques Petit essaie ensuite de déterminer pour quelles raisons le Conseil d'Etat refuse de requalifier la convention constitutive d'une agence régionale d'hospitalisation en acte unilatéral. Selon lui, deux critères permettent une identification certaine des cas de requalification: "l'utilisation explicite de l'adjectif « unilatéral »; l'admission, avant l'arrêt *Cayzeele*, de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir qui était jusque là le signe infaillible de la nature unilatérale d'un acte"⁷³³. Ces affirmations paraissent contestables. Dans les arrêts analysés dans le titre premier, le juge a recours à la technique de requalification sans pour autant employer l'adjectif précité. De plus, et contrairement à ce qu'affirme cet auteur, le recours pour excès de pouvoir demeure un critère déterminant concernant l'analyse des hypothèses de requalification. En outre, ce commentaire de Jacques Petit datant de 1998 est en contradiction avec sa note écrite un an plus tôt sur

incontestablement d'un contrat et d'un vrai contrat", *op. cit.*, p 21.

⁷²⁹ J. Petit précise que "la convention constitutive des ARH s'apparente plutôt aux « accords-conditions », qui investissent une personne d'un statut préétabli, qu'aux conventions créatrices d'une situation réglementaire", *op. cit.*, p 168. Ce contrat a donc les mêmes caractéristiques que les "contrats" de recrutement des agents publics non titulaires. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé les intègrent dans cette catégorie des "accords conventionnels attributifs de situation légale ou réglementaire", *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, pp 83 et ss.

⁷³⁰ *Op. cit.*, p 167.

⁷³¹ Cf par exemple l'arrêt du Conseil d'Etat en date 27 mai 1987 *Raphaël Simon*, req n°54225 ou l'arrêt du 24 mars 1978 *Société "La Quinoleine et ses dérivés"*, *Rec*, p 156. Dans ce dernier arrêt, la Haute juridiction évoque "les dispositions du contrat de droit privé".

⁷³² *Op. cit.*, p 22.

⁷³³ *Op. cit.*, p 171.

l'arrêt *Cayzeele* en date du 10 juillet 1996⁷³⁴. Le Conseil d'Etat admet dans celui-ci que la clause réglementaire d'un contrat peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Comme on vient de le voir, cet auteur estime apparemment que, suite à cet arrêt, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir et la nature unilatérale de l'acte ne sont plus liées. Il affirme pourtant en 1997 que la clause réglementaire du contrat doit être qualifiée d'acte unilatéral et que, de ce fait, le recours pour excès de pouvoir est recevable⁷³⁵.

Pour le moment, nous ne sommes pas parvenus à démontrer pour quelle raison le juge refuse expressément de requalifier la convention en cause.

On pourrait peut-être répondre à la question en confrontant les dispositions de cet arrêt du 14 janvier 1998 à celles de l'arrêt *Ville de Lisieux* rendu quelques mois plus tard. Dans les deux cas, il s'agit d'un acte relatif à l'organisation d'un service public. Le Conseil d'Etat rejette, dans le premier arrêt, et ce de manière non équivoque la qualification d'acte unilatéral. Cela ne l'empêche pas de déclarer le recours pour excès de pouvoir recevable. Dans le second, le juge administratif admet la recevabilité de ce même recours à l'encontre de contrats de recrutements d'agents communaux. La solution est donc similaire à celle de l'arrêt du 14 janvier 1998. Pourtant, la Haute juridiction est beaucoup plus évasive dans l'arrêt *Ville de Lisieux*. Elle ne fait pas référence à l'organisation du service public et elle n'affirme pas expressément que l'acte n'est pas unilatéral. Le Conseil d'Etat insiste sur "la nature particulière des liens qui s'établissent entre une collectivité publique et ses agents non titulaires". Tout porte à croire, comme nous l'avons vu précédemment, que, dans cette hypothèse, l'acte en cause n'est pas un contrat mais un acte unilatéral déguisé.

Que ce soit dans l'arrêt du 14 janvier 1998, celui du 31 mars 1989 ou ceux rendus en 1992, on constate qu'au moins deux des parties signataires des conventions sont des personnes publiques. En revanche, dans l'arrêt du 30 octobre 1998 *Ville de Lisieux*, le "contrat" est passé entre une personne publique et une personne privée. On pourrait donc être tenté d'affirmer que le juge sera plus enclin à qualifier de contrat un acte évoluant dans un environnement réglementaire lorsque celui-ci est conclu entre deux personnes publiques.

⁷³⁴ *Op. cit.*

⁷³⁵ Selon ses termes, "on admet aujourd'hui généralement, dans la doctrine de droit public, qu'est unilatéral l'acte qui produit des effets de droit sur des personnes qui n'ont pas participé à son édicton, lors même que cet acte procéderait du concours de plusieurs volontés: c'est exactement le cas des clauses réglementaires envisagées. Ainsi, c'est avec raison que le Conseil d'Etat (...) a admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat", note sur CE 10 juillet 1996 *Cayzeele*, *JCP G* 1997, I, 4019 pp 203-204.

Cet argument manque de pertinence car dans l'arrêt du 23 juin 1995 *Ministre de la Culture C/ Association de défense des Tuileries* deux personnes publiques ont participé à l'élaboration d'un acte réglementaire. Pourtant, le Conseil d'Etat affirme qu'il s'agit d'un acte unilatéral.

L'environnement réglementaire aurait pu être considéré comme une justification convaincante du recours à la requalification car il existe une part non négligeable d'antinomie entre les notions de contrat et de règlement. Cependant, la jurisprudence relative aux actes portant sur l'organisation des services publics amène à relativiser cette affirmation.

Une autre explication est généralement avancée par la doctrine. Les actes administratifs unilatéraux négociés interviendraient dans des domaines dits "régaliens". Or, le recours au contrat serait prohibé dans de tels domaines.

Section 2

Le domaine dit "régalien" et l'interdiction du recours au contrat

Les auteurs ont constaté que certaines matières semblent allergiques à la conclusion d'un quelconque contrat. Si comme l'indiquent André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, "l'exclusion de la possibilité du contrat n'est pas inconnue du droit privé"⁷³⁶, elle apparaît aussi en droit administratif. Cela expliquerait donc que le juge fasse usage de la technique de requalification afin de contourner cette prohibition.

Différents cas peuvent être distingués. Cependant, il semble intéressant de s'arrêter sur une de ces hypothèses et plus particulièrement ce que les auteurs précités dénomment les "matières échappant au contrat par leur nature"⁷³⁷. Cette justification peut paraître au premier abord obscure et entraîner quelques difficultés notamment quant à la détermination des matières visées.

⁷³⁶ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 44.

⁷³⁷ *Id.*, p 45.

Ils citent trois matières dans lesquelles le contrat ne peut intervenir à savoir l'organisation des services publics, la police administrative et le domaine fiscal⁷³⁸. De la même façon, Jacques Moreau constate que trois matières sont allergiques à l'acte précité. Outre les deux matières communes aux auteurs susmentionnés à savoir la police et le domaine fiscal, il en ajoute une nouvelle concernant la procédure de délimitation du domaine public⁷³⁹. Il apparaît que l'organisation des services publics n'est pas considérée selon lui comme une matière excluant le contrat du fait de sa nature. Un développement distinct lui est consacré. C'est cette approche que nous avons retenue en étudiant dans une section spécifique les actes ayant cet objet.

Il résulte néanmoins de ces différents éléments que la notion d'activités régaliennes est pour le moins opaque. Mais en se référant aux catégories proposées par Jacques Moreau, on va tenter de déterminer si les actes analysés dans le titre premier entrent bien dans celles-ci.

On va pouvoir se rendre compte que la plupart des développements concerneront la police⁷⁴⁰. Le domaine fiscal posera quant à lui moins de difficultés. En effet et même si certains auteurs tels que Michel Fleuriot refusent de considérer l'agrément fiscal comme un acte relevant du droit fiscal, il n'en demeure pas moins étroitement lié à un tel domaine. En revanche, l'analyse semble plus délicate s'agissant de la police (§ 1). En outre, il sera nécessaire de comparer les actes administratifs unilatéraux négociés aux différents types de contrats prohibés dans les matières régaliennes (§ 2).

§ 1: L'opacité de la notion de matière régalienne excluant par nature le contrat

L'activité de police est considérée par les auteurs comme l'une des manifestations les plus évidentes des pouvoirs régaliens. Or, cette notion de police, comme on va pouvoir le constater, est très large et paraît englober des matières très diverses à tel point que l'on peut se demander si elle ne constitue pas le fondement global de la requalification (A). On a pu voir que la majeure partie des actes requalifiés ont un caractère réglementaire. Il est

⁷³⁸ J-Ph Colson renvoie à ces trois mêmes matières dans son manuel de *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 2001, pp 407-408.

⁷³⁹ J. Moreau, "Les « matières contractuelles »", *op. cit.*, p 751.

⁷⁴⁰ Cette question de la relation entre contrat et police fait régulièrement l'objet d'études. On peut notamment citer l'article de Jacques Petit, "Nouvelles d'une antinomie: contrat et police" dans les *Mélanges en l'honneur de J. Moreau*, Economica, 2003, p 345.

donc important d'analyser quels sont les liens qui unissent les notions de police et de règlement (B).

A – L'activité de police en tant que fondement global de la requalification ?

Comme on l'a indiqué, la police administrative et la fiscalité sont incluses dans la catégorie des compétences dites de souveraineté ou régaliennes empêchant la conclusion de contrats. Afin de justifier la requalification, le juge fera référence à la notion de police plutôt qu'à d'autres concepts et ce probablement du fait de sa nature régalienne.

Il suffit pour s'en convaincre de s'attacher aux dispositions de l'arrêt en date du 23 juin 1995 *Ministre de la culture et de la francophonie C/ Association de défense des Tuileries*. L'un des problèmes qui se posait dans cet arrêt était de savoir si le cahier des charges avait été pris en vertu du pouvoir de police de la conservation ou bien dans le cadre du pouvoir général permettant d'assurer la conservation du domaine public. Le Commissaire du gouvernement Jacques Arrighi de Casanova fait référence à ce dernier pouvoir dans ses conclusions⁷⁴¹.

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat précise, quant à lui, que l'acte en cause est réglementaire. Il s'agirait donc bien d'un acte pris en vertu de ce pouvoir général. Néanmoins, cet acte pourrait tout aussi bien avoir été pris en vertu des pouvoirs de police. Le Conseil d'Etat précise en effet que le cahier des charges a "le caractère d'un acte unilatéral émanant du seul ministre de l'éducation nationale et de la culture agissant dans l'exercice de ses pouvoirs de police du domaine; que ce acte est de nature réglementaire".

La position de la Haute juridiction serait donc en contradiction avec celle de Jacques Arrighi de Casanova. Cependant, on peut se demander si ce n'est pas le Commissaire du gouvernement qui a mis en avant le véritable fondement de l'acte contesté. En effet, il résulte d'un examen attentif du contenu du cahier des charges que ce document détermine les types d'activités pouvant être autorisées ainsi que celles interdites. De plus, il définit les règles de procédure pour la délivrance des autorisations. Il paraît difficile d'affirmer que ce document contient des prescriptions de police. Aucune sanction pénale ne semble assortir ces mesures. En outre, aucun texte particulier ne prévoit, pour le cas étudié, l'exercice d'un tel pouvoir de police. Le ministre ferait donc bien usage du pouvoir général

citée précédemment. Mais alors, pour quelle raison le juge rattache-t-il les dispositions du document à l'exercice du pouvoir de police au lieu de se baser uniquement sur le pouvoir général ?

La réponse peut se trouver dans les développements de la première section. On a pu démontrer que la mise en œuvre du pouvoir réglementaire ne suffisait pas à justifier l'opération de requalification opérée par le juge. Or, cette affirmation semble confirmée par la rédaction de l'arrêt du 23 juin 1995. En effet – même si on étudiera par la suite la raison – l'élément principal à l'origine de la requalification de l'acte d'apparence contractuelle en acte unilatéral, résiderait dans l'exercice des pouvoirs de police. Le caractère réglementaire ne joue qu'un rôle subsidiaire.

Afin de donner une assise solide à l'opération de requalification, les juges ont donc eu recours à un fondement en l'espèce factice, à savoir le pouvoir de police. La nature régaliennne de l'activité de police semblerait donc plus apte à justifier la requalification que d'autres fondements de nature non régaliennne.

Cependant, doit-on en conclure que toutes les hypothèses de requalification analysées ont été faites sur la base de ce pouvoir de police ? Autrement dit, les actes requalifiés ont-ils tous été pris en vertu de ce pouvoir ?

Etienne Picard, dans sa thèse consacrée à la notion de police administrative, a bien mis en avant les différents sens de ce concept que ce soit le sens organique ou fonctionnel, formel ou matériel, large ou étroit, traditionnel ou moderne, ainsi que la conception statique ou dynamique⁷⁴². La notion de police ayant donc fait l'objet d'une thèse, il ne s'agit pas d'analyser en détail celle-ci.

Selon le doyen Georges Vedel la police administrative générale regroupe "l'ensemble des activités administratives ayant pour objet l'édiction de règles générales et des mesures individuelles nécessaires au maintien de l'ordre public c'est-à-dire de la sûreté, de la tranquillité, de la salubrité"⁷⁴³. Comme on l'a précisé, la doctrine majoritaire considère qu'aucun contrat ne peut intervenir dans ce domaine de la police compte tenu de son caractère régaliennne⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ *Op. cit.*, p 378.

⁷⁴² E. Picard, *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, 1984, p 23.

⁷⁴³ G. Vedel, *Droit administratif*, Paris, PUF, 5^{ème} édition, 1973, p 784.

⁷⁴⁴ C. Maugüé – afin d'exclure le contrat en matière de police – n'évoque pas spécifiquement le caractère régaliennne de cette matière. Elle indique que "l'exécution des missions qui relèvent de l'exercice même de prérogatives de puissance publique ne peut être déléguée", "Les délégations de service public et le juge administratif", *AJDA* 1996, p 598. La terminologie peut surprendre car en matière de gestion d'un service public, les personnes privées peuvent se voir confier l'exercice de prérogatives de puissance publique. Cf notamment l'arrêt *Narcy* en date du 28 juin 1963, *Rec*, p 401 – *AJDA* 1964, p 91, note A. de Laubadère –

Cependant, comment caractériser une mesure de police ? Quel est l'élément déterminant permettant d'affirmer qu'il s'agit d'une matière régaliennne ?

Il semble nécessaire d'examiner la finalité d'ordre public. Cette dernière est d'autant plus intéressante qu'elle est commune au droit fiscal et à la police.

Ainsi concernant la police administrative, Patricia Lemoyne de Forges constate que la jurisprudence et la doctrine administrative ont reconnu à la réglementation des prix un caractère d'ordre public⁷⁴⁵. Pour justifier son affirmation, elle se réfère aux dispositions de l'arrêt du 25 janvier 1961 *Entreprise des Travaux publics des Hautes-Vosges C/ Association syndicale de remembrement et de reconstruction de la Bresse*⁷⁴⁶ ainsi qu'aux propos d'André de Laubadère⁷⁴⁷ et d'autres auteurs⁷⁴⁸. De même, on pourrait citer le cas de l'urbanisme. En effet, Pierre Soler-Couteaux souligne, dans son ouvrage, que certaines dispositions du règlement national d'urbanisme accueillent "des préoccupations de police générale relatives tant à la sécurité des usagers de l'immeuble à construire que des tiers"⁷⁴⁹, ce qui renvoie implicitement aux éléments caractérisant l'ordre public.

Quant à la fiscalité, la Chambre civile de la Cour de cassation⁷⁵⁰ souligne, le 13 mars 1895, que "la perception des impôts intéresse essentiellement l'ordre public; qu'elle ne peut donc pas être la matière d'un contrat"⁷⁵¹.

L'ordre public constituerait donc un critère essentiel pour déterminer le caractère régalien d'une matière. En effet, selon Valérie Dufau "en droit administratif, assurer la protection de l'ordre public constitue une mission régaliennne c'est-à-dire fondamentale et inhérente à la souveraineté de l'Etat"⁷⁵².

Si ce critère de l'ordre public revêt de l'importance dans la manifestation du caractère régalien d'une activité, il présente un autre intérêt spécialement en matière de police administrative. Il permet ainsi de différencier partiellement les actes de police générale et ceux relevant de polices spéciales.

RDJ 1963, p 1186, note M. Waline. Il faut cependant bien voir que dans le cadre de cette jurisprudence, la personne privée tient la gestion du service public d'un acte unilatéral et non d'un contrat.

⁷⁴⁵ P. Lemoyne de Forges, "Ordre public et réglementation des prix", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* 1976, pp 417-418.

⁷⁴⁶ *Rec*, p 956.

⁷⁴⁷ A. de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1956, tome 2, n°677.

⁷⁴⁸ On peut d'ailleurs sur ce point citer les conclusions du Commissaire du gouvernement M. Braibant rendues sur l'arrêt du 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements des véhicules et outillages*, *op. cit.*, p 324, pour qui le régime des prix fait partie des matières relevant "de la police économique et de l'ordre public".

⁷⁴⁹ P. Soler-Couteaux, *Droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, 3^{ème} édition, 2000, p 57.

⁷⁵⁰ Cass civ 13 mars 1895, *DP* 1895, I, p 521 – *S.* 1895, I, pp 465 et 513.

⁷⁵¹ De la même façon, C. Buron affirme que "les matières relevant de l'ordre public telles que la police ou la fiscalité ne peuvent (...) faire l'objet d'accords à caractère contractuel de la part de la puissance publique", "Les contrats d'aménagement conclus entre l'Etat et les villes moyennes", *AJDA* 1976, p 513.

⁷⁵² V. Dufau, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif: l'administration sous la contrainte*, Paris, L'Harmattan, 2000, p 351.

L'ordre public se caractérise par le triptyque tranquillité – sécurité – salubrité et constitue un indice essentiel dans l'identification de la police administrative générale. A côté de celle-ci, on trouve différentes sortes de police dites "spéciales" qui ne constituent pas une catégorie en tant que telle de par leur caractère très hétérogène. René Chapus a malgré tout mis en avant trois indices permettant de différencier la police générale de ces polices dites "spéciales". Ces dernières peuvent être exercées par des autorités spécifiques, des procédures particulières peuvent exister et enfin les polices spéciales peuvent avoir en tout ou partie une finalité différente de celle de la police générale.

Face à ces deux types de police reconnus et consacrés par la doctrine ainsi que la jurisprudence, il est nécessaire de se demander si certaines des activités étudiées dans le titre premier entrent dans une de ces deux catégories afin de voir ensuite quelles peuvent en être les conséquences.

Dans ses conclusions sur l'arrêt en date du 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*⁷⁵³, le Commissaire du gouvernement Guy Braibant se réfère aux matières "qui relèvent de la police économique et de l'ordre public comme la réglementation du commerce extérieur, le contrôle des changes ou le régime des prix"⁷⁵⁴. Il apparaît donc clairement que les actes pris en vue de libérer les prix entrent dans la catégorie des actes de police. D'ailleurs, le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Valet* du 23 octobre 1974 utilise l'expression de "pouvoirs de police" pour caractériser ce système. Cependant, il semble difficile de déterminer à quel type de police doit être rattachée la libération des prix. En effet, la position des auteurs est des plus contradictoire. Ainsi et outre le fait qu'il sépare la police économique de la police administrative classique, Jean-Paul Négrin distingue, au sein de la première, les "polices économiques spéciales" de la "police économique générale" dans laquelle est intégrée la police des prix⁷⁵⁵.

De manière différente, Etienne Picard indique que de nombreuses matières "peuvent en même temps faire l'objet d'actes de police spéciale et d'actes de police générale"⁷⁵⁶. Afin de prouver son assertion, il cite le cas de la police des prix. Or, il précise quelques lignes plus loin, que les actes pris en vertu de l'ordonnance du 30 juin 1945 relèvent non de la police générale mais d'une police spéciale.

⁷⁵³ *Op. cit.*

⁷⁵⁴ *Op. cit.*, p 324.

⁷⁵⁵ J-P Négrin, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, Paris, LGDJ, 1971, p 109.

Pour trancher, il semble nécessaire de se référer aux indices dégagés par René Chapus et plus particulièrement l'indice relatif à l'autorité détentrice du pouvoir de police. Même si des personnes privées interviennent dans la procédure de libération des prix, on observe que cette libération s'accomplit grâce à des arrêtés ministériels. Comme l'indique René Chapus, "le particularisme de la police spéciale est plus marqué quand elle est confiée à une autorité qui n'a pas normalement de pouvoir de police"⁷⁵⁷. Etant donné que les ministres entrent dans cette catégorie, on peut donc en déduire qu'il s'agit de police spéciale. Une telle affirmation vaut-elle pour tous les actes intervenant en matière d'administration économique mis à part le domaine plus spécifique de la fiscalité.

Le système de libération des prix est-il le seul secteur relevant de la police administrative ou peut-on aussi inclure les actes relatifs à l'occupation du domaine public ?

Dans le cadre de la protection du domaine public, a été instaurée la police de la conservation. Selon, Jean Dufau il s'agit d'une "police spéciale qui donne aux autorités administratives le droit d'édicter des mesures assorties de sanctions pénales afin de préserver l'intégrité matérielle du domaine public et l'usage auquel celui-ci est affecté"⁷⁵⁸. Il faut donc déterminer s'il est fait application d'un tel pouvoir concernant les actes étudiés dans le titre premier.

L'analyse peut sembler délicate étant donné que ce pouvoir détenu par l'administration entre en concurrence avec un autre type de pouvoir à savoir le pouvoir général permettant d'assurer la conservation du domaine public. Jean Dufau souligne que ces deux pouvoirs ne doivent pas être confondus car la police de la conservation ne s'applique que si des textes spéciaux le prévoient. De plus, ce pouvoir de police est assorti de sanctions pénales. De telles caractéristiques ne se retrouvent pas dans le cadre du pouvoir général précité.

Outre cet arrêt, on a pu voir qu'en matière domaniale, d'autres types d'actes unilatéraux négociés apparaissent mais d'un caractère différent de ceux analysés jusqu'alors dans cette section. La loi du 30 septembre 1986 a instauré un système d'autorisation en vue de l'utilisation des fréquences hertziennes. Même si cet acte ne présente pas – à la différence du cahier des charges des Tuileries – un caractère réglementaire, une telle autorisation est-elle prise dans le cadre d'un pouvoir de police⁷⁵⁹ ?

⁷⁵⁶ *Op. cit.*, pp 588-589.

⁷⁵⁷ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, *op. cit.*, p 719.

⁷⁵⁸ J. Dufau, "Domaine public – Protection juridique", *op. cit.*, p 6.

⁷⁵⁹ J-F. Poly évoque les différentes conceptions du domaine public aérien évoquées par la doctrine. Ainsi, selon certains, "cet espace ne serait que le siège de l'exercice par l'Etat des pouvoirs de police qu'il détient, aussi bien pour assurer les diffusions par voie hertziennes que pour assurer la circulation organisée des aéronefs". Mais finalement, il en arrive au constat suivant, "que l'on considère ce droit de réglementation

Etienne Picard, dans ses développements relatifs aux actes de police unilatéraux et réglementaires, évoque le régime de l'autorisation préalable. Seul le régime en tant que tel prend selon lui la forme d'un "acte général et impersonnel"⁷⁶⁰ car "l'octroi ou le refus d'une autorisation préalable constitue bien un acte individuel"⁷⁶¹.

L'analyse peut prêter à discussions car tous les actes instituant un régime d'autorisation préalable n'ont pas un caractère réglementaire. Ainsi, un acte législatif régit la délivrance des autorisations préalables à l'utilisation des fréquences hertziennes.

En outre, un point demeure incertain étant donné qu'Etienne Picard ne qualifie d'acte de police que le régime d'autorisation. Il ne donne aucune précision quant à la qualification des décisions elle-même. Néanmoins, divers éléments tendent à prouver qu'il s'agit bien d'actes de police. Ainsi, Charles Debbasch remarque que les autorisations accordées par la loi du 30 septembre 1986 sont "précaires et révocables"⁷⁶². De même, on considère généralement que les décisions ne font acquérir aucun droit en matière de police. Enfin, à propos des autorisations prises sur le fondement de cette loi de 1986, Didier Chauvaux affirme qu'elles ont pour objet d'organiser une "liberté publique"⁷⁶³. En effet, les autorités disposant du pouvoir de police doivent prendre des décisions ayant pour objet de concilier les libertés publiques et la préservation d'intérêts supérieurs⁷⁶⁴.

Rémy Schwartz et Christine Maugué semblent confirmer ces différentes analyses puisqu'ils affirment que "le pouvoir de police des ondes est rigoureux: la liberté de communication a été soumise par le législateur à un régime d'autorisation préalable qui, parmi les techniques d'aménagement des libertés publiques, s'analyse comme la méthode la moins libérale d'organisation d'une liberté"⁷⁶⁵.

On peut en déduire que ces autorisations entrent dans la catégorie des actes de police et plus spécifiquement des actes de police spéciale.

Mis à part la domanialité publique, qu'en est-il concernant un domaine en apparence proche mais fondamentalement différent de celui analysé ci-dessus à savoir le droit de l'urbanisme ? L'inclusion dans le domaine de la police prête apparemment à discussions. Néanmoins, Etienne Picard semble n'avoir aucune hésitation puisqu'il constate qu'à l'instar

unilatéral et exclusif comme une manifestation de la domanialité publique ou d'un pouvoir de police (le second étant souvent une conséquence du premier) est finalement indifférent", *Droit administratif des biens*, Paris, Ellipses, 2003, p 23.

⁷⁶⁰ E. Picard, *La notion de police administrative*, op. cit., p 733.

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² C. Debbasch, *Droit de l'audiovisuel*, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 1995, p 141.

⁷⁶³ *AJDA* 1999, p 56.

⁷⁶⁴ Selon Rosin la police "c'est l'ensemble des limitations apportées à la liberté naturelle d'agir de l'individu dans l'intérêt commun", cité par E. Picard, *La notion de police administrative*, op. cit., p 32.

de la police des prix, la police de la construction relève à la fois de la police administrative générale et spéciale⁷⁶⁶.

La doctrine semble donc admettre que l'urbanisme fait partie des activités de police administrative⁷⁶⁷. Cependant quelques précisions doivent être apportées. En premier lieu, tous les actes relevant du droit de l'urbanisme ne sont pas qualifiables d'acte de police, tel est le cas par exemple du cahier des charges des lotissements. En second lieu, la qualification de police générale évoquée par Pierre Soler-Couteaux⁷⁶⁸ est contestable. Même si certaines des composantes de l'ordre public telles que la salubrité ou la sécurité publique doivent être prises en considération par les autorités lors de la délivrance de certaines décisions, il n'en demeure pas moins que le droit de l'urbanisme relève davantage d'une police administrative spéciale. En effet, l'esthétique constitue une des finalités particulières de ce droit⁷⁶⁹. En outre, les autorités compétentes doivent suivre des procédures particulières et complexes que ce soit pour l'édiction de décisions individuelles ou l'élaboration des principaux documents d'urbanisme⁷⁷⁰.

De nombreux actes analysés dans le titre premier sont édictés dans le cadre des pouvoirs de police. Cependant, certains actes réglementaires ne relèvent pas apparemment de ce domaine à moins de considérer que les notions de règlement et de police sont synonymes.

B – Le problème du lien unissant les notions de règlement et de police

Si l'activité de police est à la base de nombreux actes administratifs unilatéraux négociés étudiés précédemment, il apparaît que certains d'entre eux n'entrent pas dans cette catégorie. Néanmoins, quelques difficultés subsistent.

Il ressort de la définition précédente du doyen Georges Vedel que des "règles générales" peuvent être édictées en vue de préserver l'ordre public. Par cette formule, il renvoie à l'adoption par l'administration d'actes réglementaires. A la lecture de cette définition, et en

⁷⁶⁵ Note sur CE 13 février 1991 *Société « Ile-de-France Média et autres »*, *AJDA* 1991, p 357.

⁷⁶⁶ *Op. cit.*, p 589.

⁷⁶⁷ E. Fatôme dans son article "L'urbanisme contractuel", *AJDA* 1993, n° spécial, p 65, partage aussi ce point de vue.

⁷⁶⁸ *Op. cit.*, p 57.

⁷⁶⁹ Cf sur ce point l'article R 111-21 du Code de l'urbanisme.

⁷⁷⁰ F. Barloy affirme très clairement dans son article "Quelques observations sur la présence du contrat en droit de l'urbanisme", que "Le droit de l'urbanisme reste essentiellement une police administrative spéciale, la police de l'occupation des sols par les immeubles bâtis", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal, Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 1, p 53.

lien avec l'analyse de la première section, une question se pose. Doit-on établir un parallèle entre les concepts de police et de règlement ? Plus précisément, est-il juridiquement correct d'affirmer que tout acte de police revêt un caractère réglementaire et inversement que tout acte réglementaire doit nécessairement être qualifié d'acte de police ? La réponse à la première partie de la question se trouve dans la définition donnée par le doyen Georges Vedel: les actes de police peuvent être soit réglementaires soit individuels. Quant à la seconde partie de la question, on ne peut être aussi péremptoire dans l'affirmation. En effet, selon René Capitant, "la mission incombant (...) à l'administration de déterminer les modalités d'exécution des obligations légales (quand le législateur ne l'a pas fait lui-même) correspond à ce que l'on appelle « pouvoir réglementaire », ou encore « pouvoir de police » - en prenant cette dernière expression pour synonyme de la première"⁷⁷¹. Selon cet auteur, ces notions de "pouvoir de police" et de "pouvoir réglementaire" coïncident.

René Capitant, n'est pas le seul à établir un lien très étroit entre la police administrative et la notion de règlement. Certains auteurs ont opposé à la police ayant pour objet de maintenir l'ordre public, la police relative aux services publics. Pour Henri Ripert, cette police des services publics "est exercée par l'Etat comme représentant les intérêts généraux du public, mais elle n'est pas d'ordre public, elle sert en somme à réglementer une situation de gestion et elle n'est pas régaliennne, car elle n'est pas l'apanage exclusif de l'Etat"⁷⁷².

On peut donc en déduire qu'en dehors de l'hypothèse où les autorités prennent des actes relatifs à l'ordre public relevant classiquement de la police, tous les actes réglementaires relatifs à l'organisation et à la gestion des services publics peuvent aussi être qualifiés d'acte de police. Une telle affirmation pourrait être lourde de conséquences car si on adopte le principe suivant lequel les actes de police sont nécessairement unilatéraux⁷⁷³, cela voudrait dire que les actes analysés précédemment relatifs à l'organisation du service public sont unilatéraux de par leur lien avec l'activité de police. Ainsi, serait confirmée l'affirmation selon laquelle le caractère réglementaire est bien secondaire quant à la justification de l'unilatéralité.

Pour résumer, tous les actes réglementaires étudiés, alors même qu'à première vue le rattachement de certains d'entre eux à l'activité de police n'apparaît pas évidente,

⁷⁷¹ Cité par E. Picard, *La notion de police administrative, op. cit.*, p 32.

⁷⁷² H. Ripert, "Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles", *RDP* 1905, p 36.

⁷⁷³ Cf les propos suivants de J. Moreau, "L'unilatéralité des décisions de police a toujours été un dogme", cités par D. Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1991, p 128.

entreraient dans cette catégorie simplement de par leur caractère réglementaire. Tel serait le cas des conventions relatives au domaine social et des cahiers des charges des lotissements.

Une telle assimilation semble contestable car elle confère au concept de police un sens éminemment large dont on peut difficilement déterminer les limites. De ce fait, certains auteurs ont contesté cette analyse. Pour Jacques Moreau, "l'expression « police des services publics » est particulièrement impropre car le mot « police » revêt ici une signification très générale, synonyme de réglementation, ce qui lui ôte tout caractère spécifique"⁷⁷⁴. La position de Jacques Moreau semble plus convaincante que celle exposée précédemment.

S'agissant de la police, la notion de matière régalienne apparaît insuffisamment précise. De ce fait, on peut légitimement avoir quelques doutes quant au caractère déterminant de ce fondement visant à justifier la requalification. Néanmoins, il est intéressant de comparer les actes administratifs unilatéraux négociés aux différents types de contrats prohibés dans les matières régaliennes.

§ 2 – La comparaison des actes administratifs unilatéraux négociés aux différents types de contrats prohibés dans les matières régaliennes

La nature de l'activité semble être à l'origine de la prohibition du contrat et André de Laubadère notamment, s'appuyait sur elle pour consacrer cette interdiction. Les contrats peuvent être de deux sortes. On recense les délégations pures et simples des activités régaliennes (A), et les accords relatifs à l'exercice d'un pouvoir régalien (B). Précisons que nous nous appuyerons principalement sur les contrats intervenant en matière de police dans les développements qui vont suivre.

A – La délégation des activités régaliennes

⁷⁷⁴ J. Moreau, "De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel", *AJDA* 1965, p 4.

Afin de justifier leur propos, les auteurs se fondent – en matière de police – sur différents arrêts du Conseil d'Etat dont celui en date du 17 juin 1932 *Ville de Castelnaudary*⁷⁷⁵. Que dit précisément cet arrêt ?

Dans le second considérant, le juge affirme que "le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration". Un autre arrêt contient une formule comparable puisqu'il précise que "le service de la police du stationnement, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe du maire"⁷⁷⁶. Peut-on réellement déduire de ces différentes formules que le juge établit un lien entre la nature de l'activité et la prohibition du contrat ? Même si le juge estime en l'espèce que le recours au contrat est impossible, il se réfère à la nature de l'activité de police uniquement pour sanctionner l'intervention des personnes privées⁷⁷⁷. Seraient donc confirmés les propos de Prosper Weil pour qui, "seule une collectivité publique peut exercer le pouvoir de police"⁷⁷⁸.

Cela signifie que le juge aurait pu utiliser la même formulation si l'activité de police avait été confiée à des personnes privées par la voie d'un acte unilatéral. Doit-on de ce fait en déduire que le contrat n'est, finalement, pas prohibé en matière de police et que seule l'intervention des personnes privées est au centre du problème ?

On pourrait le penser si on se reporte aux arrêts étudiés précédemment relatifs à la libération des prix, à la domanialité publique ou à l'urbanisme étant donné que des personnes privées prennent part à l'élaboration de certains actes que le juge refuse de qualifier de contrats.

Cependant, nous ne pouvons être aussi catégorique dans nos affirmations. Il n'est pas réaliste d'établir un lien entre ces trois éléments que sont: la nature de l'activité, la nature publique des personnes chargées de les assurer et la possibilité de passer un contrat. L'arrêt du 23 juin 1995 *Ministre de la Culture C/ Association défense Tuileries*⁷⁷⁹ en est l'illustration. En effet, alors même que deux personnes publiques ont signé un acte

⁷⁷⁵ Rec, p 595 – DP 1932, III, p 26, concl Josse.

⁷⁷⁶ CE 1^{er} avril 1994 *Commune de Menton*, Rec, p 175 – RDP 1994, p 1825, note J-B Auby – DA novembre 1994, p 1, concl S. Lasvignes – RFDA 1994, p 620 – D 1994, IR, p 138 – Voir dans le même sens, CAA Marseille 26 juin 2003 *Compagnie générale de stationnement C/ Ville de Toulon*, BJCP 2003, n°32, p 33, concl T. Trottier.

⁷⁷⁷ On peut faire la même remarque concernant les dispositions d'un avis non publié de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat en date du 7 octobre 1986. Selon cet avis, "le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées sous réserve que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou pas la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même". Ainsi ce n'est pas la conclusion du contrat qui est prohibé mais l'intervention des personnes privées.

⁷⁷⁸ P. Weil, cité par J-P Négrin, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, op. cit., p 100 – Le Commissaire du gouvernement Josse est apparemment du même avis, cf concl sur CE 17 juin 1932 *Ville de Castelnaudary*, DP 1932, III, p 28.

⁷⁷⁹ Op. cit.

apparemment pris dans le cadre des pouvoirs de police, le juge refuse de qualifier celui-ci de contrat. Seule la nature de l'activité justifierait donc l'exclusion du contrat.

Outre la police administrative, la même prohibition existe en matière de fiscalité. Les textes posent simplement l'interdiction de recourir au contrat sans plus de précisions⁷⁸⁰. Pierre Delvolvé fait remarquer que la jurisprudence est constante sur ce point: "les accords conclus entre un contribuable et le fisc n'ont aucune valeur juridique; ni les parties ni le juge ne sont tenus par eux"⁷⁸¹. Pour étayer son propos, il énumère différents arrêts rendus par la Haute juridiction administrative⁷⁸². Cependant, il faut préciser que les arrêts du Conseil d'Etat ne mentionnent pas aussi clairement qu'en matière de police que la nature de l'activité fiscale interdit de recourir au contrat. Seule la doctrine y fait référence. Ainsi, Pierre Delvolvé affirme très nettement dans sa thèse que "le pouvoir fiscal est par nature un pouvoir d'action unilatéral (...). L'administration n'a pas à obtenir l'accord du contribuable"⁷⁸³.

Si la nature de l'activité fonde la prohibition du recours au contrat en matière de police et de fiscalité, cela signifie théoriquement qu'aucune dérogation quelle qu'elle soit ne peut être admise. Or, comme bien souvent, la théorie et la pratique doivent être dissociées.

En matière de police, le contrat peut avoir différents objets. Ainsi, et afin de lier cette étude aux actes unilatéraux négociés, des distinctions doivent être opérées. Pour ce faire, on peut s'attacher aux travaux de Jacques Moreau qui, même s'ils concernent uniquement la police, peuvent s'appliquer partiellement aux actes relevant du droit fiscal.

Parmi ces contrats on retrouve la délégation au contractant des activités régaliennes. Concernant la police administrative, le Conseil d'Etat refuse d'admettre la légalité de tels contrats⁷⁸⁴. L'arrêt le plus souvent cité, *Ville de Castelnaudary*⁷⁸⁵ rendu le 17 juin 1932, contient la formule suivante: "le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration; qu'en confiant la charge de ce service à une fédération de propriétaires privés, le conseil municipal de

⁷⁸⁰ Cf sur ce point l'article 1649 *octies* du Code général des impôts prévoyant que "tous contrats, accords ou conventions passés par les administrations publiques et prévoyant l'exonération d'impôts, droits ou taxes perçus par l'Etat pour son propre compte ou pour celui des collectivités publiques seront de nul effet en ce qui concerne ces exonérations". Toutefois, on aura l'occasion de voir que ce principe souffre quelques exceptions.

⁷⁸¹ P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, *op. cit.*, p 99.

⁷⁸² Cf notamment CE 22 février 1937 *Michel*, *Rec*, p 233 – CE 18 décembre 1950 *Ardillier*, *Rec*, p 624

⁷⁸³ P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, *op. cit.*, p 91.

⁷⁸⁴ La prohibition en cause ne concerne pas les prestations matérielles de police. Pour ces dernières, le juge administratif admet la conclusion de contrats. Il en est ainsi dans l'arrêt du 24 décembre 1909 *Commune de la Bassée*, *DP* 1911, III, p 119 – *S.* 1910, III, p 49, note M. Hauriou. Dans cette affaire, une personne privée se voit confier par une commune le soin d'organiser un service d'incendie.

⁷⁸⁵ *Rec*, p 595 – *DP* 1932, III, p 26, concl Josse.

Castelnaudary a excédé ses pouvoirs". La Haute juridiction administrative a récemment confirmé cette prohibition dans un arrêt du 29 décembre 1997 *Commune d'Ostricourt*⁷⁸⁶. Avant d'aller plus en avant, il faut déterminer si on se trouve face à cette hypothèse de délégation dans le cadre des actes administratifs unilatéraux négociés.

S'agissant de l'administration économique et plus précisément des analyses concernant la libération des prix, il apparaît que les auteurs s'appuient sur cette jurisprudence. Ainsi, Guy Braibant, dans ses conclusions sur l'arrêt du 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*⁷⁸⁷, dégage différentes sortes de contrats interdits en matière de police économique dont le transfert partiel ou temporaire de compétence⁷⁸⁸. La position de Franck Moderne semble plus précise lorsqu'il affirme que la réglementation des prix fait partie des matières auxquelles l'administration "ne peut renoncer"⁷⁸⁹. Si on assimile la renonciation à une délégation, on peut dire que cet auteur se place implicitement dans le cadre de la jurisprudence *Ville de Castelnaudary*. Enfin, les propos de Christian Hen sont encore plus nets puisqu'il constate que "l'administration ne saurait aliéner par la voie contractuelle son pouvoir de réglementation des prix"⁷⁹⁰.

Cependant, qu'en est-il réellement au regard de la procédure de libération des prix ? N'est-il pas faussé de se placer sur le terrain de la délégation pure et simple du pouvoir de police pour justifier l'opération de requalification ?⁷⁹¹ Si on examine attentivement les modalités de fonctionnement de ce système de libération, on observe qu'à aucun moment les ministres ne transfèrent ou n'abandonnent leur pouvoir de police aux organisations professionnelles⁷⁹². En effet, on peut seulement affirmer que ces organismes participent à l'édition d'un acte de police⁷⁹³. Il en est de même pour les actes relatifs au domaine public ou à l'urbanisme: à aucun moment le pouvoir de police ne fait l'objet d'un transfert. Il

⁷⁸⁶ Rec, p 706 – DA 1998, n°44.

⁷⁸⁷ Op. cit.

⁷⁸⁸ Op. cit., p 324.

⁷⁸⁹ Note sur CE 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, op. cit., p 378.

⁷⁹⁰ Note sur CE 23 octobre 1974 *Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*, op. cit., p 433.

⁷⁹¹ J-B Auby conteste de manière indirecte cette tendance consistant à qualifier de délégation tous les contrats intervenant en matière de police. Ainsi, dans sa note sur l'arrêt du 1^{er} avril 1994 *Commune de Menton*, RDP 1994, p 1828, il constate concernant une convention relevant de ce domaine "qu'en s'engageant sur l'évolution du nombre d'emplacements, la commune ne délègue pas son pouvoir de réglementation du stationnement payant. On peut tout au plus dire qu'elle en partage l'exercice, ce qui n'est pas la même chose."

⁷⁹² Comme l'indique C-L Vier à propos de ces conventions, "l'administration n'y abandonne aucun pouvoir", *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, op. cit., p 354.

suffit pour s'en convaincre de se référer à l'arrêt du 23 juin 1995 *Ministre de la Culture C/ Association défense Tuileries*, aux modalités d'utilisation du domaine public hertzien ou bien encore à l'élaboration des ZAC.

Cependant, selon Jean-Paul Négrin, il existe une hypothèse dans laquelle le Conseil d'Etat aurait admis qu'un contrat habilite des personnes extérieures à l'administration à intervenir en matière de police spéciale: il s'agit de l'administration économique. Pour étayer son argumentation, il s'appuie sur les dispositions de la décision précitée en date du 3 mars 1969 *Préfet de Paris C/ Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés « Interlait »*⁷⁹⁴ dans lequel une société délivre des permis de dénaturation du lait en vertu d'une convention. Or, on a pu voir dans le titre premier qu'il s'agirait davantage d'un acte unilatéral que d'un contrat. C'est d'ailleurs ce qu'admet implicitement Hubert-Gérald Hubrecht qui conteste l'affirmation de Jean-Paul Négrin reprise par Etienne Picard⁷⁹⁵. Hubert-Gérald Hubrecht indique en effet qu'il "n'existe en réalité pas d'exemples de transfert contractuel des compétences de police. Ce constat s'impose qu'il s'agisse de police générale, économique ou spéciale"⁷⁹⁶. Mais alors, cet arrêt contredirait le principe selon lequel "la non concessibilité des compétences de police exclut (...) la possibilité d'assurer une fonction de police sur le fondement d'un lien unilatéral"⁷⁹⁷.

Le moyen juridique employé, à savoir le contrat, constituerait donc l'élément fondamental justifiant le recours au procédé de requalification. Cependant, étant donné que le juge administratif n'a, semble-t-il, jamais confirmé l'arrêt précité, l'affirmation paraît péremptoire. Elle l'est d'autant plus que, quelques années auparavant, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand avait sanctionné la délégation par voie d'arrêté, des pouvoirs de police d'une autorité administrative au profit d'organismes d'une compétition sportive⁷⁹⁸.

La prohibition du contrat ne peut donc être perçue uniquement au travers de l'aliénation des compétences régaliennes. Il est regrettable que les auteurs établissent un tel lien

⁷⁹³ Il s'agirait d'une hypothèse comparable à celle de l'arrêt du 19 décembre 1984 *Automobile Club de Monaco, Rec*, p 426. En effet, le Conseil d'Etat précise à propos de la Fédération Française des sports automobiles, qu'elle "est associée à l'exercice d'un pouvoir de police".

⁷⁹⁴ *Op. cit.*

⁷⁹⁵ E. Picard, *La notion de police administrative, op. cit.*, p 680.

⁷⁹⁶ H-G Hubrecht, *Les contrats de service public*, Thèse, Bordeaux, 1980, p 118.

⁷⁹⁷ J-P Négrin, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, op. cit.*, p 100 – On peut de la même façon se référer aux propos de P. Bon pour qui le maire ne peut déléguer le pouvoir de prendre des mesures juridiques de police, "soit unilatéralement, soit par contrat", "Les règles de compétence", *Répertoire Collectivités Locales*, Dalloz, p 2213-5.

⁷⁹⁸ TA Clermont-Ferrand 1^{er} juillet 1960, *Dame Geneix, Rec*, p 800.

visible aussi en matière fiscale. Ainsi Gilles Champagne affirme, concernant les contrats fiscaux, que "le principe de l'inaliénabilité fiscale infirme la thèse contractuelle"⁷⁹⁹.

B – Les accords relatifs à l'exercice d'un pouvoir régalién

Sous cet intitulé, on regroupe ce que Jacques Moreau appelle "les pactes sur décisions futures"⁸⁰⁰ (1) ainsi que les contrats stipulant une prescription de police (2).

1 – Les pactes sur décisions futures

Dans les matières de l'urbanisme et de la domanialité publique, la jurisprudence a dû faire face à une catégorie particulière d'engagements relatifs notamment à l'exercice du pouvoir de police⁸⁰¹. Sont concernés, selon l'expression de Jacques Moreau, les "pactes sur décisions futures"⁸⁰². Il s'agit d'actes par lesquels l'administration s'engage envers une autre personne à prendre une décision déterminée⁸⁰³. Dans cette hypothèse, l'administration contractante "n'a pas renoncé à exercer ses compétences, elle a seulement abandonné son pouvoir d'appréciation en s'engageant à l'avance à accorder une autorisation"⁸⁰⁴.

On en trouve quelques illustrations dans la jurisprudence relative au droit de l'urbanisme. Ainsi par exemple, un jugement du tribunal administratif de Paris précise qu'un administré

⁷⁹⁹ G. Champagne, *Les sanctions de l'inexécution des décisions administratives concertées à caractère économique*, *op. cit.*, p 55.

⁸⁰⁰ J. Moreau, "De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel", *op. cit.*, p 10.

⁸⁰¹ Les pactes sur décisions futures apparaissent aussi mais de manière plus discrète en matière de fonction publique. Ainsi l'arrêt du 23 janvier 1981 *Siméon*, *AJDA* 1981, p 204, dispose que le maire d'une commune "quelles que soient les promesses qu'il a pu faire à M. Siméon, n'avait aucune obligation de prononcer la titularisation de M. Siméon à la date du 1^{er} octobre 1974 dans l'emploi de secrétaire général titulaire".

⁸⁰² J. Moreau, "De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel", *op. cit.*, p 10.

⁸⁰³ S. Manson souligne que ce type d'acte "n'aliène pas la compétence. Il est seulement une entrave au pouvoir discrétionnaire de l'autorité de police de prendre, ou pas, une mesure de police: c'est-à-dire, d'agir, ou de s'abstenir et de choisir la mesure de police appropriée aux circonstances de l'espèce", *Police administrative et contrat*, Mémoire, Paris II, 1991, p 31.

⁸⁰⁴ J. Moreau, "De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel", *op. cit.*, p 16.

ne peut pas invoquer l'engagement de l'administration de lui délivrer une autorisation à l'appui d'un recours contre la décision de refus de cette autorisation⁸⁰⁵.

Cependant, il apparaît que le juge semble très réticent à user de la technique de requalification concernant la nature de ces pactes. En matière d'urbanisme, l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 13 juin 1989 *Commune de Bois d'Arcy*⁸⁰⁶ déclare illégal l'engagement de prendre un permis de construire en contrepartie d'une somme d'argent⁸⁰⁷. De même, en matière de domanialité publique, l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 5 novembre 1943 *Sieur Leneveu*⁸⁰⁸, énonce que "l'engagement contractuel pris par la commune de Pontmain de ne pas empêcher l'accès de voitures et le libre usage du trottoir devant l'hôtel du sieur Leneveu ne pouvait enlever au maire l'exercice de son pouvoir de police et notamment le droit de réglementer le stationnement sur la place publique dans l'intérêt général".

Le juge refuserait donc de requalifier les actes conventionnels en actes unilatéraux. Cependant, est-ce que cela signifie pour autant que le juge se refuse absolument à utiliser la technique de requalification dans ce domaine ?

Ce n'est pas certains car, selon Etienne Fatôme, les pactes sur décisions futures en matière d'urbanisme ne sont pas annulés par le juge mais "requalifiés d'actes préparatoires"⁸⁰⁹ de la décision prise ultérieurement. Comme on le voit, la requalification ne concerne pas la nature de l'acte en tant que tel mais uniquement l'effectivité de cet accord. En effet, l'acte préparatoire est traditionnellement considéré comme un acte dépourvu à lui seul de force juridique. Cependant ne peut-on pas aller plus loin et tenter de déterminer si le pacte, l'accord, a une incidence sur la nature juridique de la décision prise.

La jurisprudence ne donne aucune indication précise. Le Conseil d'Etat se contente de reprendre la formule suivante: "la convention ne pouvait avoir pour objet que de préparer l'intervention et de faciliter l'exécution de la décision préfectorale, mais ne peut se substituer à elle; que cette convention ne pouvait entrer en vigueur qu'en vertu de cette décision et à partir de la date à laquelle elle prenait effet, et qu'elle ne devait demeurer

⁸⁰⁵ TA Paris 22 novembre 1960 *SA des établissements Lick et brevets Paramount*, *op. cit.*

⁸⁰⁶ *Rec*, p 319.

⁸⁰⁷ La Cour précise dans un premier temps que l'accord des volontés "incluait la délivrance du permis de construire, acte unilatéral que seule la puissance publique a le pouvoir de prendre" et dans un second temps que "la possibilité pour une collectivité locale d'accepter le versement d'une somme d'argent en échange de la mise en œuvre de ses propres compétences en matière d'urbanisme ne résulte d'aucune disposition légale applicable au cas d'espèce".

⁸⁰⁸ *Rec*, p 243.

⁸⁰⁹ E. Fatôme, "L'urbanisme contractuel", *op. cit.*, p 66.

applicable qu'aussi longtemps que ladite décision produisait ses effets"⁸¹⁰. Cependant que signifie exactement ce membre de phrase: "cette convention ne pouvait entrer en vigueur qu'en vertu de cette décision" ? Il apparaît que l'accord, au niveau de l'effectivité, n'a aucune autonomie. Il est lié à l'acte unilatéral décisoire pris par l'administration. Mais peut-on affirmer pour autant qu'au niveau matériel, l'accord et la décision ne forment qu'un seul et même acte ? Plus concrètement, le pacte s'incorporerait-il aux dispositions de la décision, ce qui conférerait à cette dernière un caractère négocié ?

On peut tenter d'apporter une réponse en se référant au jugement du tribunal administratif de Paris du 22 novembre 1960 *SA des établissements Lick et brevets Paramount*⁸¹¹. Il ressort de ce dernier que si la convention "exprime en fait la volonté du ministre (...), d'accorder dans l'avenir (...), le permis de construire demandée, elle ne constitue pas, pour autant, la formulation d'une véritable décision administrative, valant délivrance dudit permis ou susceptible de créer un droit à son obtention". Non seulement le juge montre que l'accord et la décision sont matériellement distincts, mais en plus, il refuse de requalifier l'accord en acte unilatéral décisoire. Il n'existe pas de solution définitive étant donné que le Conseil d'Etat n'a pas confirmé ou infirmé ce jugement.

Il semble difficile d'assimiler les actes administratifs unilatéraux négociés intervenant en matière de police à ces pactes sur décisions futures. On peut prendre l'exemple des accords de libération des prix. Lorsque l'administration négocie avec les organisations syndicales, elle ne lie pas pour l'avenir l'exercice de son pouvoir de police. Franck Moderne est très clair sur ce point. Il affirme que l'administration "n'est jamais tenue, même après avoir négocié un engagement professionnel, de prendre l'arrêté particulier de libération des prix correspondant. Si elle le fait, elle peut déroger à l'arrêté général qu'elle a elle-même édicté et en fonction duquel les négociations ont été conduites. Elle est en droit de revenir sur sa décision, quand bon lui semble (...)"⁸¹².

Si on ne peut assimiler les actes administratifs unilatéraux négociés à des pactes sur décisions futures, ils semblent se rapprocher des contrats stipulant une prescription de police.

2 – Les contrats stipulant une prescription de police

⁸¹⁰ Cf notamment CE 20 juillet 1971 *SCI du Domaine du Bernet*, Rec, p 548 – JCP G 1973, 17330, note F. Bouyssou – CE 14 juin 1978 *Société immobilière du Val Roger*, Rec, p 253 – CE 2 octobre 1992 *Commune de la Chapelle-en-Serval*, req n°100933/101039.

⁸¹¹ *Op. cit.*

⁸¹² F. Moderne, "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *op. cit.*, p 510.

En se basant sur les écrits de Jacques Moreau, Jacques Petit fait valoir que les contrats stipulant "une prescription de police qu'un acte unilatéral aurait dû édicter et qui portent ainsi, par définition, sur une activité juridique de police"⁸¹³ sont proscrits.

On se situe dans une hypothèse tout à fait différente des précédentes car aucune délégation ou engagement futur n'est conclu.

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion, dans un arrêt du 8 mars 1985 *Association Les Amis de la terre*⁸¹⁴, d'examiner les dispositions d'une convention conclue entre le ministre de l'Environnement et une société prévoyant un programme de réduction progressive des pollutions causées par cette société. La convention n'a pas pour objet de transférer un pouvoir de police à la société mais de mettre en application un tel pouvoir. Même si cet arrêt ne concerne pas spécifiquement les actes unilatéraux négociés, il présente néanmoins un intérêt par rapport à cette étude. Après avoir rappelé que le pouvoir de police prévu par les lois de 1917 et 1976 s'exerce par voie de décisions unilatérales, le juge parvient à la conclusion suivante: "les conventions dont s'agit (...) sont nécessairement dépourvues de toute valeur juridique et entachent d'illégalité les actes par lesquels le ministre a décidé de signer lesdites conventions". Le pouvoir de police ne peut donc s'exercer que par voie unilatérale et non contractuelle. Le Commissaire du gouvernement Pierre-Alain Jeanneney s'appuie notamment sur l'argument classique en vertu duquel la police en l'occurrence la prévention des pollutions est "par nature réfractaire à la technique contractuelle"⁸¹⁵.

Outre l'affirmation de ce principe, on peut observer que le Conseil d'Etat refuse de requalifier les conventions litigieuses. Il aurait pu considérer que sous une apparence contractuelle, le ministre a en réalité pris des mesures unilatérales.

Jacques Petit relève que l'acte en cause dans cet arrêt "apparaît comme un véritable contrat, qu'il est impossible de requalifier sans méconnaître la réalité"⁸¹⁶. L'auteur a, semble-t-il, repris les propos du Commissaire du gouvernement Renaud Denoix de Saint Marc qui déclarait inapplicable la procédure de requalification à une convention passée entre l'Etat et un établissement d'enseignement privé. Il justifie ses propos par le fait que

⁸¹³ J. Petit, "Nouvelle d'une antinomie: contrat et police", *op. cit.*, p 348.

⁸¹⁴ *Rec*, p 73 – *RFDA* 1985, p 363, concl Jeanneney – *AJDA* 1985, p 382, obs J. Moreau.

⁸¹⁵ *Id.*, p 364.

⁸¹⁶ Note sur CE 14 janvier 1998 *Syndicat départemental Interco 35 CFDT*, *op. cit.*, p 172.

cette convention "est un véritable contrat comportant obligations réciproques des deux parties"⁸¹⁷.

Les actes étudiés dans le titre premier doivent-ils être intégrés dans cette catégorie des actes stipulant une prescription de police ?

Il ne fait guère de doute que la plupart des actes administratifs unilatéraux négociés intervenant dans le cadre des activités régaliennes et notamment celle de la police, édictent une mesure de police. Il en est ainsi s'agissant notamment des accords de libération des prix. Si on opère une comparaison entre ces actes et les dispositions de l'arrêt de 1985, on se trouve confronté à un problème. Les actes d'administration économique ainsi que la convention en cause dans l'arrêt *Association Les Amis de la terre* relèvent d'une police spéciale. Or, pour quelle raison le juge qualifie dans le premier cas l'acte de contrat alors qu'une telle qualification est rejetée pour les actes administratifs unilatéraux négociés.

On pourrait être tenté de relever que l'acte en cause dans l'arrêt de 1985 n'est pas "accompagné" d'un acte unilatéral de l'administration comme les actes de libération des prix notamment. Cela confirmerait donc le fait que l'édition d'un acte d'accompagnement n'est pas sans importance dans le cadre de la requalification. Malheureusement cet argument ne tient pas car, dans l'arrêt du 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure*, seul un accord est conclu et pourtant une requalification est opérée.

Dans ce cas, faut-il chercher au niveau du contenu même des accords pour expliquer la différence de raisonnement ?

Charles-Louis Vier estimait nécessaire de distinguer deux aspects dans l'exercice du pouvoir de police à savoir "la définition d'une réglementation et la détermination des administrés qui y sont assujettis"⁸¹⁸. Dans l'arrêt de 1985, l'accord porte sur le premier aspect. En effet, les conventions ont pour objet de fixer les mesures que les sociétés s'engageraient à prendre en vue de préserver l'environnement. A l'inverse, dans le cadre de la libération des prix, "c'est l'accès au bénéfice de ces régimes dérogatoires, c'est-à-dire la détermination des administrés auxquels ils s'appliquent, qui fait l'objet de l'accord"⁸¹⁹. Il faudrait de ce fait en déduire que si un accord porte sur une réglementation de police, le juge ne pourra pas procéder à une requalification.

⁸¹⁷ Concl sur CE 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, AJDA 1979, p 38.

⁸¹⁸ Ch-L Vier, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, Thèse, Paris, 1972, p 355.

⁸¹⁹ *Ibid.*

Une telle analyse serait recevable si on opte pour cette conception restrictive s'agissant des accords de libération des prix. Or de tels accords n'ont pas simplement pour objet de déterminer les administrés régis par ceux-ci. Ainsi, par exemple, il ressort de l'arrêt du 23 octobre 1974 *Valet*, que l'engagement définit "les modalités de calcul des prix *maxima* applicables pour certaines catégories de produits". De même l'accord en cause dans l'arrêt du 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure*, contient les engagements pris par des entreprises pour assurer la stabilité des marges d'importation etc. Il peut donc paraître surprenant que le juge requalifie les accords de libération mais refuse de le faire pour les conventions définissant les opérations antipollution à réaliser.

En réalité, il existe une différence non négligeable entre ces deux hypothèses. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Association Les Amis de la terre*, le Commissaire du gouvernement Pierre-Alain Jeanneney estime qu'une requalification "méconnaîtrait la portée réelle des trois conventions du 9 novembre 1976 qui, au cours de leur période d'application, empêchaient en fait l'administration d'imposer aux sociétés des prescriptions plus rigoureuses"⁸²⁰. Cela signifie, que la société acquiert des droits par l'intermédiaire de cette convention. Or, comme l'indique Jacques Moreau dans sa note sur cet arrêt, "les bénéficiaires d'autorisations n'ont pas de "droits acquis" au maintien de la réglementation en vigueur"⁸²¹. A l'inverse, nous avons précisé que suite à l'édition de l'acte de libération des prix, l'administration reste toujours libre d'apporter des modifications. Les organisations professionnelles ainsi que les entreprises n'ont donc aucun droit acquis.

Il ressort de ces développements qu'un lien systématique semble établi entre l'acquisition de droits et la nature contractuelle de l'acte. Le syllogisme suivant dégagé par Jacques Moreau le confirme: "tout contrat confère aux parties des droits et obligations réciproques – or, on ne peut invoquer de droits face à l'ordre public – donc, le procédé contractuel doit être exclu de l'exercice des compétences de police administrative"⁸²². Le raisonnement pourrait apparemment être étendu aux matières régaliennes en général car le Conseil d'Etat a précisé dans un arrêt du 28 juin 1961 *Compagnie générale*⁸²³ que les accords intervenant entre les contribuables et les agents d'assiette contraires à certaines dispositions législatives ou réglementaires ne peuvent, "en aucun cas, créer au profit des contribuables des droits acquis". Cette démonstration ne convainc pas totalement car si on en croit

⁸²⁰ P-A Jeanneney, concl sur CE 8 mars 1985 *Association Les Amis de la terre*, *op. cit.*, p 365.

⁸²¹ J. Moreau, note sur CE 8 mars 1985 *Association Les Amis de la terre*, *op. cit.*, p 383.

⁸²² *Ibid.*

⁸²³ *Rec.*, p 443.

l'affirmation de Carlo Santulli, les droits acquis peuvent résulter tout autant de contrats que d'actes administratifs unilatéraux⁸²⁴.

En outre, s'appuyer sur l'inexistence de droits acquis pour justifier le recours à la requalification semble pour le moins discutable. Si on se place dans le cadre des accords de libération des prix, est-ce que, dans les faits, l'administration dispose véritablement d'une grande marge de manœuvre ? Peut-elle librement revenir sur sa décision ? Charles-Louis Vier constate que du fait de l'existence d'un accord, "l'administration restreint ses pouvoirs et doit respecter la limite qu'elle s'impose ainsi"⁸²⁵.

En définitif, on ne peut se baser uniquement sur le fait que les actes administratifs unilatéraux négociés interviennent dans des matières dites "régaliennes" pour justifier le recours à la requalification.

⁸²⁴ Il affirme que "les droits acquis (...) peuvent résulter d'actes qui ne sont pas unilatéraux (il y a des droits qui sont acquis par contrat (...))", "Les droits acquis", *RFDA* 2001, p 87.

⁸²⁵ C-L Vier, note sur CE 23 octobre 1974 *Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*, *op. cit.*, p 366.

Conclusion du chapitre premier

Le juge ne requalifie pas au hasard un acte d'apparence contractuelle en acte unilatéral. En toute logique, il use de cette technique parce qu'il refuse de qualifier l'acte en cause de contrat. On a donc tenté de déterminer pour quelles raisons le contrat est prohibé dans ces domaines où les actes administratifs unilatéraux négociés sont consacrés par le juge. Cependant, aucune des arguments avancés par les auteurs n'apparaît vraiment déterminant. Nous avons pu voir que la plupart des actes administratifs unilatéraux négociés ont soit un caractère réglementaire soit sont étroitement liés à des textes de cette nature. La seule présence d'un acte unilatéral d'accompagnement réglementaire ne permet pas d'expliquer pourquoi l'accord s'incorpore dans ce dernier. En outre, du fait de son manque de précisions et des contradictions jurisprudentielles, l'environnement réglementaire ne peut être considéré comme une explication satisfaisante.

Le caractère régalien des matières dans lesquelles apparaissent ces actes administratifs unilatéraux négociés pouvait sembler à première vue plus convaincant. Il est en effet relativement aisé de relier les différents domaines évoqués dans le titre premier à l'activité de police. En revanche, le lien entre la jurisprudence interdisant le recours au contrat en matière de police et les arrêts consacrant des actes administratifs unilatéraux négociés apparaît plus discutable.

Etant donné qu'aucun de ces éléments ne semble véritablement pertinent, il faut se demander quelles peuvent être les fondements réels.

CHAPITRE SECOND

TENTATIVE DE DÉTERMINATION DES FONDEMENTS RÉELS DE LA REQUALIFICATION

Les arguments selon lesquels l'objet réglementaire ou la supériorité de certaines matières seraient à la base de la prohibition du contrat, reposent sur des assises pour le moins fragiles. De ce fait, il faut se demander si les justifications ne doivent pas être cherchées ailleurs. Il n'existerait pas un seul mais deux fondements à la requalification. Le premier réside dans le fait que le recours au contrat ne peut se faire sans autorisation textuelle quelle qu'elle soit. Mais il ne faut pas surestimer l'importance de ce fondement (Section 1). Ce dernier est à lui seul insuffisant pour justifier le recours à la requalification. Quelle pourrait être l'autre explication ? On constate que le juge administratif utilise cette technique afin de protéger deux intérêts antagonistes (Section 2).

Section 1

L'importance relative du fondement textuel

L'autorisation ou l'interdiction de recourir au contrat ne résulteraient pas de la nature de l'activité mais – expressément ou implicitement – de dispositions textuelles telles que les normes constitutionnelles, législatives ou réglementaires (§ 1). Cependant, il faut rester très prudent car la plupart du temps les normes précitées sont imprécises (§ 2).

§ 1: Le caractère multiforme de l'interdiction de recourir au contrat

Cette prohibition peut prendre deux formes. Elle peut être implicite car découle dans ce cas du principe de non renonciation au contenu d'une compétence (A). Dans d'autres hypothèses, l'interdiction ou au contraire l'autorisation de recourir au contrat découlent de dispositions textuelles (B).

A – Le principe de non renonciation au contenu d'une compétence en tant que prohibition implicite du contrat

Dans le cadre des relations entre personnes privées, le contrat occupe une place privilégiée à tel point qu'une théorie particulière lui est appliquée: celle de l'autonomie de la volonté. Selon cette théorie, "les individus peuvent par leur volonté se donner leur propre loi"⁸²⁶. Différents principes découlent de cette théorie et parmi eux, on trouve la liberté contractuelle qui, comme son nom l'indique, implique que les parties soient libres de contracter ou à l'inverse de ne pas contracter.

Cette théorie, ainsi que le principe qui s'en dégage, peuvent-ils s'appliquer en droit public? Jean-Claude Douence affirme très clairement que "le principe de l'autonomie de la volonté (...), forgé pour des personnes privées, est logiquement dénué de signification en droit public où les personnes publiques n'ont que des missions et des compétences"⁸²⁷. Cependant, il faut préciser que tous les contrats dans lesquels interviennent les personnes publiques ne sont pas nécessairement des contrats de droit public. Certains sont en effet assimilés à ceux des particuliers. Néanmoins, dans le cadre de cette analyse, il est fort peu probable que les accords non requalifiés passés dans les matières régaliennes ou ayant un objet réglementaire puissent être qualifiés de contrats de droit privé par le juge. En effet, les deux critères organique et matériel semblent réunis.

Le principe de l'autonomie de la volonté ne pourrait donc régir la passation des contrats de droit public, quels principes doivent s'appliquer ?

Il faut, dans un premier temps, relativiser les propos de Jean-Claude Douence car le principe de la liberté contractuelle semble bien applicable tout du moins dans les relations entre personnes publiques. L'arrêt du Conseil d'Etat en date du 28 janvier 1998 *Société Borg Warner*⁸²⁸ y fait référence. Cependant, il est vrai que cette liberté est encadrée par les textes. Comme l'indique Christine Bréchon-Moulènes, "pour qu'il existe une liberté contractuelle des personnes publiques, il va falloir que le système juridique le permette, qu'il la construise, de façon qu'elle s'inscrive dans le droit positif (en principe, par l'intervention du législateur au sens large du terme, sans négliger le rôle prétorien des

⁸²⁶ F. Terré, *Droit civil – Les obligations*, Paris, Dalloz, 8^{ème} édition, 2002, p 30.

⁸²⁷ J-C. Douence, *Les conventions entre personnes publiques*, in *Mélanges M. Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p 124.

⁸²⁸ *Rec.*, p 20 – *RFDA* 1998, p 435 – *AJDA* 1998, p 287.

juges)⁸²⁹. La liberté contractuelle n'ayant pas valeur constitutionnelle⁸³⁰, il était logique, comme l'indique Philippe Terneyre, que "l'article 34 de la Constitution ait réservé au seul Parlement la faculté de « déterminer les principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales »"⁸³¹. De ce fait, le législateur peut, sur la base de ces dispositions, "prévoir des cas d'obligation de contracter ou, à l'inverse, limiter ou interdire la possibilité de conclure une convention"⁸³².

Mais concernant les personnes publiques, le législateur aurait prévu de manière indirecte l'interdiction de recourir au contrat. En effet, si on examine les propos de Jean-Claude Douence, celui-ci précise que les personnes publiques "n'ont que des missions et des compétences". Or, ces "missions et compétences" ont été dévolues par un texte, généralement une loi.

Une remarque s'impose à la lecture de ce principe. Etant donné qu'une norme textuelle a octroyé une compétence précise à une autorité administrative, cela signifie théoriquement qu'aucun contrat ne peut être passé relativement à cette compétence⁸³³. Plus concrètement, se pose le problème de la cession de compétences. Selon Claude Blumann, cela désigne le "transfert par voie contractuelle à une personne privée ou à une autre personne publique d'une compétence normalement reconnue par la loi à une autorité publique déterminée"⁸³⁴. Ce même auteur a mis en avant l'existence d'une règle en droit administratif: le principe de non renonciation au contenu de la compétence. En vertu de cette règle, "l'administration n'est pas maîtresse de ses compétences. Elle n'est pas libre de les abandonner de façon unilatérale ni de les céder à des tiers par voie d'accord contractuel. C'est avant tout le caractère légal de la compétence qui s'oppose à toute renonciation de cette nature. La loi qui accorde une compétence à un agent public fixe également pour lui une obligation, une sujétion. La compétence est pour lui une donnée extérieure qu'il ne peut ni atteindre ni

⁸²⁹ C. Bréchon-Moulènes, "La liberté contractuelle des personnes publiques", *AJDA* 1998, p 644.

⁸³⁰ Cf par exemple sur ce point la décision n°94-348 D C en date du 3 août 1994, *Rec*, p 117 – *JCP G* 1995, II, 22404, note D. Broussole. Cependant, il est en partie revenu sur sa position car dans sa décision n°2000-437 DC du 19 décembre 2000, il fait découler ce principe de liberté contractuelle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme. Mais selon L. Richer, "pour le moment, cela ne concerne pas les personnes publiques", *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p 131.

⁸³¹ P. Terneyre, "La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ?", *AJDA* 1998, p 668.

⁸³² *Ibid.*

⁸³³ C. Bréchon-Moulènes à propos de la compétence pour prendre des actes unilatéraux ou contractuels affirme que celle-ci "est toujours une compétence d'attribution, par attribution de la loi. Elle répond à une logique de légalité, une logique de droit objectif, mais elle ne peut pas être déterminée dans tous ses éléments et autoriser les autorités administratives à agir en vertu d'un pouvoir d'appréciation", *op. cit.*, p 645. De la même façon, L. Richer estime que les contrats portant sur l'exercice du pouvoir de décision unilatérale sont illégaux "parce que l'autorité signataire n'est pas compétente pour les signer. Elle n'est pas compétente pour les signer parce que la réglementation en vigueur prévoit seulement une décision unilatérale", *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p 55.

⁸³⁴ C. Blumann, *La renonciation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1974, p 244.

modifier"⁸³⁵. Il ressort de la définition de Claude Blumann qu'un transfert pur et simple d'une compétence hors autorisation textuelle est impossible. Une telle règle semble parfaitement logique. Elle n'est finalement qu'une application du principe tendant au respect de la hiérarchie des normes car c'est l'absence d'autorisation de l'autorité supérieure – en l'occurrence le législateur selon la définition de Claude Blumann – qui empêche un tel transfert. Si on s'en tient à ces quelques développements, il apparaît que le principe interdisant à une autorité administrative de confier l'exercice de sa compétence à des tiers aurait valeur législative. La nature constitutionnelle d'un tel principe, dont la source se situerait sans doute dans l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789⁸³⁶, n'a, semble-t-il, jamais été établie explicitement. Mais comme l'indique François Lichère, "elle ne fait guère de doute au vu de la décision du 17 janvier 2002, loi relative à la Corse"⁸³⁷. Cette décision concerne certes le législateur et non les autorités administratives. Or, ce même auteur souligne que la règle posée par le Conseil constitutionnel "empêche d'inciter les collectivités publiques à se décharger sur des personnes privées des missions qui leur appartiennent"⁸³⁸.

Cependant, il faut examiner s'il s'agit réellement de ce principe qui s'applique concernant les actes administratifs unilatéraux négociés.

On a pu voir en que dans le cadre des activités régaliennes, ces actes unilatéraux n'ont absolument pas pour objet de transférer à des personnes des compétences en matière de police ou de fiscalité. Qu'en est-il dans les autres domaines ?

La question était sous-jacente dans la décision du Conseil constitutionnel en date du 22 janvier 1990. Les auteurs de la saisine faisaient valoir que la loi a conféré aux caisses d'assurance maladie et aux médecins le soin de fixer des normes permettant la mise en œuvre des principes posés par la loi. Une atteinte aurait été portée aux dispositions de l'article 21 de la Constitution, mais aussi au principe selon lequel en l'absence d'autorisation de l'autorité supérieure, la compétence ne peut être aliénée. Il faut cependant souligner qu'en l'espèce ce n'est pas l'autorité administrative elle-même qui transférerait son pouvoir aux caisses d'assurance maladie et aux médecins. Mis à part ce cas particulier, dans aucune des hypothèses analysées dans le titre premier les auteurs de l'acte ne conviennent que l'administration abandonne sa compétence.

⁸³⁵ *Id.*, p 254.

⁸³⁶ L'article 3 dispose que "le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément".

⁸³⁷ F. Lichère, "Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public/privé: *bis repetita non placent*", *RDJ* 2003, p 1176.

Comme l'indique Claude Blumann, "s'il est relativement rare que l'administration aliène définitivement le contenu de sa compétence, il est, en revanche, beaucoup plus fréquent que, sous une forme ou une autre, elle renonce à l'exercer"⁸³⁹. Dans le cadre de notre étude, cette affirmation revient à poser la question suivante: une personne publique disposant de la faculté d'organiser et de faire fonctionner le service public a-t-elle la possibilité de s'engager sur l'exercice d'une telle compétence ?

Georges Péquignot – dans son ouvrage intitulé *Théorie générale du contrat administratif* – précise qu'un contrat "ne peut avoir pour objet de limiter la compétence d'un agent public. Une compétence ne peut être conventionnellement liée que dans la mesure où la loi le permet"⁸⁴⁰. Jean-Claude Douence transpose cette affirmation à l'hypothèse du pouvoir d'organisation et de fonctionnement en disant que "l'administration ne peut lier son droit d'organiser et donc de modifier l'organisation des services publics. Le principe est incontesté, de même que l'exception. Il n'y a donc pas de difficultés lorsqu'il existe un texte légal qui prévoit et autorise la convention"⁸⁴¹.

Cette démonstration aussi pertinente qu'elle puisse paraître n'en comporte pas moins des faiblesses. En effet, le pouvoir réglementaire de l'administration ne repose pas dans tous les cas sur une norme textuelle. Doit-on en déduire dans ce cas, que l'administration dispose d'une grande marge de manœuvre et pourrait facilement lier son droit d'organiser le service public par voie conventionnelle sans qu'un texte l'autorise ? Une réponse négative doit semble-t-il être apportée à cette question si on se réfère à l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 23 juin 1995 *Ministre de la Culture C/ Association défense Tuilerie*. Dans cet arrêt, le juge refuse de qualifier l'acte de contrat alors que l'exercice du pouvoir réglementaire en cause ne repose sur aucun texte.

Faut-il alors en conclure que la règle de la non renonciation au contenu de la compétence ne peut expliquer l'usage de la requalification ? Elle aurait pu constituer une justification intéressante si la seule voie contractuelle était prohibée pour effectuer cette renonciation. Or, Claude Blumann indique très clairement que l'administration n'est pas libre d'abandonner ses compétences "de façon unilatérale ni de les céder à des tiers par voie d'accord contractuel". Il ne peut donc y avoir de renonciation par voie unilatérale.

⁸³⁸ *Id.*, p 1177.

⁸³⁹ *Id.*, p 255.

⁸⁴⁰ G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Pédone, 1945, pp 232 et ss.

⁸⁴¹ J-C. Douence, "Les conventions entre personnes publiques", *op. cit.*, pp 123-124.

On ne peut baser l'analyse uniquement sur le rapport existant entre la renonciation à la compétence et le recours au contrat. La prohibition du contrat en cas d'absence d'autorisation textuelle, doit être envisagée dans un cadre plus général.

B – L'interdiction ou l'autorisation de recourir au contrat découlant de dispositions textuelles

Didier Truchet a étudié les hypothèses de prohibition du contrat dans certains domaines tels que la police. Au cours de ses travaux, il fit la remarque suivante; "ce n'est pas parce qu'il serait impossible dans telle ou telle matière de consentir par voie contractuelle des droits acquis que le législateur impose une action unilatérale, c'est parce que le législateur a imposé cette action, qu'il devient impossible d'y consentir des droits acquis contractuels"⁸⁴².

Avant toute analyse, une première constatation s'impose.

Dans la première partie de la citation, Didier Truchet nous met en garde concernant la détermination du fondement. Comme on a pu le voir, lorsque le juge recourt à la procédure de requalification ou bien lorsqu'il déclare le contrat nul voire dépourvu de toute valeur juridique, il refuse dans tous les cas que l'administration ait recours à un acte de nature contractuelle. Cependant, cela ne signifie pas pour autant que le juge administratif rejette le contrat parce que la matière de la police ou de la fiscalité échapperaient "par nature" à cette catégorie d'acte. En effet, certains auteurs tels qu'André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé – après avoir distingué les matières soustraites au contrat par nature et celle résultant de dispositions législatives – affirment que "la police administrative est à coup sûr l'exemple le plus certain de matière qui échappe par nature au contrat"⁸⁴³. Or, cette conception de l'activité de police ne repose sur aucun fondement solide. En quoi la "nature" de l'activité de police serait-elle moins favorable à la passation de contrats que la gestion des services publics par exemple ?

⁸⁴² D. Truchet, "Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés", *op. cit.*, p 190.

⁸⁴³ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 47 – La "nature" de l'activité de police est aussi utilisée par le juge ou les Commissaires du gouvernement pour justifier l'exclusion des personnes privées quant à l'exercice du pouvoir de police, cf respectivement l'arrêt du 1^{er} avril 1994 *Commune de Menton*, *op. cit.* et les conclusions du Commissaire du gouvernement Josse sur l'arrêt du 17 juin 1932 *Ville de Castelnaudary*, *DP* 1932, III, p 28.

Certains avancent que c'est la protection d'un intérêt supérieur tel que l'ordre public qui est à la base de la prohibition⁸⁴⁴. Mais, comme on l'a dit, la police administrative ne poursuit pas uniquement ce but. C'est ce qui transparait notamment des quelques actes administratifs unilatéraux négociés étudiés. De plus, la prohibition du contrat fondée sur "la nature" de l'activité pose problème au niveau de la hiérarchie des normes car théoriquement aucune norme "humaine" telle une loi ne pourrait aller à l'encontre de ce principe. Or on va pouvoir se rendre compte que tel n'est pas le cas.

Le fondement de l'interdiction semble plus prosaïque que l'explication traditionnellement donnée. Elle tient dans la seconde partie de la citation précitée. En effet, lorsqu'une loi ou un acte réglementaire a prévu qu'un pouvoir de police doit s'exercer par le moyen d'un acte unilatéral, l'autorité investie de ce pouvoir ne peut y déroger en concluant un contrat à moins qu'une disposition textuelle le prévoit⁸⁴⁵.

On peut citer des exemples en vue d'illustrer cette dernière affirmation. Ainsi en matière de police, l'article L 2212-6 du Code général des collectivités territoriales prévoit qu'une convention peut être passée entre le maire et le préfet afin de coordonner l'action de la police municipale avec celle de la police et de la gendarmerie nationale. De même, les contrats locaux de sécurité institués par une circulaire en date du 28 octobre 1997 et consacrés par l'article premier de la loi du 15 novembre 2001 ont pour objet, selon Bertrand Seiller, d'améliorer "la coordination des différents services, étatiques ou communaux, concourant à la sécurité"⁸⁴⁶. Certains auteurs se sont interrogés sur la nature juridique de ces actes et même si la doctrine est en partie hésitante, ils semblent appartenir à la catégorie des contrats administratifs⁸⁴⁷ alors qu'ils relèvent du domaine de la police. Mis à part ces contrats particuliers, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de statuer sur la légalité des dispositions d'une concession approuvée par arrêté préfectoral et prévoyant qu'une entreprise privée est "responsable de la police de la circulation" dans le tunnel du

⁸⁴⁴ On a vu précédemment qu'en matière de réglementation des prix, les actes sont pris en vue de préserver l'ordre public économique. Cependant, comme l'indique P. Lemoine de Forges, "le principe de l'illicéité des conventions contraires à l'ordre public économique est de mise en œuvre délicate. En effet l'ordre public économique est essentiellement mouvant, à la différence de l'ordre public classique", "Ordre public et réglementation des prix", *op. cit.*, p 418. En outre, si la Cour de cassation s'est référée à l'ordre public pour justifier l'exclusion du contrat en droit fiscal dans un arrêt de 1895, cela reste un cas isolé; le Conseil d'Etat n'y faisant pas allusion.

⁸⁴⁵ Le jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand en date du 1^{er} juillet 1960 *Dame Geneix*, *op. cit.*, précise, s'agissant d'un pouvoir de police, qu'une "autorité quelconque doit exercer elle-même les pouvoirs dont elle est investie par la loi".

⁸⁴⁶ B. Seiller, *Droit administratif – L'action administrative*, *op. cit.*, p 96.

⁸⁴⁷ Cf sur ce point l'analyse de V. Lewandowski, "Le contrat local de sécurité est-il un véritable contrat administratif ?", *DA* janvier 2002, p 9 – On peut aussi se référer à l'étude plus nuancée de C. Maugüé, "Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative – L'exemple des contrats locaux de sécurité", *AJDA* 1999, n° spécial, p 36.

Mont Blanc. Même si les requérants invoquaient l'impossibilité de déléguer par contrat des prérogatives de police, le juge constate que ces stipulations sont conclues en application d'une convention internationale à laquelle les autorités ne pouvaient déroger⁸⁴⁸. Il n'y a donc pas d'incompatibilité de nature entre le pouvoir de police et sa délégation par voie contractuelle. Une norme internationale peut notamment autoriser sa conclusion⁸⁴⁹.

De même en matière fiscale, le juge ne refuse pas systématiquement de qualifier de contrat les actes pris dans cette matière. On peut tout d'abord signaler la décision du Conseil constitutionnel en date du 19 juillet 1983⁸⁵⁰ refusant de déclarer inconstitutionnelle la loi approuvant la conclusion d'une convention entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie. Il précise que ces conventions "ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de restreindre l'exercice des compétences conférées au législateur par la Constitution".

La conclusion de contrats entre deux personnes publiques en matière de police et de fiscalité serait donc possible à partir du moment où la norme supérieure – à savoir le plus souvent la loi – l'autorise ou du moins ne l'interdit pas⁸⁵¹.

Cependant, peut-on en déduire que les textes peuvent autoriser de la même façon la conclusion de contrats dans le cadre des relations entre personnes publiques et privées ?

En matière fiscale, l'analyse des textes révèle que des actes conventionnels peuvent être passés entre l'administration et les contribuables. Ainsi, l'article 1649 *octies* du Code général des impôts prévoit certes que les contrats relatifs à l'exonération fiscale sont de nul effet mais uniquement s'ils n'ont pas reçu "l'agrément préalable du ministre des finances ou de ses représentants et pour autant qu'ils n'aient pas été ratifiés par le parlement". De même, différents articles du Livre de procédures fiscales reconnaissent à l'administration

⁸⁴⁸ CE 28 avril 2004 *Association pour le respect du site du Mont Blanc et autres, Contrats et Marchés publics* 2004, n°151, note J-P. Pietri.

⁸⁴⁹ On observe une certaine ambiguïté dans le raisonnement du juge. En effet, il constate que la règle selon laquelle "une autorité de police ne peut légalement déléguer par contrat les prérogatives de police qui lui appartiennent" ne s'applique pas en l'espèce du fait des dispositions de la norme internationale. Le juge se place donc implicitement sur le terrain contractuel en admettant que la convention pouvait être conclue. Or, avant d'examiner la légalité de la stipulation en cause (article 11 de la convention); il a du déterminer si le recours était recevable ou non et donc qualifier la clause de contractuelle ou de réglementaire. Il constate qu'elle appartient à la seconde catégorie; il ne se situe donc pas sur le terrain contractuel mais réglementaire. Comment expliquer cette différence ?

En affirmant que la délégation s'effectue par le biais d'une clause réglementaire incluse dans un acte dans son ensemble conventionnel, le juge marque sa réticence à faire cohabiter les notions de police et de contrat.

⁸⁵⁰ Conseil constitutionnel, décision n°83-160 DC du 19 juillet 1983, *AJDA* 1984, p 28, note Jarnevic.

⁸⁵¹ Outre les domaines cités, D. Pouyaud affirme que les contrats relatifs à l'organisation des services publics, "sont valables entre personnes publiques car le législateur les a autorisés", "Contrats entre personnes publiques", *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc 675, p 15.

fiscale et au contribuable le pouvoir de transiger⁸⁵² relativement aux sanctions applicables en matière de contributions indirectes notamment⁸⁵³. Ni les textes du Code général des impôts ni ceux du Livre de procédures fiscales ne précisent quelle est la nature juridique de cette transaction. Cependant, la doctrine considère majoritairement que la transaction fiscale est un contrat⁸⁵⁴. De même, selon Christophe de la Mardière, "la jurisprudence ne laisse aucun doute quant à la nature contractuelle"⁸⁵⁵ de cet acte.

Certes, les textes autorisent de manière exceptionnelle la conclusion de contrats⁸⁵⁶. Cependant, est-ce qu'à l'inverse, des dispositions textuelles posent comme principe l'interdiction de recourir au contrat ?

La prohibition est indirecte puisqu'elle résulte de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁸⁵⁷ relative à l'égalité des citoyens devant l'impôt⁸⁵⁸. De plus, même si l'article 1649 octies du Code général des impôts autorise la conclusion de contrat, le début de cet article pose un principe d'interdiction.

Au regard de ces différents points, la classification proposée par André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé apparaît faussée. Ces derniers avaient en effet intégré le droit fiscal parmi les matières échappant au contrat par leur nature. Etant donné que ce

⁸⁵² En vertu de l'article 2044 du Code civil, "La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître".

⁸⁵³ Cf sur ce point l'article L 249 du Livre des procédures fiscales.

⁸⁵⁴ Le Commissaire du gouvernement M. Bissara dans ses conclusions sur l'arrêt du 28 septembre 1983 *Société Etablissements Prévost*, *Rec*, p 377 cite différents auteurs admettant une telle nature tels R. Renateau, *La transaction en matière de contributions indirectes*, thèse, Nancy, 1933 ou bien J-M Auby, "La transaction en matière administrative", *AJDA* 1956, I, p 1. Pour G. Morange, en revanche, le Conseil d'Etat aurait reconnu dans un arrêt du 18 mars 1946, *Sieur X*, *Rec*, p 87, que la transaction intervenant en matière fiscale n'a aucune nature contractuelle, "La nature juridique des actes d'imposition", *RSLF* 1950, p 547.

⁸⁵⁵ C de la Mardière, *Recours pour excès de pouvoir et le contentieux administratif de l'impôt*, *op. cit.*, p 108. L'auteur se réfère à un arrêt du Conseil d'Etat en date du 28 septembre 1983 *Société Etablissements Prévost*, *Rec*, p 377, concl Bissara – *LPA* 1984, n°40, p 12, note P. Terneyre – *RJF* 1983, 11, p 1398. La référence à un tel arrêt peut surprendre étant donné que la question de la nature contractuelle n'est pas des plus explicite. En effet, à aucun moment le mot "contrat" n'est utilisé par le juge pour désigner la transaction fiscale. De plus, l'unique référence dans l'arrêt au terme de "convention" apparaît entre guillemets.

⁸⁵⁶ Théoriquement, seul un texte pourrait autoriser l'administration et les contribuables à passer un contrat dans le domaine fiscal. Or, la Cour de cassation a admis une telle conclusion sans qu'un texte le prévoit dans un arrêt en date du 14 juin 1946 *Administration de l'enregistrement C/ Société Brasserie Argentine Quilniès*, *D* 1947, J, p 425, note G. Morange – *JCP G* 1946, II, 3297, note J.G.L – *RSLF* 1947, p 121, note Chrétien. Selon cet arrêt, "la détermination de la valeur des biens servant à l'assiette de l'impôt, opération qui est l'œuvre des parties, est susceptible de faire l'objet d'une convention entre les redevables et la Régie". Cet arrêt presque unanimement condamné par la doctrine publiciste est davantage un accident qu'un arrêt de principe.

⁸⁵⁷ Selon cet article, "pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés".

⁸⁵⁸ Ce principe a aussi été mis en avant par les auteurs pour contester la constitutionnalité des agréments fiscaux. Cf par exemple G. Champagne, *Les sanctions de l'inexécution des décisions administratives concertées à caractère économique*, *op. cit.*, p 65 – De même, D. Pouyaud constate que "le législateur autorise souvent les agréments fiscaux ce qui a souvent échappé à la censure en l'absence de contrôle systématique de la constitutionnalité des lois", *La nullité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p 214.

sont en réalité les textes qui interdisent ou autorisent la conclusion de contrat, c'est "par l'effet de la loi"⁸⁵⁹ que cette matière est soustraite au contrat.

Si la situation semble claire en droit fiscal, qu'en est-il en matière de police administrative? Des textes prohibent-ils la passation contrat et autorisent-ils de manière dérogatoire le recours à celui-ci dans le cadre des relations entre personnes publiques et privées ?

Aucune norme constitutionnelle n'indique que le pouvoir de police ne peut faire l'objet d'un contrat. De ce fait, et même si aucune application positive n'existe⁸⁶⁰, le législateur peut tout à fait prévoir qu'un contrat passé entre l'administration et une personne privée confie à cette dernière des compétences de police⁸⁶¹. Etant donné que la loi n'a jamais prévu de tels contrats on en a déduit à tort que les autorités administratives étaient soumises à un principe situé en dehors du droit positif excluant le contrat du fait de la nature de l'activité de police. Le juge semble admettre, dans quelques décisions, que la prohibition ne dérive pas de la nature de l'activité. Ainsi, dans l'arrêt du 8 mars 1985 *Association les Amis de la terre*⁸⁶², le juge se réfère à l'intention du législateur et non à la nature de l'activité. En effet, le Conseil d'Etat prend appui sur les lois du 19 décembre 1917 et du 19 juillet 1976 pour affirmer que les établissements classés sont "soumis à un pouvoir de police exercé par voie de décisions unilatérales". De même, le jugement du tribunal administratif de Versailles en date du 17 janvier 1986 *Commissaire de la République de Seine-et-Marne*⁸⁶³ est rédigé de manière non équivoque. Il précise en effet "qu'en l'absence de texte législatif l'y autorisant, il est impossible à l'administration de

⁸⁵⁹ A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé admettent dans leurs développements que la loi peut porter atteinte au principe interdisant les discriminations et avantages consentis en matière fiscale. Dans un souci de cohérence, il affirme néanmoins que les actes dérogatoires ne prennent pas la forme d'un contrat. Le principe de prohibition semble donc sauf. Cependant, l'existence de la transaction semble mettre à mal la logique de sa démonstration. Il ne nie pas la nature contractuelle de cet acte mais il atténue sa portée en affirmant qu'elle "ne concerne que les pénalités, jamais la perception des droits simples", *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 50. De même, ces auteurs semblaient avoir pris en quelque sorte les devants car en guise d'introduction à l'un des développements relatifs aux "matières échappant au contrat par leur nature", ils précisent que dans certains cas "les justifications de la soustraction au contrat ne valent et ne jouent effectivement que pour certains aspects de la matière; plutôt que de matières, il vaudrait mieux alors parler d'objets échappant au contrat". Ainsi, ils admettent implicitement que la prohibition découlant de la nature même de l'activité est fragile.

⁸⁶⁰ Le Conseil constitutionnel a par exemple constaté dans sa décision n°92-307 DC du 25 février 1992 que la loi examinée ne confère pas "au transporteur un pouvoir de police aux lieux et place de la puissance publique".

⁸⁶¹ D. Truchet évoque cette possibilité et imagine "une loi qui autoriserait une certaine contractualisation de la police (...): croit-on que le juge administratif ne s'inclinerait pas ?", "Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés", *op. cit.*, p 191. De la même façon, G. Braibant dans ses conclusions sur l'arrêt du 2 mars 1973 affirme à propos notamment de la prohibition du contrat en matière de police que "seule une loi pourrait faire échec à ces principes", *op. cit.*, p 324.

⁸⁶² *Op. cit.*

conclure une convention portant sur l'exercice de ses pouvoirs de police générale". C'est d'ailleurs sur cet argument que se fonde Franck Moderne pour justifier l'absence de nature contractuelle des actes de libération des prix. Il souligne que "l'ordonnance de 1945, ni aucune autre disposition législative, ne permet l'utilisation de procédures contractuelles en matière de prix (...)"⁸⁶⁴.

Concernant les activités régaliennes, si les autorités supérieures à l'administration – le plus souvent le législateur – semblent déterminer par voie textuelle de quelles façons doivent s'exercer telles ou telles compétences, est-on face au même principe concernant les actes ayant un lien avec le pouvoir réglementaire ? Il est difficile d'apporter une réponse précise à cause notamment du contenu ambigu de certaines dispositions textuelles. Par cette analyse, on a pu se rendre compte que cette imprécision quant à l'autorisation ou à l'interdiction de recourir au contrat touche aussi les textes relatifs aux matières régaliennes. Or, ces imprécisions qui se manifestent de différentes façons, ne sont pas sans poser certains problèmes.

§ 2: Le contenu des textes source d'incertitudes

Le contenu d'un texte ne peut servir dans certains cas de point d'appui pour déterminer quelle sera la nature juridique de l'acte visé par ce texte et ce pour deux raisons. Soit les termes employés par les auteurs du texte sont imprécis (A) soit les textes sont silencieux (B).

A – L'indétermination des textes

⁸⁶³ Rec, p 303

Même si nous aurons l'occasion de revenir plus en détail sur des notions telles que la "convention" ou le "protocole d'accord" dans la suite de notre étude, un constat s'impose. Ces expressions apparaissent fréquemment dans la rédaction des textes de loi alors que le terme de "contrat" est beaucoup plus rare⁸⁶⁵. Afin de justifier cette affirmation, on peut se référer aux différents articles du Code de la Sécurité sociale concernant les conventions conclues entre les syndicats de praticiens, les établissements à caractère médical et les caisses d'assurance maladie. Il en est de même dans l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986 relatif à l'utilisation du domaine public hertzien, de l'article 26 de la loi du 2 mars 1982 sur les conventions passées entre le préfet et le président du conseil général etc. Cette liste n'est pas exhaustive. En évitant d'utiliser le terme de "contrat", l'auteur du texte semble laisser une certaine marge d'appréciation à l'administration mais surtout au juge quant à la qualification de la nature juridique de ce type d'accord. La convention n'est pas forcément synonyme de contrat. Certes, le Conseil d'Etat précise, dans l'arrêt du 31 mars 1989 *Département de la Moselle*⁸⁶⁶, que la convention à laquelle il est fait référence dans l'article 26 de la loi du 2 mars 1982 est bien un contrat administratif⁸⁶⁷. Mais il ressort des arrêts analysés dans le titre premier que bien souvent les conventions prévues par le législateur sont en réalité des actes unilatéraux. Tel est le cas par exemple des conventions intervenant en matière sanitaire et sociale.

Compte tenu de l'absence de précisions des textes, on ne peut donc s'appuyer sur leurs dispositions pour qualifier juridiquement l'acte en cause. Il faut déterminer quelle est la véritable intention du législateur. Néanmoins, peut-on aisément mettre à jour les volontés du législateur lorsqu'il n'est fait référence qu'au terme de convention ?

On a vu à propos des conventions conclues en vertu de l'article 26 de la loi du 2 mars 1982 que le Commissaire du gouvernement Marc Fornacciarri refusait de requalifier la convention en acte unilatéral car cela "irait à l'encontre de la volonté du législateur, telle qu'elle ressort de travaux préparatoires très clairs"⁸⁶⁸. Le Conseil d'Etat l'a suivi sur ce point. Cependant, le juge administratif semble avoir une conception très fluctuante des

⁸⁶⁴ F. Moderne, note sur CE 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, *op. cit.*, p 378.

⁸⁶⁵ D. Truchet affirme que le législateur est parfois précis en "soulignant la qualification contractuelle qu'il impose à l'accord de volontés". Il cite notamment l'article 1 du Code des marchés publics qualifiant expressément ces derniers de contrat ou bien l'article 12 de la loi du 29 juillet 1982 indiquant que les contrats de plan "sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles", "Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés", *op. cit.*, p 189.

⁸⁶⁶ *Op. cit.*

⁸⁶⁷ Il en est de même dans l'arrêt du 14 janvier 1998 *Syndicat départemental Interco 35 CFDT* où le juge refuse de requalifier expressément la convention constitutive d'une agence régionale d'hospitalisation en acte unilatéral. Il s'agirait d'un contrat administratif.

intentions de cette autorité. Ainsi, certains auteurs tels Xavier Prétot ont fait remarquer à propos de l'arrêt du 10 juin 1994 *Confédération française des syndicats de biologistes et autres*⁸⁶⁹ que la solution de cet arrêt est des plus critiquable en ce qu'elle fait "peu de cas (...) de la volonté de législateur: le Conseil se résout à requalifier *contra legem* un acte institué par la loi dont la qualification contractuelle répondait pourtant à une volonté politique clairement établie quant aux relations entre l'assurance maladie et les professions de santé"⁸⁷⁰. Une remarque similaire a été faite concernant les conventions régissant le prix des médicaments remboursables⁸⁷¹. Le juge aurait donc été à l'encontre du législateur en interprétant les dispositions des textes comme prohibant implicitement le contrat au bénéfice de l'acte unilatéral.

Cependant, le juge a-t-il réellement opéré une requalification *contra legem* dans ses différents cas ? Rien n'est moins sûr. En effet, le Conseil d'Etat veille à respecter la hiérarchie des normes et René Chapus a déterminé quelle était la place de cette juridiction au sein de celle-ci. Elle se situe à un niveau infralégislatif⁸⁷². De ce fait, le Conseil d'Etat est soumis aux dispositions de la loi tout du moins tant que cette dernière n'entre pas en conflit avec une norme internationale ou communautaire écrite⁸⁷³.

Ainsi, dans les hypothèses précitées, le juge opère bien une requalification si on se base simplement sur les termes employés dans les textes. D'une convention ou d'un protocole d'accord, on passe à un acte unilatéral. Cependant, et au-delà des apparences, il faut bien voir qu'aucun élément précis ne permet d'affirmer que les auteurs des textes ont entendu le terme de convention comme synonyme de contrat. Il ne peut donc s'agir d'une requalification *contra legem*. Tout dépendra de quelle façon les juges, les Commissaires du gouvernement interpréteront notamment ce terme de "convention" contenu dans tel ou tel texte.

⁸⁶⁸ Concl sur CE 31 mars 1989 *Département de la Moselle*, *op. cit.*, p 468.

⁸⁶⁹ *Op. cit.*

⁸⁷⁰ Note sur CE 10 juin 1994 *Confédération française des syndicats de biologistes et autres*, *D* 1995, SC, p 31.

⁸⁷¹ J. Peigné a fait remarquer que requalifier "une convention expressément prévue par la loi au motif d'une incompétence du contrat en matière de prix, reviendrait à faire peu de cas de la volonté expresse du législateur (le terme impératif "est fixé par convention" étant particulièrement révélateur de ce point de vue)", "Les conventions régissant le prix des médicaments remboursables", *op. cit.*, p 199.

⁸⁷² Cf l'article de R. Chapus, "De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles en droit administratif", *D* 1966, chron, p 100.

⁸⁷³ Par l'arrêt *Nicolo* en date du 20 octobre 1989, *Rec*, p 190, concl P. Frydman, le juge administratif s'est reconnu la possibilité de déclarer par voie d'exception une loi incompatible avec un texte de droit communautaire qui lui est antérieur.

Dans ses conclusions sur l'arrêt du 10 juin 1994 *Confédération française des syndicats de biologistes et autres*⁸⁷⁴, le Commissaire du gouvernement Gilles Le Chatelier envisageait de prendre strictement en compte le contenu du texte. Selon lui, "le terme même d'«accord» semble bien refléter le souhait du législateur de recourir à la méthode contractuelle. Si les travaux préparatoires de la loi du 31 juillet 1991 sont très peu nourris sur question particulière, ils paraissent tout de même traduire une volonté de mettre en place ici un dispositif purement conventionnel"⁸⁷⁵. Néanmoins, et comme on l'a vu, il estime que différents arguments justifient l'adoption d'une autre solution. L'accord a notamment un contenu et des effets réglementaires.

Dans d'autres hypothèses, et alors même que les termes d'accord, de convention ne sont pas employés par les rédacteurs du texte, la présence d'indices permet malgré tout à certains auteurs de déterminer quelle est la nature juridique de l'acte. Ainsi, Christian-Albert Garbar souligne, s'agissant des conventions d'objectif et de gestion, que la qualification contractuelle résulte des dispositions de l'ordonnance les instituant⁸⁷⁶. Il est simplement mentionné que ces conventions comportent "des engagements réciproques des signataires". Ces quelques mots suffisent, selon cet auteur, pour affirmer que les actes en cause doivent être intégrés dans la catégorie des contrats. Le fait de se baser sur ces seuls éléments peut sembler discutable étant donné, comme on l'a vu, que de nombreux actes administratifs unilatéraux négociés comportent aussi des engagements réciproques des différents participants. D'ailleurs, le juge tendrait à requalifier ces conventions en actes unilatéraux réglementaires. Le Conseil d'Etat va-t-il vraiment à l'encontre de la volonté du législateur ? Cela paraît peu probable car rien n'indique qu'il ait voulu conférer à ces actes la nature de contrats.

La situation serait différente si le juge requalifiait en acte unilatéral un accord dont la nature contractuelle ressortait expressément des textes ou d'une intention non équivoque du législateur. Mais peut-on affirmer de manière catégorique que de telles requalifications n'existent pas ? Ne se retrouve-t-on pas face à une telle hypothèse dans le cadre de la jurisprudence relative au recrutement d'agents publics non titulaires ?

Les dispositions de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 révèlent que le législateur autorise la conclusion de contrats. En effet, cet article prévoit que "des emplois

⁸⁷⁴ *Op. cit.*

⁸⁷⁵ Concl sur CE 10 juin 1994 *Confédération française des syndicats de biologistes et autres*, *op. cit.*, p 649

permanents peuvent être occupés par des agents contractuels dans les mêmes cas et selon les mêmes conditions de durée que ceux applicables aux agents de l'Etat". Or, on a pu voir dans l'arrêt du 30 octobre 1998 *Ville de Lisieux*⁸⁷⁷, que le Conseil d'Etat opère une requalification implicite et habile. Même si dans l'arrêt en cause le juge utilise le terme de "contrat" pour désigner l'acte contesté et ce afin de ne pas contredire ouvertement le législateur, le raisonnement du juge démontre que l'acte n'a que les apparences du contrat. Il se rapproche davantage de l'acte unilatéral⁸⁷⁸. Ce ne serait pas la première fois que le juge administratif parviendrait à contourner des dispositions législatives. Il y a notamment recours concernant les qualifications relatives aux services publics industriels et commerciaux⁸⁷⁹.

Comme on peut le constater il semble difficile de dégager une cohérence d'ensemble de cette jurisprudence. L'emploi du terme de "convention"... peut, aux yeux du juge, être considéré comme un synonyme de contrat ou d'acte unilatéral.

B – Le silence des textes

Certes, comme on vient de le voir, les textes peuvent contenir des termes assez proches de ceux de contrat, mais dans certains cas, ces textes peuvent être totalement muets et selon certains auteurs un tel silence ne signifie pas nécessairement une prohibition du contrat. Des divergences doctrinales existent sur ce point. Ainsi, Frédéric Rolin a dégagé de l'arrêt en date du 20 mars 1996 *Commune de Saint-Céré*⁸⁸⁰, le principe selon lequel "lorsqu'aucun texte n'opère la qualification de l'acte en cause, l'autonomie de

⁸⁷⁶ C-A. Garbar, "Les conventions d'objectifs et de gestion: nouvel avatar du « contractualisme »", *op. cit.*, p 818.

⁸⁷⁷ *Op. cit.*

⁸⁷⁸ L. Richer affirme que "le contrat de recrutement est proche de l'acte de nomination du fonctionnaire, qui n'a été qualifié de contrat qu'à titre exceptionnel par l'arrêt *Winkell* (CE 7 août 1909)", *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p 617. De même, B. Seiller souligne que le recours pour excès de pouvoir n'est "jamais recevable que lorsqu'il est dirigé contre des décisions administratives". Il existe néanmoins trois dérogations. L'une d'entre elles "tient compte de la nature de l'essence plus unilatérale – « légale et réglementaire » – que contractuelle des contrats par lesquels sont recrutés certains agents publics", *Droit administratif – L'action administrative*, p 202.

⁸⁷⁹ B. Seiller constate que le juge veille à ce que les qualifications de services publics industriels et commerciaux ne soient pas abusives et il "se reconnaît ce droit de regard même à l'égard des lois. Pour ne pas remettre en cause le principe selon lequel il n'en est pas le censeur, il procède à une subtile distinction entre les qualifications de l'organe gestionnaire et de l'activité exercée. Lorsque cette dernière ne correspond pas au classement décidé par le législateur, il considère que celui-ci ne s'est prononcé que sur l'organe. Il ne respecte alors la qualification légale que pour les litiges d'ordre institutionnel. En cas de litige lié à l'activité du service, il se reconnaît en revanche le droit de négliger la détermination légale puisqu'elle ne porte, selon lui, que sur l'aspect organique.", *Droit administratif – L'action administrative*, *id.*, p 46.

⁸⁸⁰ DA 1996, n°307.

la volonté des auteurs de cet acte est susceptible de s'y substituer⁸⁸¹. Cela signifie que pour régler leurs rapports, les parties sont libres de choisir un acte de nature unilatérale ou contractuelle. A l'inverse, Laurent Richer après avoir constaté que les contrats analysés ci-dessus sont illégaux du fait de l'incompétence des signataires, souligne qu'une objection peut être soulevée. Dans le silence des textes "la compétence pour contracter n'est pas exclue"⁸⁸². On appliquerait ainsi la règle "qui ne dit mot consent". Il répond que "la compétence pour contracter, comme la compétence pour prendre une décision unilatérale suppose une habilitation"⁸⁸³. L'administration ne pourrait donc, selon cet auteur, choisir librement la nature de l'acte. Elle doit se référer aux dispositions textuelles. Or, cela oblige parfois à analyser précisément les termes. Ainsi, il arrive fréquemment que le recours au contrat ne soit pas expressément prohibé par le texte mais soit révélé par l'emploi de certains mots. Ainsi, André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé affirment que "la soustraction d'une matière au contrat par l'effet de la loi peut (...) résulter indirectement des dispositions de celle-ci. Il arrive en effet que ces dispositions prévoient l'emploi par les autorités administratives, dans tel ou tel domaine, de procédés d'action unilatéraux sans proscrire expressément le recours au contrat"⁸⁸⁴. L'arrêt en date du 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*⁸⁸⁵ en constitue un bon exemple. En effet, une convention avait été passée entre l'Etat et les établissements d'enseignement privé concernant notamment le versement de différentes aides. Or, si la prohibition du contrat n'apparaît pas explicitement dans les différents textes applicables, certains indices textuels tendent à prouver que seuls des actes unilatéraux peuvent être édictés soit en l'espèce des décrets ou arrêtés ministériels.

Retrouve-t-on des indices similaires dans le cadre des actes unilatéraux négociés ?

Prenons tout d'abord le cas de l'urbanisme et plus spécifiquement l'analyse d'Etienne Fatôme. Après avoir intégré cette matière parmi les activités de police, il constate que "les pouvoirs de décision de l'administration en matière d'urbanisme font partie de ce que les auteurs du *Traité élémentaire des contrats administratifs* ont appelé, à juste titre, « les matières soustraites au contrat par l'effet de la loi »"⁸⁸⁶. Cependant, l'exclusion du contrat

⁸⁸¹ F. Rolin, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, thèse, Paris II, 1997, p 233.

⁸⁸² L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p 55.

⁸⁸³ *Ibid.*

⁸⁸⁴ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 52.

⁸⁸⁵ *Op. cit.*

⁸⁸⁶ E. Fatôme, "L'urbanisme contractuel", *op. cit.*, p 65.

n'apparaît pas expressément dans les textes. Etienne Fatôme ne peut que le déduire de différentes dispositions.

En matière de réglementation des prix, l'ordonnance du 30 juin 1945 n'indique pas clairement que des actes administratifs unilatéraux doivent être adoptés. Il est précisé que les décisions relatives aux prix sont édictées au moyen d'un arrêté et, comme l'affirment André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, "ces règles ne sauraient être établies par voie de contrats conclus par l'administration avec les organisations professionnelles"⁸⁸⁷. La position de ces auteurs peut sembler contradictoire étant donné que, dans leur analyse des matières échappant par nature au contrat, ils ont inclus, comme on l'a dit, la police administrative. En revanche, ils intègrent la police des prix dans les matières soustraites au contrat par l'effet de la loi. Certes, on pourrait affirmer que ce domaine de la police échappe au contrat à la fois de par sa nature et de par détermination de la loi. Cependant, si la nature même d'une matière constituait un fondement sûr d'exclusion du contrat, quel serait l'intérêt de préciser qu'elle y échappe en plus en vertu de la loi ? Cela tend à démontrer que seul ce second fondement dispose d'une solide assise.

Néanmoins, comme on l'a dit, les dispositions textuelles ne sont pas aussi claires qu'il n'y paraît étant donné que l'expression "acte unilatéral" n'est pas mentionnée.

Outre, ce système de libération des prix, les textes régissant les autres domaines dans lesquels des requalifications interviennent, sont tout aussi vagues.

Ainsi, en matière de domanialité publique, la loi de 1986 ne prohibe pas expressément le recours au contrat ou n'utilise pas l'expression d'acte unilatéral. Le législateur prévoit l'édition d'une autorisation pour l'utilisation du réseau hertzien. Or, Didier Truchet fait remarquer que "la qualification unilatérale s'impose évidemment chaque fois que le législateur a employé les termes « autorisation »..."⁸⁸⁸, la passation de contrats est donc implicitement interdite par cette autorité. Le même raisonnement semble pouvoir s'appliquer aux permis de construire⁸⁸⁹. La situation est beaucoup plus floue en ce qui concerne le cahier des charges des Tuileries et différents actes d'urbanisme tels que le cahier des lotissements ou les actes relatifs à la ZAC. En effet, on ne retrouve pas les quelques indices textuels précités permettant d'affirmer que seuls des actes unilatéraux peuvent être adoptés.

⁸⁸⁷ A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 53.

⁸⁸⁸ D. Truchet, "Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés", *op. cit.*, p 190.

⁸⁸⁹ D. Truchet, souligne que le terme "permis" tout comme celui d'autorisation impose la qualification unilatérale de l'acte, *ibid.* Cela expliquerait donc pour quelle raison le juge refuse de requalifier les pactes sur décisions futures.

Peut-on en déduire que lorsque les dispositions législatives n'interdisent pas expressément le recours au contrat pour les activités juridiques de police⁸⁹⁰, le juge requalifiera plus facilement l'accord passé en acte unilatéral. A l'inverse, le juge refuserait de requalifier et déclarerait l'acte dépourvu de toute valeur juridique lorsque les textes sont plus précis.

Il ressort de la jurisprudence que cette déduction n'est pas recevable. En effet, dans les hypothèses de non requalification, on observe que ces textes revêtent de la même façon un caractère imprécis. Ainsi, dans l'arrêt du 8 mars 1985 *Les Amis de la terre* ni la loi du 19 décembre 1917 ni celle du 19 juillet 1976, n'emploient l'expression "acte unilatéral" pour désigner la nature des décisions devant être prises⁸⁹¹. A l'inverse, concernant le cahier des charges des Tuileries, aucun texte ne prévoit expressément que ce document doit être de nature unilatérale.

Si l'existence d'un texte prohibant ou autorisant de manière dérogatoire le recours au contrat n'apparaît pas à lui seul déterminant tout du moins en matière de police, il a au moins l'avantage de démontrer que les matières dites "régaliennes" n'échappent pas au contrat par leur nature. Néanmoins, et malgré les quelques rares exemples d'incohérences jurisprudentielles, il semble possible d'affirmer que la prohibition textuelle explicite ou implicite du contrat pourrait en partie justifier le recours à la technique de requalification. Mais ce critère ne permet pas d'expliquer, par exemple, pour quelle raison le juge privilégie dans certains cas le recours à la requalification plutôt que la déclaration de nullité ou d'absence de valeur juridique de l'accord. De ce fait, il semble nécessaire de s'intéresser au contenu même des accords et à leurs incidences.

⁸⁹⁰ On se situe uniquement dans le cadre des activités juridiques et non des activités matérielles car pour ces dernières, la position du Conseil d'Etat est différente. Celui-ci a notamment admis dans un arrêt en date du 19 février 1988 *SARL Pore Gestion*, Rec, p 77 concernant une activité matérielle de police qu'aucune "disposition législative ou principe général du droit ne faisait... obstacle à ce que lesdites sociétés s'engagent par contrat à indemniser la commune des prestations supplémentaires qui lui étaient imposées". Alors même que les textes sont silencieux sur ce point, le juge n'opère pas de requalification et admet la validité du contrat.

⁸⁹¹ De la même façon, dans l'arrêt du 29 décembre 1997 *Commune d'Ostricourt*, op. cit., le juge se fonde sur des textes ne prohibant pas expressément le contrat pour déclarer un tel acte illégal. En effet, il résultait en l'espèce "des dispositions de la loi du 12 juillet 1983 éclairées par les travaux préparatoires que les sociétés régies par ces dispositions ne peuvent se voir confier des tâches de surveillance de la voie publique, lesquelles conformément aux dispositions précitées du Code des communes, relèvent, dans les communes, de la police municipale".

Section 2

La protection simultanée d'intérêts distincts par la technique de requalification

Lorsque le juge administratif requalifie un acte ayant toutes les apparences d'un contrat, il renforce d'une certaine manière la place du juge de l'excès de pouvoir au détriment du juge de plein contentieux (§ 1). Néanmoins, l'usage de la technique de requalification n'est pas uniquement justifié par la nécessité de préserver l'influence de ce juge de l'excès de pouvoir. Il y est recouru afin de légitimer en quelque sorte ces nouvelles formes d'action de l'administration. Grâce à cette technique, les intérêts de l'administration sont protégés car l'acte n'est pas annulé. En outre, cela démontre que le juge incite d'une certaine façon le législateur ou d'autres autorités à intégrer plus fréquemment les administrés dans le processus décisionnel. En cela, la requalification protège les intérêts de ces administrés (§ 2).

§ 1: Une technique élargissant efficacement le champ d'application du recours pour excès de pouvoir

On ne peut apprécier cet élargissement qu'en effectuant une comparaison avec d'autres procédés marquant l'intrusion du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle. Ainsi, il est nécessaire de comparer le déféré préfectoral à la technique de requalification (A) et de voir quels sont les rapports entre cette dernière technique et la théorie des actes détachables (B).

A – La technique de requalification au regard du déféré préfectoral

Selon l'arrêt en date du 17 février 1950 *Dame Lamotte*, le recours pour excès de pouvoir se définit comme "le recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte

administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité"⁸⁹².

S'il n'est pas utile de revenir sur toutes les règles régissant le fonctionnement d'un tel recours, il semble nécessaire de s'arrêter sur la nature des actes susceptibles d'être contestés par cette voie. Dans l'arrêt précité apparaît seulement l'expression "acte administratif". La doctrine a longtemps considéré que cette expression renvoyait à l'acte unilatéral. Or, cette assimilation est des plus contestable. Le contrat administratif entre lui aussi dans cette catégorie des "actes administratifs". Il serait donc plus juste d'affirmer comme le font Jean-Marie Auby et Roland Drago que le recours pour excès de pouvoir tend "à l'annulation d'une décision administrative"⁸⁹³. Cette expression fait davantage ressortir la nature unilatérale de l'acte.

Si le recours pour excès de pouvoir et l'acte unilatéral entretiennent des liens étroits, qu'en est-il de ce même recours et du contrat administratif ?

Selon Joëlle Lefoulon, "si, durant la majeure partie du XIX^{ème} siècle, les contrats conclus par l'administration furent considérés comme de nature à être déferés au contrôle du juge de la régularité, à partir de 1884, lorsque s'élabore la distinction des contentieux, le Conseil d'Etat élimine progressivement le contrat du contentieux de l'excès de pouvoir, pour ne plus l'admettre que dans le cadre de celui de la pleine juridiction"⁸⁹⁴.

Seuls les actes administratifs unilatéraux peuvent donc être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir⁸⁹⁵. Le Conseil d'Etat semble appliquer à la lettre ce principe car à l'occasion d'un tel recours formé à l'encontre d'une convention, il fait remarquer "qu'en raison de son caractère contractuel cette convention ne constitue pas un acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir"⁸⁹⁶.

Comme tout principe, celui-ci souffre quelques exceptions ou tout du moins quelques aménagements d'origine textuelle voire jurisprudentielle mais d'inégale importance. Il va donc être intéressant de confronter ces différentes exceptions ou aménagements à la technique de requalification.

⁸⁹² Rec, p 110 – RDP 1951, p 478, concl J. Delvolvé, note M. Waline.

⁸⁹³ J-M Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 130.

⁸⁹⁴ J. Lefoulon, "Contribution à l'étude de la distinction des contentieux – Le problème de la compétence du juge du contrat en matière administrative", *AJDA* 1976, p 396.

⁸⁹⁵ Dans ce développement, on part du principe selon lequel un acte de nature contractuelle ne peut être déferé au juge de l'excès de pouvoir. Nous aurons l'occasion de voir au cours de la seconde partie et ce dans le cadre analyse théorique globale des actes administratifs, les liens très étroits qui unissent la nature juridique de l'acte et le type de recours exercé.

⁸⁹⁶ CE 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, *op. cit.*

La loi du 2 mars 1982 modifiée notamment par celle du 22 juillet de la même année⁸⁹⁷ a mis en place un recours spécifique exercé par le préfet à l'encontre des actes des collectivités locales. Il s'agit du déféré préfectoral. A ce stade, une précision s'impose. Comme l'indique René Chapus, "ni la dénomination, ni les particularités du déféré ne doivent provoquer d'erreur, quant à sa nature. Il s'agit bien d'un recours pour excès de pouvoir"⁸⁹⁸. Le problème de la nature du déféré n'aurait pu être que secondaire si la loi précitée n'avait pas prévu que la légalité de certaines "conventions" transmises obligatoirement au préfet pouvait être contestée par la voie de ce recours⁸⁹⁹. Les arrêts du Conseil d'Etat en date du 2 novembre 1988 *Commissaire de la République des Hauts-de-Seine C/ OPHLM de Malakoff*⁹⁰⁰ et du 26 juillet 1991 *Commune de Sainte-Marie*⁹⁰¹ mettent en pratique ces dispositions.

De par cette loi et la jurisprudence qui l'applique, le juge de l'excès de pouvoir voit ses pouvoirs augmentés. Il peut en effet annuler certains contrats ce qu'il n'a théoriquement pas la possibilité de faire en temps normal.

Là où grâce à la technique de requalification le juge maintient le lien existant entre la nature unilatérale de l'acte et le recours pour excès de pouvoir, une véritable dissociation apparaît dans le cadre du déféré préfectoral. Un acte contractuel peut faire l'objet d'un tel recours. Il pourrait paraître contestable de comparer les techniques de requalification et du déféré. La seconde ayant notamment un fondement textuel des plus explicite ce qui n'est pas vraiment le cas pour la première. De ce fait, le juge administratif doit théoriquement s'en tenir aux dispositions contenues dans les textes et accepter d'examiner les contrats lorsqu'un déféré est formé à leur encontre. Mais il faut bien voir que le juge a tenté de contourner la loi.

⁸⁹⁷ Leurs dispositions sont aujourd'hui codifiées aux articles L 2131-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

⁸⁹⁸ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 12^{ème} édition, 2006, p 210. Cet auteur précise que le Conseil d'Etat a explicitement établi l'équivalence entre le déféré et le recours pour excès de pouvoir notamment dans l'arrêt du 27 février 1987 *Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante C/ Mme Pistol*, *Rec*, p 80 – *AJDA* 1987, p 418, obs X. Prétot – *RFDA* 1987, p 212, concl B. Stirn.

⁸⁹⁹ L'actuel article L 2131-2 al 4 du Code général des collectivités territoriales prévoit que peuvent être déférées "les conventions relatives aux marchés « à, l'exception des marchés passés sans formalité préalable en raison de leur montant, » et aux emprunts ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux".

⁹⁰⁰ *Rec*, p 659.

⁹⁰¹ *Rec*, p 302 – *AJDA* 1991, p 693, chron C. Maugüé et R. Schwartz – *RFDA* 1991, p 966, concl H. Legal – *LPA* 29 mai 1992, p 10, note M-C Rouault.

Dans l'arrêt du 13 janvier 1988 *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*⁹⁰², l'acte contesté était bel et bien un contrat obligatoirement soumis à transmission. Afin de maintenir la jurisprudence classique en vertu de laquelle un contrat ne peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, il se devait d'admettre que le recours n'était pas formé contre le contrat mais contre un acte détachable: la décision de signer le contrat. Comme l'indique le Commissaire du gouvernement M. Roux, lorsqu'un contrat fait l'objet d'un tel recours, le juge requalifie "couramment de tels pourvois en conclusions contre la décision de le signer"⁹⁰³. Cette jurisprudence n'est plus d'actualité car depuis l'arrêt du 2 novembre 1988 *Commissaire de la République des Hauts-de-Seine C/ OPHLM de Malakoff*⁹⁰⁴ le Conseil d'Etat admet que le contrat peut être déféré au juge et annulé par ce dernier⁹⁰⁵.

Que ce soit dans le cadre des actes unilatéraux négociés ou de cet arrêt du 13 janvier 1988, l'usage de la requalification peut être justifié par la volonté du juge de maintenir l'association entre la nature unilatérale de l'acte et l'exercice du recours pour excès de pouvoir. Néanmoins, dans cet arrêt *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*, les effets de la requalification sont limités car cette technique n'atteint pas la nature même de l'acte contesté mais uniquement les conclusions présentées par le préfet. En déclarant que le recours est dirigé non contre le contrat mais contre un acte détachable de celui-ci, le principe de recevabilité exclusive du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes unilatéraux est sauf.

On peut parvenir à la même conclusion si on examine d'autres arrêts. Cependant, la démarche diffère. En effet, avant que ne soit rendu l'arrêt du 4 novembre 1994 *Département de la Sarthe*⁹⁰⁶, le juge a été amené à utiliser la requalification d'une autre manière. Ainsi, dans l'arrêt du 24 avril 1985 *Département de l'Eure C/ Pinauld*⁹⁰⁷, le contrat d'engagement d'un agent public local faisait l'objet d'un déféré. Or, le juge considère que "le contrat attaqué contenait une décision individuelle relative à la

⁹⁰² *Rec*, p 6, concl M. Roux – *AJDA* 1988, p 160 et p 142, chron MM Azibert et de Boisdeffre – *RDP* 1988, p 853, note F. Llorens – *RFDA* 1988, p 282, concl M. Roux – *DS* 1989, p 66, note J-P. Négrin – *LPA* 18 juillet 1988, p 19, note M. Gouaud.

⁹⁰³ M. Roux, concl sur CE 13 janvier 1988 *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*, *Rec*, p 11.

⁹⁰⁴ *Op. cit.*

⁹⁰⁵ La même solution s'applique aux contrats non obligatoirement soumis à transmission. Cf CE 4 novembre 1994 *Département de la Sarthe*, *Rec*, p 1109 – *AJDA* 1994, p 898, concl C. Maugüé – *DA* 1994, n°640, obs C. M.

⁹⁰⁶ *Ibid.*

⁹⁰⁷ *Rec*, p 118 – *RDP* 1985, p 1687, note J-M. Auby.

nomination d'un agent du département qui pouvait être déférée au tribunal administratif par le Commissaire de la République".

En l'espèce, la requalification ne concerne pas simplement les conclusions présentées par le requérant mais bel et bien l'acte. Néanmoins, la rédaction apparaît surprenante si on la compare aux autres hypothèses de requalification. En effet, alors qu'en matière de prix la requalification concerne l'acte dans son intégralité, on a l'impression, dans cet arrêt de 1985, que seul le contenu de l'acte est requalifié comme si le juge restait attaché à la forme contractuelle de l'acte⁹⁰⁸. Ainsi, on pourrait être tenté de dire que le juge fait une nouvelle application de la théorie des actes détachables. Le contenu même du contrat serait un acte unilatéral détachable de ce dernier justifiant ainsi la recevabilité du recours pour excès de pouvoir⁹⁰⁹. Cependant, cette déduction n'a aucun sens car cela voudrait dire que tous les contrats passés par l'administration ne sont finalement que des actes administratifs unilatéraux. Comment peut-on alors interpréter cet arrêt si on ne peut faire application de la théorie des actes détachables ?

Il faut bien voir que le "contrat" en cause intervient dans le domaine particulier du recrutement des agents non titulaires de l'administration, domaine dans lequel on a pu voir que les accords passés se rapprochent davantage de l'acte unilatéral que du contrat⁹¹⁰. Il s'agirait donc bien d'une requalification de l'acte dans son ensemble. D'ailleurs, selon Didier Truchet, il résulte des dispositions de cet arrêt de 1985 que la Haute juridiction "a dû procéder à une requalification"⁹¹¹.

En assimilant le déféré préfectoral au recours pour excès de pouvoir, le juge s'était donc trouvé face à un dilemme. Soit il appliquait strictement les dispositions de la loi posant la recevabilité de ce recours contre une convention et dans ce cas était mis à mal la

⁹⁰⁸ D. Pouyaud affirme d'ailleurs à propos de cet arrêt que la décision individuelle relative à la nomination de l'agent que contiennent les contrats d'engagement d'agents publics fait "partie des actes nécessairement transmis au représentant de l'Etat. Dès lors, le Conseil d'Etat a jugé que le contrat lui-même pouvait être déféré par le préfet au tribunal administratif", *La nullité des contrats administratifs, op. cit.*, p 519. Cette dernière affirmation semble au premier abord contestable car si on prend strictement les termes de l'arrêt, il apparaît que c'est bien la décision et elle seule qui est déférée au tribunal (l'adjectif "déféré" se terminant bien par un "e" dans le texte). Néanmoins, il s'agit vraisemblablement d'une fiction. L'acte réellement déféré est bien le contrat.

⁹⁰⁹ Une telle analyse pourrait être basée sur les dispositions de l'arrêt du 30 janvier 1987 *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine C/ Commune de Rheu, RFDA* 1987, p 221, note J-C. Douence. Le juge utilise la même formule que dans l'arrêt du 24 avril 1985 à savoir que le contrat de location du logement "contenait une décision du maire de Rheu". Cependant, comme l'indique J-C. Douence, "la décision n'a pas trait à l'objet du contrat et n'est pas identifiable dans une de ses clauses. C'est tout simplement la décision de conclure le contrat que le maire a pris par délégation du conseil municipal", *id.*, p 222.

⁹¹⁰ Dans l'arrêt *Ville de Lisieux* du 30 octobre 1998, le Conseil d'Etat admet la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'un contrat relatif à l'engagement d'un agent non titulaire. Il est intéressant de constater que dans l'une des deux espèces (req n°14 9663), le préfet utilise la voie du déféré pour contester la légalité de ce type de contrat. Le Conseil d'Etat déclare d'ailleurs ce déféré recevable et confirme l'annulation de l'acte.

cohérence de sa jurisprudence fermement établie associant le recours pour excès de pouvoir à l'acte unilatéral. Soit, il usait de la technique de requalification et préservait ainsi la spécificité du recours pour excès de pouvoir mais allait à l'encontre de la loi qui avait admis l'utilisation du déferé à l'encontre de certaines conventions. Comme on a pu le voir, il a préféré opter, dans un premier temps, pour la seconde solution. Le juge ne cherchait donc pas à étendre le champ d'application du recours pour excès de pouvoir mais plutôt à préserver ce qu'il avait construit depuis la fin du XIX^{ème} siècle. Cependant, cette jurisprudence ne pouvait être maintenue car en affirmant que le recours formé contre un contrat est en fait dirigé contre un de ses actes détachables, le juge tente très clairement de s'opposer aux dispositions législatives.

Cette technique du déferé préfectoral permet d'étendre le champ d'application du recours pour excès de pouvoir, mais il faut bien voir le nombre d'actes concernés est relativement limité. La requalification, quant à elle, permet une extension beaucoup étendue car les actes visés interviennent dans des domaines très variés. En outre cette dernière, et à l'inverse du déferé, permet de maintenir un lien étroit entre la nature unilatérale de l'acte et l'admission de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

Qu'en est-il de la théorie des actes détachables ?

B – La technique de requalification face à la théorie des actes détachables

Il apparaît que le juge poursuit le même but lorsqu'il utilise la requalification ou se réfère à la théorie des actes détachables (1). Néanmoins, le procédé de la requalification est doté d'avantages supérieurs à cette dernière théorie (2).

1 – La poursuite d'un but identique dans les deux cas

Si le législateur a créé une entorse au principe de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, le juge administratif a lui aussi opéré quelques aménagements en dehors de l'hypothèse du déferé préfectoral. On pense notamment à la

⁹¹¹ D. Truchet, "Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés", *op. cit.*, p 195.

théorie des actes détachables, qui, au même titre que la requalification, a permis d'intégrer une partie du contentieux contractuel dans le recours pour excès de pouvoir.

Différents types d'actes unilatéraux entrent dans la sphère contractuelle. Ainsi, on distingue d'un côté les actes préalables à la passation du contrat tels que certaines délibérations ou l'acte même de passation de ce contrat, et de l'autre les actes relatifs à l'exécution et à la fin du contrat. Jusqu'au début du XX^{ème} siècle, le principe, résumé par le Commissaire du gouvernement David, était le suivant: "les actes de tutelle administrative lorsqu'ils ont été précédés ou suivis des contrats qu'ils approuvent ou qu'ils autorisent ne peuvent être détachés de ces contrats qu'ils complètent et dans lesquels ils se confondent, pour être annulés directement (...) par le Conseil d'Etat"⁹¹². S'appliquait donc, pour reprendre les termes du Commissaire du gouvernement Romieu, la "théorie de l'incorporation au contrat des actes administratifs"⁹¹³.

La formulation de telles règles amène à faire le constat suivant: le Conseil d'Etat adoptait une démarche tout à fait différente de celle utilisée aujourd'hui. En effet, alors qu'à l'heure actuelle c'est l'acte conventionnel qui peut dans certains cas s'incorporer dans un acte unilatéral, la situation était inversée à la fin du XIX^{ème} siècle et ce afin de maintenir une certaine unité dans le contentieux contractuel et ainsi privilégier le juge de plein contentieux. Cependant, l'arrêt *Martin*⁹¹⁴ en date du 4 août 1905 va marquer une certaine rupture⁹¹⁵. La Haute juridiction va déclarer recevable le recours pour excès de pouvoir formé contre un acte détachable. Il suit de ce fait les conclusions de M. Romieu. Celui-ci constate que les juges ont de plus en plus tendance dans les arrêts récents "à détacher l'acte administratif du contrat proprement dit afin de permettre de remplacer le circuit de la question préjudicielle par le recours direct pour excès de pouvoir"⁹¹⁶.

L'émergence d'une telle théorie paraissait parfaitement justifiable au regard des caractères spécifiques du recours pour excès de pouvoir et du recours de pleine juridiction. Ainsi, on constate notamment que toute personne ayant un intérêt suffisant peut exercer un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'un acte unilatéral alors que seules les parties au contrat peuvent former un recours de plein contentieux à son encontre. Cela signifie que les personnes extérieures au contrat n'ont la possibilité de contester ce dernier ni par la

⁹¹² Romieu, concl sur CE 2 mars 1877 *Institut catholique de Lille*, Rec, p 224.

⁹¹³ Romieu, concl sur CE 4 août 1905 *Martin*, Rec, p 749. Dans cette citation, l'expression "actes administratifs" renvoie aux actes unilatéraux antérieurs à la passation du contrat.

⁹¹⁴ Rec, p 749, concl Romieu – D 1907, III, p 49, concl Romieu.

⁹¹⁵ Il faut préciser que dès l'arrêt *Commune de Gorre* en date du 11 décembre 1903, Rec, p 770 – S. 1906, III, p 49, note M. Hauriou, le Conseil d'Etat a implicitement admis que les cocontractants seuls pouvaient attaquer les actes détachables du contrat.

voie du recours de plein contentieux ni par la voie du recours pour excès de pouvoir étant donné la nature contractuelle et non unilatérale de l'acte. Elles ne disposent donc d'aucune voie de recours contre un contrat.

Comme on peut le constater, la théorie des actes détachables permet d'atténuer une telle règle en permettant à ces personnes d'exercer un recours pour excès de pouvoir qui certes n'est pas dirigé contre le contrat mais contre des actes unilatéraux insérés dans le processus contractuel. Ainsi, les propos de Romieu éclairés par ceux de Claude-Albert Colliard prennent tout leur sens car comme l'indique ce dernier, "ce ne sont point des motifs purement juridiques qui sont invoqués par le Commissaire du gouvernement pour demander le renversement de la tradition mais l'intérêt du justiciable qui apparaît comme le motif principal"⁹¹⁷.

2 – La technique de requalification dotée d'avantages supérieurs par rapport à la théorie des actes détachables

Si on compare la théorie des actes détachables et la technique de requalification sur ce problème de la recevabilité des recours, que peut-on faire apparaître ?

La requalification permet-elle aussi à des personnes pour qui l'exercice d'un recours de plein contentieux serait impossible si l'acte était de nature contractuelle, de pouvoir contester la légalité de l'acte requalifié ?

La théorie des actes détachables offre certes aux personnes extérieures au contrat la possibilité de contester la légalité de certains actes unilatéraux ainsi que le contrat de manière indirecte⁹¹⁸, mais son usage semble aussi justifié par la volonté d'élargir le champ d'action du juge de l'excès de pouvoir. En effet, Raphaël Alibert affirmait au cours des années vingt que "le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction tendent à se confondre", "le premier tend à absorber le second et devient pour ce motif le procédé essentiel de contrôle juridictionnel en matière administrative"⁹¹⁹. Il s'appuie sur différents arguments pour prouver son assertion. Au début du XX^{ème} siècle, le Conseil d'Etat a notamment admis, comme on l'a vu, la recevabilité du recours pour excès de

⁹¹⁶ *Rec*, p 749.

⁹¹⁷ C-A Colliard, "La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", in *Mélanges A. Mestre*, Sirey, 1956, p 119.

⁹¹⁸ La jurisprudence admet que l'illégalité du contrat lui-même peut être invoquée pour faire annuler un acte détachable; cf notamment les arrêts du Conseil d'Etat en date du 12 juillet 1918 *Lefebvre*, *Rec*, p 698 et du 7 février 1936 *Département de la Creuse*, *Rec*, p 171 – *D* 1937, III, p 23, note Blavoet.

pouvoir à l'encontre des actes détachables du contrat et la possibilité d'examiner la légalité des clauses contractuelles à l'occasion de ce recours.

Cette logique d'absorption du recours de plein contentieux par le recours pour excès de pouvoir justifie donc à l'heure actuelle l'usage de la technique de requalification puisqu'en refusant de qualifier de contrat l'acte contesté, il soumet ce dernier au juge de l'excès de pouvoir.

Comme on le voit, l'utilisation de la théorie des actes détachables et de la requalification semblent justifiées par les mêmes éléments. Mais alors une question essentielle se pose. Pour quelle raison le juge préfère parfois recourir à la requalification plutôt qu'à la théorie des actes détachables si ces deux instruments marquent de façon similaire cette volonté d'absorption du recours de plein contentieux et l'élargissement des possibilités de recours ? Il ressort de la section précédente que certains éléments empêchent l'administration de passer des contrats dans quelques domaines. De ce fait et logiquement, la théorie des actes détachables du contrat ne pourrait dans ce cas être appliquée. Cependant, on a pu démontrer que les arguments avancés pour justifier l'impossibilité de contracter manquaient de solidité.

Il apparaît en réalité que l'utilisation de la technique de requalification apparaît sur plusieurs points plus avantageuse que la théorie des actes détachables.

On peut reprocher à cette dernière théorie de faire cohabiter l'acte unilatéral et le contrat. En effet, si des actes unilatéraux peuvent être détachés du contrat *stricto sensu*, celui-ci conserve sa nature d'acte contractuel ce qui n'est pas sans poser quelques problèmes. Jean-Marie Auby et Roland Drago avait énoncé les conditions d'application de la théorie des actes détachables. Selon eux, si l'acte constitue un élément essentiel du contrat, "il ne saurait en être détaché sans méconnaître la règle instituant la voie de droit particulière. La détachabilité pourra être, au contraire, admise si l'acte n'occupe qu'une place accessoire dans ce contentieux, s'il n'en constitue pas l'objet principal"⁹²⁰. Il ressort de la jurisprudence que le juge n'a pas appliqué strictement cette règle. Il a en effet considéré que l'acte de passation du contrat est détachable de ce dernier⁹²¹ alors que comme l'indiquent André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, "la décision de passer le contrat ne se distingue pas formellement de la signature donnée par l'autorité

⁹¹⁹ R. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926, pp 35 et ss.

⁹²⁰ J-M Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 149.

⁹²¹ Cf notamment les arrêts du Conseil d'Etat du 9 novembre 1934 *Chambre de commerce de Tamatave*, Rec, p 1034 et du 7 février 1936 *Département de la Creuse*, *op. cit.*

administrative au contrat"⁹²². Jean Gourdou et Philippe Terneyre vont plus loin car pour eux "il y a de l'absurdité à consacrer comme détachable un acte qui ne l'est manifestement pas"⁹²³. Les risques de confusion entre le contrat et les actes détachables à savoir des actes unilatéraux sont donc relativement élevés provoquant par la même des confusions quant à la distinction des pouvoirs dévolus aux juges de plein contentieux et de l'excès de pouvoir⁹²⁴.

Mis à part cet aspect, l'application de cette théorie des actes détachables peut sembler pour partie incohérente. En effet, elle ne s'applique pas à tous les actes unilatéraux entrant dans la sphère contractuelle. Afin de déterminer si un acte est ou non détachable, le juge fait dans certains cas appel à une méthode dite "subjective". Ainsi, selon cette méthode, "l'acte est considéré comme détachable et le recours pour excès de pouvoir est recevable si le requérant ne peut trouver dans le contentieux relevant de l'autre juridiction le moyen de résoudre le litige dans des conditions semblables à celles que lui aurait procurées l'exercice du recours pour excès de pouvoir"⁹²⁵. Le juge utilise ce mode de détermination concernant les actes postérieurs à la conclusion du contrat. Ainsi, les personnes extérieures au contrat peuvent exercer un recours pour excès de pouvoir contre ces actes⁹²⁶ alors que les parties ne peuvent l'intenter⁹²⁷. L'exception de recours parallèle empêche que les actes soient considérés comme détachables à l'égard de ces derniers.

En revanche, pour les actes préalables à la conclusion du contrat et à la passation de ce dernier, le juge use de la méthode "objective" c'est-à-dire que "le caractère détachable ou non détachable des actes, et, partant la recevabilité du recours pour excès de pouvoir est affirmé à l'égard de tous sans qu'il y ait lieu de considérer la situation des requérants vis-à-vis du contentieux dont il s'agit"⁹²⁸.

On peut donc déduire de ces différentes conceptions que les actes postérieurs à la conclusion du contrat sont détachables uniquement pour les personnes extérieures alors

⁹²² A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 2, *op. cit.*, p 1041.

⁹²³ J. Gourdou et P. Terneyre, "Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle", *op. cit.*, p 255.

⁹²⁴ La possibilité pour le juge de l'excès de pouvoir d'examiner lors d'un recours contre un acte détachable, si le contrat est entaché de certains vices, amplifie ce risque de confusion.

⁹²⁵ J-M Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 146.

⁹²⁶ Concernant par exemple le refus de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exécution du contrat, cf CE 21 décembre 1906 *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Séguey-Tivoli*, *Rec*, p 962, concl Romieu – D 1907, III, p 41, concl Romieu – S 1907, III, p 33, note M. Hauriou. Concernant la décision résiliant le contrat, cf CE 2 février 1987 *Société TV6*, *Rec*, p 29 – *RFDA* 1987, p 29, concl M. Fornacciarri – *AJDA* 1987, p 314, chron MM. Azibert et Boisdeffre.

⁹²⁷ CE 9 décembre 1983 *Ville de Paris et Société des mobiliers urbains*, *Rec*, p 499, concl B. Genevois – *AJDA* 1984, p 82, chron .B. Lasserre et J-M. Delarue.

⁹²⁸ J-M Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, tome 2, *op. cit.*, pp 148-149.

que les actes préalables à cette conclusion ainsi que l'acte de passation sont détachables non seulement pour ces dernières mais aussi pour les parties.

Il ressort de l'examen des arrêts étudiés dans le titre premier que les personnes exerçant un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de ces actes requalifiés seraient assez souvent considérées comme des contractants si l'acte attaqué était considéré comme un contrat⁹²⁹. Cependant, il ne s'agit pas d'une règle absolue. Ainsi, dans l'arrêt *Valet* du 23 octobre 1974, le requérant n'est pas le groupement ayant pris part aux négociations (la confédération nationale de la boucherie française) mais une personne extérieure à l'accord. L'usage de la requalification serait donc bien justifié par la nécessité d'ouvrir davantage les possibilités de recours à certaines personnes.

Grâce à la requalification et à la consécration des actes administratifs unilatéraux négociés, les distinctions subtiles engendrées par l'application de la théorie des actes détachables n'ont plus lieu d'être. Des personnes qui n'auraient pas eu la possibilité de saisir le juge de l'excès de pouvoir si l'acte avait été qualifié de contrat se voient conférer la possibilité de le saisir grâce à la requalification. Ainsi, l'acte en tant que tel pourra faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par les personnes ayant participé à sa confection ainsi que des personnes extérieures⁹³⁰. Le champ d'action du juge de l'excès de pouvoir se trouve élargi de manière plus efficace grâce à la requalification. Cela permet notamment de pallier l'efficacité toute relative de la théorie des actes détachables due notamment à ses difficultés d'application.

En outre, il semble que les incidences de la théorie des actes détachables soient plus limitées que celles de la requalification. En effet, cette théorie des actes détachables a-t-elle des conséquences sur la nature juridique de l'acte ? En d'autres termes, la reconnaissance de la détachabilité de l'acte signifie-t-elle que le juge reconnaît en même temps la nature unilatérale de l'acte détaché ?

Ce n'est pas certain car le caractère détachable permet seulement d'admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir mais aucune requalification n'est opérée. La nature de l'acte principal à savoir le contrat ne s'en trouve pas modifiée. De même, l'acte considéré par le juge comme détachable n'est pas, avant cette reconnaissance, un acte contractuel. Il suffit pour s'en convaincre de se référer par exemple aux dispositions de l'arrêt du 6

⁹²⁹ Cf par exemple les arrêts dans lesquels sont contestés les actes d'utilisation du domaine public hertzien, CE 19 mars 2003 *Société Canal Antilles*, *op. cit.*

⁹³⁰ Le recours ne sera bien évidemment recevable que si ces personnes ont notamment un intérêt à agir.

novembre 1970 *SA touristique et hôtelière de la vallée du Lautaret*⁹³¹. Le juge précise que "la décision de résiliation" ne peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par une partie contractante; seul le recours le plein contentieux est possible. Bien que l'acte contesté soit "indétachable", il entre dans la catégorie des actes unilatéraux. L'usage du terme de "décision" le prouve très clairement.

On constate malgré tout que les propos de certains auteurs peuvent prêter à confusion. Denys de Béchillon observe que les personnes extérieures au contrat "peuvent attaquer les actes d'exécution de certaines clauses contractuelles, à condition qu'elles puissent s'analyser comme des actes unilatéraux à leur égard. C'est la "bizarrerie" juridique de l'arrêt *Ville de Paris* du 9 décembre 1983. Il s'agissait en l'espèce d'une décision de fixer les emplacements publicitaires en application d'un contrat de mobilier urbain. Intégrée au contrat, la mesure est donc de nature purement contractuelle au regard des cocontractants. Mais le Conseil d'Etat a admis le recours des tiers, tout simplement parce que ces derniers n'auraient, dans le cas inverse, jamais été mis à même de contester la mesure"⁹³². Les propos de cet auteur sont contestables car si on examine attentivement le contenu de cet arrêt du 9 décembre 1983, il apparaît qu'au regard des contractants, l'acte attaqué ne revêt pas une nature contractuelle mais bien unilatérale. En effet, le juge emploie pour désigner les actes en cause, le terme de "décision"⁹³³. Or, à l'égard des personnes extérieures, le juge qualifie ces actes d'"actes administratifs" ce qui tendrait à prouver qu'aux yeux du juge la nature diffère. Il est vrai que l'expression "actes administratifs" peut désigner différents types d'actes, mais la signification est en l'espèce univoque. Il s'agit d'actes unilatéraux.

Si la nature juridique des actes attaqués n'est en rien modifiée, il serait plus juste d'affirmer qu'au regard des contractants les actes unilatéraux étant intégrés dans la sphère contractuelle, ils ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Ces mêmes actes unilatéraux sont considérés comme détachés de cette sphère à l'égard des personnes extérieures au contrat.

La théorie des actes détachables révèle donc que certains actes unilatéraux décisifs sont insusceptibles de recours devant le juge de l'excès de pouvoir non en raison du caractère propre de ces actes, mais parce que les parties disposent d'une autre voie de recours à leur

⁹³¹ Rec, p 654 – *AJDA* 1971, p 105, concl M. Baudouin.

⁹³² D. de Béchillon, "Le contentieux administratif de l'annulation en matière contractuelle: une présentation graphique", *LPA* 14 mai 1990, p 19.

encontre. Cependant, le juge administratif se refuse à faire une application systématique de cette règle. Ainsi, il a admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir d'un cocontractant à l'encontre d'un acte d'exécution ou de résiliation du contrat⁹³⁴. Dans ce cas, le caractère intrinsèque du "contrat" justifie la détachabilité, à l'égard des contractants, des actes postérieurs à la conclusion de cet accord. Dans cette hypothèse, le juge ne fait pas appel à la méthode subjective mais objective pour déterminer ce caractère détachable.

Cette théorie des actes détachables ne favorise donc que partiellement les administrés extérieurs à l'accord. De plus, elle provoque des distinctions pour le moins complexes et contestables. La technique de requalification semble beaucoup plus simple d'utilisation puisqu'elle ne s'encombre pas – comme on la vu – de la différence entre les contractants et les personnes extérieures à l'acte quant à la recevabilité du recours.

En outre, les liens entre l'application de la théorie des actes détachables et l'annulation du contrat sont pour le moins distendus. Dans certains cas, le juge de l'excès de pouvoir ne peut apprécier la légalité du contrat. Il en est ainsi lorsque le contrat, dont l'acte administratif attaqué se détache, est de droit privé⁹³⁵. Il demeure cependant compétent pour examiner la légalité des actes administratifs détachables de ce contrat⁹³⁶.

La requalification semble permettre de contourner cet obstacle car on a pu voir, concernant notamment les conventions d'assurance chômage, que le juge administratif se montre de plus en plus audacieux en acceptant d'examiner la légalité de conventions réputées de droit privé.

De plus, l'annulation d'un acte détachable n'a que des conséquences très limitées sur le contrat lui-même. Ainsi, comme l'indiquent Denys de Béchillon et Philippe Terneyre, "le recours pour excès de pouvoir orienté contre un acte détachable ne doit produire aucun effet immédiat sur la pérennité de la convention, fût-elle parfaitement illégale et reconnue comme telle"⁹³⁷. Jean-Marie Auby estime de même que "la recevabilité du recours contre l'acte détachable (...) n'est qu'un palliatif nullement équivalent à ce que serait la

⁹³³ "Considérant que, si les décisions attaquées ont été prises par le préfet pour l'exécution de l'article 4 de la convention susmentionnée (...), et ne pouvaient de ce fait donner lieu, entre les parties à la convention, qu'à un contentieux d'ordre contractuel, elles s'analysent à l'égard des tiers comme des actes administratifs".

⁹³⁴ Comme on a pu le voir dans le titre premier, deux types de contrats semblent concernés. Les contrats liant l'ancien service des PTT aux usagers (cf CE 6 mai 1985 *Ministre chargé des PTT C/ Ricard*, *op. cit.*) et les contrats de recrutement d'agents publics non titulaires (cf CE 25 mai 1979 *Mme Rabut*, *op. cit.* et CE 9 juin 1979 *Mme Bourgeois*, *op. cit.*).

⁹³⁵ On peut se référer notamment à l'arrêt du 28 mars 1958 *Banque de l'Afrique occidentale*, *Rec*, p 203.

⁹³⁶ Cf par exemple CE 26 novembre 1954 *Syndicat de la raffinerie de Soufre français*, *Rec*, p 620 – D 1955, p 472, note G. Tixier – *RPDA* 1955, p 7, concl Mosset.

⁹³⁷ D. de Béchillon et P. Terneyre, "Contentieux des contrats administratifs", *op. cit.*, p 24.

recevabilité du recours contre le contrat et son éventuelle annulation⁹³⁸. Cela révélerait donc que les incidences d'une annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir sont relativement limitées. Alors qu'au moment de son apparition la théorie des actes détachables semblait favoriser le juge de l'excès de pouvoir, elle se retourne aujourd'hui en quelque sorte contre lui⁹³⁹.

Malgré les évolutions timides de la jurisprudence en 1993⁹⁴⁰ et 1994⁹⁴¹, le juge administratif n'a jamais admis que l'annulation d'un acte détachable entraîne automatiquement l'anéantissement juridique du contrat⁹⁴². Des auteurs tels André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé⁹⁴³ ou Prosper Weil ont critiqué cette jurisprudence. Ce dernier constate qu'il "y a une contradiction flagrante à exiger que le contrat soit entouré de nombreux actes unilatéraux tout en affirmant en même temps que l'annulation de ces derniers n'a aucune influence directe sur le contrat lui-même"⁹⁴⁴. Ainsi, il imagine qu'un jour les actes détachables "pourront faire l'objet d'un recours direct, et leur annulation entraînera automatiquement la chute du contrat, l'ensemble de l'opération contractuelle étant, en effet, mise à néant par l'annulation d'un seul de ses éléments. L'annulation des actes détachables perdrait ainsi le caractère platonique qu'elle a trop

⁹³⁸ J.-M. Auby, note sous CE 24 avril 1985 *Département de l'Eure C/ Pinault*, RDP 1985, p 1687.

⁹³⁹ Le Commissaire du gouvernement G. Le Chatelier se fonde sur les défauts de la théorie des actes détachables afin de justifier l'admission du caractère réglementaire de l'accord en cause dans l'arrêt du 10 juin 1994 *Confédération française des syndicats de biologistes et autres*. Ses propos sont les suivants: "si vous déniez toute valeur réglementaire à cet accord, les justiciables ne pourraient pas en obtenir l'annulation directe. Ils ne pourraient que contester la décision du ministre de conclure l'accord, tout en sachant que son annulation éventuelle serait en fait sans incidence sur les dispositions de l'accord", *op. cit.*, p 649.

⁹⁴⁰ CE 1^{er} octobre 1993 *Société Le Yacht-Club International de Bormes-les-Mimosas*, Rec, p 971 – AJDA 1993, p 180, concl M. Pochard – DA 1993, n°445, obs M. P – JCP G 1994, I, n°3736, chron E. Picard – RFDA 1994, p 248, note B. Pacteau. Le juge admet dans cet arrêt pour reprendre les propos de B. Pacteau qu'on "y voit le juge du contrat, alors qu'on ne la lui avait pas immédiatement demandée, opposer ultérieurement aux parties la nullité de leur convention en conséquence d'une précédente annulation d'excès de pouvoir d'un de ses actes préparatoires", RFDA 1994, p 250.

⁹⁴¹ CE 7 octobre 1994 *Epoux Lopez*, Rec, p 430, concl R. Schwartz – AJDA 1994, p 867, chron L. Touvet et J.-H. Stahl – RFDA 1994, p 1090, concl R. Schwartz, note D. Pouyaud. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat admet qu'une personne extérieure au contrat saisisse le juge administratif d'une demande d'astreinte contre l'administration afin que cette dernière soit contrainte de saisir le juge du contrat. Celui-ci devra tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable sur le contrat.

⁹⁴² Un arrêt récent du Conseil d'Etat en date du 10 décembre 2003 *Institut de recherche pour le développement*, BJCP 2004, p 136, concl D. Piveteau et obs R. S, confirme ce principe dans ces termes: "considérant que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat; qu'il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général".

⁹⁴³ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 2, *op. cit.*, pp 1051 et ss.

⁹⁴⁴ P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1952, p 121.

souvent et apporterait aux particuliers la protection effective qu'ils sont en droit d'en attendre"⁹⁴⁵.

De telles propositions ne sont pas faites par hasard. Etant donné que l'annulation des actes détachables n'entraîne pas la disparition automatique du contrat, il faut donc saisir le juge du contrat suite à l'annulation de ceux-ci, ce qui n'est pas sans inconvénients. Ainsi, les procédures contentieuses peuvent être multiples et complexes. Il se peut par exemple qu'après la saisine du juge de l'excès de pouvoir, il faille saisir le juge judiciaire du contrat. Outre les risques de divergences entre les deux ordres de juridiction, une telle jurisprudence est défavorable à l'administré qui se sent perdu face à ces subtilités contentieuses. Enfin, comme on l'a dit, étant donné que le juge de l'excès de pouvoir ne peut se prononcer sur l'ensemble du problème, sa prééminence s'en trouve amoindrie.

En 1988, Philippe Terneyre se posait la question de savoir si "l'attachement au cloisonnement des recours contentieux doit l'emporter sur l'intérêt des justiciables et le respect de la légalité au sens large ?"⁹⁴⁶. Si le juge demeure tellement attaché à la distinction entre les deux types de contentieux, on peut se demander si de par ses nombreux avantages, la technique de la requalification ne devrait pas prendre purement et simplement la place de la théorie de l'acte détachable.

A première vue, la réponse pourrait être positive car le champ d'application du recours pour excès de pouvoir s'en trouverait élargi à tous les niveaux. En effet, si on compare la technique de requalification et la théorie des actes détachables, la première favorise davantage ce juge de l'excès de pouvoir au détriment du juge de plein contentieux. Mais en plus, elle permet à ce même juge de l'excès de pouvoir d'empiéter sur les compétences du juge judiciaire.

Cependant, une telle solution semble irréaliste pour une raison très simple. En substituant la technique de requalification à la théorie des actes détachables, le juge risque, du même coup, de faire disparaître la catégorie des contrats administratifs. Finalement, même si ces deux instruments diffèrent, ils n'en sont pas moins complémentaires. Ainsi, la technique de requalification s'applique à des actes dont la qualification contractuelle est des plus

⁹⁴⁵ *Id.*, pp 206-207.

⁹⁴⁶ P. Terneyre, "Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs", *EDCE* 1988, n°39, p 74.

incertaine alors que la théorie des actes détachables est utilisée dans les hypothèses où la nature contractuelle ne pose aucune difficulté⁹⁴⁷.

De par la requalification d'un acte conventionnel en acte unilatéral, le juge, comme on l'a vu, protège les administrés étant donné que le recours pour excès de pouvoir est plus largement ouvert aux administrés que le recours de pleine juridiction. Si ce recours pour excès de pouvoir voit son champ d'application élargi cela signifie corrélativement que ce juge de l'excès de pouvoir gagne en puissance au détriment du juge de plein contentieux. La protection des administrés et la prééminence du juge de l'excès de pouvoir sont donc intimement liés. Cependant qu'en est-il de l'administration en tant que telle ? L'usage de la requalification peut-il être justifié par la nécessité de légitimer certaines pratiques des autorités administratives ?

§ 2: La requalification en tant qu'instrument de légitimation de ces nouveaux modes d'action

Lorsque le juge administratif face à un accord intervenant dans l'une des matières analysées précédemment, décide de le sanctionner⁹⁴⁸ ou bien de le requalifier en acte unilatéral négocié, cela prouve au moins une chose, il refuse dans les deux cas qu'un contrat soit conclu. Le fait de requalifier l'acte ne le fait pas disparaître de l'ordonnancement juridique. En usant de cette technique, le juge présume légal l'acte en cause (A). On peut donc en déduire que les juridictions administratives souhaitent véritablement que les administrés puissent participer à la prise de décisions (B).

A – La légalité présumée de l'acte requalifié

⁹⁴⁷ Il faut malgré tout relativiser ces propos car pour certains des actes analysés dans le titre premier dont la requalification est implicite et incertaine, tel est le cas par exemple des conventions liant les médecins aux organismes d'assurance maladie, le raisonnement du Commissaire du gouvernement C. Maugué est basé sur l'application de la théorie des actes détachables. En effet, elle affirme à propos de l'arrêt du 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres* que "vous statuez ici comme juge de l'excès de pouvoir ayant à connaître de l'acte détachable et non en qualité de juge du contrat", *op. cit.*, p 1201. En appliquant cette théorie, C. Maugué semble admettre que la convention est un acte contractuel alors qu'une telle qualification est contestable.

Le choix qui se présente au juge entre la déclaration de nullité de l'acte et la requalification doit notamment être rattaché aux risques majeurs de dérives que peuvent engendrer ces différentes sortes d'accords. Dans son analyse des actes normatifs bilatéraux en matière de police, Etienne Picard constatait que ces accords sont sanctionnés par le juge lorsqu'ils "ne procèdent pas d'une politique délibérée, pratiquée au vu et au su de tous, admise par l'opinion juridique dominante comme un procédé convenable de police dont chacun pourrait avoir vocation à bénéficier"⁹⁴⁹. Mis à part quelques hypothèses, on a pu constater qu'en droit de l'urbanisme, le juge ne recourt que très rarement à la requalification. En effet, outre l'absence d'autorisation textuelle permettant de recourir au contrat, il s'agit d'un domaine éminemment sensible de par les intérêts notamment financiers en jeu⁹⁵⁰. De ce fait et afin notamment d'éviter que des autorisations de complaisance ne soient délivrées, le juge préfère déclarer l'accord nul ou dépourvu de valeur juridique.

Outre ce risque, le raisonnement du juge administratif semble implicitement fondé sur la nature des vices entachant les actes. Si le vice est particulièrement grave, il refusera de requalifier l'accord en acte unilatéral. Ainsi, dans l'arrêt du 8 mars 1985 *Les Amis de la terre*⁹⁵¹, le Commissaire du gouvernement Pierre-Alain Jeanneney fait valoir pour justifier un tel refus qu'un vice de légalité externe et plus précisément d'incompétence entache les décisions prises⁹⁵². Eu égard à la gravité d'un tel vice, la requalification "ne vous dispenserait pas d'annuler pour incompétence les décisions du ministre puisque en cette matière le pouvoir réglementaire appartient normalement au ministre"⁹⁵³. La requalification n'aurait donc pas pour effet de "valider" l'accord. Une telle justification se rattache indirectement à la précédente.

De la même façon, il est possible de se référer aux propos d'Etienne Picard. Selon lui, si ces accords "constituent une pratique clandestine qu'une multitude d'autorités de police pourrait utiliser sans contrôle politique ou sans le contrôle juridictionnel puisse aisément

⁹⁴⁸ Cette sanction prendra la forme d'une déclaration de nullité ou de la constatation de l'absence de valeur juridique de l'accord.

⁹⁴⁹ E. Picard, *La notion de police administrative*, op. cit., p 762.

⁹⁵⁰ La même remarque peut s'appliquer au droit fiscal. De plus, on peut constater que dans l'arrêt du 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, op. cit., le juge administratif refuse de requalifier un contrat relatif notamment aux versement de diverses bourses et subventions à certains établissements d'enseignement privés, probablement là aussi par crainte de dérives.

⁹⁵¹ Op. cit.

⁹⁵² Etant donné que le recours pour excès de pouvoir n'est théoriquement pas recevable à l'encontre des actes conventionnels, les requérants demandent l'annulation des actes détachables de l'accord à savoir les actes décidant de conclure celui-ci. Or théoriquement, de par cette fiction, ce n'est pas l'accord en tant que tel qui se trouve entaché d'incompétence mais uniquement les actes préalable. En réalité, l'accord comporte lui aussi un tel vice.

s'exercer, ces accords ont, de fait, toutes les chances de couvrir quelque détournement de pouvoir ou quelque mesure de faveur. Il est donc de bonne politique jurisprudentielle de les sanctionner systématiquement"⁹⁵⁴.

Cela signifie que le juge refuse de requalifier les accords entachés d'un vice de légalité interne tels que le détournement de pouvoir. Ce dernier peut se définir comme "le fait pour une autorité administrative d'user de ses pouvoirs en vue d'un but autre que celui pour lequel ces pouvoirs lui ont été conférés"⁹⁵⁵.

Il est vrai que dans les arrêts ou jugements illustrant l'absence de recours à la requalification au bénéfice du prononcé d'une sanction, le terme précis de "détournement de pouvoir" n'apparaît pas. Cependant, comme l'indique Manuel Gros, "la jurisprudence fournit de nombreux exemples de détournement de pouvoir assurément constitués et sanctionnés uniquement par l'allusion à « l'excès de pouvoir » voire au manque de base légale sans plus de précision"⁹⁵⁶. Le juge applique ce principe mais de manière non systématique dans les hypothèses de délégation du pouvoir de police⁹⁵⁷. Dans un tel cas, les risques de dérives sont bien réels (utilisation des pouvoirs de police en vue de satisfaire les intérêts purement personnels de la personne délégataire...).

Concernant ce que la doctrine a désigné sous l'appellation de "pactes sur décisions futures", le juge préfère déclarer ces accords illégaux⁹⁵⁸ voire dépourvus de valeur juridique⁹⁵⁹ non pas en raison des risques de détournement de pouvoir mais tout simplement parce que l'administration a violé la norme supérieure en liant son pouvoir décisionnel⁹⁶⁰.

Dans le cadre de la requalification des actes conventionnels en actes unilatéraux négociés, on constate que les accords ne risquent pas d'être à l'origine d'excès de par notamment le contrôle direct ou indirect effectué par l'administration. Le contrôle de cette dernière est particulièrement visible lorsque les accords requalifiés sont accompagnés d'actes

⁹⁵³ *Op. cit.*, p 365.

⁹⁵⁴ E. Picard, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p 762.

⁹⁵⁵ P. Gonod, "Détournement de pouvoir et de procédure", *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, pp 1 et ss.

⁹⁵⁶ M. Gros, "Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir", *RDP* 1997, p 1244.

⁹⁵⁷ Cf par exemple l'arrêt du 17 juin 1932 *Ville de Castelnaudary*, *op. cit.*

⁹⁵⁸ CE 24 avril 1964 *Société des huileries de Chauny*, *Rec*, p 245, concl G. Braibant – *AJDA* 1964, p 318 et 297, chron MM Puybasset et Fourré – *D* 1964, p 579, note M. Fromont – *RDP* 1964, p 799, note M. Waline

⁹⁵⁹ CE 11 mai 1956 *Lesieur Afrique*, *AJDA* 1956, p 291.

⁹⁶⁰ Il ressort par exemple des dispositions de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris en date du 13 juin 1989 *Commune de Bois-d'Arcy*, *op. cit.*, que "la possibilité pour une collectivité locale d'accepter le versement d'une somme d'argent en échange de la mise en œuvre de ses propres compétences en matière d'urbanisme ne résulte d'aucune disposition légale applicable au cas d'espèce".

unilatéraux de l'administration tels qu'un agrément, une approbation. Ces différents accords ne sont donc pas entachés d'incompétence étant donné que l'administration dispose toujours du pouvoir de décision. Il n'est pas délégué.

Le seul partage de l'activité juridique entre l'administration détentrice du pouvoir et des personnes extérieures n'entache pas les actes de détournement de pouvoir. Le juge utilise donc la technique de requalification car les actes ne sont entachés d'aucun vice majeur que ce soit dans le cadre de l'exercice du pouvoir réglementaire, en matière de police économique, de domanialité publique, d'urbanisme ou de fiscalité. La requalification permet, en réalité, de résoudre le problème suivant: "une disposition légale en elle-même qui serait parfaitement régulière dans un acte unilatéral peut être illicite dans un contrat, uniquement en raison de la nature de cet acte"⁹⁶¹. Le Commissaire du gouvernement Guy Braibant adopte implicitement le même raisonnement puisqu'il affirme, concernant les accords de libération des prix, que "l'administration ne pouvait donc pas procéder par voie de contrat dans ce domaine, et elle ne l'a pas fait, malgré les apparences de son propre langage"⁹⁶².

Afin de maintenir une certaine cohérence, des précisions s'imposent. Il ressort de cette analyse qu'un lien est établi entre la prohibition du recours au contrat et l'utilisation de la technique de requalification. Mais il semble difficile d'affirmer que la requalification joue un rôle de régularisation s'agissant des conventions conclues entre les syndicats de praticiens et les caisses d'assurance maladie car le législateur ne prohibe pas le recours au procédé contractuel. On peut donc affirmer que ce lien entre requalification et régularisation ne s'applique pas à tous les actes administratifs unilatéraux négociés. Cet instrument permet aussi, comme on l'a vu, au juge de l'excès de pouvoir d'élargir son domaine d'action.

La requalification n'est pas la seule technique visant à empêcher l'annulation d'un acte. Jean-Jacques Israel souligne que le juge administratif dispose de nombreux instruments dits de "couverture" tels que la déclaration d'inopérance, la substitution de motifs en vue "d'écarter l'annulation d'un acte présentant apparemment une irrégularité de fond"⁹⁶³. Cependant, comme on peut le constater, il existe une différence importante entre ces

⁹⁶¹ D. Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, op. cit., p 371.

⁹⁶² Concl sur CE 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, op. cit., p 324.

⁹⁶³ J-J Israel, *La régularisation en droit administratif français – Etude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, Paris, LGDJ, 1981, p 95.

diverses techniques et la requalification. Cette dernière n'est pas utilisée en vue de corriger une "irrégularité de fond" mais une irrégularité relative à l'objet même de l'acte.

Outre cet aspect, peut-on établir un rapprochement entre la requalification et certaines techniques aux mains du législateur comme par exemple la validation législative⁹⁶⁴ ou la ratification ?

Le recours aux techniques de requalification et de validation permet dans les deux cas d'éviter une annulation. Cependant, la première ne s'applique que pour contourner le recours prohibé au contrat alors que la validation s'applique à toutes les illégalités. De plus, il est intéressant de voir que dans les deux hypothèses, une transformation s'opère. On a pu le vérifier à de nombreuses reprises concernant la requalification où la nature de l'acte change. Pour ce qui est des lois de validation, Jean Massot indique que celles-ci peuvent donner "rétroactivement valeur législative à un texte réglementaire dont la légalité paraît douteuse, notamment du fait de l'incompétence de son auteur"⁹⁶⁵.

Les effets de la transformation sont donc différents. D'un côté la nature même de l'acte est modifiée et de l'autre seule sa valeur se trouve affectée. En effet, la validation législative ne transforme pas un acte réglementaire en acte législatif. Seule la valeur de ce dernier lui est conférée. Il s'agit donc toujours formellement d'un acte administratif⁹⁶⁶. De même, dans l'hypothèse de validation par substitution⁹⁶⁷, c'est-à-dire lorsque le législateur substitue à l'acte administratif annulé, une disposition législative rétroactive identique par son contenu, aucune transformation de la nature de l'acte n'est opérée. La situation serait différente si l'acte administratif était toujours, au moment de l'adoption de la loi, dans l'ordonnancement juridique.

Finalement, il serait préférable d'utiliser la technique de requalification. Celle-ci a des effets bien plus importants que la validation législative. De plus, elle permet d'éviter le recours à la lourde procédure législative. En outre, l'usage de la requalification semble

⁹⁶⁴ Il s'agit selon J. Massot, d'une intervention du "législateur qui, par un texte modifiant rétroactivement l'état de droit, met un acte, ou une série d'actes administratifs, à l'abri d'un risque déterminé ou de tout risque d'annulation par le juge de l'excès de pouvoir", "Validation législative", *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, p 1.

⁹⁶⁵ *Id.*, p 2.

⁹⁶⁶ J.-M. Auby observe que "dans la validation, l'acte administratif ne reçoit pas le caractère législatif. Si son régime contentieux se trouve modifié et participe de celui de la loi, il conserve pour le reste la nature d'acte administratif. Il peut dès lors être modifié ou abrogé par l'autorité administrative compétente", "Sur une pratique excessive: les validations législatives", *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 1977, n°3-4, p 12.

⁹⁶⁷ Le Conseil constitutionnel a admis la validité de ce procédé dans une décision 83-159 DC du 19 juillet 1983.

beaucoup moins conditionné que celui de la validation⁹⁶⁸. Cela ne signifie pas que le recours à la première technique soit dépourvu de contraintes. Ainsi, le juge ne peut en faire usage que dans certains cas limités. En effet, les actes soumis à cette technique ne doivent pas être entachés d'une illégalité autre que celle portant sur leur objet. Cependant, ce principe n'est pas d'application générale si on en croit les propos de Dominique Pouyaud. Selon cet auteur, la requalification n'empêcherait pas d'annuler l'acte entaché d'un vice ne concernant pas l'objet même de celui-ci. Elle cite notamment l'hypothèse des "contrats fiscaux". Si "on les qualifie d'actes unilatéraux, ils ne sont vraisemblablement pas pour autant légaux, car d'une part la matière est législative et en outre ils mettent en échec le principe de l'égalité devant l'impôt"⁹⁶⁹. Le choix de cet exemple peut prêter à discussions étant donné que la loi elle-même prévoit dans de nombreux cas la délivrance de tels privilèges fiscaux. De plus, on ne peut attester qu'un tel privilège viole le principe d'égalité précité étant donné qu'il a été délivré en application d'une loi n'ayant pas été déclarée inconstitutionnelle⁹⁷⁰.

Il semble donc possible d'affirmer que le recours à la technique de requalification présume de la légalité de l'acte contesté. Par ce biais, le juge administratif établit un lien très étroit entre la validité de l'acte et sa nature⁹⁷¹ ou plutôt la nature de l'acte va être déduite de sa légalité. Cela signifie que le raisonnement du juge est inversé. En temps normal, il analyse dans un premier temps la nature de l'acte et dans un second temps sa légalité en lien avec son objet. Dans le cadre de la requalification, il examine implicitement tout d'abord cette légalité pour ensuite affirmer que l'acte ne doit pas être qualifié de contrat mais d'acte unilatéral. Le juge administratif est donc prêt à modifier la logique de son argumentation.⁹⁷².

⁹⁶⁸ Il ressort des décisions du Conseil constitutionnel que la validation législative doit non seulement respecter la séparation des pouvoirs mais aussi intervenir pour des raisons d'intérêt général et ne pas donner de caractère rétroactif aux sanctions pénales et administratives (décision n°19 DC du 22 juillet 1980).

⁹⁶⁹ D. Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, op. cit., p 373.

⁹⁷⁰ Cet état de fait est d'ailleurs admis par D. Pouyaud, *id.*, p 214.

⁹⁷¹ D. Pouyaud, dans un développement relatif à la "disqualification", affirme que par cette technique, "le juge parvient à rendre légal un acte dont la régularité initiale était douteuse. Il glisse du plan de la validité de l'acte à celui de sa nature, et la dénaturer de l'acte a pour effet de prévenir la nullité", *id.*, p 367.

⁹⁷² Le juge administratif adopte une démarche similaire concernant la détermination du caractère administratif ou privé de certains contrats mais dans un but bien différent. Ainsi, le juge déduit de l'existence d'un régime exorbitant du droit commun, l'administrativité du contrat passé par l'administration (cf notamment CE 19 janvier 1973 *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec, p 48 – CJEG 1973, p 239, concl M. Rougevin-Baville, note Carron – AJDA 1973, p 358, chron MM. Léger et Boyon – JCP G 1974, II, 17629, note A. Pellet – RA 1973, p 633, note P. Amselek.). R. Chapus affirme en effet que les contrats qualifiés d'administratifs en conséquence de leur régime "concrétisent un renversement de l'ordre normal des choses. Normalement le régime d'un contrat est la conséquence de sa qualification et c'est pour déterminer son régime qu'on entreprend de le qualifier. Mais on rencontre parfois des contrats dont on sait par avance qu'ils relèvent, par exemple, d'un régime de droit public. On partira alors de ce régime prédéfini pour conclure au caractère du contrat", *Droit administratif général*, tome 1, op. cit., p 567.

Comme on l'a dit, en utilisant la requalification, le juge refuse d'annuler un acte qui ne contient aucun vice rédhibitoire or une question essentielle se pose à ce stade du raisonnement. Pour quelle raison le juge tient-il à tous prix à sauver ce type d'accord ? Le juge administratif chercherait-t-il à légitimer une nouvelle forme d'action de l'administration ?

En qualifiant expressément ou implicitement d'unilatéral les actes en cause, les juridictions administratives ne font pas en soi preuve d'une grande audace étant donné que cette catégorie juridique existe depuis un certain temps. Cependant, la particularité réside dans le fait – comme on a pu le voir – que des administrés notamment, participent au processus décisionnel. Cela tend à démontrer que, selon le juge, le contrat ne constitue plus le seul instrument permettant de faire intervenir les administrés dans l'action administrative. Se trouverait ainsi pleinement concrétisée l'idée de Jacques Chevallier selon laquelle "La volonté des administrés de disposer d'une emprise sur les décisions qui les concernent rend caduque l'ancien mode de commandement autoritaire. Le résultat, c'est une crise évidente de l'idéologie de l'intérêt général, qui remplit moins bien sa fonction d'occultation, et la nécessité de trouver un autre principe de légitimation du pouvoir administratif (...). La participation paraît donc devoir remplacer l'intérêt général comme nouveau système de légitimation"⁹⁷³. Les actes administratifs unilatéraux négociés entrent donc bien dans cette logique⁹⁷⁴. Cependant, quel est le fondement de cette tendance d'origine jurisprudentielle visant à légitimer ces "nouvelles" formes d'action de l'administration ?

B – Une volonté de consécration de la participation des administrés à la prise de décisions

Il n'est pas utile de revenir sur la procédure consultative. Cette dernière est "pratiquée de manière unilatérale et dépourvue d'éléments de réciprocité, elle est souvent menée de façon telle qu'elle ne peut modifier le sens de la stratégie administrative"⁹⁷⁵.

⁹⁷³ J. Chevallier, "la participation dans l'administration française: discours et pratique (I)", *op. cit.*, pp 111-112.

⁹⁷⁴ J. Chevallier fait d'ailleurs implicitement allusion à ce type particulier d'acte lorsqu'il affirme que "la recherche par l'administration de l'adhésion des groupes sociaux rétroagit inévitablement sur le contenu même de l'action administrative (...). La décision autonome se transforme en décision négociée.", *id.*, p 105.

⁹⁷⁵ J. Chevallier, D. Lochak, *Science administrative – L'administration comme organisation et système d'action*, *op. cit.*, p 632.

En revanche, des dispositions textuelles de nature diverses ont prévu de faire participer effectivement les administrés au processus décisionnel mais de manière relativement limitée. Le contenu de la loi du 27 février 2002 est d'ailleurs symptomatique sur ce point. Cette loi, relative à la démocratie de proximité, énonce à son article 132⁹⁷⁶, les caractéristiques du principe de participation. Il s'agit d'un principe "selon lequel chacun a accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses, et le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire". Le membre de phrase suivant: "est associé au processus d'élaboration des projets" est intéressant si on le compare à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée à Aarhus le 25 juin 1998⁹⁷⁷ ainsi qu'au projet de loi initial. L'article 6§3 de cette convention prévoit que "pour les différentes étapes de la procédure de participation du public, il est prévu des délais raisonnables (...) pour que le public se prépare et participe effectivement aux travaux tout au long du processus décisionnel en matière d'environnement". La première version de l'article 132 du projet de loi concevait le principe de participation comme une association du public à "l'élaboration des décisions".

Si le contenu du projet de loi et de la convention sont quasiment similaires, il n'en est pas de même de la version définitive du texte de loi. Le législateur est resté en retrait. En effet, il ne prévoit pas que le public est associé à l'élaboration des décisions. Son intervention est seulement prévue au moment de l'élaboration des projets. Daniel Hoeffel dans son rapport relatif à cette loi de 2002, précise qu'il est nécessaire "de bien marquer la différence entre le temps de la concertation et le temps de la décision"⁹⁷⁸. Le législateur refuse donc d'admettre non pas que les administrés puissent prendre des décisions administratives – les personnes privées ont la faculté depuis plusieurs décennies d'édicter de tels actes – mais que l'édiction même d'une telle décision soit partagée entre d'une part l'administration et d'autre part les administrés. Cependant, comme l'indique clairement Dominique Maillard Desgrées du Loû, "la loi ne contient rien d'incompatible avec ce qui, dans la convention, est en rapport avec son objet. On peut facilement soutenir que la participation à l'élaboration des grands projets est une participation au processus d'élaboration des

⁹⁷⁶ Cet article modifie l'article L 110-1, II, alinéa 4 du Code de l'environnement.

⁹⁷⁷ Cette convention est entrée en vigueur en France le 6 octobre 2002.

⁹⁷⁸ Rapport D. Hoeffel, Doc Sénat 2001-2002, n°156, p 4 09.

décisions sur ces projets, les projets n'étant élaborés qu'en vue d'une décision"⁹⁷⁹. Cette remarque est à nuancer car même si la rédaction de l'article L 121-9 du Code de l'environnement issue de la loi de 2002 semble entretenir une certaine confusion⁹⁸⁰, le législateur a malgré tout souhaité se démarquer de la convention d'Aarhus en distinguant l'élaboration des projets et la prise de décision.

La participation telle qu'elle était prévue par le projet de loi précité sera en quelque sorte consacrée par le constituant trois ans plus tard. L'article 7 de la Charte de l'environnement intégrée dans la Constitution par la loi du 1^{er} mars 2005 dispose que "toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi (...) de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement". Il ne s'agit donc pas simplement d'une participation à l'élaboration des projets.

Si on se place d'un point de vue général, on constate que le législateur est très réticent à consacrer la possibilité pour les administrés de prendre part à la confection des décisions. Il ne semble l'admettre expressément que dans deux domaines bien spécifiques à savoir le droit de l'urbanisme et le droit de l'environnement. Dans les autres domaines, il n'y a pas de consécration expresse d'une telle participation.

La participation à l'édition des décisions est, dans les faits, pourtant bien réelle. Ainsi Jacques Chevallier constatait dans les années soixante-dix "qu'appliqué à l'appareil d'Etat, le principe de la participation rencontre un consensus puisqu'il semble entraîner une possibilité d'emprise sur un processus décisionnel auparavant fermé et déboucher sur une démocratisation de l'action administrative"⁹⁸¹.

Ainsi, en requalifiant les actes conventionnels en actes unilatéraux plutôt que d'en prononcer la nullité, le juge inciterait donc le législateur à prendre en compte cette aspiration des administrés⁹⁸² à participer non pas seulement à l'élaboration des projets mais à l'édition de décisions ne concernant pas uniquement le domaine de l'urbanisme et de l'environnement. Une telle aspiration est facilement explicable. Jacques Chevallier souligne en effet que les administrés souhaitent "participer activement à la conception des décisions administratives: l'ordre unilatéral, jugé arbitraire parce que mal compris, est de

⁹⁷⁹ D. Maillard Desgrées du Loû, "La Commission nationale du débat public et la participation du public", *RGCT* 2003, n°27, p 507.

⁹⁸⁰ Cet article prévoit que la Commission nationale du débat public "détermine les modalités de participation du public au processus de décision".

⁹⁸¹ J. Chevallier, "la participation dans l'administration française: discours et pratique (I)", *op. cit.*, p 88.

⁹⁸² Bien évidemment, ces affirmations concernent principalement les actes administratifs unilatéraux négociés élaborés par une autorité administrative et des personnes privées. Les actes ayant pour auteurs deux personnes publiques semblent exclus.

plus en plus mal supporté⁹⁸³. Certes, comme on l'a indiqué, le législateur a prévu différentes catégories d'instruments en vue d'intégrer les citoyens au processus décisionnel notamment par la technique du référendum, ou les différents procédés de concertation. Néanmoins, dans tous les cas, il ne s'agit pas d'une participation *stricto sensu* à la prise de décision, car même si les administrés peuvent intervenir très en amont du projet, l'édiction de l'acte unilatéral décisionnel demeure dans les mains de l'administration.

Cette argumentation, comme on peut s'en rendre compte, vaut dans le cadre des rapports entre l'administration et les personnes extérieures à celle-ci soit, en règle générale, les personnes privées. Or, le juge use aussi de la requalification à l'encontre d'actes pris par des personnes de même nature. On pense notamment au cas de l'arrêt du 23 juin 1995 *Ministre de la Culture C/ Association défense Tuileries* où deux personnes publiques étaient concernées. Dans cette hypothèse, on ne peut invoquer la nécessité de faire participer les administrés pour justifier le recours à la technique précitée. Il faut dans ce cas s'en tenir à la première explication relative au maintien de la prééminence du juge de l'excès de pouvoir.

⁹⁸³ J. Chevallier, "la participation dans l'administration française: discours et pratique (I)", *op. cit.*, p 103.

Conclusion du chapitre second

Déterminer quels sont les fondements réels du recours à la requalification n'est pas une tâche aisée car nous avons pu voir que les actes administratifs unilatéraux négociés interviennent dans des domaines très divers. Au final, nous pouvons affirmer qu'il n'existe pas une seule justification du recours à la requalification mais des justifications. Il est vrai que les textes de valeur législative peuvent plus ou moins directement prohiber le recours au contrat. Malgré sa pertinence, cette explication ne peut à elle seule suffire car la rédaction de certains textes peut sembler équivoque. Ainsi, par exemple, il est parfois difficile de savoir comment doit être interprété le terme de "convention".

Il a donc fallu déterminer quelles pouvaient être les autres justifications. Le juge de l'excès de pouvoir semble vouloir élargir son champ d'action depuis de nombreuses décennies en intervenant notamment dans le domaine contractuel. Le législateur l'y a aidé grâce à l'instauration du déféré préfectoral. Mais c'est surtout la théorie des actes détachables qui lui a permis de s'introduire dans ce contentieux contractuel. Cependant, ces différentes techniques ne sont pas exemptes de défauts. La requalification semble être, de ce point de vue, un instrument plus efficace.

Enfin, il semble que le recours à la requalification soit justifié, de manière générale, par cette volonté du juge de légitimer ces nouvelles formes d'actions. En effet, la requalification permet de maintenir l'acte dans l'ordonnancement juridique. Ainsi, et alors même que le législateur français semble hésitant, le juge administratif veut sans aucun doute consacrer le fait qu'il n'existe pas uniquement des relations contractuelles entre l'administration et les personnes privées. Ces dernières doivent aussi intervenir dans la confection des actes administratifs unilatéraux.

Conclusion du titre second

Aussi séduisant que puissent paraître les arguments selon lesquels le caractère réglementaire ou le domaine régalien suffisent à justifier la requalification d'un acte d'apparence contractuelle en acte unilatéral, ils ne résistent pas à l'analyse. En effet, affirmer qu'un acte présente un caractère réglementaire ne peut constituer une justification suffisante de la requalification. Doit-on en conclure pour autant qu'aucun lien systématique ne peut être établi entre la nature unilatérale de l'acte et son caractère réglementaire ? On sera amené à étudier ce point ultérieurement. De même, de par sa relative imprécision et les confusions qu'elle entraîne, le concept de domaine régalien ne peut être considéré comme une justification suffisamment pertinente. Malgré tout, est-il exacte d'affirmer qu'il n'existe aucune justification à l'usage de la requalification ?

Une telle affirmation serait beaucoup trop péremptoire car, on l'a vu, des arguments de différents ordres semblent pouvoir expliquer le recours à une telle technique. Le juge administratif souhaite notamment élargir le champ d'action du juge de l'excès de pouvoir mais aussi consacrer de manière non équivoque la participation des administrés à la prise de décisions. Néanmoins, aucun des arguments évoqués n'est à lui seul déterminant pour justifier qu'une requalification soit opérée. Il n'y a donc pas une mais des justifications.

Cette absence de fondement global explique sans doute que le juge ne consacre que très rarement et de manière explicite l'existence d'un acte administratif unilatéral négocié.

Conclusion de la première partie

Le juge administratif a pour la première fois expressément usé de la technique de requalification à l'égard d'actes relevant du domaine de l'administration économique. Ainsi, dès 1973, les accords de libération des prix ne sont pas intégrés dans la catégorie des contrats mais dans celle des actes administratifs unilatéraux. On aurait pu penser que cette technique ne pouvait s'appliquer qu'aux accords accompagnés d'un acte administratif unilatéral. Or, dès 1975, le Conseil d'Etat précise, grâce à l'arrêt *Syndicat national du commerce de la chaussure*, que dans le cadre des procédures dans lesquelles seul un accord intervient, il est possible de requalifier l'acte d'apparence contractuelle en acte administratif unilatéral. Le juge ne recourt pas à cette technique uniquement en matière d'administration économique. Cependant, il faut bien voir que les accords de libération des prix font partie des rares actes pour lesquels la requalification peut être considérée comme expresse. En effet, la requalification revêt, dans la plupart des domaines, un caractère implicite. Dans certains cas, la situation est telle qu'il est bien difficile d'affirmer avec certitude qu'on se trouve face à des hypothèses de requalification. Il en est ainsi des conventions régies par le droit privé mais dont une partie du contentieux relève de la compétence du juge administratif.

Cette hétérogénéité empêche de déterminer avec précision pour quelles raisons le juge use de cette technique contentieuse et refuse, de ce fait, de qualifier les actes en cause de contrat. Aucune des justifications classiquement évoquées par les auteurs n'apparaît convaincante. Cela signifierait-il que le juge requalifie au gré de ses humeurs ? La réponse est assurément négative. Nous avons tenté de déterminer quels pouvaient être les fondements réels et nous sommes parvenus à la conclusion suivante: il n'existe pas une seule justification mais tout un ensemble d'éléments qui permettent d'expliquer le recours à la requalification. Quoi qu'il en soit, l'existence de ces actes pose un problème de taille. En droit administratif, on ne recense que deux catégories d'actes: le contrat et l'acte unilatéral. De ce fait, il faut déterminer comment s'intègrent ces actes unilatéraux spécifiques dans la théorie générale des actes administratifs.

SECONDE PARTIE

LES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX NÉGOCIÉS AU REGARD DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DES ACTES ADMINISTRATIFS

Comme l'indique Sophie Théron, "toute analyse conduit à la différenciation des objets observés, à des distinctions qui les situent les uns par rapport aux autres selon un certain nombre de caractères, c'est à dire à une classification"⁹⁸⁴. De telles classifications existent en droit administratif. Ainsi, les actes sont, comme on l'a indiqué, répartis en deux catégories. On distingue les actes unilatéraux des contrats. De par leurs caractéristiques particulières, ces deux notions ne peuvent en théorie être confondues. Or, grâce à la technique de requalification, le juge admet que des actes élaborés notamment par voie d'accord entre des autorités administratives et les destinataires de ces actes ne doivent pas être intégrés dans la catégorie des contrats mais dans celle des actes administratifs unilatéraux. Le fait de les considérer comme tels tend à altérer la distinction traditionnelle entre l'acte unilatéral et le contrat (Titre premier). Selon Roger Latournerie, la doctrine et la jurisprudence ne doivent "pas multiplier par l'analyse, au-delà du strict nécessaire, le nombre des catégories"⁹⁸⁵. Une telle affirmation est parfaitement compréhensible car les catégories permettent de faciliter l'observation et l'analyse du droit positif. Il serait néanmoins intéressant d'examiner si, de par leurs caractéristiques, les actes administratifs unilatéraux négociés ne pourraient pas être totalement dissociés des deux catégories traditionnelles et constituer à eux seuls une catégorie juridique autonome (Titre second).

⁹⁸⁴ S. Théron, "Les catégories en droit administratif", *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 2005-4, p 2399.

⁹⁸⁵ R. Latournerie, "Sur un lazare juridique – Bulletin de santé de la notion de service public – Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ?", *EDCE* 1960, p 133.

TITRE PREMIER

DES ACTES ALTÉRANT LA DISTINCTION TRADITIONNELLE ENTRE L'ACTE UNILATERAL ET LE CONTRAT

Afin de démontrer que les actes administratifs unilatéraux négociés altèrent la distinction traditionnelle entre les deux catégories usuelles d'actes, il faut partir du principe que ces actes spécifiques sont considérés comme des actes unilatéraux. Mais alors, quels sont les indices qui vont permettre d'affirmer que ces actes administratifs unilatéraux négociés tendent à se détacher de la catégorie des actes unilatéraux pour se rapprocher de celle des contrats ?

Comme on l'a vu dans la première partie, des personnes distinctes interviennent dans la confection de ces actes. Or, le rôle des participants donne théoriquement des indications très précises sur la nature juridique de l'acte. Bertrand Seiller affirme, par exemple, que "si les auteurs de l'acte sont aussi ses destinataires exclusifs, par le fait qu'ils sont engagés exclusivement l'un envers l'autre, l'acte est contractuel. Si en revanche, les auteurs ne sont pas les destinataires exclusifs de l'acte, lesquels sont des tiers, l'acte est unilatéral"⁹⁸⁶. De même, selon Pierre Delvolvé, "c'est la relation entre l'acte et ses destinataires qui fait apparaître l'unilatéralité: dès lors que l'acte a pour objet et pour effet de produire des conséquences sur des personnes qui n'ont pas de part à son adoption, il est unilatéral"⁹⁸⁷. Ces deux auteurs emploient des termes très divers pour qualifier les personnes en cause: tiers, destinataires, auteurs. Mais l'intervention de différentes personnes aux rôles variables entretient la confusion entre l'acte unilatéral et le contrat (Chapitre premier).

L'étude de la place, du rôle des multiples intervenants ne porte pas sur l'acte en tant que tel, mais sur des éléments qui leur sont pour ainsi dire "extérieurs". Cette étude ne peut, à elle seule, permettre de démontrer que des risques de confusion existent. L'acte unilatéral et le contrat sont, sur le plan formel et matériel, théoriquement considérés comme distincts. Or, les actes administratifs unilatéraux négociés remettent-ils réellement en cause ces distinctions ? (Chapitre second).

⁹⁸⁶ B. Seiller, "Acte administratif", *op. cit.*, p 9.

⁹⁸⁷ P. Delvolvé, *L'acte administratif*, *op. cit.*, p 15.

CHAPITRE PREMIER

UNE ALTÉRATION PROVOQUÉE PAR LA MULTIPLICITÉ DES PARTICIPANTS A L'ACTE

Lorsqu'on analyse un acte juridique, on peut se placer à différents points de vue de nature objective ou subjective. Serge Regourd affirme en se basant sur les démonstrations de Hans Kelsen qu'il faut "raisonner soit objectivement sur la norme en posant la seule question de son existence juridique. La réponse se réduit alors à une alternative: la norme, est-elle née ou non ? Soit subjectivement sur le "mode création des normes (...) et conséquemment sur les organes qui posent les normes" (Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p 416). Il convient dans ce cas d'analyser, selon un dosage plus subtil, la part prise par les divers participants à l'opération créatrice⁹⁸⁸. Ainsi, dans le cadre d'une analyse objectiviste, la détermination du rôle de chacun des participants à la confection de l'acte n'a que peu d'importance. Il n'en est pas de même s'agissant de l'analyse subjective. On va donc se placer dans le cadre de cette dernière afin de caractériser le rôle des participants.

Si l'on s'en tient aux définitions quantitatives et aujourd'hui obsolètes de l'acte unilatéral et du contrat, le premier se caractérise par l'intervention d'une seule personne dans son élaboration alors que le second nécessite la rencontre d'au moins deux individus différents. Compte tenu de la participation de plusieurs personnes dans le cadre des actes administratifs unilatéraux négociés, cette distinction est dépassée. Elle présente malgré tout un intérêt si on détermine ce que recouvrent juridiquement ces termes de "personnes" et "d'individus".

On peut se placer à différents points de vue. S'agissant des actes unilatéraux, on utilise, pour désigner l'autorité créatrice de l'acte, la notion d'auteur. Mais il se peut que plusieurs sujets participent, pour reprendre les termes de Pierre Ferrari, à "l'édition d'un acte administratif unilatéral"⁹⁸⁹. Tel est le cas s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés. Mais alors cela voudrait dire qu'à l'instar des contrats, plusieurs personnes interviennent dans l'élaboration de ces actes. Il faut donc déterminer si ces différents

⁹⁸⁸ Serge Regourd, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, LGDJ 1982, p 366.

⁹⁸⁹ P. Ferrari, "Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français", in *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, p 215.

intervenants peuvent avoir la qualité d'auteur ou de coauteur. Or, on va pouvoir se rendre compte que tous les intervenants n'ont pas nécessairement cette qualité. L'application de cette notion dans le cadre des actes administratifs unilatéraux négociés pose, comme on va le voir, de nombreux problèmes (Section 1).

On ne peut s'en tenir uniquement aux notions d'auteur et de coauteur pour caractériser le rôle des différents participants à l'acte. Etant donné que ces notions s'appliquent exclusivement, et en théorie, dans le cadre des actes administratifs unilatéraux, on aurait pu penser qu'elles étaient les plus adaptées. Mais tel n'est pas vraiment le cas. Il faut de ce fait tenter de transposer à ces actes administratifs unilatéraux négociés la distinction entre les parties et les tiers propre au domaine contractuel (Section 2).

Section 1

Une application délicate des notions d'auteur et de coauteur aux actes administratifs unilatéraux négociés

On ne peut analyser l'application de la notion d'auteur aux actes administratifs unilatéraux négociés sans l'avoir au préalable définie. Sur le plan doctrinal, des divergences existent car tous les auteurs ne se réfèrent pas aux mêmes critères pour la caractériser (§ 1). Après avoir mis en évidence ses caractéristiques, nous allons devoir répondre à la question suivante: toutes les personnes participant à la confection des actes administratifs unilatéraux négociés sont-elles situées sur le même plan. En d'autres termes, doivent-elles être considérées comme les auteurs de ces actes ? On se placera à deux points de vue différents. En effet, il ressort des développements de la première partie que les actes administratifs unilatéraux négociés se classent en deux catégories. D'un côté les actes unilatéraux négociés dits "simples" uniquement caractérisés par l'existence d'un accord et de l'autre les actes unilatéraux négociés dits "complexes" formés par la réunion d'un accord et d'un acte unilatéral d'accompagnement. Il faudra donc déterminer si, dans la première hypothèse, l'acte émane de deux auteurs distincts (§ 2). Enfin, nous étudierons les conséquences de l'intervention d'un acte d'accompagnement sur l'application des notions d'auteur et de coauteur (§ 3).

§ 1: Les différentes conceptions doctrinales des notions d'auteur et de coauteur de l'acte

Quelques auteurs se sont interrogés sur ce problème de l'intervention de plusieurs personnes lors de la confection de l'acte. Ainsi, Pierre Ferrari affirme que "l'analyse juridique de la participation de plusieurs sujets à l'édition d'un acte unilatéral doit permettre de déterminer parmi les personnes qui interviennent dans la procédure d'édition celles qui peuvent être considérées comme les véritables auteurs de l'acte au sens juridique du terme"⁹⁹⁰.

Or, tout l'intérêt de cette analyse est de dégager les éléments permettant de qualifier ces participants d'auteurs ou de coauteurs de l'acte.

Deux conceptions d'auteur et de coauteur semblent avoir été dégagées par la doctrine. Une conception dite étroite (A) et des conceptions larges (B).

A – La conception étroite

Au début du XX^{ème} siècle, peu d'auteurs se sont intéressés à la déclaration de volonté. Léon Duguit lui consacre quelques développements. Il démontre que "la volonté ne crée pas la situation de droit; c'est le droit objectif qui rattache des effets à la déclaration (...)"⁹⁹¹. Cette déclaration de volonté n'a donc qu'un rôle subalterne dans la création de l'acte juridique. Maurice Hauriou et Guillaume de Bézin se sont eux aussi penchés sur cette question⁹⁹². Cependant, on constate que ces derniers n'emploient pas pour ainsi dire le terme d'auteur dans leurs écrits⁹⁹³. Quelle peut être la raison de cette absence ?

En ce début de XX^{ème} siècle, la doctrine considérait de manière très schématique qu'à chaque manifestation de volonté correspondait un acte juridique. De ce fait et implicitement, cela signifie qu'à chaque manifestation de volonté correspond un auteur. De

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel – La règle de droit – Le problème de l'Etat*, Paris, E. Boccard, 3^{ème} édition, 1927, tome 1, p 353.

⁹⁹² Cf notamment l'article de M. Hauriou et G de Bézin, "La déclaration de volonté dans le droit administratif français", *RTDC* 1903, p 543.

⁹⁹³ Dans l'article précité, il est néanmoins précisé que la volonté "se détache de la personne de son auteur et tend à produire par elle-même des conséquences sociales", *id.*, p 552. Or, il apparaît que le terme "auteur" est perçu au travers de la déclaration de volonté et non par rapport à l'acte édicté. De même, L. Duguit accole les termes "déclaration de volonté" et "sujet", *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, p 350.

par l'établissement de ce lien automatique, l'étude du concept d'auteur ne revêt donc pas un grand intérêt. Cependant, on voit bien qu'une telle approche pose problème.

En liant irrémédiablement la déclaration de volonté à l'acte juridique, doit-on en conclure que Maurice Hauriou et Guillaume de Bézin considèrent qu'un acte juridique ne peut avoir qu'un seul auteur ? Il semble difficile d'apporter une réponse catégorique sur ce point. Certes, et on aura l'occasion d'y revenir à propos des actes unilatéraux négociés dits "complexes", Maurice Hauriou et Guillaume de Bézin considèrent que l'acte de l'autorité décentralisée et l'acte de l'autorité de tutelle sont deux actes bien distincts⁹⁹⁴. Mais cela ne nous donne pas d'indications sur le fait de savoir s'il est implicitement fait référence au concept d'auteur dans le raisonnement.

L'analyse de ces deux auteurs a été contestée notamment par Pierre Ferrari. Selon lui, "l'erreur tient à la conception que M. Hauriou se fait de l'auteur de l'acte. Il considère, en effet, que seule la faculté de fixer le contenu de la norme constitue une participation au pouvoir d'édition de cette norme"⁹⁹⁵. La vision de l'auteur d'un acte par Maurice Hauriou serait donc trop restrictive selon Pierre Ferrari puisqu'il base son raisonnement uniquement par rapport au "contenu de la norme". Qu'entend-on exactement par cette expression ?

Le professeur Charles Eisenmann, dans ses cours de doctorat, a examiné de manière approfondie la notion d'auteur en la mettant notamment en parallèle avec la notion de norme. Il fonde son étude sur la distinction suivante: "Si l'on raisonne sur l'opération normatrice considérée en tous ses éléments, comme un ensemble d'actes qui s'accomplissent, cette notion (auteur) englobe tous ceux que la réglementation juridique appelle à y participer d'une façon quelconque, par une contribution quelconque. Si, par contre, l'on s'attache uniquement aux normes que l'opération a pour objet de créer, les "auteurs" (ou organes) de l'acte sont uniquement les individus ou les corps qui sont appelés à prendre position sur ces normes à créer"⁹⁹⁶. De ces deux conceptions, Charles Eisenmann ne retient que la seconde⁹⁹⁷. Il semble donc rejeter la conception large de l'auteur de l'acte.

⁹⁹⁴ Rappelons néanmoins que, dans le cadre des actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes", l'acte d'accompagnement n'est pas considéré comme un acte de tutelle.

⁹⁹⁵ *Op. cit.*, p 217.

⁹⁹⁶ Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 386.

⁹⁹⁷ Les deux définitions précitées apparaissent dans les cours de l'année 1956-1957. L'année suivante, son analyse de l'auteur de l'acte est beaucoup plus succincte. En effet, il caractérise l'auteur de l'acte en se fondant sur la seconde définition; "ce sont les individus ou les collèges qui ont la faculté de consentir ou de refuser leur consentement à l'adoption des normes, de se prononcer pour ces normes ou contre ces normes", *id.*, p 520.

Cependant, face à ces deux définitions, quel est l'élément décisif à l'origine de la distinction ? Tous ces intervenants vont-ils avoir le même rôle ? Certains vont-ils avoir plus d'influence que d'autres ?

Pierre Ferrari souligne en s'appuyant sur les propos du professeur Charles Eisenmann que "le critère permettant d'opérer une distinction entre les participants à l'acte résidera dans le pouvoir déterminant sur l'existence même de la norme que certains d'entre eux possèdent. Seules ces personnes pourront être considérées comme les auteurs de l'acte"⁹⁹⁸. Il continue en indiquant que "seul celui qui effectue une opération intellectuelle ou de volonté, ou bien les deux à la fois, peut être qualifié d'auteur de l'acte"⁹⁹⁹. Enfin, il explicite la notion de caractère déterminant en mettant en avant trois caractères; "le mode d'expression de la volonté ou du consentement a peu d'importance (...), le consentement doit être librement émis (...), il faut que le consentement, la volonté, soit indispensable à l'existence de la norme"¹⁰⁰⁰.

A partir de là vont être exclus de la catégorie des auteurs de l'acte tous les participants n'effectuant qu'une opération matérielle telle que la publication¹⁰⁰¹ ou une opération intellectuelle. Si on compare les propos de Maurice Hauriou à ceux de Charles Eisenmann, on constate que ce dernier conçoit différemment les effets d'une manifestation de volonté. Alors que pour le premier une telle manifestation engendre un acte juridique, pour le second, la création d'une norme "peut dépendre de plusieurs volontés émises par des sujets différents"¹⁰⁰².

Même si cette analyse apparaît intéressante, elle n'en demeure pas moins contestable. En effet, les critères dégagés par Charles Eisenmann sont-ils suffisamment explicites pour caractériser l'auteur d'un acte ? On peut en douter car l'expression "pouvoir déterminant" est très incertaine. Les trois caractères dégagés par Pierre Ferrari n'apportent en fin de compte que peu de précisions. De plus, on constate que l'auteur de l'acte est uniquement perçu et caractérisé par rapport aux éléments intrinsèques de l'acte. Toutes les opérations qui lui sont extérieures ont pour effet de cantonner les personnes chargées de celles-ci dans cette vaste catégorie des participants non auteurs.

⁹⁹⁸ *Op. cit.*, p 218.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ *Id.*, pp 218-219.

¹⁰⁰¹ En matière de droit international, Dionisio Anzilotti semble retenir une conception assez similaire de l'auteur de l'acte. Selon cet auteur: "en disant que, dans les actes juridiques unilatéraux, le droit requiert la manifestation de volonté d'un seul sujet, on veut dire que cette volonté est la seule à intervenir d'une façon principale", *Cours de droit internationale*, Paris, Editions Panthéon, LGDJ, 1999, pp 345-346.

¹⁰⁰² P. Ferrari, *op. cit.*, p 219.

Cette conception restrictive apparaît relativement imprécise. Doit-on se tourner vers une conception large de l'auteur de l'acte défendue par une partie de la doctrine ?

B – Une conception large contestée

André Calogeropoulos souligne que le "critère du «consentement nécessaire» à l'entrée en vigueur de l'acte marquerait (...) la ligne de partage entre la notion large (...) de l'auteur de l'acte, et la notion étroite de celle-ci"¹⁰⁰³. Ce dernier a contesté l'analyse de Charles Eisenmann en constatant que la conception restrictive ne permet pas d'inclure cette participation spécifique qu'est l'avis simple. En effet, un tel avis ne peut être qualifiable de "consentement nécessaire" au sens où l'entend Charles Eisenmann. Afin de justifier cet élargissement de la notion de coauteur, André Calogeropoulos se fonde sur la jurisprudence administrative qui opère un rapprochement entre les règles de forme ou de procédure et les règles de compétence. Il démontre que tous les vices de formes et de procédure seraient assimilables à un vice de compétence. La notion de coauteur engloberait donc "les «consentants» à l'émission d'un acte, mais aussi les participants à l'élaboration «intellectuelle» de celui-ci"¹⁰⁰⁴.

Cette conception d'André Calogeropoulos prête à discussions et ce pour différentes raisons. Son raisonnement est principalement voire exclusivement basé sur une approche contentieuse. En outre, sa démonstration reste ancrée, selon Mohammed Zaghoul, "dans une problématique de formation et de désignation de la volonté de l'auteur d'un acte administratif. Les préoccupations relatives à la formation de la volonté de l'agent administratif font de l'analyse de M. Calogeropoulos une conception dynamique non pas de l'acte, mais de l'auteur d'un acte administratif unilatéral"¹⁰⁰⁵. Cela signifie que l'analyse d'André Calogeropoulos est en quelque sorte détachée de l'acte *stricto sensu* et ne concerne en réalité que les autorités ayant un rôle dans la confection de l'acte. Ainsi, comme le souligne Mohammed Zaghoul, "au lieu de remarquer que l'analyse de la compétence du point de vue dynamique permet d'envisager l'acte administratif unilatéral dans sa phase de formation, l'auteur affirme que «la référence à la compétence constitue

¹⁰⁰³ A. Calogeropoulos, *Le contrôle de la légalité des actes administratifs unilatéraux*, Paris, LGDJ, 1983, p 127.

¹⁰⁰⁴ A. Calogeropoulos, *op. cit.*, p 128.

¹⁰⁰⁵ M. Zaghoul, *La participation des administrés à l'acte administratif unilatéral*, thèse, Toulouse, 1986, p 249.

une référence à l'autorité administrative en état d'inertie, alors que la règle de forme définit cette entité organique de l'administration en état d'action»¹⁰⁰⁶.

Cette absence de lien établi par André Calogeropoulos entre l'auteur ou le coauteur et l'acte, doit être mise en relation avec ce qui constitue sans aucun doute la principale critique de cette thèse. En effet, cette conception apparaît beaucoup trop large car la distinction entre d'un côté l'auteur ou le coauteur et de l'autre le simple participant à la confection de l'acte apparaît très floue. Ainsi, et comme l'indique André Calogeropoulos, l'auteur serait "formé par tous les éléments organiques de l'unité processuelle, qui devient nécessairement une unité décisionnelle, par la fusion de leur activité dans l'acte final, dans le cadre du phénomène de la «co-administration»"¹⁰⁰⁷. L'auteur d'un acte administratif ne pourrait donc être défini uniquement par rapport à l'émission d'un consentement. Il est nécessaire de prendre en considération toute une série d'activités annexes. Là où Charles Eisenmann établissait une hiérarchie entre les simples participants et les véritables auteurs, André Calogeropoulos place tous ces intervenants au même niveau.

Il faut bien voir que les analyses de Charles Eisenmann et d'André Calogeropoulos ne se situent pas sur le même plan. Alors que pour le premier, l'auteur est exclusivement perçu au travers de l'élaboration de la norme, le second prend certes en considération cet élément mais en rajoutant les différentes participations procédurales. Ce dernier ne distinguerait donc pas ces deux phases que sont, pour reprendre les propos de Mohammed Zaghoul, "la participation à la procédure d'élaboration de l'acte administratif unilatéral" et "la participation au «processus normatif» de l'acte administratif unilatéral"¹⁰⁰⁸.

La première forme de participation se manifeste "dans des hypothèses où l'administré peut être appelé à contribuer, par le biais de certains éléments procéduraux, à l'élaboration de cet acte"¹⁰⁰⁹ tandis que la seconde "ne s'identifie pas à la réalisation procédurale d'un acte, elle s'organise plutôt sur le terrain de la normativité de l'acte administratif unilatéral"¹⁰¹⁰.

Mohammed Zaghoul se demande par la suite si la notion de coauteur permet d'expliquer la participation des administrés dans le cadre de ces deux phases et au terme de son analyse il parvient à une réponse négative.

¹⁰⁰⁶ *Id.*, p 248.

¹⁰⁰⁷ *Op. cit.*, p 164.

¹⁰⁰⁸ *Op.cit.*, pp 10 et 113.

¹⁰⁰⁹ *Id.*, p 10.

¹⁰¹⁰ *Id.*, p 113.

Concernant la "procédure d'élaboration"¹⁰¹¹, il constate l'inadéquation de la notion de coauteur en mettant en avant les faiblesses précédemment citées de la conception large¹⁰¹² dégagée par André Calogeropoulos.

S'agissant du "processus normatif", il semble intéressant d'analyser plus en détail les arguments soulevés. Il faut tout d'abord bien voir que sa démonstration s'appuie uniquement sur deux types d'actes que sont les différentes techniques d'exécution du plan¹⁰¹³ ainsi que les codes de déontologie des ordres professionnels.

L'inapplicabilité de la notion de coauteur repose sur deux éléments. En premier lieu, "la notion de coauteur risque de remettre en cause la caractéristique fondamentale de l'unilatéralité, à savoir le rapport auteur-destinataire de l'acte"¹⁰¹⁴. La seconde raison réside dans "la nature des actes par lesquels participent les administrés. S'ils se présentent comme des opérations intellectuelles, il n'en reste pas moins qu'ils sont l'expression d'une certaine volonté. La nature du consentement que traduit cette volonté est d'une signification particulière"¹⁰¹⁵.

Même si la distinction entre la participation à la procédure d'élaboration et au processus normatif n'est pas sans intérêt, la démonstration appelle quelques critiques et interrogations au regard des actes administratifs unilatéraux négociés.

On peut se demander si l'expression "processus normatif" n'est pas une formule trop large recouvrant finalement des situations très différentes. De plus, il n'est pas certain que la distinction entre la participation à la procédure d'élaboration et celle relative au processus normatif soit très marquée s'agissant des actes objets de notre étude. Enfin, il est très difficile de déterminer si les participants aux actes administratifs unilatéraux négociés interviennent à la fois dans la procédure d'élaboration de l'acte et dans le processus normatif ou uniquement dans l'un ou l'autre cas.

Par cette analyse Mohammed Zaghoul accorde une importance excessive au critère organique car en définitif, hormis l'hypothèse où un pouvoir de décision est dévolu à une personne privée, les administrés ne peuvent jamais être considérés comme des coauteurs de l'acte administratif unilatéral. Seule l'administration peut être qualifiée d'auteur de celui-ci. Une telle vision semble éminemment contestable.

¹⁰¹¹ Il base son analyse sur les actes pris sur demande ou sur consultation.

¹⁰¹² On peut dores et déjà souligner que M. Zaghoul fait ressortir un inconvénient supplémentaire sur lequel on aura l'occasion de revenir. En effet, si on admet que ces techniques que sont "la demande" et "l'acte consultatif" font intervenir les administrés en qualité de co-auteur, "on aboutit ainsi, il faut le souligner, à un acte administratif unilatéral dépourvu de destinataires", *op. cit.*, p 253.

¹⁰¹³ M. Zaghoul inclut dans cette catégorie les accords en matière de prix.

¹⁰¹⁴ M. Zaghoul, *op. cit.*, p 258.

Pour terminer sur ce point, il faut souligner que le domaine d'étude de cet auteur est extrêmement limité. Ainsi, on a l'impression que les administrés ne prennent part à l'élaboration d'un acte administratif unilatéral que dans le cadre de la libération des prix ou du code de déontologie des ordres professionnels ce qui est éminemment restrictif. En outre Mohammed Zaghoul s'appuie uniquement sur les relations entre deux personnes de nature juridique différente à savoir d'un côté l'administration et de l'autre les personnes privées. Les actes administratifs unilatéraux négociés font intervenir non seulement des personnes publiques mais aussi des personnes privées.

Les conceptions étroites et larges ne permettent pas de définir avec précision ce qu'on entend par auteur et coauteur. Afin de clarifier les choses, certains auteurs ont opté pour une approche que l'on pourrait qualifier d'intermédiaire. Tel est notamment le cas d'Hafida Belrhali dont la conception est plus restrictive que celle d'André Calogeropoulos mais plus large que celle de Charles Eisenmann. Comme ce dernier, il retient le critère du caractère déterminant de la participation. Néanmoins, il précise que, "pour être coauteur, l'important n'est pas seulement de participer, mais également de consentir à l'acte. De ce point de vue, la théorie de la codécision d'Eisenmann conserve sa pertinence, car elle permet d'identifier de manière concrète les coauteurs d'un acte à partir d'un critère unique"¹⁰¹⁶. Une telle définition lui permet de distinguer trois types de coauteurs: les coauteurs nominaux¹⁰¹⁷, les coauteurs du « *negotium* »¹⁰¹⁸ et enfin les coauteurs permettant l'entrée en vigueur de l'acte¹⁰¹⁹. Cette distinction semble intéressante dans le cadre d'une étude relative aux actes administratifs unilatéraux négociés. Néanmoins, son application se révèle très délicate car certaines conditions doivent être remplies pour qu'un participant ait la qualité de coauteur. Or, certains d'entre elles font défaut concernant ces actes unilatéraux spécifiques.

§ 2: Les notions d'auteur et de coauteur appliquées aux hypothèses d'actes administratifs unilatéraux négociés dits "simples"

¹⁰¹⁵ *Id.*, p 259.

¹⁰¹⁶ *Op. cit.*, pp 105-106.

¹⁰¹⁷ Selon la définition donnée par H. Belrhali, il s'agit des organes qui "élaborent et édictent l'acte ensemble", *Les coauteurs en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2003 p 94.

¹⁰¹⁸ A la différence des coauteurs nominaux, ces coauteurs ne prennent pas part à l'édition de l'acte. Ils interviennent seulement dans la détermination du contenu de l'acte, *id.*, p 96.

Lorsqu'on affirme qu'une personne participe à l'élaboration d'un acte, cela reste très vague. On ne peut appliquer les notions d'auteur ou de coauteur sans prendre en compte les différentes formes de participation à l'acte (A). Cela ne signifie pas pour autant que la qualité d'auteur ou de coauteur sera conférée à tous les intervenants. Différents indices permettront ou non d'affirmer que ces personnes se voient reconnaître cette qualité (B).

A – La prise en compte des différentes formes de participation

On constate que la doctrine opère une dissociation entre la participation à la procédure d'élaboration et le processus normatif. Il apparaît qu'une telle distinction peut être mise en parallèle avec celle opposant la légalité externe et la légalité interne d'un acte décisive. En effet, la légalité externe regroupe notamment les éléments relatifs à la compétence, procédure alors que la légalité interne renvoie au contenu même de l'acte, à la norme.

Dans le cadre des actes administratifs unilatéraux négociés et comme leur nom l'indique, des personnes privées ou non procèdent à des négociations avec une personne publique. Or, le fait de négocier a-t-il pour effet de conférer automatiquement la qualité d'auteur ou de coauteur à ces participants ?

Selon Mohammed Zaghoul, la réponse ne fait aucun doute. Elle ne peut être que négative car si tel n'était pas le cas on se trouverait face à une situation inextricable. Si on considère les administrés participant à la confection d'un acte administratif unilatéral comme des coauteurs de ce dernier, "on aboutit ainsi, il faut le souligner, à un acte administratif unilatéral dépourvu de destinataires"¹⁰²⁰. On ne voit pas pour quelle raison la qualité d'auteur ou de coauteur serait incompatible avec celle de destinataire. En réalité, cette incompatibilité découle de la définition même de l'acte administratif unilatéral évoquée à de nombreuses reprises. Prenons par exemple la définition donnée par Georges Dupuis, Marie-José Guédon et Patrice Chrétien: "l'acte unilatéral est (...) l'acte qui a pour objet de régler la conduite de personnes autres que ses auteurs"¹⁰²¹. Au regard de cette définition, une personne ne peut être à la fois auteur et destinataire. Comme nous l'avons constaté depuis le début de cette étude, une telle antinomie ne semble plus d'actualité. Le cas des

¹⁰¹⁹ Ce sont les organes qui, "sans prédéterminer le contenu de l'acte, conditionnent cependant son entrée en vigueur", *id.*, p 101.

¹⁰²⁰ *id.*, p 253.

autorisations d'utilisation de réseaux câblés en constitue une illustration. L'entreprise bénéficiaire d'une telle autorisation n'en est-elle pas à la fois la destinataire et le coauteur?

Afin de clarifier les choses, il faut déterminer précisément de quelle manière s'applique la notion de coauteur s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés.

Hafida Belrhali affirme, dans ses développements portant sur les coauteurs nominaux, que "selon le point de vue du professeur Moderne, la négociation n'aboutit pas à une codécision, puisqu'elle n'est qu'une question de procédure"¹⁰²². Par cette phrase, cet auteur lie, semble-t-il, très étroitement ces deux éléments que sont la négociation et la procédure. Ceux-ci seraient apparemment inconciliables avec le troisième élément qu'est la codécision¹⁰²³.

Si on examine attentivement les actes administratifs unilatéraux négociés évoqués dans la première partie, il apparaît que la liaison établie par Franck Moderne peut être partiellement contestée.

Dans le cadre de ces actes unilatéraux spécifiques, des personnes privées participent à la procédure d'élaboration au sens où l'entend Mohammed Zaghoul. Il en est ainsi s'agissant notamment des Zones d'Aménagement Concerté. L'article L 300-2 du Code de l'urbanisme prévoit qu'une concertation associe "pendant toute la durée de l'élaboration du projet, les habitants, les associations locales et les autres personnes concernées dont les représentants de la profession agricole". Relativement à l'application de cet article, le juge administratif contrôle sa bonne application dans le cadre de la légalité externe et plus précisément du vice de procédure¹⁰²⁴. Certes, il est question de concertation et non de négociation dans cet article. Cependant, on a pu voir dans la première partie, grâce notamment à la jurisprudence, que la procédure prévue comprend une part importante de négociation.

Si on s'en tient aux démonstrations de Franck Moderne, Charles Eisenmann et de Mohammed Zaghoul, il n'est pas utile de se demander si les personnes qui interviennent sont coauteurs de l'acte final étant donné qu'il ne peut y avoir codécision dans une telle

¹⁰²¹ G. Dupuis, M-J. Guédon et P. Chrétien, *Droit administratif*, *op. cit.*, p 160.

¹⁰²² *Op. cit.* p 96 – Cet auteur s'appuie sur les propos suivants de F. Moderne, "le partage de compétence n'étant possible qu'entre auteurs investis chacun d'une compétence, la négociation d'un accord ne constituerait donc qu'«un simple aménagement procédural du pouvoir d'action unilatéral», l'accord exigé étant assimilé à «une procédure voisine des avis conformes ou des propositions", "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *op. cit.*, p 515.

¹⁰²³ Dans une certaine mesure, Mohammed Zaghoul adopte un raisonnement très proche de celui du professeur Moderne car les personnes participant à la procédure par le biais de la consultation ne peuvent être considérées comme des auteurs ou coauteurs.

¹⁰²⁴ Cf par exemple l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 23 juin 2004 *Commune d'Hautmont*, req n°227253.

hypothèse. En revanche, si on s'appuie sur la conception large d'André Calogeropoulos peut-on affirmer que ces personnes associées à la concertation sont des coauteurs ? Selon celui-ci, il faut bien voir qu'en cas de participation au niveau procédural, une telle qualité n'est conférée qu'en cas de possibilité d'assimilation entre la procédure et la compétence. Or, la jurisprudence n'a semble-t-il jamais opéré un tel parallèle s'agissant de l'article L 300-2 du Code de l'urbanisme.

Il faudrait donc en conclure que les personnes citées par cet article sont de simples participants et non des coauteurs de l'acte final. Certes, si le lien établi par Franck Moderne entre la négociation, la procédure, et l'absence de codécision semble confirmé par cet exemple, il ne peut avoir une portée générale. En effet, concernant les autres actes administratifs unilatéraux négociés, on ne peut affirmer que les personnes publiques ou privées participent à la procédure d'élaboration de l'acte.

Mais alors, de quel type de participation s'agit-il ?

Il faut tenter de répondre à cette question en précisant ce concept de participation au "processus normatif".

On a pu voir que Charles Eisenmann fonde sa définition de l'auteur de l'acte sur la notion de norme. Il affirme en effet que les auteurs d'un acte "sont ceux que le droit appelle à donner ou à refuser, par une décision personnelle et libre, leur consentement aux normes que l'acte doit poser. Le pouvoir de consentement – opposition, voilà le critère de la qualité de coauteur juridique de l'acte"¹⁰²⁵.

Avant de déterminer si la participation des personnes concerne le "processus normatif", il faut examiner plus précisément ce que recouvre cette dernière expression.

Dans un de ses cours de l'année 1954-1955, Charles Eisenmann indique tout d'abord que "le fond des actes juridiques, ce sont, d'une expression commode et adéquate, des «normes juridiques»"¹⁰²⁶. Il précise ensuite que "les normes juridiques sont des éléments de réglementation juridique de la conduite d'êtres humains. La norme est une proposition qui, sur un point au moins, régleme la conduite d'au moins un être humain, c'est-à-dire qui ou bien lui enjoint de faire ou de ne pas faire une certaine chose, ou bien lui permet de faire ou de ne pas faire telle ou telle chose, d'observer telle ou telle conduite. C'est là le fond commun de tous les actes juridiques"¹⁰²⁷. Si on applique cette définition aux actes

¹⁰²⁵ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 1, *op. cit.*, p 416.

¹⁰²⁶ *Id.*, p 399.

¹⁰²⁷ *Ibid.*

unilatéraux négociés dits "simples", on constate que tous ont un caractère normatif. En effet tous ont pour objet de réglementer par voie de dispositions générales ou individuelles, la conduite d'êtres humains.

La notion de norme en tant que telle ne donne aucune indication sur son origine dans le cadre de ces actes administratifs unilatéraux négociés. Il ne faut donc pas s'arrêter au contenu de ces actes mais déterminer de quelle façon ce contenu a été créé. La définition donnée par Mohammed Zaghloul du "processus normatif" ne va pas être d'un grand secours étant donné qu'il s'attache uniquement aux actes unilatéraux négociés dits "complexes". En effet, la participation à un tel processus "met en présence un ensemble de «dispositions matérielles préétablies» et un acte administratif unilatéral d'approbation"¹⁰²⁸. Les propos d'Hafida Belrhali nous éclairent davantage grâce à la distinction qu'il opère entre ces deux phases de création de l'acte que sont l'élaboration et l'édiction.¹⁰²⁹ La première phase concerne la norme en tant que telle¹⁰³⁰ et son existence ne fait aucun doute s'agissant à la fois des actes administratifs unilatéraux négociés dits "simples" et "complexes". L'édiction, en revanche, semble assez difficile à cerner car elle renvoie à divers éléments. Ainsi, selon l'auteur précité, elle réside dans la possibilité d'"autoriser ou refuser" l'entrée en vigueur d'un acte. Mais il précise, quelques pages plus loin, que la signature est une des manifestations de l'édiction¹⁰³¹.

Charles Eisenmann semble avoir une vision beaucoup plus large de l'édiction. Selon ce dernier, il s'agit de "l'opération par laquelle les normes – législatives ou juridictionnelles ou administratives – sont posées, sont créées, sont édictées, c'est-à-dire entrent dans l'ordre juridique, acquièrent valeur de droit"¹⁰³². Dans la conception de Charles Eisenmann, l'élaboration serait intégrée dans l'opération d'édiction. Il la considère comme une simple composante de cette dernière.

¹⁰²⁸ *Op. cit.*, p 113.

¹⁰²⁹ Il affirme que "l'acte présente une dualité entre son contenu normatif (negotium) et son entrée en vigueur. Certains coauteurs vont fixer le contenu de l'acte et d'autres, sans participer à cette élaboration du contenu, pourront autoriser ou refuser son entrée en vigueur. Cette dualité a conduit la doctrine à distinguer les co-élaborateurs de l'acte de ses co-édicteurs", *op. cit.*, p 89.

¹⁰³⁰ Le professeur Bernard-Douchez donne quelques indications supplémentaires en indiquant que "du point de vue de l'élaboration de la décision, on dira qu'est auteur de ce contenu (c'est-à-dire de la norme, dans la perspective normativiste) celui qui l'élabore, qui le détermine", *Recherche sur la coopération entre personnes publiques*, thèse, Toulouse I, 1979, p 146.

¹⁰³¹ *Op. cit.*, p 96.

¹⁰³² C. Eisenmann, *Cours de droit administratif (1954-1955)*, *op. cit.*, p 150 – L'analyse de M. Hecquard-Théron se rapproche de cette affirmation de C. Eisenmann car elle affirme que "l'édiction correspond très précisément à l'extériorisation de la volonté juridique, c'est-à-dire la volonté de créer la norme. Elle est au droit public ce qu'est la déclaration de volonté au droit privé. Elle crée la norme et de ce fait constitue la source des effets juridiques qui découlent de l'acte", *in Essai sur la notion de réglementation*, *op. cit.*, p 51.

Maryvonne Hecquard-Théron adopte une conception inverse puisqu'elle estime que "l'édiction de l'acte réglementaire constitue l'étape essentielle du processus d'élaboration de la réglementation"¹⁰³³.

Du fait des liens très étroits qui unissent l'élaboration et l'édiction, il arrive qu'un texte établisse "expressément un partage de compétence entre plusieurs autorités; il instaure l'existence de coauteurs nominaux. Ces organes élaborent et édictent l'acte ensemble" selon Hafida Belrhali¹⁰³⁴. Le rôle de ces coauteurs nominaux n'est donc pas uniquement normatif étant donné qu'ils participent à l'édiction. En guise d'illustration, cet auteur évoque le cas des actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes" mais il se réfère uniquement aux "accords négociés (...) entre l'Etat et les syndicats professionnels"¹⁰³⁵. Au terme de son analyse, il en arrive à la conclusion que "les coauteurs nominaux d'un acte – qu'il s'agisse d'un acte unilatéral conjoint ou d'un acte négocié – sont coauteurs du point de vue à la fois du *negotium* et de l'entrée en vigueur de l'acte: cette collaboration complète s'illustre par leur coopération pour élaborer l'acte et par leurs signatures pour l'édicter"¹⁰³⁶.

Aucune indication n'apparaît dans les développements s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés dits "simples". Afin de déterminer si dans de telles hypothèses les participants peuvent être qualifiés de coauteurs nominaux ou entrent dans une autre catégorie de coauteurs, il convient de se demander quelle part prend chacun d'eux dans l'élaboration et l'édiction de l'acte.

B – L'application des notions d'auteur et de coauteur révélée par différents indices

Quels vont être les indices permettant de déterminer si les participants ont ou non la qualité de coauteur ? La compétence et la signature donnent des indications non négligeables (1). Néanmoins, il semble que le caractère déterminant de l'intervention joue un rôle primordial dans la qualification (2).

1 – Compétence et signature de l'acte

¹⁰³³ *Id.*, p 53.

¹⁰³⁴ *Op. cit.*, p 94.

¹⁰³⁵ *Id.*, p 95.

Il faut dès à présent souligner une caractéristique des actes administratifs unilatéraux négociés. Au moins deux personnes juridiques distinctes interviennent dans leur élaboration. S'agissant du cahier des charges des Tuileries évoqué dans l'arrêt du 23 juin 1995 *Ministre de la culture et de la francophonie C/ Association défense Tuileries*¹⁰³⁷, deux personnes publiques sont en présence. En revanche, dans les autres hypothèses, on retrouve d'un côté une personne publique et de l'autre une personne privée.

On a pu voir dans la première partie que certains actes administratifs unilatéraux négociés dits "simples" avaient un caractère réglementaire ou tout du moins évoluent dans un environnement ayant ce caractère. Peut-on affirmer que les personnes privées peuvent participer à l'élaboration de tels actes et de ce fait avoir la qualité de coauteur ?

L'accord tripartite prévu par l'article L 162-22-2 du Code de la sécurité sociale¹⁰³⁸ présente ce caractère. Or, on constate que les participants n'interviennent pas au même moment. S'agissant des actes en lien avec le service public, il apparaît notamment que les personnes privées interviennent davantage au stade de l'édiction de l'acte qu'à celui de son élaboration.

Hafida Belrhali affirme que "l'acte présente une dualité entre son contenu normatif (*negotium*) et son entrée en vigueur. Certains coauteurs vont fixer le contenu de l'acte et d'autres, sans participer à cette élaboration du contenu, pourront autoriser ou refuser son entrée en vigueur. Cette dualité a conduit la doctrine à distinguer les co-élaborateurs de l'acte de ses co-édicteurs"¹⁰³⁹. Ainsi, concernant le recrutement des fonctionnaires, des agents non titulaires, des actes liant le service public à ses usagers, l'administration élabore l'acte et les futurs fonctionnaires, agents non titulaires, usagers ne font qu'accepter les dispositions. Ceux-ci ne seraient donc que des co-édicteurs alors que l'administration devrait être considérée comme l'auteur nominal. Une telle solution pose problème car en considérant que les participants précités ne sont que des co-édicteurs on les exclut de l'élaboration. Cela signifie qu'ils ne négocient pas le contenu de l'acte. Il n'y aurait donc pas d'actes administratifs unilatéraux négociés dans ces hypothèses.

Cependant, Hafida Belrhali fait très justement remarquer que "la distinction (élaboration et édiction) opérée nie l'unité de l'acte administratif, à la fois contenu normatif et composante de l'ordre juridique. Cette dualité est inhérente à l'acte qui forme tout de même un objet

¹⁰³⁶ *Id.*, p 96.

¹⁰³⁷ *Op. cit.*

¹⁰³⁸ Cf notamment CE 7 juillet 2000, *Centre médico-chirurgical et obstétrical d'Evry-CMCO*, *op. cit.*

unique: il est donc possible de rechercher les coauteurs de l'acte, et pas distinctement les co-élaborateurs de la norme et les co-édicteurs de l'acte"¹⁰⁴⁰. Or, s'agissant des hypothèses évoquées, même si les participants interviennent principalement au niveau de l'édiction, il n'en demeure pas moins qu'ils contribuent – certes de manière limitée – à l'élaboration de ces actes comme on a pu le voir dans la première partie.

Les personnes privées précitées seraient donc qualifiables d'auteurs de l'acte au même titre que la personne publique intervenant dans la confection de l'acte. En réalité, il faut nuancer cette affirmation car un élément fondamental vient contrecarrer cette analyse.

La notion d'auteur est intimement liée à celle de compétence. André Calogeropoulos affirme en effet que "la compétence constitue une habilitation légale donnée à un organe de l'administration pour émettre un acte juridique. Or, conférer un pouvoir d'action légale implique, par définition même, la désignation du titulaire de ce pouvoir. L'habilitation à agir présuppose la désignation du sujet habilité à agir"¹⁰⁴¹. André Calogeropoulos se réfère au verbe "émettre" pour caractériser l'intervention de l'auteur sans préciser ce que recouvre ce terme. Hafida Belrhali adopte une définition plus précise car il indique que "la compétence de prendre un acte administratif inclut deux éléments que sont la détermination du contenu de l'acte et l'édiction de celui-ci (...). Lorsque l'une de ces deux composantes de la compétence est affectée par le consentement ou l'opposition d'un participant à l'élaboration de l'acte, on peut considérer qu'il existe un partage de cette compétence"¹⁰⁴².

Dans le cadre des actes administratifs unilatéraux négociés, de telles précisions posent problème. Pour affirmer que les personnes privées sont coauteurs de ces actes, on doit

¹⁰³⁹ *Op. cit.*, p 89.

¹⁰⁴⁰ *Id.*, p 90 – Le fait de ne pas distinguer de manière trop stricte les phases d'élaboration et d'édiction apparaît dans les écrits de Guy Isaac. Il affirme en effet que "la Procédure Administrative Non Contentieuse concerne l'acte juridique, sous l'aspect dynamique d'accession à la vie juridique; ce n'est pas seulement la procédure *préalable* à l'acte, comme on a généralement tendance à la considérer en Droit français, c'est la procédure *de* l'acte lui-même sous l'angle de son édicition. Certes, elle comprend d'abord toutes les opérations, études, instructions... etc qui permettent à l'administration de déterminer «si elle doit prendre un acte et quel contenu il convient de lui donner» (J-M. Auby, "La procédure administrative non contentieuse", *D* 1956, chron, p 27) mais aussi toutes celles qui sont requises pour faire entrer cet acte ou plus exactement son contenu, dans l'ordre juridique, pour lui donner force juridique. La Procédure Administrative Non Contentieuse ne recouvre pas seulement l'élaboration de l'acte, c'est-à-dire la détermination de son contenu et de l'opportunité de le prendre, comme dans toute action humaine, mais l'élaboration d'un acte *juridique*, d'un acte de nature spécifique, donc; ce qui exige sa création juridique, son édicition. Quand la doctrine française parle de la Procédure Administrative Non Contentieuse comme de l'élaboration de l'acte, elle n'envisage trop souvent qu'une partie de l'acte: son contenu matériel ou intellectuel, mais elle laisse de côté ce qui fait sa spécificité: sa nature d'acte juridique", *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ 1968, p 155.

¹⁰⁴¹ *Op. cit.*, p 16.

¹⁰⁴² *Op. cit.*, p 104.

donc démontrer qu'elles disposent de la compétence pour les élaborer et les édicter. On peut transposer cette analyse aux actes objets de notre étude.

Etant donné que le juge administratif n'a pas constaté de vices d'incompétence s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés, on peut en conclure que les personnes privées possèdent la qualité de coauteurs. Un lien excessif est établi entre des notions en réalité indépendantes. Ainsi, les questions relatives à la nature de l'acte et celles concernant la compétence sont distinctes. La requalification opérée par le juge au niveau de la nature de l'acte ne modifie pas la situation des personnes ayant participé à son élaboration ou à son édicition. Le fait que le contrat soit prohibé dans telle ou telle matière ne signifie pas que la personne privée qui est intervenue soit nécessairement incompétente et qu'elle ne pourrait en conséquence avoir la qualité de coauteur.

Est-ce que la présence d'une signature nous éclaire davantage ?

René Hostiou affirme que "l'apposition par une personne administrative de son patronyme, au bas de l'acte *instrumentum*, a logiquement pour but et pour effet d'établir une présomption selon laquelle le signataire se considère, ou entend être considéré, comme l'auteur de l'acte, à l'exclusion de toute autre personne"¹⁰⁴³. Cet auteur prend donc comme point de départ de son analyse la signature pour en déduire la qualité d'auteur de l'acte. Cela signifierait qu'un participant ne pourra être considéré comme auteur que s'il a apposé sa signature¹⁰⁴⁴.

En matière d'actes administratifs unilatéraux négociés dits "simples", la signature du "cahier des charges particulières" relatif à l'occupation temporaire de l'esplanade des Feuillants du jardin des Tuileries a soulevé quelques questions. Certes, deux personnes publiques interviennent dans le cadre de cet acte. Néanmoins, il semble que les remarques qui vont suivre peuvent s'appliquer à tous les actes administratifs unilatéraux négociés dits "simples".

Ce document est signé par deux personnes morales distinctes à savoir le ministre de l'éducation nationale et le président de l'établissement public du grand Louvre. Or, le Conseil d'Etat précise dans l'arrêt en date du 23 juin 1995 *Ministre de la culture et de la francophonie C/ Association défense Tuileries*¹⁰⁴⁵ que ce document revêt "nonobstant la circonstance qu'il comporte également la signature du président de l'établissement public

¹⁰⁴³ R. Hostiou, *Procédure et forme de l'acte administratif unilatéral en droit français*, op. cit., p 209.

¹⁰⁴⁴ Les propos de Hafida Belrhali semblent aller dans ce sens; "dans l'hypothèse d'une codécision formalisée – par exemple lorsque les textes exigent un arrêté interministériel – le contrôle du juge s'avère particulièrement rigoureux. Le Conseil d'Etat exige la signature de chacun des coauteurs nominaux sur l'acte", op. cit., p 192.

du grand Louvre, le caractère d'un acte unilatéral émanant du seul ministre". Il est possible de déduire d'une telle affirmation que le nombre de signatures n'a aucune incidence sur la nature juridique de l'acte¹⁰⁴⁶. En outre, il découle de cette affirmation du Conseil d'Etat que seul le ministre doit être considéré comme l'auteur du cahier des charges mais est-il juste d'affirmer que le président de l'établissement public n'est qu'un simple participant ? Ce n'est pas certain car Hafida Belrhali affirme que "le juge s'en tient à une approche formelle de la compétence puisque la signature est exigée des seuls auteurs nominaux et non des autres coauteurs"¹⁰⁴⁷. Il sous-entend ainsi qu'un participant peut avoir la qualité de coauteur sans que pour autant sa signature soit indispensable.

Néanmoins, la démonstration du Commissaire du gouvernement Jacques Arrighi de Casanova semble confirmer que seul le ministre peut être qualifié d'auteur de l'acte car "dès lors qu'une telle prérogative (possibilité de prendre des mesures découlant du pouvoir réglementaire) est reconnue au ministre, elle ne saurait à notre avis, (...) être négociée avec un organisme qui deviendrait, par l'apposition de sa signature au bas d'un contrat, le coauteur de cette réglementation"¹⁰⁴⁸. Il est intéressant de constater que Jacques Arrighi de Casanova établit un lien étroit entre la négociation, la signature de l'acte, et la notion de coauteur.

Comme on l'a vu dans la première partie, il est peu probable que ce cahier des charges ait été élaboré par le seul ministre de l'éducation nationale. L'existence de négociations entre cette autorité et le président de l'établissement ne fait guère de doute. D'ailleurs, il ressort implicitement de cet arrêt de 1995 que le Conseil d'Etat n'interdit pas l'intervention de négociations au niveau de l'élaboration de l'acte. En revanche, si on se place au niveau de l'édiction, le cahier des charges est censé procéder uniquement du ministre¹⁰⁴⁹.

Certes, les notions d'auteur et de compétence entretiennent des liens très étroits. Mais si un texte a prévu que des personnes privées étaient compétentes pour intervenir dans la confection de l'acte, cela n'est pas suffisant pour qualifier les participants d'auteurs. De

¹⁰⁴⁵ *Op. cit.*

¹⁰⁴⁶ On peut rapprocher cette déduction de l'affirmation suivante de René Hostiou selon laquelle "cette forme (signature) ne qualifie jamais l'acte", *op. cit.*, p 209.

¹⁰⁴⁷ *Op. cit.*, p 244.

¹⁰⁴⁸ J. Arrighi de Casanova, concl sur CE 23 juin 1995 *Ministre de la culture et de la francophonie C/ Association défense Tuileries*, *op. cit.*, p 378.

¹⁰⁴⁹ Les juges affirment que le cahier des charges a "le caractère d'un acte unilatéral émanant du seul ministre de l'éducation nationale".

même, la présence d'une signature ne donne que peu d'indications¹⁰⁵⁰. Il est donc nécessaire de s'arrêter sur cet indice relatif au caractère déterminant de l'intervention¹⁰⁵¹.

2 – Le caractère déterminant de l'intervention

Il convient de faire des distinctions s'agissant de cette caractéristique. On constate que dans toutes les hypothèses interviennent nécessairement une demande ou une acceptation de l'acte par les personnes privées. Cependant, cela ne permet pas d'affirmer que celles-ci se voient octroyer un rôle déterminant dans l'élaboration, l'édition de l'acte.

On recense d'un côté les actes dont le contenu est prédéterminé pour lesquels la personne privée ne dispose d'une très faible voire d'aucune marge de manœuvre s'agissant de l'élaboration de l'acte et de l'autre les actes au contenu librement déterminé par les différents intervenants.

Concernant la première hypothèse, il est possible de faire un parallèle avec un type d'acte qu'on aura l'occasion de voir plus en détail ultérieurement: il s'agit de l'acte d'adhésion. Selon Claude Brenner, le contrat d'adhésion "se caractérise par la prédétermination des conditions contractuelles et leur imposition à l'une des parties par l'autre qui jouit d'une supériorité de puissance économique"¹⁰⁵². Maurice Hauriou a eu l'occasion d'analyser ce type de contrat et a pu constater que "l'opération se décompose en l'émission d'une volonté réglementaire à laquelle une autre volonté vient adhérer. C'est la volonté réglementaire seule qui compte au point de vue de l'interprétation. C'est elle seule aussi qui compte au point de vue de la compétence du juge et au point de vue de la nature des recours qui peuvent être intentés"¹⁰⁵³. Le contenu des actes administratifs unilatéraux négociés et de ces "contrats" semblent à certains égards comparables. Mais qu'en est-il s'agissant de la qualité des participants à l'acte ?

Sur ce point, la comparaison entre ces deux catégories d'actes pose problème car l'une des caractéristiques principales du contrat d'adhésion réside dans l'inégalité entre le stipulant qui "détermine lui-même le contenu du contrat"¹⁰⁵⁴ et l'adhérent qui "n'intervient que pour

¹⁰⁵⁰ L'étude de la signature revêt, comme nous le verrons dans le dernier chapitre, un intérêt non négligeable s'agissant du régime juridique des actes administratifs unilatéraux négociés.

¹⁰⁵¹ Comme l'indique H. Belrhali, "la participation d'un coauteur n'est pas seulement obligatoire, elle est en plus incontournable", *op. cit.*, p 91.

¹⁰⁵² C. Brenner, "Acte", *op. cit.*, p 24.

¹⁰⁵³ M. Hauriou, S. 1908, III, p 19.

¹⁰⁵⁴ G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, 1973, p 28.

donner une efficacité juridique à cette volonté unilatérale"¹⁰⁵⁵. De par la position d'infériorité de l'adhérent par rapport au stipulant, on ne peut affirmer que le premier est coauteur de l'acte. En effet, il ressort de la démonstration d'Hafida Belrhali que "les coauteurs sont sur un pied d'égalité car ils offrent tous une contribution déterminante à l'acte"¹⁰⁵⁶. Doit-on par analogie adopter la même conclusion s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés et affirmer que seule la personne publique peut être qualifiée d'auteur de l'acte ?

On peut démontrer le caractère déterminant des interventions des personnes privées en s'appuyant sur la définition d'Hafida Belrhali. La participation doit, selon lui, être "obligatoire" et "incontournable"¹⁰⁵⁷. Les actes administratifs unilatéraux négociés sont certes caractérisés par l'existence de négociations. Mais dans certains cas, les personnes privées disposent, lors de cette étape, d'une marge de manœuvre limitée. Pourtant, le caractère obligatoire et incontournable de leur intervention est manifeste. On ne peut parvenir à une telle conclusion qu'en se référant à la notion de "consentement-opposition" dégagée par Charles Eisenmann. Outre le rapport d'égalité qui doit exister, les auteurs d'un acte "sont ceux que le droit appelle à donner ou à refuser, par une décision personnelle et libre, leur consentement aux normes que l'acte doit poser. Le pouvoir de consentement – opposition, voilà le critère de la qualité de coauteur juridique de l'acte"¹⁰⁵⁸. Que ce soit pour les concessions de plages ou funéraires, les actes relatifs à l'engagement d'agents non titulaires ou liant l'administration à ses usagers, cette condition semble remplie. Une décision émanant des personnes privées marquant l'approbation ou le refus de l'acte doit en effet être prise. Par conséquent, ces personnes peuvent se voir attribuer la qualité de coauteur de l'acte.

S'agissant des actes pour lesquels les textes législatifs et réglementaires confèrent davantage de liberté à des personnes privées pour en fixer le contenu, parvient-on à la même conclusion ?

Sont concernés certains actes relevant de l'administration économique ainsi que les conventions conclues dans le cadre de l'article 33-1 de la loi du 30 septembre 1986. Contrairement à ce qu'on pourrait penser la réponse n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

¹⁰⁵⁶ *Op. cit.*, p 88.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*

¹⁰⁵⁸ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 1, *op. cit.*, p 416 – Dès lors, selon cet auteur, "que l'on constate qu'un «acte juridique» donné suppose l'adhésion de deux individus au moins aux normes ou dispositions à établir, que le refus de l'un d'eux fait obstacle à cet établissement, c'est-à-dire que la volonté

En matière de libération des prix, Franck Moderne affirme par exemple qu'"aucun texte n'impose à l'administration de passer par le processus de négociations avec les professionnels. Elle le fait de son plein gré et il serait difficile d'obtenir l'annulation d'un arrêté concernant les prix sous le prétexte qu'il n'a pas été précédé d'un engagement de la profession"¹⁰⁵⁹. Certes, cet auteur semble se référer essentiellement aux hypothèses d'actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes". Son affirmation revêt néanmoins une portée générale. Dans ce cas il faudrait en déduire que l'intervention des personnes privées en matière de libération des prix n'étant pas déterminante, elles ne peuvent être considérées comme des coauteurs. Cette affirmation de Franck Moderne prête à discussion si on se réfère aux dispositions de l'arrêt du 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure*¹⁰⁶⁰. Il apparaît en effet que l'accord en cause a été pris en application de l'arrêt du 3 mai 1973 lui-même édicté sur la base de l'ordonnance du 30 juin 1945. Etant donné qu'un texte prévoit expressément la participation des personnes privées dans une telle hypothèse à l'instar de l'article 33-1 de la loi du 30 septembre 1986 s'agissant de certaines conventions, il paraît difficile d'affirmer que leur intervention n'est pas déterminante.

Ces propos ne valent pas pour tous les actes administratifs unilatéraux négociés.

Nous avons précédemment souligné que le président de l'établissement public du grand Louvre joue un rôle non négligeable dans l'élaboration du cahier des charges des Tuileries. Néanmoins, il ne prend pas part à l'édition. De ce fait, et si on reprend la classification des coauteurs établie par Hafida Belrhali, il ne peut être considéré comme un "coauteur nominal" mais, éventuellement, comme un "coauteur du *negotium*"¹⁰⁶¹. Il ne faut pas se fier aux apparences. Le fait pour le Conseil d'Etat, dans l'arrêt du 23 juin 1995, de passer sous silence l'intervention du président de l'établissement public du grand Louvre lors de la phase d'élaboration du cahier des charges n'est pas neutre. Cela signifie que le président n'est pas placé sur un même pied d'égalité par rapport au ministre. Pierre Ferrari a mis en évidence ce déséquilibre lors de l'analyse de la jurisprudence relative aux "arrêtés concertés" et aux actes pris "en accord avec". Dans le premier cas, la jurisprudence sanctionne l'absence de signature des différents coauteurs. Dans le second cas, le Conseil d'Etat "n'exige pas que l'autorité chargée de donner son accord ait signé l'acte en cause. Il

de l'un peut paralyser celle de l'autre en s'y opposant, il n'est pas possible de dire que l'acte est l'œuvre d'une volonté unique", *id.*, p 417.

¹⁰⁵⁹ F. Moderne, "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *op. cit.*, p 515.

¹⁰⁶⁰ *Op. cit.*

se contentera de la preuve apportée par l'autorité administrative signataire. (...) L'attitude du Conseil d'Etat ne peut s'expliquer que parce qu'il ne considère pas les deux autorités comme étant dans un rapport d'égalité parfaite vis-à-vis de l'existence de l'acte"¹⁰⁶². Une telle affirmation est en contradiction avec l'analyse faite par Hafida Belrhali pour qui, s'agissant de l'acte négocié, "les participants à leur élaboration sont des cosignataires et leurs contributions sont équivalentes"¹⁰⁶³.

Cette inégalité pose un problème car la doctrine "met en valeur l'égalité nécessaire entre les coauteurs"¹⁰⁶⁴. Selon Charles Eisenmann, cette égalité est une "égalité normatrice"¹⁰⁶⁵. De même Hafida Belrhali souligne que "les coauteurs sont sur un pied d'égalité car ils offrent tous une contribution déterminante à l'acte"¹⁰⁶⁶. Or, dans cet arrêt de 1995, il semble que cette condition du caractère déterminant de la participation ne soit pas remplie. En effet, aucun texte n'imposait l'intervention du président de l'établissement public en vue de négocier le contenu du cahier des charges; de plus cette intervention n'était en rien incontournable. Il faudrait donc en conclure que le président de l'établissement public du grand Louvre ne peut avoir la qualité de coauteur.

On parvient à une conclusion similaire concernant l'accord tripartite prévu à l'article L 162-22-2 du Code de la sécurité sociale. En effet, un avenant à "l'accord" avait été signé non seulement par un ministre mais aussi par les autres parties à "l'accord" initial. Or, il se trouve que cet "accord" a été conclu postérieurement au délai légal de quinze jours après la publication de la loi de financement de la sécurité sociale. Dans ce cas les parties sont dessaisies au profit d'un arrêté ministériel "qui doit être signé par les seuls ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale. Comme l'indique le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 7 juillet 2000 *Centre médico-chirurgical et obstétrical d'Evry*¹⁰⁶⁷, "le ministre de l'emploi et de la solidarité était par suite compétent à la date de "l'avenant" attaqué, pour modifier l'accord (...) lequel d'ailleurs était intervenu hors délai; que la circonstance que

¹⁰⁶¹ H. Belrhali, *op. cit.*, pp 96 et ss.

¹⁰⁶² *Op. cit.*, pp 220-221.

¹⁰⁶³ *Op. cit.*, p 50.

¹⁰⁶⁴ *Id.*, p 86.

¹⁰⁶⁵ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, pp 371 et s – H. Belrhali précise à propos de cette "égalité normatrice" que "c'est la portée des participations à l'acte qui compte, c'est-à-dire la faculté de tel ou tel organe de permettre ou de s'opposer à l'entrée en vigueur de la norme", *op. cit.*, p 88.

¹⁰⁶⁶ H. Belrhali, *ibid.* – Concernant cette condition de l'influence déterminante, H. Belrhali s'appuie sur la doctrine: "comme l'affirme C. Eisenmann, les coauteurs sont bien ceux dont le consentement est nécessaire à l'entrée en vigueur de l'acte. Ainsi, la participation d'un coauteur n'est pas seulement obligatoire, elle est en plus incontournable", *id.*, p 91 – Pierre Delvolvé fait lui aussi référence à cette condition du caractère déterminant mais dans un contexte différent. En effet, il l'utilise en vue de qualifier l'acte et non pour désigner les auteurs de celui-ci, ainsi il affirme que "si la volonté de l'autorité administrative qui a émis l'acte est, à elle seule, déterminante pour en imposer l'adoption, l'acte est un acte administratif unilatéral", *L'acte administratif*, *op. cit.*, p 17.

"l'avenant" attaqué ait été, en outre, signé par l'ensemble des parties à "l'accord" est sans influence sur sa légalité dès lors qu'il a été signé par le ministre en charge tout à la fois de la santé et de la sécurité sociale".

Comme dans l'arrêt de 1995, les signatures autres que celle du ministre sont superflues mais doit-on pour autant affirmer que les caisses d'assurance maladie et les organisations syndicales ne sont pas coauteurs de l'acte ? Il ne fait guère de doute que, préalablement à la conclusion de l'accord, des négociations ont eu lieu entre les organes précités et le ministre. Cependant, on a pu voir que la participation aux négociations ne suffit pas à conférer aux différents intervenants la qualité de coauteur. Il faut encore que l'intervention soit déterminante. Cette condition n'est pas remplie étant donné que l'article L 162-22-2 prévoit expressément qu'en cas de dépassement du délai un arrêté ministériel – c'est-à-dire un acte administratif unilatéral - est édicté à la place de l'accord¹⁰⁶⁸. En revanche, à la différence de l'arrêt de 1995, le caractère non déterminant de l'intervention des caisses et organisations syndicales est déduit de l'expiration du délai et non du contenu de la norme adoptée.

Encore une fois, cette démonstration révèle que mis à part le ministre, les autres participants à l'acte administratif unilatéral objet de négociations ne peuvent être qualifiés de coauteurs.

S'agissant des actes administratifs unilatéraux dits "simples", il est très difficile de prendre position. Il semble possible d'affirmer que certains participants ont la qualité d'auteur ou de coauteur dans quelques hypothèses, mais on ne peut généraliser. En réalité, les différents indices dégagés sont relativement imprécis et ne permettent pas d'affirmer à coup sûr que tel ou tel participant doit être considéré comme auteur ou coauteur de l'acte. Il faut donc déterminer si la situation est plus claire s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés dans lesquels l'accord est accompagné d'un acte unilatéral.

§ 3: L'intervention d'un acte d'accompagnement et ses incidences sur l'application des notions d'auteur et de coauteur

¹⁰⁶⁷ *Op. cit.*

¹⁰⁶⁸ En l'espèce l'absence de caractère déterminant est intimement lié à l'inégalité des caisses d'assurance maladie et des organisations syndicales par rapport au ministre. En effet, seule la signature de ce dernier est nécessaire alors que celles des premiers sont facultatives.

Dans la plupart des hypothèses d'actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes", nous avons pu voir que l'acte unilatéral d'accompagnement s'incorpore les dispositions de l'accord. Une telle théorie s'applique-t-elle aux différents participants à l'acte ? (A). La réponse semble négative. De ce fait, il est préférable de s'attacher aux rôles des intervenants pour déterminer s'ils entrent ou non dans la catégorie des auteurs ou coauteurs (B).

A – Une application inadéquate de la théorie de l'incorporation

Les actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes" sont composés d'une part d'un accord passé soit entre deux personnes publiques soit entre une personne publique et privée. D'autre part, l'administration adopte un acte administratif unilatéral aux appellations diverses: acte d'approbation, d'agrément. Au regard de ces différents éléments, une précision s'impose. Comme l'indique Hafida Belrhali, "la pluralité des participants concerne nécessairement un acte unilatéral unique. En effet, dans le cas contraire, la pluralité des actes unilatéraux empêche de qualifier les participants de coauteurs puisque le préfixe «co-» suggère une œuvre commune, donc unique"¹⁰⁶⁹. Certes, ses propos concernent la notion de coauteur, mais il est bien évident qu'une telle affirmation vaut aussi pour la notion d'auteur. Nous devons partir du principe selon lequel l'accord s'incorpore dans l'acte unilatéral d'accompagnement et ce afin de maintenir une certaine cohérence dans la démonstration. En d'autres termes, il faut considérer que suite à l'édition de l'acte d'accompagnement, celui-ci et l'accord ne forment plus qu'un seul et unique acte. On se situe donc dans un contexte différent de la tutelle car dans ce dernier cas, l'acte soumis à la tutelle et l'acte de tutelle constituent deux actes distincts. De ce fait, le ou les auteurs du premier acte ne peut(vent) être considérés comme les coauteurs du second et réciproquement¹⁰⁷⁰.

Avant d'analyser précisément comment peuvent s'appliquer ces concepts d'auteur et de coauteur dans de telles hypothèses, il est nécessaire de déterminer quelles

¹⁰⁶⁹ *Op. cit.*, p 32.

¹⁰⁷⁰ Il ressort de l'analyse d'Hafida Belrhali que "la codécision qui résulte du pouvoir de consentement-opposition de l'autorisant n'est effective que si l'on admet qu'un seul acte résulte de ce processus décisionnel. Or, depuis l'arrêt *URSAFF des Alpes-Maritimes* de 1971, le juge considère l'acte de tutelle comme un acte séparé de celui de l'autorité soumise à la tutelle", *op. cit.*, p 207.

sont les différentes catégories de personnes qui prennent part à la confection de l'acte.

Compte tenu des caractéristiques précitées des actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes", il semble logique d'affirmer que trois catégories de personnes interviennent: les deux entités passant l'accord et celle adoptant l'acte d'accompagnement. Cependant on ne peut mettre sur le même plan tous les actes.

Les hypothèses dans lesquelles on retrouve ces trois catégories distinctes sont finalement en nombre très limité. Le cahier des charges des lotissements conclu entre le lotisseur et les colotis fait l'objet d'une approbation préfectorale. Le domaine sanitaire et social n'est pas en reste étant donné que les actes faisant intervenir trois catégories de personnes sont les plus nombreux dans ce large domaine. En effet, on retrouve d'un côté un accord et de l'autre un acte unilatéral soit d'approbation, d'agrément ou d'extension édictés par un ministre ou un préfet. Dans ces cas de figures, tous les intervenants sont différents. Autrement dit, l'acte d'accompagnement est édicté par une personne qui n'intervient pas dans la confection de l'accord.

En ce qui concerne les autres actes administratifs unilatéraux négociés, on ne parvient pas à la même conclusion. L'analyse des actes relevant de l'administration économique ainsi que certaines conventions relatives à l'utilisation du domaine public en apporte une illustration probante. En matière de libération des prix, un engagement est généralement pris entre le ministre de l'économie et les représentants patronaux des branches professionnelles préalablement à l'édition, par ce dernier, de l'arrêté de libération. De même, s'agissant des actes permettant l'utilisation des ondes hertziennes, l'autorisation du CSA est précédée de la conclusion d'une convention entre cette autorité et le futur bénéficiaire.

Enfin, on recense une dernière hypothèse: il s'agit du cas dans lequel trois personnes physiques distinctes interviennent sous le couvert de deux personnes morales seulement. Le jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand en date du 13 octobre 1988 *Fédération des syndicats d'exploitants agricoles du Puy-de-Dôme C/ Préfet de la région d'Auvergne*¹⁰⁷¹ l'illustre parfaitement. Dans cette affaire une convention de restructuration laitière est passée entre le préfet et le

¹⁰⁷¹ *Op. cit.*

président du Comité Interprofessionnel Laitier Départemental et homologuée par arrêté ministériel. Trois entités distinctes participent à la confection. Cependant il faut bien voir que le préfet et le ministre agissent au nom de la même personne morale à savoir l'Etat¹⁰⁷². On peut donc dire que seules deux personnes interviennent en réalité.

Face à cette diversité de situations, nous devons nous demander si les différents intervenants peuvent être qualifiés d'auteurs et de coauteurs des actes administratifs unilatéraux négociés.

Afin de déterminer si les différents participants ont effectivement la qualité de coauteur, il faudrait théoriquement se référer aux différents indices précédemment évoqués. Comme on l'a vu, deux éléments majeurs et intimement liés vont permettre de qualifier une personne d'auteur ou de coauteur: l'égalité et le caractère déterminant de la participation.

Ne pourrait-on pas considérer que ces différentes conditions sont réunies du fait de l'application de la théorie de l'incorporation ?

On a constaté à de nombreuses reprises que l'acte unilatéral d'accompagnement s'incorpore l'accord précédemment conclu. On pourrait raisonner par analogie et considérer que l'auteur de l'acte d'agrément s'incorpore fictivement les personnes ayant confectionné l'accord.

Même si aucun accord n'est en cause dans la décision qui va suivre, il est intéressant de la prendre comme point d'appui pour l'analyse. Cet arrêt en date du 28 juillet 2000 *Association nationale des courses pédestres hors-stade*¹⁰⁷³ précise que le ministre qui a agréé un règlement-type établi par une fédération sportive "doit être regardé comme le coauteur de cet acte réglementaire qui comporte à la fois des règles techniques liées au sport en cause et des prescriptions exigées par la sécurité de la circulation sur les voies publiques; qu'ainsi contrairement à ce qu'il soutient, cet agrément n'a pas le caractère d'un acte de tutelle créateur de droits au profit de la fédération sportive intéressée". Assurément, le ministre qui a agréé l'acte n'a pas participé à la confection du règlement-type en tant que tel pourtant la Haute juridiction considère que ce ministre est bien "coauteur de cet acte réglementaire". L'ensemble constitué par

¹⁰⁷² Pour reprendre les termes de R. Chapus, "de même que ce qui intéresse l'administration d'Etat sur le plan national relève du gouvernement, c'est du préfet que relève ce qui intéresse l'administration, d'Etat dans le cadre du département", *Droit administratif général*, tome 1, *op. cit.*, p 235.

le règlement-type et l'arrêté d'agrément forment visiblement un tout. Néanmoins, on ne peut en déduire que le règlement-type s'est incorporé dans l'arrêté d'agrément. En effet, le Conseil d'Etat précise que la requérante est fondée à demander l'annulation "du refus des auteurs du règlement-type (...) élaboré par la fédération française d'athlétisme et agréé (...) par le ministre de l'intérieur" d'abroger certaines dispositions illégales. Il apparaît ainsi que la confection de l'acte en cause passe par deux étapes distinctes et apparemment égales: l'élaboration et l'agrément. Rien n'indique qu'une incorporation intervient. Il est donc possible d'affirmer que la fédération sportive et le ministre sont placés sur un même pied d'égalité.

Le raisonnement semble difficilement transposable aux actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes" car on a démontré que l'accord s'incorpore dans l'acte unilatéral d'accompagnement. Ainsi, il n'y a pas création d'un nouvel acte suite à l'édiction de cet acte d'accompagnement. Seul ce dernier existe dans l'ordonnement juridique. Or sans création d'un nouvel acte juridique résultant de la fusion de l'accord et de l'acte unilatéral précité¹⁰⁷⁴, n'est-il pas excessif d'affirmer que les personnes ayant élaboré l'accord soient les coauteurs de l'acte unilatéral négocié dont l'existence est en fait caractérisée par l'acte d'accompagnement ?

Prenons le cas de cet arrêt en date du 23 janvier 1959 *Mayer et Waitz*¹⁰⁷⁵ portant sur une convention approuvée par un acte législatif. Il s'agissait d'une convention passée entre l'Université et les Hospices civils de Strasbourg. Du fait de cette approbation, la convention "revêt une existence légale" et "fait partie de la législation en vigueur". Il y a donc bien comme dans les hypothèses d'actes administratifs unilatéraux négociés incorporation de l'accord dans "l'acte d'accompagnement". Or, on ne peut admettre que l'Université et les Hospices sont coauteurs d'un acte législatif. La Constitution réserve l'édiction de tels actes au Parlement¹⁰⁷⁶. Cela signifierait alors que l'Université et les Hospices sont auteurs de la convention mais à partir du moment où intervient la loi

¹⁰⁷³ Rec, p 1259.

¹⁰⁷⁴ Il existe des exceptions à ce principe, ainsi dans l'arrêt étudié précédemment en date du 17 février 1992 *Association hôtellerie et liberté*, *op. cit.*, il y aurait bien fusion aboutissant à la création d'un nouvel acte.

¹⁰⁷⁵ Rec, p 57.

¹⁰⁷⁶ On parvient à la même conclusion s'agissant des ordonnances prévues à l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958. En effet comme l'affirment P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien, "les ordonnances sont des actes de l'autorité réglementaire mais portant sur des matières qui, normalement, sont législatives", *Droit constitutionnel*, Paris, Armand Colin, 24^{ème} édition, 2005, p 613 – Si matériellement ces ordonnances sont législatives, l'édiction relève néanmoins d'autorités détentrices du pouvoir réglementaire. Suite à la ratification, on ne peut donc qualifier ces autorités d'auteurs d'une loi. Les ordonnances portent sur des matières législatives et qui ne cessent pas de l'être pendant la durée de l'habilitation.

d'approbation leur qualité d'auteurs disparaît. Si on applique ce raisonnement au cas des actes administratifs unilatéraux négociés, le résultat serait le suivant: les auteurs de l'accord ne peuvent être considérés comme les auteurs de l'acte unilatéral d'accompagnement et donc de l'acte unilatéral négocié dans son ensemble.

Il faut cependant relativiser ces affirmations car ni dans l'arrêt précité du Conseil d'Etat de 1959 ni dans la décision du Conseil constitutionnel du 29 février 1972 n'est expressément employé le terme de "loi" pour désigner les actes en cause. Ne sont utilisées que des expressions ayant le caractère de succédanés tels que "revêt une existence légale" ou "textes de forme législative"¹⁰⁷⁷. En ne qualifiant pas expressément les actes en cause de loi, on peut considérer que l'Université, l'Hospice sont bien des coauteurs de l'acte dans son ensemble.

En outre s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés, on ne peut transposer purement et simplement l'analyse portant sur l'arrêt de 1959. En effet, les actes unilatéraux négociés dits "complexes" ont un caractère réglementaire – du moins pour la majeure partie d'entre eux – et non législatif. Or, on a démontré que certains de ces actes dits "complexes" se voyaient conférer un caractère réglementaire avant même qu'intervienne l'acte d'accompagnement. Dans ce cas, rien n'empêcherait de considérer les personnes ayant confectionné l'accord, de coauteurs de l'acte administratif unilatéral réglementaire négocié.

En revanche, on doit faire preuve d'une plus grande réserve s'agissant des autres catégories d'actes complexes et notamment les actes ayant fait l'objet d'un accord mais ne devenant réglementaires qu'après l'édition de l'acte d'accompagnement.

Comment considérer que les participants à l'accord – qui ne disposent pas du pouvoir réglementaire – soient qualifiables d'auteurs d'un acte administratif unilatéral négocié revêtant un caractère réglementaire suite à l'édition de l'acte d'accompagnement¹⁰⁷⁸ ?

Il ressort des termes même de la question qu'un lien est établi entre les notions d'auteur et de compétence. En d'autres termes, un participant ne pourrait être qualifié d'auteur que si les textes lui ont attribué compétence pour intervenir. Mais du fait de l'incorporation de l'accord dans l'acte unilatéral d'accompagnement, on pourrait du même coup considérer

¹⁰⁷⁷ Cf notamment la décision du Conseil constitutionnel n°72-73 L en date du 29 février 1972.

¹⁰⁷⁸ On a relevé précédemment que selon Hafida Belrhali, le professeur Moderne affirme que les accords conclus entre l'Etat et les organisations professionnelles en matière de prix ne faisaient pas de ces organisations "les coauteurs des accords éventuellement réalisés". Il se baserait sur le fait que les organisations professionnelles "ne disposent pas du pouvoir réglementaire", *op. cit.*, p 95.

que ce dernier acte confère aux personnes ayant conclu l'accord un pouvoir réglementaire *a posteriori*.

Le parallèle peut sembler hasardeux car même si un lien étroit existe entre la norme créée et les personnes ayant participé à sa création, on se situe sur deux terrains bien distincts.

B – Le rôle des différents intervenants

Se baser sur l'incorporation pour démontrer que l'intervention des différentes personnes est égale et déterminante semble quelque peu artificiel. Il est préférable de prendre en considération le rôle de chacun des participants.

S'agissant des accords conclus entre l'Etat et les organisations professionnelles en matière de libération des prix, Franck Moderne affirme qu'"aucun texte n'impose à l'administration de passer par le processus de négociations avec les professionnels. Elle le fait de son plein gré (...)"¹⁰⁷⁹. Etant donné que la participation de ces organisations n'est pas obligatoire, cela signifie du même coup qu'elle n'est pas déterminante. Cela voudrait donc dire que si un texte a expressément prévu l'intervention d'un organe ou d'une personne déterminée¹⁰⁸⁰, elle devra être qualifiée de coauteur. On ne peut s'en tenir uniquement au contenu des textes pour appliquer la notion de coauteur. Une telle analyse serait trop schématique. Même si l'intervention des organismes précités n'est pas obligatoire, il ressort des jugements et des arrêts que le juge prend véritablement en compte évoque leur participation. De ce fait, il est nécessaire d'approfondir l'analyse.

Si en matière d'actes administratifs unilatéraux négociés dits "simples" la distinction entre l'élaboration et l'édiction n'apparaissait pas de manière très nette, la situation semble beaucoup plus claire concernant les actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes". En effet, deux personnes distinctes vont dans un premier temps élaborer l'accord et dans un second temps une tierce personne intervient s'agissant de l'édiction¹⁰⁸¹. Cependant cette troisième personne a en réalité un double rôle dont le second apparaît de manière indirecte. Non seulement elle élabore et édicte l'acte unilatéral d'accompagnement mais en plus elle permet l'édiction de l'acte administratif unilatéral négocié en tant que tel

¹⁰⁷⁹ F. Moderne, "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *op. cit.*, p 515.

¹⁰⁸⁰ On peut citer l'exemple des conventions relatives au domaine social.

grâce à cet acte d'accompagnement. Si le rôle est double cela ne signifie pas nécessairement, comme on l'a vu, qu'un nouvel acte totalement indépendant apparaît suite à l'édition de l'acte d'accompagnement.

De par l'importance de ses attributions, l'autorité ayant édicté l'arrêté serait donc dans une position de supériorité par rapport aux personnes ayant élaboré l'accord. Or, comme le souligne Hafida Belrhali, "des organes peuvent avoir des participations distinctes, donc des rôles distincts mais dont la portée est identique car ils sont dotés d'un pouvoir de consentement-opposition. Autrement dit, ce n'est pas l'égalité procédurale qui caractérise les coauteurs mais l'égalité normatrice"¹⁰⁸². Or, est-il possible d'affirmer qu'une égalité normatrice, c'est-à-dire une égalité dans l'élaboration du contenu de l'acte, existe en matière d'actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes" ?

Cette égalité normatrice se manifeste principalement sous la forme d'une influence déterminante des coauteurs sur l'acte selon Hafida Belrhali. Ce même auteur fait implicitement référence aux actes unilatéraux négociés dits "complexes" lorsqu'il évoque l'hypothèse dans laquelle "le coauteur donne son consentement à l'entrée en vigueur de l'acte alors que la norme est déjà déterminée"¹⁰⁸³. Il faudrait donc en déduire que les personnes ayant confectionné l'accord et celui ayant édicté l'acte d'accompagnement doivent tous être considérés comme les auteurs de l'acte eu égard au caractère déterminant de leur participation.

Une telle affirmation apparaît contestable. En effet, même si l'intervention de la personne édictant l'acte d'accompagnement est indispensable pour l'entrée en vigueur de l'acte, l'apport de cette dernière personne au niveau normatif semble des plus limité. Charles Eisenmann précise que pour qualifier l'individu d'auteur il faut que la "faculté de concourir ou de s'opposer dépende d'un choix libre de la part de celui à qui elle est reconnue. Il faut qu'il lui soit permis de décider librement s'il fera l'acte nécessaire pour que la norme entre en vigueur ou s'il fera, au contraire, l'acte à la suite duquel la norme n'entre pas en vigueur"¹⁰⁸⁴. En clair, il faut déterminer si l'intervention de la personne édictant l'acte d'accompagnement revêt une importance telle qu'on puisse la qualifier d'auteur et non de simple "co-auteur" ou "perfecteur" de l'acte administratif unilatéral négocié.

¹⁰⁸¹ Il existe malgré tout une hypothèse dans laquelle élaboration et édition sont partiellement confondus; il s'agit des actes administratifs unilatéraux négociés complexes mais ne faisant intervenir que deux personnes différentes.

¹⁰⁸² *Op. cit.*, p 89.

¹⁰⁸³ *Op. cit.*, p 91.

¹⁰⁸⁴ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 198.

Christophe Fardet distingue dans le cadre de l'homologation, la "codécision" de ces différentes actions que sont la "coaction" et la "perfection". Ces distinctions vont inévitablement avoir des répercussions sur la qualité des personnes intervenant dans ces divers cas de figures. Certes, Christophe Fardet souligne que, "comme la codécision, la coaction est en amont de l'objet sur lequel elle porte (...). La coaction est une condition à l'exercice de l'objet en conditionnant ses effets: elle n'est cependant pas une condition à son existence"¹⁰⁸⁵. Ainsi, "l'absence ou le refus de codécision empêche son objet de produire ses effets car il n'existe pas ! Alors qu'il existe lors d'un défaut ou d'un refus de coaction"¹⁰⁸⁶. Enfin, "la perfection permet à l'objet – non pas de produire ses effets de droit – mais de les renforcer, car l'objet est "fait" avant d'être "parfait" (...). La coaction comme la perfection n'ont d'effet que sur les effets de leurs objets: aucune n'a d'effet sur leur existence, *a contrario* de la codécision"¹⁰⁸⁷.

Si on applique ces caractéristiques aux actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes" que peut-on en déduire s'agissant de l'acte d'accompagnement ?

Comme on peut le constater, la distinction opérée par Christophe Fardet réside dans les effets plus ou moins contraignants de ces formes d'interventions. Si on établit une hiérarchie, la codécision se situerait au sommet, la coaction au niveau intermédiaire et enfin la perfection à la base. Or, en matière d'actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes", il semble difficile d'affirmer que les actes d'accompagnement entrent tous dans la même catégorie.

Dans certains cas, l'édition de l'acte d'accompagnement ne semble pas conditionner l'existence même de l'acte administratif unilatéral négocié. Le cas des cahiers des charges des lotissements constitue sur ce point une illustration intéressante. Le fait qu'un arrêté d'approbation soit délivré par le préfet ne permet de considérer ce dernier comme un coauteur du cahier des charges tout simplement parce que cet acte d'accompagnement ne conditionne pas l'existence du document en cause. Est-ce que le préfet doit de ce fait être considéré comme un organe perfecteur ou bien un coacteur du cahier des charges ?

La réponse à cette question n'apparaît pas de manière très nette étant donné les difficultés de distinction entre la coaction et la perfection. Christophe Fardet précise sur ce point que "la coaction est une condition à la production des effets intrinsèques de son objet, l'homologation est indépendante de ceux de son objet: elle n'est qu'un "luxe"

¹⁰⁸⁵ C. Fardet, "La notion d'homologation", *Droits* 1999, n°28, p 188.

¹⁰⁸⁶ *Id.*, p 191.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

juridique"¹⁰⁸⁸. Il semble difficile d'affirmer s'agissant du cahier des charges que l'arrêté préfectoral n'est qu'un "luxe" juridique. Ce dernier est en effet nécessaire à la production des "effets intrinsèques de son objet". Le préfet serait donc un coacteur de cet ensemble formant un acte administratif unilatéral négocié.

L'analyse vaut-elle dans toutes les hypothèses où les personnes intervenant dans la confection de l'accord et celle prenant l'acte d'accompagnement sont différentes ?

Prenons le cas des actes relevant du domaine sanitaire et social. La convention collective de travail ne tire pas son existence juridique de l'édition de l'arrêté d'extension. Ce dernier acte permet uniquement de donner une efficacité plus étendue à la convention. On peut donc encore une fois en déduire que le ministre ne peut être considéré ni comme un coauteur – l'existence de la convention n'étant pas liée à cet arrêté – ni comme un perfecteur car l'arrêté constitue bien plus qu'un "luxe juridique". Le ministre revêt de ce fait la qualité de coacteur de cet acte administratif unilatéral négocié¹⁰⁸⁹.

La conclusion ne semble pas transposable au cas des conventions d'assurance chômage car l'adoption par le ministre d'un arrêté d'agrément ne fait pas de lui un simple co-acteur de l'acte administratif unilatéral négocié. En effet, l'article L 351-8 du Code du travail prévoit qu'en "l'absence d'accord ou agrément de celui-ci, ces mesures sont fixées par décret en Conseil d'Etat". On peut déduire de ces dispositions qu'en l'absence d'agrément, l'accord n'a pas d'existence juridique étant donné qu'un décret le supplée dans ce cas. Si on reprend les caractéristiques dégagées par Christophe Fardet, on se situe donc bien dans une hypothèse de codécision. Le ministre peut, de ce fait, être qualifié de coauteur de cet acte administratif unilatéral négocié.

Les conventions passées entre les syndicats de praticiens et les caisses d'assurance maladie font quant à elle l'objet d'une approbation par arrêté ministériel. Mais une nouvelle fois, il faut déterminer à quelle catégorie se rattache le ministre s'agissant de cet acte administratif unilatéral négocié.

L'ancien article L 162-5-9 du Code de la sécurité sociale¹⁰⁹⁰ prévoyait que "le règlement conventionnel minimal s'applique en l'absence de convention nationale". Il est difficile de déterminer ce que recouvre précisément l'expression "absence de convention nationale". Est-ce que le fait de ne pas approuver une telle convention équivaut à l'inexistence juridique de cette dernière ? Si on analyse la jurisprudence, il semble que la réponse soit

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ Une telle affirmation ne vaut que si on considère, comme on l'a vu dans la première partie, que l'arrêté d'extension s'incorpore les dispositions de la convention collective.

négative. Prenons les dispositions de l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 17 novembre 1997 *Idlas et autres*¹⁰⁹¹. Du fait de l'absence d'approbation, l'accord doit, selon le juge, être considéré "comme n'étant jamais entré en vigueur, ni à l'égard des tiers ni à l'égard des parties; que dès lors, et à défaut d'adhésion personnelle des intéressés sur le fondement de l'article L 162-11, les caisses d'assurance maladie ne pouvaient légalement faire bénéficier les chirurgiens-dentistes de leur participation au financement du régime maladie, maternité et décès et du régime des avantages complémentaires de vieillesse des praticiens et auxiliaires médicaux conventionnels; qu'il suit de là que l'accord doit être interprété comme n'ayant pas eu pour effet de faire obstacle à la suspension par les caisses d'assurance maladie de leur participation au financement de ces régimes". L'absence d'approbation n'aurait donc pas d'incidence sur l'existence de l'acte en tant que tel. Seuls les effets de ce dernier sont concernés par l'absence d'approbation¹⁰⁹². D'ailleurs, dans cet arrêt, la convention est bien considérée comme un acte juridique à part entière car le Conseil d'Etat affirme que "l'accord doit être interprété comme (...)".

On peut donc en déduire que le ministre en édictant l'acte d'approbation ne peut être considéré ni comme un codécideur ni comme un simple perfecteur, mais bien comme un coacteur.

Doit-on en conclure que dans toutes les hypothèses d'actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes" la personne ayant émis l'acte d'accompagnement ne peut recevoir la qualification de coauteur de l'acte unilatéral négocié ?

Afin de répondre à cette question, il est nécessaire de distinguer les hypothèses de requalification expresses et implicites.

Les actes précités à l'égard desquels des autorités telles que le ministre ou le préfet ne sont pas qualifiables d'auteurs ou de coauteurs de l'acte unilatéral négocié entrent, comme on l'a vu, dans la première partie, dans la catégorie des requalifications implicites. Mais qu'en est-il dans les hypothèses de requalifications expresses ?

En matière d'accords sur la libération des prix, les exemples de requalifications expresses sont les plus caractéristiques. Dans l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 23 octobre 1974

¹⁰⁹⁰ Cet article a été abrogé par la loi du 13 août 2004.

¹⁰⁹¹ *Rec*, p 428 - *RJS* 1998, n°91.

¹⁰⁹² L'abstract de cet arrêt publié au recueil Lebon confirme cette analyse car les auteurs lient l'absence d'approbation à l'absence d'effet de cet acte. Une décision postérieure semble aller dans le même sens. En effet, l'un des considérants de l'arrêt en date du CE 7 mai 1999 *Fédération nationale des médecins radiologues et autres*, *RJS* 1999, n°1127 est rédigé de la manière suivante: "e u égard (...) à l'absence de tout caractère exécutoire des conventions nationales à défaut d'approbation par arrêté interministériel".

*Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*¹⁰⁹³, les juges affirment que l'arrêté ministériel "rend applicable" l'engagement. Cet acte d'accompagnement permet donc "la production des effets intrinsèques"¹⁰⁹⁴ de l'objet de l'acte unilatéral négocié et de ce fait le ministre ne serait qu'un coacteur de l'acte. En réalité, le rôle du ministre dépasse celui d'un simple coacteur et il apparaît que seule la qualification de coauteur semble appropriée. Sans l'acte d'accompagnement non seulement l'accord n'a aucune effectivité mais en plus il est inexistant sur le plan juridique. Il ne peut constituer une "décision unilatérale à caractère réglementaire" pour reprendre la formulation de l'arrêt du 17 février 1992 *Association hôtellerie et liberté*¹⁰⁹⁵. On retrouve, s'agissant de ces accords de libération des prix, les caractéristiques de la codécision dégagées par Christophe Fardet. En effet, cet auteur affirme que "l'acte codécisoire imprime sa valeur, sa nature à son objet"¹⁰⁹⁶.

On parvient, semble-t-il, à la même conclusion pour les conventions de restructuration laitière auxquelles le jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand en date du 13 octobre 1988 *Fédération des syndicats d'Exploitants agricoles du Puy-de-Dôme C/ Préfet de la région d'Auvergne*¹⁰⁹⁷ fait référence. Ainsi, l'acte d'homologation a bien une incidence sur la valeur, la nature de l'objet de la convention car sans cet acte d'accompagnement, l'acte unilatéral réglementaire constitué de la convention homologuée n'a pas d'existence juridique. Le ministre aurait donc bien la qualité de coauteur de l'acte unilatéral négocié¹⁰⁹⁸.

Un acte administratif unilatéral n'a pas nécessairement un seul et unique auteur. On a pu voir en effet que pour un même acte administratif unilatéral négocié plusieurs participants pouvaient se voir conférer cette qualité. Mais de par les caractéristiques particulières de ces actes, on ne peut généraliser. La distinction des parties et les tiers ne serait-elle pas plus adaptée ?

¹⁰⁹³ *Op. cit.*

¹⁰⁹⁴ C. Fardet, *op. cit.*, p 191.

¹⁰⁹⁵ *Op. cit.*

¹⁰⁹⁶ *Op. cit.*, p 190.

¹⁰⁹⁷ *Op. cit.*

¹⁰⁹⁸ Il est intéressant de constater à ce sujet que les dispositions du jugement vont à l'encontre de la démonstration présentée par C. Fardet. Selon ce dernier et relativement à la nature de l'acte, l'homologation est une opération neutre", *op. cit.*, p 189.

Section 2

Les participants envisagés au travers de la distinction entre les notions de partie et de tiers

L'analyse, au regard de la notion d'auteur ou de ses dérivés (coauteur...), des personnes participant à l'élaboration, à la confection des actes administratifs unilatéraux négociés n'est pas chose aisée étant donné la relative imprécision de ces termes. De ce fait, il faut se demander s'il ne serait pas préférable d'appliquer d'autres notions et plus précisément à celles de parties et de tiers. Néanmoins, on se heurte à une première difficulté car ces dernières n'ont pas fait l'objet d'une analyse doctrinale précise en droit administratif. Ainsi, il sera nécessaire dans un premier temps de définir ces notions de partie et de tiers dans une telle matière en se basant sur les différentes conceptions des auteurs civilistes (§ 1). Après avoir caractérisé ces notions, on pourra alors, dans un second temps, appliquer ces dernières aux différentes hypothèses d'actes administratifs unilatéraux négociés (§ 2).

§ 1: Les différentes conceptions des notions de partie et de tiers

Certes, notre étude se rattache bien évidemment aux actes administratifs unilatéraux. Cependant, on ne peut aborder l'étude de ces deux notions sans se référer aux contrats. La doctrine privatiste a notamment tenté de définir ces notions de partie et de tiers (A). Une telle analyse permettra de mieux cerner l'état de la doctrine s'agissant des actes unilatéraux qu'ils soient de droit privé ou de droit public (B).

A – Les notions de partie et de tiers au regard des actes de nature contractuelle

Si la doctrine publiciste n'a pas étudié en détails les notions de partie et de tiers, il n'en est pas de même en droit civil. Jacques Martin de la Moutte a eu l'occasion de définir ce qu'il faut entendre par "partie à un acte juridique". Il s'agit selon lui de "la personne qui, non seulement est atteinte par les effets de cet acte, mais encore y fait valoir un intérêt

propre et distinct"¹⁰⁹⁹. Il ressort de cette définition que la conception, l'élaboration de l'acte ne font pas partie des éléments déterminants permettant de caractériser une partie à l'acte. Est-ce que cela signifie que la notion de partie et celle d'auteur étudiée précédemment doivent être distinguées ?

Rafael Encinas de Munagorri rappelle qu'en droit privé "certains auteurs n'ont pas hésité à établir, à partir du contrat, une opposition tranchée entre la "partie à l'acte" et son "auteur": l'auteur serait "la personne qui contribue à la formation de l'acte", la partie, "une sphère d'intérêts atteinte par l'acte lui-même". Quels que soient les mérites d'une telle distinction, elle place clairement l'auteur de l'acte comme une personne participant à sa formation"¹¹⁰⁰. S'agissant du droit public, Jean-Louis Corail semble adopter une conception diamétralement opposée. Il affirme en effet que dans le contrat, "les parties se présentent comme étant à la fois les auteurs et les sujets de la réglementation"¹¹⁰¹. Comment peut-on justifier cette différence de conception ?

L'explication réside peut-être tout simplement dans la distinction traditionnelle entre le droit privé et droit public. Cela tendrait à confirmer l'affirmation selon laquelle les auteurs publicistes n'ont pas analysé en profondeur la notion de "partie".

Cependant, une telle confusion n'est pas propre au droit public car Michel Storck constate que "le terme partie a un sens variable: pour un acte juridique, il peut y avoir une partie auteur, une partie titulaire des droits exercés, une partie liée par les effets de l'acte"¹¹⁰².

Face à ces incertitudes, certains auteurs ont tenté de clarifier la situation.

En droit privé, Philippe Delmas Saint-Hilaire a résumé l'état de la doctrine classique de la façon suivante: "dans cette conception individualiste et volontariste du contrat, les parties se définissent comme les personnes qui ont voulu l'acte et qui ne sont tenues à ses effets obligatoires que parce qu'elles y ont consenti. Il y aurait donc coïncidence entre la qualité de partie contractante et le domaine de l'effet obligatoire du contrat, les tiers n'étant touchés que par une simple opposabilité"¹¹⁰³. Il ressort donc de cette analyse qu'un lien très étroit unit la volonté et la notion de partie.

Comme l'indique Philippe Delmas Saint-Hilaire, "l'apport essentiel de la doctrine contemporaine est d'avoir détaché la qualité de partie, de la seule conclusion du

¹⁰⁹⁹ J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral – Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Paris, Sirey, 1951, p 4.

¹¹⁰⁰ R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, p 253.

¹¹⁰¹ J-L. Corail, "Les actes administratifs dans la pensée de Charles Eisenmann", in *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, p 196.

¹¹⁰² M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, 1982, p 54.

contrat"¹¹⁰⁴. Ainsi, Jacques Ghestin précise qu'il est "possible d'attribuer la qualité de partie en fonction de la situation existante au moment où cette appréciation est utile, c'est-à-dire en particulier au moment, non plus de la formation du contrat, mais de son exécution"¹¹⁰⁵.

Cependant, toute personne intervenant au moment de la formation ou de l'exécution ne peut se voir conférer la qualité de partie. Jacques Ghestin considérait qu'il "ne peut y avoir contrat et parties à un contrat, liées en tant que telles par les effets obligatoires de celui-ci, que dans la mesure où ce lien obligatoire a fait l'objet d'une manifestation de volonté"¹¹⁰⁶.

Par cette définition, cet auteur marque son attachement au critère volontariste. Ce critère permet d'intégrer les personnes soit dans la catégorie des parties soit dans celle des tiers. Selon Jean-Luc Aubert, Jacques Ghestin accorde trop d'importance à ce critère volontariste ce qui entraîne une "uniformisation des classifications"¹¹⁰⁷. En outre, cette conception élargie de la notion de partie a pour effet d'inclure dans cette catégorie des personnes qui sont en réalité plus proches des tiers au contrat¹¹⁰⁸.

Face à ces différentes critiques, Catherine Guelfucci-Thibierge va proposer une nouvelle définition de la notion de partie. Si elle estime, comme Jacques Ghestin, qu'une personne peut être qualifiée de partie non seulement au stade de la formation du contrat mais aussi de son exécution, il est également possible selon elle "d'admettre un élargissement quant à la source de la qualité de partie: le droit positif révèle en effet que celle-ci peut résulter non seulement de la volonté, mais aussi de la loi"¹¹⁰⁹. Cela signifie que la volonté n'est plus le critère exclusif utilisé pour qualifier une personne de partie. On peut donc affirmer que Catherine Guelfucci-Thibierge adopte une conception objective de la partie à l'acte.

Quelques mois plus tard, Jacques Ghestin va répondre à Catherine Guelfucci-Thibierge. Selon lui, il semble "plus difficile *a priori* d'admettre qu'il puisse y avoir, au moment de la formation du contrat, des parties par le seul effet de la loi, même si l'on y ajoute la volonté d'un tiers"¹¹¹⁰. De ce fait, au stade de la formation, la volonté demeure le critère principal de la partie à l'acte. En revanche, au stade de l'exécution de ce dernier, la loi peut

¹¹⁰³ P. Delmas Saint-Hilaire, *Le tiers à l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 2000, p 16.

¹¹⁰⁴ *Id.*, p 18.

¹¹⁰⁵ J. Ghestin, "Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers", *RTDC* 1994, p 777.

¹¹⁰⁶ *Id.*, p 779.

¹¹⁰⁷ J-L Aubert, "A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers", *RTDC* 1993, p 275.

¹¹⁰⁸ J-L Aubert affirme que "le cessionnaire d'un contrat, qui se trouve substitué au cédant dans les différents rapports contractuels, reste-t-il un tiers, tandis que l'héritier, qui est lui-même substitué au défunt dans les droits et obligations nés du contrat conclu par celui-ci, devient une partie", *id.*, p 269.

¹¹⁰⁹ C. Guelfucci-Thibierge, "De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif", *RTDC* 1994, p 281.

expressément prévoir qu'une personne ait la qualité de partie. Cette analyse lui permet de proposer une nouvelle définition de la partie. Une telle qualité "doit être réservée aux personnes qui ont conclu le contrat par un accord de volontés ou qui ont acquis le droit de le modifier ou d'y mettre fin par un autre accord de volontés"¹¹¹¹.

Même si Jacques Ghestin intègre la loi dans les critères permettant de qualifier une personne de partie, il apparaît néanmoins que la volonté occupe une place prépondérante dans cette qualification¹¹¹².

Ces différentes analyses concernent les contrats de droit privé mais qu'en est-il s'agissant des actes contractuels soumis au droit public ?

La distinction des parties et des tiers est d'un grand intérêt s'agissant des contrats administratifs. Ainsi, pour déterminer si le recours pour excès de pouvoir est recevable à l'encontre d'un acte détachable d'un contrat¹¹¹³, le juge doit déterminer si le requérant a la qualité de partie ou de tiers par rapport à ce contrat. Seule cette dernière qualité ouvre aux requérants la possibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir. Comme on peut le constater, la distinction entre les notions de partie et de tiers est donc d'une grande importance en matière contentieuse. Mais ce n'est pas son unique intérêt. Cette distinction entre les parties et les tiers a des incidences indirectes sur la nature juridique même des actes. Ainsi, s'agissant de l'exécution ou de la résiliation du contrat, l'acte contesté ne sera considéré comme détachable que si un tiers au contrat le conteste. En d'autres termes, on ne pourra qualifier l'acte de décision unilatérale que si un tiers exerce le recours. En revanche, si un tel recours est formé par une partie, l'acte doit être regardé comme totalement intégré au contrat.

Même si la distinction en cause a des conséquences sur la nature juridique des actes, il ressort malgré tout de cette jurisprudence que la qualité de partie ou de tiers est uniquement déterminée par rapport au contrat et non par rapport à l'acte unilatéral.

Malgré son intérêt théorique et contentieux, la doctrine publiciste ne semble pas distinguer très nettement les notions de partie et de tiers. Tel est le cas de Maurice Hauriou et

¹¹¹⁰ *Op. cit.*, p 787.

¹¹¹¹ *Id.*, p 788.

¹¹¹² En affirmant que la loi confère plus facilement la qualité de partie au stade de l'exécution qu'au moment de la formation de l'acte, Jacques Ghestin établit implicitement une hiérarchie entre les critères de la loi et de la volonté. Ce dernier serait en quelque sorte le critère "noble" permettant la qualification de partie alors que le premier aurait un rôle subalterne.

¹¹¹³ Précisons que ne sont concernés que les actes détachables postérieurs à la conclusion du contrat à savoir les actes d'exécution, de résiliation... En effet, s'agissant des actes relatifs à la conclusion, le juge admet la recevabilité du recours pour excès de pouvoir que le requérant soit partie ou tiers au contrat.

Guillaume de Bézin lors d'une analyse comparée des actes relevant du droit administratif français et ceux pris en vertu du Code civil allemand. En droit français, on oppose les actes de gestion aux actes d'autorité. Le droit allemand, en revanche, "nous parle de *déclarations faites* « à un autre » et, *a contrario*, il suppose des *déclarations qui ne sont pas faites à un autre*"¹¹¹⁴. Raymond Saleilles désigne ces dernières par l'expression "déclarations que ne sont faites à personne"¹¹¹⁵. Une telle affirmation peut surprendre car toute déclaration s'adresse nécessairement à quelqu'un. Ce qu'il a voulu dire, c'est que "celui à qui l'on s'adresse peut ne pas être "un autre" au sens "d'autrui qui doit recevoir", c'est à dire un tiers ou une partie. D'autre part, Raymond Saleilles, traduit "ander" tantôt par tiers et tantôt par partie"¹¹¹⁶. Les auteurs publicistes soulignent donc que les notions de partie et de tiers auxquelles fait référence la doctrine privatiste sont relativement imprécises.

Mais est-ce que cela signifie pour autant qu'en ce début de XX^{ème} siècle les auteurs en droit administratif font preuve d'une plus grande rigueur ?

Maurice Hauriou et Guillaume de Bézin observent qu'en "français tiers et partie, n'ont pas le même sens: «partie» c'est celui avec lequel on traite, «tiers» c'est celui qui peut avoir des droits à opposer sans qu'on ait traité avec lui"¹¹¹⁷. Ces définitions demeurent assez vagues car on ignore ce que recouvre précisément le terme "traite". Doit-il être exclusivement considéré comme un synonyme de "conclusion" ou bien renvoie-t-il aussi à la phase d'exécution de l'acte ?

Il semble difficile d'apporter une réponse claire et ferme sur ce point. Néanmoins, il faut bien voir qu'au début du XX^{ème} siècle, la doctrine privatiste classique lie très étroitement la notion de partie à la conclusion de l'acte. Il est donc fort probable que les auteurs publicistes adoptent une conception similaire.

Yves Weber fait aussi partie de ces rares auteurs qui, en droit public, ont évoqué la distinction entre les notions de partie et de tiers¹¹¹⁸. S'agissant de ces notions, il constate dans un premier temps que "le droit privé, centrant le débat sur le contenu des notions en

¹¹¹⁴ *Op. cit.*, p 553.

¹¹¹⁵ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, *op. cit.*, p 8.

¹¹¹⁶ M. Hauriou et G de Bézin, "La déclaration de volonté dans le droit administratif français", *op. cit.*, pp 553-554.

¹¹¹⁷ *Id.*, p 554.

¹¹¹⁸ On relève néanmoins une différence d'analyse par rapport aux auteurs civilistes. Alors que ces derniers axent principalement leur étude sur la notion de partie – celle de tiers n'étant évoquée que de manière incidente – la démarche d'Yves Weber est quant à elle inversée. En effet, il étudie les "tiers quasi-parties au contrat", les "tiers liés au contrat", les "tiers objet du droit objectif contractuel", "Les acteurs des contrats de

cause, distingue ainsi, au travers de la doctrine, laquelle selon les cas élargit ou restreint celui-ci, les parties lors de la formation du contrat de celles au moment de son exécution, les vrais tiers, les faux tiers, les tiers assimilés aux parties (...) Le droit administratif, quant à lui, s'en tient à l'opposition classique sans trop en approfondir le contenu. Il appréhende plutôt la catégorie de tiers selon ses sources: contractuelles, jurisprudentielles, législatives ou réglementaires"¹¹¹⁹.

Les "tiers liés au contrat" font partie des catégories analysées par Yves Weber. Ces tiers "sont bien soumis aux effets d'un contrat, mais d'un contrat auquel ils n'ont pas consenti comme parties. Ils se retrouvent titulaires actifs ou passifs de ses effets obligatoires, à raison de circonstances diverses, plus ou moins nettement caractérisées, dans lesquelles ils ont manifesté leur volonté d'être ainsi"¹¹²⁰. Il ressort de cette définition qu'Yves Weber ne conçoit la partie à l'acte qu'en se référant à la conclusion de celui-ci. La phase d'exécution n'est pas prise en considération. Cet auteur marque donc son indépendance par rapport aux auteurs civilistes contemporains et d'ailleurs il le reconnaît. Il affirme s'agissant de cette catégorie de tiers que "les liens avec le contrat sont tels que d'éminents auteurs, en droit privé, intègrent ces tiers liés dans la catégorie des parties, élargie il est vrai. Tel ne sera pas notre propos cependant, ni en droit administratif, ni même en théorie générale, dans la mesure où, verrons-nous, les tiers envisagés ici ne sont en rien assimilables aux parties, ni même aux quasi-parties. Ils n'ont pas, comme elles, conclu ou quasi conclu le contrat"¹¹²¹.

Par l'établissement d'un tel lien entre la conclusion du contrat et la qualité de partie, Yves Weber opte pour une conception éminemment large de la notion de tiers ce qui n'est pas sans conséquences. En effet, plus la notion de tiers est entendue largement, plus le juge de l'excès de pouvoir a la possibilité de s'immiscer dans le contentieux contractuel.

Finalement, malgré les efforts de la doctrine pour clarifier ces notions, leur définition demeure incertaine et passablement floue car selon qu'on adopte une conception large ou restreinte, la notion de partie est appliquée à des personnes très différentes. La définition d'une telle notion dépend donc du point de vue qu'adoptent les auteurs.

Si les auteurs qu'ils soient privatistes ou dans une moindre mesure publicistes se sont interrogés sur ces notions de partie et de tiers, c'est uniquement dans le cadre contractuel. En effet, une telle distinction ne peut, selon de nombreux auteurs, s'appliquer que dans ce

l'administration", in *Mélanges en l'honneur du professeur G. Peiser*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p 521.

¹¹¹⁹ *Id.*, p 523.

¹¹²⁰ *Id.*, p 530.

¹¹²¹ *Ibid.*

cadre. Doit-on en conclure qu'il n'est pas possible de qualifier de partie et de tiers les participants à l'acte administratif unilatéral et les personnes extérieures à celui-ci ?

B – Une application aux actes administratifs unilatéraux source de confusions

S'agissant du droit privé, le professeur Claude Brenner affirme que "l'auteur unique d'un acte que l'on dit alors unilatéral et les parties à un acte que l'ont dit alors conventionnel ou plurilatéral se définissent, par opposition aux tiers"¹¹²². Se référer à la notion de partie en matière d'acte unilatéral n'aurait donc pas de sens. Rafael Encinas de Munagorri précise sur ce point que "désigner l'auteur de l'acte unilatéral, comme une «partie à l'acte» est moins évident qu'il n'y paraît au premier abord: l'appellation suppose de raisonner à partir du modèle du contrat. C'est en effet seulement pour le contrat que l'auteur de l'acte se présente comme une «partie à l'acte». Etre partie au contrat, c'est alors en être auteur. Il y a là, comme le précise Planiol, une simple convention de langage: "les personnes qui figurent en qualité d'auteurs de cet acte «le contrat», prennent le nom de «parties à l'acte» ou plus brièvement «parties»"¹¹²³.

Rafael Encinas de Munagorri associe donc la notion de partie à celle de contrat et hésite à l'appliquer aux actes unilatéraux relevant du droit civil.

En est-il de même en droit public ?

Si on s'en tient à certaines analyses doctrinales, la réponse est positive. Mais ces hésitations engendrent quelques confusions avec des notions concurrentes. Selon Maurice Hauriou et Guillaume de Bézin, la qualité de sujet s'oppose, en droit administratif, à celle de partie et de tiers. Ils affirment en effet que "les hommes qui sont en rapport les uns avec les autres ne peuvent avoir que deux qualités: ou bien ils ont des droits réciproquement opposables et ils sont l'un vis-à-vis de l'autre des parties ou des tiers, ou bien leurs droits ne sont pas réciproquement opposables, l'un a vis-à-vis de l'autre des prérogatives à exercer, l'un est le maître, l'autre le sujet"¹¹²⁴.

Soixante ans plus tard, Georges Dupuis précisera que du fait de l'application des conventions collectives à tous les contrats de travail passés par l'employeur signataire "la jurisprudence fait ainsi des tiers des sujets de la convention c'est-à-dire transformant pour

¹¹²² C. Brenner, "Acte", *op. cit.*, p 7.

¹¹²³ *Op. cit.*, p 247.

¹¹²⁴ *Op. cit.*, p 554.

partie cet accord de volontés en acte unilatéral¹¹²⁵. Il ressort de ces deux citations et notamment de la première que la notion de sujet renvoie au rapport inégalitaire existant entre l'administration et ses administrés¹¹²⁶. D'ailleurs, Charles Eisenmann, de par la distinction qu'il opère, confirme l'existence d'un tel rapport. Selon lui, "toute norme juridique a au moins deux sujets, un sujet passif, celui à qui il est prescrit une conduite, un sujet actif celui qui est admis à exiger cette conduite"¹¹²⁷.

Si le fait d'imposer l'acte aux administrés, de ne pas exiger l'intervention de ces derniers pour son édicton permet d'affirmer que ces administrés sont des sujets, peut-on dire qu'il existe une différence entre cette dernière notion et celle de tiers ? Maurice Hauriou et Guillaume de Bézin ne les assimilent pas car "si l'administré ne doit pas recevoir l'acte d'autorité à la façon d'un tiers, s'il doit le recevoir à la façon d'un sujet, il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse point bénéficier de cet acte ou en souffrir"¹¹²⁸. A la lecture de cette citation, on constate que le sujet de l'acte se confond en réalité avec le destinataire de celui-ci. En effet, seul ce dernier est assujéti à ses dispositions ou pour employer un langage privatiste, est soumis aux effets obligatoires de l'acte d'autorité. Ne seraient donc qualifiables de tiers¹¹²⁹ que les autres personnes non destinataires de l'acte. Plus précisément, il s'agit des personnes qui n'ont pas de lien avec l'administration et qui ne lui sont pas soumises. Cela signifie indirectement que la notion de tiers ne semble pas pouvoir s'appliquer dans le cadre de rapports inégalitaires¹¹³⁰.

L'analyse des actes de gestion¹¹³¹ par Maurice Hauriou et Guillaume de Bézin confirme cette assertion. Ils affirment en effet que "si les actes d'autorité s'adressent à des sujets, il n'est pas douteux que les actes de gestion s'adressent aux administrés envisagés comme des tiers"¹¹³². Si l'administration impose sa volonté dans la phase de formation de la

¹¹²⁵ G. Dupuis, *Les privilèges de l'administration*, *op. cit.*, p 85.

¹¹²⁶ On peut confirmer cette affirmation en citant les propos suivants de M. Hauriou et G. de Bézin: "n'ayant pas eu besoin du concours actif des administrés pour passer à l'exécution des mesures décidées, la puissance publique ne leur a par là même reconnu aucun droit acquis, ils ne peuvent opposer à ses prescriptions réglementaires aucun droit propre, ils ne peuvent opposer que la violation de la loi; la légalité est leur seule sauvegarde. C'est bien là la sujéti", *op. cit.*, p 554. De même, L. Duguit utilise dans ses écrits le terme de "sujet" pour désigner les personnes ayant manifesté leur volonté dans le cadre de la création d'un acte juridique, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, p 350.

¹¹²⁷ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 350.

¹¹²⁸ *Op. cit.*, p 555.

¹¹²⁹ L'expression latine *penitus extranei* signifiant "tout à fait étranger" serait parfaitement adaptée dans ce cas.

¹¹³⁰ Jacques Bentz adopte le même point de vue car il affirme que "la puissance publique représente l'ensemble des intérêts particuliers, et elle peut imposer sa volonté pour satisfaire à l'intérêt général. Ces prérogatives sont peu compatibles avec la notion de tiers", "Le tiers à l'acte d'administratif (1)", *RPDA* 1958, p 165.

¹¹³¹ Selon ces auteurs, "il y a gestion – publique ou privée – quand il y a exécution", *op. cit.*, p 557.

¹¹³² *Ibid.*

décision¹¹³³, la phase d'exécution nécessite quant à elle des concours, collaborations..., "les simples sujets de l'administration deviennent, vis-à-vis d'elle, des tiers"¹¹³⁴. La répartition des sujets et des tiers s'agissant d'un acte déterminé n'est donc pas figée selon cet auteur. Un individu considéré comme sujet dans un premier temps peut devenir tiers dans un second temps. Il serait donc possible de passer d'un rapport foncièrement inégalitaire (sujet/administration) à un rapport plus équilibré (tiers/administration)¹¹³⁵. Cette analyse rejoint d'une certaine manière la doctrine privatiste contemporaine qui, comme on l'a vu, reconnaît qu'entre la phase de formation et d'exécution du contrat, les passages des catégories de partie à celle de tiers sont possibles. Mais tel ne semble pas être le cas s'agissant des actes administratifs unilatéraux. Les administrés ne peuvent pas être qualifiés de tiers eu égard à la prééminence de l'administration. Ils ne peuvent être que des sujets.

Si Maurice Hauriou et Guillaume de Bézin semblent vouloir clairement distinguer les notions de sujet et de tiers qu'en est-il des liens unissant cette dernière à la notion de partie?

Concernant la personne intéressée à laquelle l'administration s'adresse dans le cadre des déclarations "faites à autrui"¹¹³⁶, ils affirment qu'elle doit ici être considérée "comme un tiers ou même comme une partie et cela parce que le déclarant ne peut exécuter son projet qu'avec le concours de cet intéressé qui devient ainsi un collaborateur"¹¹³⁷. On peut constater que le tiers ou la partie à l'acte ont finalement la même attribution: ils collaborent tous deux à l'exécution de celui-ci. Ils précisent cependant dans la suite de leur développement que "les «déclarations faites à autrui», dans les situations contractuelles, ne sont que des déclarations faites à des parties, et il est bien vrai que les parties sont des gens dont, par le contrat ou en vue du contrat, on a sollicité le concours. Mais la notion de tiers dépasse beaucoup celle de contractant. En droit administratif, cela n'est pas douteux: tous les administrés qui sont victimes de préjudices par suite d'actes unilatéraux de

¹¹³³ Maurice Hauriou et Guillaume de Bézin préfèrent sur ce point le terme de "résolution" qui ne doit néanmoins pas être entendu dans le sens de résiliation.

¹¹³⁴ *Op. cit.*, p 558.

¹¹³⁵ Une telle analyse prête à discussions car peut-on vraiment affirmer que la situation de la personne évolue de manière aussi nette entre la phase de "résolution" et celle de l'exécution ?

¹¹³⁶ Ces auteurs placent dans cette catégorie "toutes les offres faites en vue d'un contrat à conclure, ainsi que certaines déclarations unilatérales mais qui se rattachent à une situation contractuelle antérieure, comme un congé, une révocation, une ratification", *op. cit.*, p 558.

¹¹³⁷ *Ibid.*

l'administration, pourvu que ces actes aient été accomplis dans l'exécution des services publics, prennent la qualité de tiers"¹¹³⁸.

Pour Maurice Hauriou et Guillaume de Bézin, la distinction entre les parties et les tiers semble revêtir une place plus importante pour la phase d'exécution que pour celle de résolution (ou formation). En outre, leur analyse tend à confirmer que la notion de partie s'applique exclusivement dans le cadre contractuel mais tous les auteurs n'ont pas la même position.

Une partie de la doctrine va tenter d'appliquer la distinction des parties et des tiers aux actes unilatéraux.

Georges Dupuis va se baser sur les propos d'auteurs civilistes. Il analyse la démonstration de Jacques Martin de la Moutte. Ce dernier "estime que l'unicité de la volonté est l'indice normal de la nature unilatérale d'un acte, mais il ajoute que ce critère n'est pas pleinement satisfaisant: l'élément substantiel spécifique à l'acte unilatéral réside dans le fait qu'il comporte une « partie unique »"¹¹³⁹. Une telle affirmation a toutes les apparences de la logique si on considère qu'un contrat est, à l'inverse, le résultat d'un accord entre deux parties. Néanmoins, on peut se demander ce que recouvre précisément l'expression "partie unique".

Jacques Martin de la Moutte ne donne que peu d'indications sur la définition même de ce concept. En proie visiblement à une certaine gêne pour le caractériser, cet auteur affirme que l'acte unilatéral "exprime toujours l'intérêt d'une partie unique"¹¹⁴⁰. Il opère donc un lien entre l'existence d'un intérêt et la notion de partie unique.

Un élément peut, semble-t-il, justifier l'établissement d'un tel lien. En elle-même, l'expression "partie unique" est éminemment incertaine. En outre, le risque d'amalgame avec le critère quantitatif permettant de définir l'acte administratif unilatéral est à mon sens manifeste. En effet, même s'il est vrai que les expressions "personne unique" et "partie unique" ne sont pas synonymes, on peut être tenté de les assimiler. D'ailleurs, Jacques Martin de la Moutte, en affirmant qu'il "peut y avoir acte unilatéral malgré l'intervention de plusieurs volontés si elles expriment en somme qu'un seul et même intérêt", tente de les distinguer.

¹¹³⁸ *Id.*, pp 558-559.

¹¹³⁹ G. Dupuis, "Définition de l'acte unilatéral", *op. cit.*, p 210.

¹¹⁴⁰ *Op. cit.*, p 47.

Outre cette ambiguïté, Rafael Encinas de Munagorri constate que "définir la partie à l'acte par l'intérêt unique conduit, à privilégier un critère reposant sur la formation de l'acte plutôt que sur ses effets"¹¹⁴¹. Cette notion d'intérêt ne permettrait donc pas d'englober toutes les attributions reconnues aux parties. Néanmoins, une telle allégation semble pour le moins excessive car rien ne permet d'affirmer que l'intérêt doit être vu uniquement par rapport à la formation de l'acte et non par rapport aux effets.

Enfin, ce même auteur fait le constat suivant: "appliquer la distinction entre les parties et les tiers conduit, en toute logique, à considérer toutes les personnes autres que la partie à l'acte unilatéral – la partie unique – comme des tiers. Or, lorsque l'acte unilatéral produit des effets sur une personne autre que son auteur, il paraît pour le moins insatisfaisant de désigner cette personne comme un tiers, alors que, précisément, elle est la principale intéressée par ses effets"¹¹⁴². Cela voudrait donc dire que seules les personnes non concernées par les effets de l'acte peuvent être qualifiées de tiers. Les autres doivent être considérées comme des parties.

Par cette analyse, Rafael Encinas de Munagorri renvoie à la distinction entre les parties ayant pris part à la formation de l'acte et les parties liées par celui-ci. Cependant, et dans le cadre d'un acte unilatéral classique, une telle mise en parallèle soulève un problème. On ignore en effet quel élément précis va permettre de conférer à ces personnes intéressées par les effets de l'acte unilatéral, la qualité de partie.

Etant donné que les personnes soumises aux effets de l'acte unilatéral doivent se voir conférer la qualité de partie, on peut donc dire que Rafael Encinas de Munagorri assimile les notions de parties liées aux effets de l'acte et celle de destinataire¹¹⁴³. En soi ce rapprochement n'aurait pour ainsi dire aucune conséquence si les risques de confusion avec la notion de tiers étaient inexistantes. Or, tel n'est pas le cas.

Jacques Bentz fait partie des rares auteurs à avoir dégagé les caractéristiques de la notion de tiers à l'acte administratif. Il affirme dans un premier temps que "l'intérêt conditionne la

¹¹⁴¹ *Op. cit.*, p 248.

¹¹⁴² *Ibid.*

¹¹⁴³ R. Encinas de Munagorri résume d'ailleurs l'état de la doctrine s'agissant des actes administratifs unilatéraux. "Appliquée à l'acte administratif unilatéral, la distinction entre les parties et les tiers ne semble pas plus tranchée. Ainsi certains auteurs retiennent la conception classique de la partie à l'acte, ce qui les conduit à désigner le destinataire de l'acte unilatéral comme un tiers. En ce sens, Marcel Waline (*Traité de Droit administratif*, Sirey, 9^{ème} édition, 1963). Pour d'autres, en revanche, le destinataire est partie à l'acte, et le tiers doit alors être conçu comme purement extérieur à l'acte unilatéral. De plus, même dans ce cas, la subtilité du droit positif conduirait à retenir la qualification de tiers seulement dans certains cas", *id.*, p 250. Enfin, certains auteurs ne précisent pas à quelle catégorie se rattachent les destinataires. A propos de ces derniers, J. Bentz affirme que "les qualifier tiers équivaldrait à considérer comme tiers toutes les personnes pouvant demeurer étrangères à un acte; ce serait renoncer à établir une notion spécifique du tiers, et partant

reconnaissance d'un droit subjectif au bénéfice des tiers; mais il doit être suffisant pour être juridiquement reconnu et protégé. L'existence même d'un intérêt sérieux et réel ne suffit pas toujours, si un intérêt plus pressant se révèle: l'intérêt est inopérant, face au pouvoir discrétionnaire de l'administration, gardienne d'un intérêt supérieur. Le tiers peut solliciter, mais ne peut exiger"¹¹⁴⁴. Cette dernière phrase prouve que le tiers est tout comme le sujet en position d'infériorité par rapport à l'administration. Ce manque de précision l'amène à donner une définition plus complète dans d'autres développements. Selon lui, "le tiers est une personne juridique, étrangère à l'établissement d'une situation individuelle administrative, et titulaire d'un droit subjectif à l'égard d'un des deux sujets de cette situation, ou des deux sujets à la fois"¹¹⁴⁵. Cette définition pose un problème de taille car rien, semble-t-il, ne permet de distinguer le tiers de la partie telle que caractérisée par Rafael Encinas de Munagorri. En affirmant que le tiers est "titulaire d'un droit subjectif à l'égard d'un des deux sujets (...)", il veut dire que celui-ci est atteint par les effets de l'acte. Quelle peut être la raison d'une telle confusion ?

L'explication réside sans doute dans le fait de ne pas pouvoir appliquer très clairement aux actes administratifs unilatéraux la distinction traditionnelle entre l'effet obligatoire et l'opposabilité. Concernant le droit civil, Philippe Delmas Saint-Hilaire affirme que "les tiers n'ont pour seul statut que le fait d'être affranchis, par l'article 1165 du Code civil, de l'effet obligatoire du contrat, à la conclusion duquel ils sont demeurés extérieurs"¹¹⁴⁶. Cela signifie que seules les parties sont soumises aux effets obligatoires du contrat, ce dernier n'étant qu'opposable aux tiers¹¹⁴⁷.

La jurisprudence administrative consacre une telle distinction en matière contractuelle¹¹⁴⁸. Bertrand Seiller en déduit que "le caractère impératif des stipulations contractuelles ne concernent que les parties au contrat. Les tiers n'en tirent ni droits ni obligations sans leur

techniquement utilisable", "Le tiers à l'acte administratif (2)", *RPDA* 1959, p 7. S'il refuse de les intégrer dans la catégorie des tiers, il n'indique si ces destinataires doivent alors être qualifiés de partie.

¹¹⁴⁴ J. Bentz, "Le tiers à l'acte administratif (2)", *id.*, p 1.

¹¹⁴⁵ J. Bentz, "Le tiers à l'acte administratif (1)", *op. cit.*, p 166.

¹¹⁴⁶ *Op. cit.*, p 5.

¹¹⁴⁷ Comme l'indiquent J. Flour, J-L Aubert et E. Savaux, ce "principe général d'opposabilité du contrat aux tiers est un complément au principe de l'effet relatif: "si le contrat auquel il n'ont pas été parties ne peut les retenir dans les rapports de droit qu'il fait naître, du moins doivent-ils respecter ceux-ci et, d'une façon générale, la situation juridique que le contrat institue entre les parties", *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique, op. cit.*, pp 331-332.

La Cour de cassation applique ce principe d'opposabilité du contrat aux tiers. Un arrêt en date du 22 octobre 1991 de la 4^{ème} chambre civile précise que "s'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat", *Bull civ IV*, n°302, p 209 – *DS* 1993, p 181, note J. Ghestin – *JCP G* 1992, J, 3570, obs M. Billiau.

¹¹⁴⁸ CE 23 juin 1976 *Latty, Rec*, p 329 – CE 1^{er} mars 1991 *Pabion, Rec*, p 69 – CE 7 octobre 1987 *Société des casinos du Touquet, Rec*, p 306.

consentement"¹¹⁴⁹. En droit des obligations, la distinction entre l'effet obligatoire et l'opposabilité est donc intimement liée à celle de partie et de tiers ainsi qu'à la nature contractuelle de l'acte en cause. La force obligatoire ou effet obligatoire du contrat "ne signifie pas seulement que le débiteur est tenu d'exécuter ses obligations et qu'il y sera éventuellement contraint par l'autorité publique, qui veille au respect des contrats comme à l'observation de la loi. Elle signifie, en outre, que les obligations qui doivent être ainsi exécutées sont, en principe, toutes celles, mais celles seulement, qu'ont voulues les parties"¹¹⁵⁰. En revanche, "l'opposabilité est un phénomène général qui tend à faire reconnaître l'existence du contrat par les tiers, car si ces derniers étaient autorisés à le méconnaître, il ne pourrait pratiquement pas atteindre à l'efficacité, même entre les parties"¹¹⁵¹. Si la force obligatoire et l'opposabilité doivent être distinguées, un point commun les unit malgré tout. Toutes deux concernent non l'élaboration ou la conception du contrat mais ses effets¹¹⁵².

Il faut donc déterminer si les effets d'un acte administratif unilatéral touchent de manière différenciée certaines catégories de personnes comme dans le cadre du contrat.

M. Veaux affirme que "l'effet obligatoire d'un contrat consiste à rendre une personne créancière ou débitrice d'une autre"¹¹⁵³. On pourrait penser qu'une telle définition s'applique parfaitement à l'acte administratif unilatéral. Ainsi, en cas d'octroi d'un permis de construire, le demandeur devient créancier d'un droit à l'encontre d'une administration débitrice. Cependant, sur le plan de l'opposabilité, la démonstration de certains auteurs peut sembler discutable. Ainsi, Jacques Bentz affirme que "le permis de construire est inopposable aux tiers, qui invoquent les dispositions du Code civil, concernant les rapports entre propriétaires voisins"¹¹⁵⁴. Il base son argumentation sur l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes en date du 6 février 1951¹¹⁵⁵. Or, il faut bien voir que, dans cette affaire, trois personnes distinctes sont en cause: l'administration, le destinataire du permis de construire et enfin une personne possédant un terrain contigu à celui du destinataire précité. C'est à l'encontre de la personne propriétaire du terrain contigu que l'acte unilatéral est

¹¹⁴⁹ B. Seiller, "Acte administratif", *op. cit.*, p 34.

¹¹⁵⁰ J. Flour, J-L Aubert, E. Savaux, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique*, *op. cit.*, p 293.

¹¹⁵¹ J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil – Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 2001, p 766.

¹¹⁵² On peut justifier cette assertion par ces quelques exemples. S'agissant de la force obligatoire du contrat, on utilise indistinctement l'expression "effet obligatoire". En outre, comme l'indiquent J. Ghestin, C. Jamin, et M. Billiau, "si l'on se place du point de vue des parties vis-à-vis des tiers, l'opposabilité est destinée à faire produire au contrat tous ses effets, mais rien que ses effets", *id.*, p 768.

¹¹⁵³ D. Veaux, "Effets des conventions à l'égard des tiers", *Jurisclasseur Code civil*, article 1165, fasc 10, p 14.

¹¹⁵⁴ J. Bentz, "Le tiers à l'acte administratif (2)", *op. cit.*, p 2.

inopposable. L'opposabilité ne concernerait donc que les personnes directement intéressées par l'acte à savoir le destinataire et l'administration et non les personnes totalement extérieures, assimilables aux *penitus extranei* du droit privé. Cela confirmerait donc le fait que l'effet obligatoire et l'opposabilité sont confondus s'agissant des destinataires des actes administratifs unilatéraux.

Mais alors une question se pose: dans quelle catégorie doit-on intégrer le destinataire de l'acte ? Si on opérât un parallèle avec le droit privé, on pourrait alors affirmer que le destinataire est un tiers car l'acte lui est opposable. La notion de tiers serait ainsi extrêmement vaste car peuvent aussi avoir cette qualité les personnes se prévalant de l'inopposabilité de l'acte¹¹⁵⁶ notamment lorsque ce dernier ne leur a pas été notifié¹¹⁵⁷.

L'application des notions de parties et de tiers aux actes unilatéraux n'emporte donc pas totalement la conviction de par l'absence de définition claire et précise de celles-ci. Parvient-on à cette même conclusion s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés ?

§ 2: La distinction des notions de partie et de tiers partiellement applicable aux actes administratifs unilatéraux négociés

Comme on vient de le voir, la distinction entre les parties et les tiers semble difficilement applicable aux actes administratifs unilatéraux. La même conclusion devrait normalement concerner les actes administratifs unilatéraux négociés étant donné qu'ils ont apparemment la même nature. Cependant, on ne peut être aussi affirmatif. Ainsi, la distinction de ces deux notions semble posée quelques problèmes (A). De ce fait, il faut se demander si cette distinction doit être soumise à des ajustements pour pouvoir s'appliquer aux actes administratifs unilatéraux négociés (B).

¹¹⁵⁵ *DH* 1951, p 550, note L. Rolland.

¹¹⁵⁶ Cf l'analyse de M. Waline, *Droit administratif*, Paris, Sirey, 7^{ème} édition, 1957, p 478.

¹¹⁵⁷ J. Bentz précise toutefois que cette inopposabilité dont peuvent bénéficier les destinataires ne doit pas être confondue avec celle relevant du droit privé ou même celle évoquée à propos du permis de construire. Il poursuit en constatant que "cette inopposabilité pour défaut de notification ne vise pas à paralyser seulement les conséquences indirectes mais les effets obligatoires mêmes de l'acte. Les bénéficiaires de cette inopposabilité ne sont pas au premier chef les tiers, mais les destinataires mêmes de l'acte individuel, c'est à dire les sujets passifs éventuels de la situation individuelle. Les qualifier tiers équivaldrait à considérer

A – Les problèmes posés par l'application de cette distinction

Cette distinction pose deux types de problèmes. On constate tout d'abord, s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes" que la distinction ne semble pas vraiment adaptée pour différencier les différentes personnes (1). En outre, comment qualifier les entités n'ayant pas participé à la confection de l'acte mais soumises aux effets de celui-ci ? (2)

1 – Le cas des actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes"

S'agissant des actes contractuels de droit public, les parties se voient conférer deux qualités distinctes. Comme l'indique Jean-Louis de Corail, "les parties se présentent comme étant à la fois les auteurs et les sujets de la réglementation"¹¹⁵⁸. Cela signifie que non seulement les parties prennent part à l'élaboration de l'acte mais aussi qu'elles sont directement concernées par les effets de celui-ci. Un tel cumul n'apparaît pas concernant les actes administratifs unilatéraux dits "classiques". On distingue très nettement les personnes prenant part à l'élaboration de l'acte et celles auxquelles l'acte s'appliquera. Or, pour les actes administratifs unilatéraux négociés qu'ils soient "simples" ou "complexes", il semble difficile de faire une telle distinction comme on va pouvoir le constater.

Les autorisations relatives à l'utilisation des réseaux câblés entrent dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux négociés dits "simples". Ainsi, la société demanderesse conclut une "convention" avec le CSA définissant les obligations particulières à ces services. Si on examine le cas de la société, il apparaît que celle-ci possède les caractéristiques d'une partie car elle doit être considérée à la fois comme auteur de la "convention" et sujet de cette dernière. Pourtant, on a démontré que l'acte en cause ne pouvait être qualifié de contrat mais d'acte unilatéral¹¹⁵⁹. La notion de partie dans le sens contractuel pourrait donc malgré tout être utilisée s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés dits "simples". Pour les actes "complexes", la situation est identique.

comme tiers toutes les personnes pouvant demeurer étrangères à un acte.", "Le tiers à l'acte administratif (2)", *op. cit.*, p 7.

¹¹⁵⁸ *Op. cit.*, p 196.

¹¹⁵⁹ Le même raisonnement peut s'appliquer notamment au cahier des charges des Tuileries, cf CE 23 juin 1995 *Ministre de la culture et de la francophonie C/ Association défense Tuileries*, *op. cit.* Le président de l'établissement public du grand Louvre est ainsi à la fois auteur et sujet de l'acte en cause même si sa signature est considérée comme superfétatoire par le Conseil d'Etat.

En matière sanitaire et sociale les syndicats de praticiens sont, par exemple, tout à la fois auteurs et sujets de l'acte faisant l'objet d'une négociation.

Cependant, la doctrine hésite, semble-t-il, à utiliser la notion de partie s'agissant tout particulièrement des actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes". A l'occasion d'une analyse des actes unilatéraux "à effets contractuels", Franck Moderne a souligné que cette notion n'est pas aisément conceptualisable. Il faudrait en effet admettre "que le même acte soit considéré comme un contrat dans les relations entre les partenaires concernés (il nous paraît en tout cas difficile d'affirmer qu'un acte qui produit des effets contractuels n'est pas un contrat pour les intéressés) et comme un acte unilatéral pour les tiers"¹¹⁶⁰. Il est intéressant de constater que Franck Moderne n'utilise pas le terme de "partie" pour désigner les personnes à l'origine de l'acte. Il les qualifie de "partenaires" mais il ne fait guère de doute que les deux termes sont synonymes. De ce fait, on se réfèrera à la distinction classique entre les parties et les tiers dans la suite des développements.

Une question se pose concernant ces actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes". Il s'agit en effet de savoir si les qualités de partie ou de tiers peuvent être conférées aux personnes ayant négocié la "convention" ainsi qu'à la personne édictant l'acte d'accompagnement.

S'agissant de cette dernière, on a précédemment émis quelques doutes quant à sa qualité d'auteur de l'acte administratif unilatéral négocié. En outre, on peut difficilement la qualifier de tiers au regard des affirmations de Michel Vasseur car, selon lui, "dès qu'une personne est présente à un acte juridique, même si elle n'est pas associée à cet acte en tant que partie, il n'est plus possible de la traiter comme un véritable tiers"¹¹⁶¹. Mais si ce n'est pas un vrai "tiers", à quelle catégorie doit être rattachée cette personne ? Doit-on la qualifier de partie, de "faux" tiers pour reprendre l'expression utilisée par les auteurs civilistes ?

Afin de répondre à ces questions, il faut prendre appui sur l'analyse de Michel Vasseur et déterminer si la personne édictant l'acte d'accompagnement est bel et bien "présente" à cet acte unilatéral négocié. Selon cet auteur, le terme de "présence" doit être entendu

¹¹⁶⁰ F. Moderne, préface de la thèse de B-F Macéra, *Les actes détachables dans le droit public français*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2002, pp 23-24.

¹¹⁶¹ M. Vasseur, "Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres – Contribution à la théorie générale des actes juridiques", *RTDC* 1949, p 177 – Tous les auteurs ne sont pas du même avis, ainsi J. Flour, J-L Aubert et E. Savaux soulignent que des personnes peuvent être "présentes" à l'acte, sans pour autant prendre la qualité de partie au contrat (...). Ces personnes, dont la volonté

"conformément au sens qu'il possède dans le langage courant"¹¹⁶², c'est-à-dire "comme le fait pour une personne de se trouver à un moment donné à un endroit déterminé"¹¹⁶³. La "présence" est ainsi entendue comme une présence "physique". Or, l'une des particularités des actes administratifs unilatéraux négociés est la formation par étapes successives. De ce fait, on ne peut affirmer que l'autorité édictant l'acte d'accompagnement soit "présente" lors de l'élaboration de l'accord. Il serait donc possible de reprendre les propos de Dominique Pouyaud soulignant à propos des actes contractuels que "l'approbation occupe une place particulière dans l'élaboration du lien contractuel. Elle présente, par rapport aux autres éléments de cette procédure complexe, l'originalité d'être le fait d'autorités extérieures aux contractants. Si en dépit de cette caractéristique, elle a un rôle dans la formation du contrat, ce rôle est spécifique, précisément parce qu'elle procède d'organes étrangers aux parties"¹¹⁶⁴.

Mais tout comme le terme de "présence", l'expression "autorités extérieures" est relativement vague car quels sont les éléments permettant d'affirmer qu'une personne est étrangère aux parties dans le cadre de tels actes ? En réalité, il apparaît que la doctrine établit implicitement une hiérarchie entre les différentes catégories de personnes. Ceux édictant l'acte d'accompagnement ne pourraient être qualifiés de partie eu égard au caractère "mineur" de leur intervention. Il semble donc nécessaire d'approfondir l'analyse et se demander si la théorie de l'incorporation n'aurait pas des incidences non seulement sur la qualité des différents intervenants mais aussi sur celle des personnes dites "autres". Si, avant l'édition de l'acte d'accompagnement, l'autorité à l'origine de ce dernier peut être considérée comme tiers par rapport à l'accord qui a été passé, il faut être moins catégorique si on se place après l'édition de cet acte. On peut certes continuer à prendre isolément les deux actes et affirmer que la situation n'a pas changé. Cependant, on a pu voir que la théorie de l'incorporation s'applique. Ainsi, la personne édictant l'acte d'accompagnement ne peut être qualifiée de tiers au regard de l'acte résultant de l'application d'une telle théorie.

Doit-on pour autant le qualifier de partie à l'acte administratif unilatéral négocié ? A en croire les affirmations de Pierre Delvolvé s'agissant des conventions intervenant dans le domaine de la sécurité sociale, la réponse semble négative. Selon lui, ces conventions ont

personnelle ne participe pas à la substance de l'acte, ne sont pas des parties: elles restent des tiers, malgré leur présence à la conclusion du contrat", *Droit civil – Les obligations – 1° L'acte juridique*, op. cit., p 326.

¹¹⁶² *Op. cit.*, p 173.

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ D. Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, op. cit., p 66.

pu être considérées comme de "véritables actes réglementaires, non par eux-mêmes, mais par l'approbation que leur donne l'autorité administrative: en réalité c'est elle qui adopte, par son approbation, un règlement que les parties n'ont fait que préparer"¹¹⁶⁵. Cela signifie que l'autorité ayant édicté l'acte d'accompagnement n'est pas qualifiable de partie alors que l'acte administratif unilatéral négocié a été "adopté" par cette autorité. Seules les personnes ayant conclu l'accord pourraient donc se voir attribuer la qualité de partie. La différenciation opérée n'emporte pas la conviction. En effet, à partir du moment où cet accord s'incorpore dans l'acte unilatéral d'accompagnement, il serait plus cohérent de mettre les différents intervenants sur le même plan et de tous les considérer comme des parties.

2 – Des actes s'appliquant à des personnes n'ayant pas participé à leur confection

Jusqu'à présent, nous avons axé nos développements sur les personnes qui ont à un moment ou un autre pris part à l'élaboration, à l'édition des actes. Or, il faut bien voir que, dans le cadre des actes administratifs unilatéraux négociés, des personnes n'interviennent d'aucune manière que ce soit dans la confection de ces actes mais sont pourtant atteintes par les effets de ces derniers. Comment doit-on les qualifier ?

A première vue, il semblerait logique de les qualifier de tiers tout du moins si on ne se place pas sur le terrain contractuel. En effet, il existe une incompatibilité entre la qualification de contrat ou de convention et l'existence d'effets obligatoires de l'acte à l'égard des tiers¹¹⁶⁶. Afin de contourner cette incompatibilité, deux solutions s'imposent. Soit on affirme que l'acte en cause n'est pas contractuel mais unilatéral et dans ce cas l'acte peut sans difficulté produire des effets à l'égard des tiers. Soit on considère que les personnes concernées ne sont pas des tiers mais des parties, ce qui permet de ne pas modifier la nature juridique de l'acte. Comme on a pu le voir dans la première partie, en ayant recours à la technique de requalification, le juge opte pour la première solution. Un tel choix n'est pas sans conséquence sur la distinction entre les parties et les tiers étant donné que les effets obligatoires concernent ces deux catégories de personnes.

¹¹⁶⁵ P. Delvolvé, "Le recours pour excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires d'un contrat", note sous CE 10 juillet 1996 *M. Cayzele*, *RFDA* 1997, p 92.

¹¹⁶⁶ G. Guillaume affirme qu'une convention "même de droit public ne saurait créer d'obligations pour les tiers", *RA* 1979, p 151. De même G. Le Chatelier constate que les contrats types du fait de par "leur effet obligatoire à l'égard des tiers, ne peuvent se voir reconnaître un caractère conventionnel", *RFDA* 1995, p 648.

Ainsi, Nathalie Dauxerre remarque que l'extension des conventions collectives de travail "confère aux clauses étendues force obligatoire"¹¹⁶⁷. De ce fait, selon Michel Despax, "ce ne sont pas seulement les personnes normalement tributaires de la convention qui doivent la respecter mais l'ensemble des employeurs et des salariés"¹¹⁶⁸. Il précise ensuite que la convention "s'applique aux entreprises qui n'appartiennent pas à l'organisation signataire ou adhérente mais aussi à celles qui ne sont pas syndiquées"¹¹⁶⁹. On peut donc en déduire que ce type d'acte produit les mêmes effets obligatoires non seulement à l'égard des parties signataires mais aussi à l'égard de certaines personnes n'ayant pas participé à sa confection¹¹⁷⁰.

De tels effets ne sont pas propres aux conventions collectives. S'agissant des conventions passées entre les syndicats de praticiens et les caisses d'assurance maladie, le Conseil d'Etat affirme que l'approbation a conféré aux dispositions de l'accord "les effets qui s'attachent aux dispositions réglementaires". De ce fait, elles "présentent un caractère obligatoire et s'imposent aux autorités administratives et aux tiers comme aux parties à la convention"¹¹⁷¹. En outre, le juge administratif a admis concernant les conventions d'assurance chômage que les dispositions de celles-ci revêtent un caractère obligatoire dans certains cas pour l'administration et les agents non titulaires¹¹⁷². Ces conventions sont pourtant conclues entre des partenaires sociaux appartenant au seul secteur privé et fait uniquement l'objet d'un agrément par le ministre.

De telles caractéristiques n'empêchent pourtant pas certains auteurs d'appliquer la distinction entre les parties et les tiers. Ainsi, Paul-Henri Antonmattei affirme à propos des conventions collectives qu'en tant que "véritable contrat, la convention ou l'accord crée entre les parties signataires des effets obligatoires traditionnels. L'application est également obligatoire pour les parties adhérentes. Mais, en raison de sa dimension normative, le contrat collectif développe aussi des effets à l'égard des tiers à l'acte"¹¹⁷³. Or,

¹¹⁶⁷ N. Dauxerre, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p 218.

¹¹⁶⁸ M. Despax cité par N. Dauxerre, *ibid.*

¹¹⁶⁹ *Ibid.*

¹¹⁷⁰ On a pu constater précédemment l'existence d'une contradiction entre l'existence d'effets obligatoires d'un accord à l'égard de personne que nous désignerons pour le moment de "tiers" et la nature contractuelle de cet accord. Cependant, tel n'est plus le cas si l'accord est qualifié non de contrat mais d'acte unilatéral.

¹¹⁷¹ CE 9 octobre 1981 *Syndicat des médecins de la Haute-Loire et autres*, *op. cit.*

¹¹⁷² Cf notamment CE 5 février 1988 *Commune de Mouroux*, *op. cit.*

¹¹⁷³ P-H Antonmattei, *Les conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Dalloz, 1996, p 35 – Une telle distinction se retrouve implicitement dans la jurisprudence. Ainsi la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 4 juillet 1962 *Syndicat national des notaires C/ Fédération nationale du personnel des professions judiciaires CFTC et autres*, *op. cit.*, affirme que l'arrêté d'extension "transforme la convention collective, de nature contractuelle à l'origine, en un acte réglementaire, obligatoire pour les tiers".

pour Michel Despax, "l'extension exclut la distinction entre les tiers et les parties atteintes par la convention"¹¹⁷⁴.

Si on ne peut aisément appliquer la distinction entre les parties et le tiers dans ces hypothèses, ne serait-il pas préférable de se référer à d'autres systèmes de classification ?

Certains auteurs, dans leur analyse, tentent de prendre en compte les caractéristiques particulières des conventions collectives de travail tout en continuant à évoquer la distinction entre les parties et les tiers. Ainsi, André Rouast distingue, à côté des parties signataires, les sujets de la convention et les véritables tiers. Les sujets sont "les membres des groupements signataires qui n'ont manifesté aucun consentement au sujet des dispositions de la convention"¹¹⁷⁵. La catégorie des "véritables tiers" englobe en revanche toutes les personnes non membres des organisations de salariés signataires mais qui sont néanmoins visées par la convention étendue. La distinction opérée n'emporte pas totalement la conviction car si on se base sur les effets de la convention, ceux-ci s'imposent de la même manière aux sujets et aux "vrais tiers". En outre, étant donné que l'expression "vrais tiers" est déjà utilisée, il semble difficile de trouver un qualificatif pour désigner les personnes totalement étrangères à la convention, c'est-à-dire celle qui ne sont pas concernées par ses effets obligatoires.

B – La distinction des parties et des tiers doit-elle être soumise à des ajustements ?

Plutôt que de multiplier les catégories ne serait-il pas préférable de s'en tenir uniquement aux catégories de partie et de tiers en faisant à l'intérieur de chacune d'elle des sous-catégories ?

Afin de répondre précisément à cette question, il est nécessaire de ne pas limiter l'étude aux conventions collectives de travail¹¹⁷⁶. En effet, on a souligné dans la première partie que la majeure partie des auteurs ainsi que la jurisprudence considèrent ces conventions comme d'authentiques contrats. De ce fait, l'intégration de celles-ci au sein des actes administratifs unilatéraux négociés ne fait pas l'unanimité à l'heure actuelle.

¹¹⁷⁴ *Op. cit.*, p 218.

¹¹⁷⁵ A. Rouast, "La nature et l'efficacité de la convention collective de travail", *op. cit.*, p 639.

¹¹⁷⁶ On peut néanmoins observer que dans certains articles du Code du travail, le législateur utilise le terme de "partie" mais en lui accolant le mot "signataire"; (cf articles L 132-8, L 132-15 notamment du Code du travail). Est-ce que cela sous-entendrait qu'il pourrait y avoir d'autres catégories de "parties" ?

Si la doctrine hésite à se référer très clairement aux notions de partie et de tiers s'agissant des conventions collectives de travail, l'ambiguïté est encore plus prégnante concernant les autres "conventions" relatives au secteur sanitaire et social. Au sujet des accords signés entre les syndicats de praticiens et les caisses d'assurance maladie, Gilbert Guillaume affirme que "ces conventions s'imposent à la plupart des médecins, or ils ne sont pas parties à la convention"¹¹⁷⁷. De même, s'agissant des conventions d'assurance chômage, l'article L 351-8 du Code du travail prévoit que "l'agrément de cet accord a pour effet de le rendre obligatoire pour tous les employeurs mentionnés à l'article L 351-4 ainsi que pour leurs salariés". Cela signifie que la convention revêt un caractère obligatoire pour des personnes qui n'appartiennent pas à la catégorie des parties signataires.

On est certes tenté de déduire de ces affirmations que les médecins, employeurs, salariés sont alors des tiers par rapport à l'acte en cause. Cependant, Gilbert Guillaume n'emploie à aucun moment ce terme. A l'inverse, Alain Bacquet affirme que les "stipulations de la convention relatives à "l'organisation du système de soins en médecine praticienne" intéressent aussi les "tiers" que sont les assurés sociaux et les médecins pris individuellement"¹¹⁷⁸.

L'incertitude domine quant à l'exacte qualification de ces différentes personnes.

Même si ces personnes ne peuvent être considérées comme des parties signataires de la convention, ne pourrait-on pas cependant les intégrer dans la catégorie des parties dites "liées" ?

Certains auteurs, dont Jacques Ghestin, ont évoqué cette distinction entre les parties contractantes et les parties liées. Sous cette dernière expression sont regroupées toutes les "personnes qui bien que n'ayant pas donné leur consentement au contrat, sont cependant titulaires actifs ou passifs des effets obligatoires engendrés par celui-ci, par opposition aux tiers, qui ne sont concernés que par l'opposabilité de la situation juridique née du contrat"¹¹⁷⁹.

Cette définition permet de respecter les liens unissant d'un côté les notions de partie et d'effet obligatoire et de l'autre les notions de tiers et d'opposabilité. En outre, elle pourrait parfaitement s'appliquer aux personnes précédemment citées à savoir les employeurs, les salariés, les médecins non signataires des conventions collectives de travail. Comme on l'a vu, ces conventions font l'objet d'une extension voire d'un élargissement. Il ressort par

¹¹⁷⁷ G. Guillaume, concl sur CE 26 juillet 1978 *Christian Bonnefond*, RA 1979, p 151.

¹¹⁷⁸ Concl sur CE 9 octobre 1981 *Syndicat des médecins de la Haute Loire*, RDSS 1982, p 110-111.

¹¹⁷⁹ J. Ghestin, "La distinction entre les parties et les tiers au contrat", JCP G 1992, I, 3628, p 517.

exemple des caractéristiques de l'arrêté d'élargissement que celui-ci rend applicable dans une région ou dans un secteur d'activité une convention ou un accord que les acteurs sociaux de cette région ou de ce secteur n'ont pas conclu. On ne peut affirmer dans ce cas que la convention est seulement opposable à ces derniers. Elle produit des effets obligatoires à leur encontre au même titre que les parties contractantes. Ces personnes ne peuvent donc être considérées comme des tiers. Il en est de même s'agissant des conventions passées entre les caisses d'assurance maladie et les professions de santé¹¹⁸⁰ ainsi que les conventions relatives à l'assurance chômage.

Les propos de Christian Hen confirment indirectement cette démonstration. Il souligne que l'arrêté de libération des prix a "un effet à l'égard des tiers, c'est-à-dire les entreprises concurrentes de celles qui auront été admises au bénéfice de la liberté conventionnelle. Les tiers risquent en effet d'être atteints par l'existence d'un accord sur la liberté conventionnelle des prix. Il est donc important de reconnaître un caractère réglementaire aux décisions administratives liées à cet accord"¹¹⁸¹. De ce fait, la qualité de tiers est déduite de l'opposabilité de l'acte aux personnes n'ayant pas participé à sa confection.

Cependant, Jacques Ghestin soulignait en 1992 qu'il "ne peut y avoir contrat et parties à un contrat, liées en tant que telles par les effets obligatoires de celui-ci, que dans la mesure où ce lien obligatoire a fait l'objet d'une manifestation de volonté"¹¹⁸². Or, le lien obligatoire qui unit les médecins, les employeurs aux dispositions des conventions précitées résulte non d'une manifestation de volonté mais d'un acte administratif dont l'édition est prévue par la loi¹¹⁸³. Si on s'en tient à cette analyse, ces personnes devraient être qualifiées de "vrais tiers" en ce sens que leur volonté "n'a participé en aucune façon, ni à aucun moment, à la création du lien obligatoire dont ils bénéficient ou qu'ils subissent par le simple effet du droit positif"¹¹⁸⁴.

Se fonder sur la distinction entre les effets obligatoires et l'opposabilité pour déterminer la qualité des différents intervenants prête à discussion car cette distinction n'est pas des

¹¹⁸⁰ Certains auteurs estiment pourtant à propos des conventions conclues entre les syndicats de médecins et les organismes de sécurité sociale, que "les conventions s'incorporent en réalité à l'acte unilatéral de la puissance publique qui les approuve et les rend opposable aux tiers", concl de M. Fornacciarri sur CE 31 mars 1989 *Département de la Moselle*, *op. cit.*, p 468. L'acte serait donc seulement opposable aux tiers et n'aurait pas d'effets obligatoires à leur égard.

¹¹⁸¹ C. Hen, note sur CE 23 octobre 1974 *Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*, *op. cit.*, p 432.

¹¹⁸² J. Ghestin, "La distinction entre les parties et les tiers au contrat", *op. cit.*, p 518.

¹¹⁸³ Il se peut certes que les dispositions des conventions s'appliquent à des personnes non signataires grâce à l'édition d'un acte administratif mais il existe une hypothèse d'application volontaire à des organisations non signataires. L'article L 132-15 du Code du travail prévoit en effet qu'une organisation syndicale de salariés ou d'employeurs puissent adhérer à la totalité des clauses d'une convention, suite à cette adhésion les organisations ont les "mêmes droits et obligations que les parties signataires".

plus précise. Selon Jacques Ghestin, certains auteurs estiment que "l'opposabilité peut avoir pour effet d'étendre à des tiers certains effets obligatoires du contrat, mais seulement dans la mesure où cette extension est justifiée par le respect du principe de la force obligatoire du contrat"¹¹⁸⁵. Utiliser la notion de "tiers" dans un tel cas semble pour le moins contestable étant donné que ces personnes vont se trouver dans une situation comparable à celle des parties à l'acte.

Comme on l'a indiqué précédemment, suite aux critiques de Jean-Luc Aubert et Catherine Guelfucci-Thibierge, Jacques Ghestin va admettre que l'attribution de la qualité de partie ne dépend pas uniquement d'une manifestation de volonté *stricto sensu*. Le fait pour la loi d'octroyer la possibilité de modifier ou de mettre fin à la convention par un accord de volonté, permet de qualifier ces personnes de partie¹¹⁸⁶. Il faut bien rappeler que ces affirmations concernent les actes contractuels de droit privé. Les actes unilatéraux négociés ne sont quant à eux pas visés.

Si on transpose cette définition d'une partie aux différentes hypothèses d'actes unilatéraux négociés, il apparaît que les médecins, salariés, entreprises sont tenus par les dispositions des conventions. En revanche, rien n'indique qu'ils bénéficient de la possibilité de modifier ou de mettre fin à la convention. Le Code du travail est avare en indications concernant les effets de l'agrément d'une convention relative à l'assurance chômage. L'article L 352-2 de ce Code prévoit que son agrément "a pour effet de rendre obligatoires les dispositions de l'accord pour tous les employeurs et travailleurs compris dans le champ d'application professionnel et territorial dudit accord". Or, on ignore à quelle catégorie rattacher les personnes soumises aux conventions suite à l'édition de l'arrêté d'agrément car il n'est pas précisé que ces employeurs ou travailleurs aient la possibilité de modifier ou résilier les actes en cause.

Si l'acte d'accompagnement n'a pas pour effet de conférer la qualité de partie à des personnes théoriquement extérieures à l'acte, les incidences d'une adhésion à une convention collective de travail sont toutes autres. L'article L 132-15 du Code du travail prévoit en effet qu'en cas d'adhésion aux clauses d'une convention, les organisations peuvent "prendre part aux négociations portant sur la modification ou la révision du texte en cause". Seules les organisations adhérentes et signataires peuvent donc les modifier.

¹¹⁸⁴ J. Ghestin, "La distinction entre les parties et les tiers au contrat", *op. cit.*, p 518.

¹¹⁸⁵ J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil – Les effets du contrat*, *op. cit.*, p 768.

¹¹⁸⁶ La citation suivante de Jacques Ghestin permet de bien dissocier les deux catégories de parties. "La qualité de partie doit être réservée aux personnes qui ont conclu le contrat par un accord de volontés ou qui ont acquis le droit de le modifier ou d'y mettre fin par un autre accord de volontés", *RTDC* 1994, p 788.

Cette faculté ne semble pas reconnue aux personnes soumises aux effets obligatoires de la convention suite à l'édition d'un arrêté d'extension ou d'élargissement¹¹⁸⁷. L'hypothèse de l'adhésion est intéressante car cela signifie que les adhérents doivent être considérés comme des parties liées à la convention.

Mais toutes les personnes adhérentes à une convention ne disposent pas forcément de tels pouvoirs. L'article L 162-15 du Code de la santé publique précise lui aussi que des professionnels de santé peuvent expressément adhérer aux conventions, mais il n'est pas prévu que ces professionnels puissent modifier ou résilier¹¹⁸⁸ celles-ci. La qualité de partie devrait donc leur être refusée¹¹⁸⁹.

A moins de s'en tenir à la démonstration de Jacques Ghestin faite en 1992, on ne peut apparemment considérer les personnes liées par les dispositions des conventions à la suite de l'édition des arrêtés d'approbation ou d'agrément comme étant parties à celles-ci. Il en est de même pour les personnes adhérentes. Seules les personnes ayant participé à l'élaboration de l'acte devraient être qualifiées de partie. Toutes les autres sont des tiers. Cependant, il faut souligner une nouvelle fois que l'analyse de Jacques Ghestin et des autres auteurs civilistes a pour base le contrat or les actes administratifs unilatéraux négociés ne sont pas de nature contractuelle. De ce fait, on peut se demander s'il ne faut pas dégager une définition spécifique de la notion de partie applicable à ces différentes hypothèses.

On a pu voir précédemment que l'application de la notion de "partie unique" était pour le moins contestable concernant des actes administratifs unilatéraux *stricto sensu*. Rémy Cabrillac a donné – dans le cadre du droit privé – une définition de la partie à un acte unilatéral. Il s'agit selon lui d'une personne ou d'un groupe de personne "réunies par la réalisation de l'objet de cet acte"¹¹⁹⁰. Si les risques de confusions avec le critère quantitatif

¹¹⁸⁷ On peut trouver une confirmation implicite de cette analyse dans l'article de Jacques Ghestin. En effet, dans les développements relatifs aux parties au moment de l'exécution du contrat, il cite – s'agissant des conventions collectives de travail – uniquement le cas des adhérents à celles-ci, "Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers", *op. cit.*, p 793.

¹¹⁸⁸ Geneviève Rebecq affirme en 2002 que "la convention peut être résiliée soit par décision conjointe d'au moins deux des caisses nationales dont la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés, soit par décision conjointe des organisations syndicales de médecins généralistes signataires de la convention", "Assurances sociales – Assurance maladie – Prestations en nature: conventions avec les professions de santé", *Jurisqueur Protection sociale*, Fasc 430-30, p 12.

¹¹⁸⁹ En matière de libération des prix un système comparable d'adhésion existait. L'arrêté du 29 novembre 1968 évoqué dans l'arrêt *Valet* prévoyait en effet que "le bénéfice de la liberté conventionnelle est subordonné à l'adhésion individuelle des entreprises aux engagements ou conventions". Mais à l'instar des conventions relatives au domaine médical, aucune faculté de modification ou de résiliation n'est reconnue à ces adhérents.

¹¹⁹⁰ R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1990, p 50.

sont importants s'agissant des actes administratifs unilatéraux *stricto sensu*, il n'en est pas de même pour les actes de cette nature faisant l'objet de négociations. En droit privé, Jacques Martin de la Moutte a appliqué la notion de "partie unique" à l'acte unilatéral et parvient à cette conclusion: cet acte "ne comporte toujours qu'une partie unique: dans tous les cas, en effet, le déclarant sera touché par les conséquences juridiques de son acte; et par ailleurs, il est le seul à insérer dans l'acte son intérêt propre puisque personne d'autre ne peut contradictoirement faire valoir les siens"¹¹⁹¹. Il poursuit en évoquant une hypothèse qui n'est pas sans rappeler les actes administratifs unilatéraux négociés. Il est parfaitement concevable selon lui "que l'acte unilatéral, s'il n'opère pas conciliation entre des intérêts contradictoires, puisse traduire un faisceau d'intérêts, non pas contradictoires, mais distincts et parallèles"¹¹⁹². Mais dans ce cas, Jacques Martin de la Moutte n'applique pas la notion de "partie unique". Il se demande, en effet, "s'il n'est pas possible de dire que ces diverses personnes sont parties à l'acte et qu'il peut exister ainsi des actes unilatéraux comportant plusieurs parties ?"¹¹⁹³. La réponse ne pourrait être que négative car "la coexistence de plusieurs intérêts parallèles exprimés dans un même acte unilatéral, nous paraît, en réalité, masquer une pluralité d'actes unilatéraux distincts"¹¹⁹⁴.

Que penser d'une telle affirmation si on transpose cette démonstration au cas des actes administratifs unilatéraux négociés ?

Selon certains auteurs, les personnes intervenant dans la confection des actes administratifs unilatéraux négociés ont des intérêts non pas contradictoires mais parallèles. Christian Hen constate par exemple que les conventions conclues en matière de libération des prix "concrétisent bien un *accord entre les volontés provisoirement convergentes*. Le Conseil d'Etat le montre bien dans l'affaire *Valet et Association de la boucherie du bassin parisien* lorsqu'il précise que l'arrêté attaqué a été édicté «après concertation avec la profession» et donc qu'il est une décision unilatérale à caractère réglementaire «prise en accord avec la confédération nationale de la boucherie française»¹¹⁹⁵. De même, Franck Moderne évoque l'existence d'une "convergence des objectifs"¹¹⁹⁶.

¹¹⁹¹ *Op. cit.*, p 44.

¹¹⁹² *Id.*, p 45.

¹¹⁹³ *Ibid.*

¹¹⁹⁴ *Ibid.*

¹¹⁹⁵ C. Hen, note sur CE 23 octobre 1974 *Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*, *op. cit.*, p 432.

¹¹⁹⁶ F. Moderne, note sur CE 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, *op. cit.*, p 377.

Il y aurait ainsi, pour reprendre les termes de Rémy Cabrillac, réunion de différentes personnes "au sein d'un unique intérêt"¹¹⁹⁷. La partie serait donc à la fois unique mais plurale car elle regrouperait différentes personnes. On pourrait tenter de généraliser et affirmer que cela vaut pour tous les actes administratifs unilatéraux négociés. L'existence d'intérêts parallèles n'engendrerait pas pour autant la création de plusieurs actes unilatéraux contrairement aux affirmations de Jacques Martin de la Moutte. En effet, le juge, grâce à l'application de la théorie de l'incorporation, consacre l'existence d'un seul et unique acte dans certaines hypothèses.

Il faut néanmoins faire preuve de prudence car il n'y a pas d'incorporation systématique de la convention dans un acte unilatéral. Tel est le cas notamment dans certaines hypothèses de requalifications implicites. En outre, et du fait de l'existence d'un accord de volontés, il n'est pas certain que les personnes aient nécessairement des intérêts parallèles. Comme on le verra, certains auteurs estiment que les participants ont des intérêts divergents. Dans ce cas, il n'y aurait pas une partie unique mais des parties distinctes comme en matière contractuelle.

¹¹⁹⁷ *Op. cit.*, p 50.

Conclusion du chapitre premier

Dans ces développements, on s'est attaché à démontrer que certaines notions étaient difficilement applicables aux actes administratifs unilatéraux négociés. Etant donné que plusieurs personnes participent à la confection d'un acte qualifié d'unilatéral, on serait tenté d'appliquer les notions d'auteur et de coauteur. Mais, comme on l'a vu, les participants interviennent à différents stades. On ne peut donc affirmer avec certitude que la participation de chacun d'entre eux à la confection de l'acte est non seulement égale mais aussi déterminante.

Devant ce résultat peu concluant, nous nous sommes tournés vers la distinction entre les parties et les tiers applicable, à l'origine, en matière contractuelle. Certains auteurs ont d'ailleurs essayé, avec peu de succès, de l'appliquer aux actes administratifs unilatéraux. Elle semble en revanche plus adaptée aux actes administratifs unilatéraux négociés dits "simples". En revanche, on ne peut être aussi affirmatif s'agissant des actes ayant un caractère "complexe". La présence d'un acte unilatéral d'accompagnement entraîne une certaine confusion. Certes, la notion de "partie unique" pourrait permettre d'englober l'ensemble des participants à l'acte. Mais, comme on l'a vu, elle manque néanmoins de précisions et ne peut concerner toutes les hypothèses d'actes administratifs unilatéraux négociés.

Au final, il peut sembler surprenant que ces notions de partie et de tiers, théoriquement applicables aux contrats, semblent plus ou moins adaptées aux actes administratifs unilatéraux négociés. En effet, de par leur nature d'acte unilatéral, les notions d'auteur et de coauteur auraient dû logiquement se révéler plus appropriées. Cela démontre bien que ces actes administratifs unilatéraux négociés tendent à confondre les notions d'acte unilatéral et de contrat.

Afin de confirmer ou non cette analyse, il convient d'examiner les caractéristiques formelles et matérielles de ces actes.

CHAPITRE SECOND

VERS UNE REMISE EN CAUSE DES CARACTÉRISTIQUES FORMELLES ET MATÉRIELLES DES DEUX CATÉGORIES TRADITIONNELLES ?

Nous avons tenté de déterminer, dans le chapitre précédent, si les notions d'auteur, de partie pouvaient s'appliquer aux différentes personnes participant à la confection des actes administratifs unilatéraux négociés. Leur intervention prend généralement la forme d'une manifestation de volonté. Cependant, nous n'avons pas examiné précisément quel lien unit ces différentes manifestations.

Deux éléments semblent remettre en cause les caractéristiques formelles et matérielles des deux catégories traditionnelles d'actes. Charles Eisenmann considère que la forme ou les formes d'un acte juridique normateur intègrent toutes "les opérations qui doivent être accomplies pour parvenir à la création ou l'édition de normes"¹¹⁹⁸. L'accord de volontés est l'une de ces opérations¹¹⁹⁹. Or, l'intervention d'un tel accord lors de la formation des actes administratifs unilatéraux négociés entretient clairement la confusion car il est généralement considéré comme une caractéristique du contrat (Section 1).

Afin d'avoir une vue d'ensemble, il faut prendre en considération les éléments dits "matériels". Il s'agit, selon Marc Réglade, de "tous les éléments psychologiques de l'acte de volonté en tant qu'ils sont tournés vers le droit"¹²⁰⁰. Cela renvoie au contenu même de l'acte. Néanmoins, ce critère n'est-il pas dépourvu d'effectivité pour distinguer les différents actes ? (Section 2).

¹¹⁹⁸ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 206.

¹¹⁹⁹ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé affirment très clairement que "l'accord de volontés, qui correspond à l'élément formel, constitue une condition nécessaire mais non suffisante pour qu'il y ait contrat", *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 30.

¹²⁰⁰ M. Réglade, "La place de la convention dans une classification des actes juridiques", *Archives de philosophie du droit* 1940, *op. cit.*, p 160.

Section 1

L'accord de volontés source de confusions

La doctrine civiliste définit traditionnellement le contrat comme un accord de volontés destiné à produire des effets de droit. Cela signifie qu'un tel accord est apparemment considéré comme une des caractéristiques essentielles du contrat (§ 1). Nous avons néanmoins constaté à plusieurs reprises que l'élaboration des actes administratifs unilatéraux négociés suppose l'intervention d'un accord de volonté. Ce dernier est-il identique à celui intervenant lors de la phase de formation du contrat ? (§ 2)

§ 1: L'accord de volontés: caractéristique du contrat

La notion de contrat semble irrémédiablement associée à l'existence d'un accord de volontés. Doit-on pour autant le considérer comme une caractéristique fondamentale d'un tel acte ? (A). Même si la réponse semble positive, il ne faut pas perdre de vue que l'accord de volonté doit être envisagé en lien avec les intérêts divergents des différents participants à l'acte (B).

A – Une caractéristique fondamentale ?

L'analyse des actes juridiques repose sur deux approches distinctes: d'un côté la conception objective et de l'autre la conception subjective. La volonté des différents participants joue un rôle essentiel dans le cadre de cette dernière conception à la différence de la première. Il apparaît que ces deux conceptions permettent non seulement de déterminer si telle ou telle manifestation peut être qualifiée "d'acte juridique", mais en plus elles jouent un rôle essentiel dans la qualification "de l'acte juridique".

Ainsi, en droit civil, François Terré constate que pour une partie majoritaire de la doctrine, "c'est une considération «essentiellement subjective» qui caractérise l'acte juridique par opposition au fait juridique"¹²⁰¹. Il poursuit en soulignant que "la volonté dirigée vers un effet juridique, tel est l'élément subjectif qui permettrait de qualifier un acte quelconque

¹²⁰¹ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956, p 190.

"d'acte juridique". Il ne s'agit pas d'une volonté quelconque, mais d'une volonté orientée"¹²⁰².

En droit public, la distinction entre les actes et les faits juridiques revêt une importance moindre qu'en droit privé¹²⁰³. Néanmoins, on peut se demander si l'analyse doctrinale précitée ne pourrait pas s'appliquer en vue de différencier les actes décisifs des actes dits "non décisifs". En effet, une manifestation de volonté destinée à produire des effets juridiques spécifiques est bien à l'origine des actes de la première catégorie. S'agissant des seconds, on pourrait qualifier la volonté de "quelconque" pour reprendre les termes de François Terré. De par sa relative imprécision, cette conception a pour effet d'étendre de manière excessive la catégorie des actes juridiques. De ce fait, la distinction entre les actes et les faits juridiques ne doit pas reposer sur une conception subjective mais objective si on en croit certains auteurs privatistes.

Ainsi, selon François Terré, "ce n'est plus l'intention du résultat qui est déterminante, mais "la mesure de la puissance de la volonté" (Jacques Martin De la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, thèse, Toulouse, 1949, p 24). Il y aura acte juridique lorsque l'effet juridique résulte de la volonté mais seulement si sa configuration et son contenu résultent de la volonté de l'auteur de l'acte. Le contrat ou le testament seront des actes juridiques parce que la volonté précise les stipulations de ces actes. En revanche, ni l'établissement de domicile, ni le quasi-contrat, ni l'aveu, ni la reconnaissance d'un enfant naturel ne pourront être considérés comme des actes juridiques"¹²⁰⁴. La volonté n'est pas appréhendée uniquement par rapport à ses conséquences à savoir la production d'effets de droit mais aussi par rapport à son contenu même¹²⁰⁵. Si on s'en tient à cette conception, la catégorie des actes juridiques se trouve réduite à la portion congrue alors que celle des faits juridiques engloberait toutes les manifestations de volonté "emportant adhésion à un statut, une institution ou une situation juridique, ou bien encore acceptation pure et simple d'un résultat de droit"¹²⁰⁶.

En outre, cette conception permet de constater qu'il ne s'agit pas de distinguer le fait de l'acte juridique dans son ensemble mais plutôt l'acte de nature contractuelle du fait. En effet, les auteurs précités ont visiblement quelques difficultés à intégrer les actes unilatéraux dans la catégorie des actes juridiques. Ainsi, François Terré, en s'appuyant sur les tenants de la conception objectiviste, affirme que "le quasi-contrat (...), la

¹²⁰² *Ibid.*

¹²⁰³ La distinction entre les actes et les faits juridiques apparaît principalement dans le contentieux de la responsabilité.

¹²⁰⁴ *Op. cit.*, p 192.

¹²⁰⁵ C. Brenner résume la conception objectiviste en affirmant que les effets de droit devraient "avoir été non seulement voulus, mais encore aménagés par l'agent: dans l'acte juridique, l'individu ordonnerait et le droit ferait sien cet ordre; dans le fait, au contraire, l'individu agirait et le droit ordonnerait", "Acte", *op. cit.*, p 5.

¹²⁰⁶ *Ibid.*

reconnaissance d'enfant naturel ne pourront être considérés comme des actes juridiques¹²⁰⁷. Or, ces deux manifestations de volonté sont considérées par certains auteurs comme des actes unilatéraux tel est le cas par exemple de la reconnaissance d'enfant naturel¹²⁰⁸. Ce risque de confusion entre l'acte unilatéral et le fait peut parfaitement s'expliquer. Claude Brenner souligne qu'en droit privé, l'acte unilatéral "ne se conçoit pas isolément mais en relation avec une situation qui fonde ou conforte la puissance qu'il exprime"¹²⁰⁹ et cette situation peut être de droit mais aussi de fait¹²¹⁰. Les inconvénients inhérents à ces deux conceptions ont favorisé l'émergence d'une troisième conception qui prend en considération, comme les deux autres, la manifestation de volonté. Elle doit non seulement tendre vers un effet de droit mais en plus cette manifestation doit être nécessaire à la production d'un tel effet pour qu'il y ait acte juridique¹²¹¹. Selon cette conception, la volonté en tant que telle n'a qu'une importance secondaire dans l'opération de qualification. Seule la "nécessité" de cette manifestation va avoir une réelle incidence. Or, il n'est pas aisé de déterminer à partir de quand la volonté doit être considérée comme absolument nécessaire.

Si les auteurs font application de plusieurs conceptions concernant le rôle de la volonté en matière de qualification d'acte juridique, qu'en est-il pour la qualification de l'acte juridique en tant que tel ?

Avant d'examiner plus spécialement le cas du contrat, il faut s'attacher à l'étude des actes dans leur globalité. En droit public, les auteurs classiques se basent sur le nombre de manifestations de volontés afin de distinguer l'acte unilatéral du contrat. Léon Duguit affirme par exemple que "les actes juridiques sont tantôt unilatéraux, tantôt plurilatéraux; dans les premiers apparaît la manifestation d'une seule volonté; dans les seconds interviennent plusieurs volontés"¹²¹². Ce critère quantitatif n'est plus utilisé par la doctrine à l'heure actuelle car il aboutit à des résultats pour le moins surprenant comme l'indique Georges Dupuis¹²¹³. Le fait pour la doctrine de ne plus se fonder, par la suite, sur ce critère qualitatif ne signifie pas pour autant que la manifestation de volonté n'est pas prise

¹²⁰⁷ *Op. cit.*, p 192 – M. Djuvara adopte ce point de vue. Il affirme que "certains faits purement unilatéraux peuvent (...) produire des situations ayant à beaucoup de points de vue la nature des situations conventionnelles: par exemple, la reconnaissance à son insu d'un enfant naturel", "L'idée de convention et ses manifestations comme réalités juridiques", *Archives de philosophie du droit* 1940, p 115.

¹²⁰⁸ Cf C. Brenner, *op. cit.*, p 18.

¹²⁰⁹ *Ibid.*

¹²¹⁰ Par exemple, la reconnaissance d'enfant naturel ne vaut pleinement que par sa conformité au fait biologique.

¹²¹¹ Une telle conception est soutenue par J. Martin de la Moutte. Selon lui "il y a acte juridique toutes les fois que l'intention de réaliser les effets de droit est absolument indispensable et nécessaire à la production de ces effets", *op. cit.*, p 26.

¹²¹² L. Duguit, *Leçons de droit public général*, *op. cit.*, p 81.

¹²¹³ Une telle analyse conduit à séparer "arbitrairement des actes foncièrement semblables comme un arrêté ministériel et un arrêté interministériel", *Droit administratif*, *op. cit.*, p 161.

en considération. En effet, l'approche qualitative permet de définir l'acte unilatéral comme la norme s'imposant "en quelque sorte « verticalement » à un (ou plusieurs) individu(s) qui n'a (n'ont) pas consenti"¹²¹⁴. L'absence de manifestation de volonté de la personne à laquelle la norme va s'imposer permet donc d'affirmer que l'acte est unilatéral. A l'inverse, dans l'acte bilatéral, "la règle naît de l'accord du destinataire"¹²¹⁵. Quelle que soit l'approche, la volonté joue un rôle essentiel dans l'opération de qualification des actes.

Si on s'attache plus spécialement au contrat, on constate qu'il se caractérise traditionnellement par l'existence d'un accord de volontés. Une telle définition se retrouve en droit privé et en droit public. Un acte pourrait-il, malgré tout, être qualifié de contrat sans qu'aucun accord de volontés n'intervienne ?

Le problème s'est notamment posé en droit civil s'agissant des "contrats d'adhésion". Selon Gabriel Marty et Pierre Raynaud, il s'agit d'actes "dont la conclusion n'est pas précédée d'une discussion entre les parties. Les clauses de la convention ont été établies par l'une d'elles (...) et sont offertes de façon permanente au public (...), elles ne peuvent être qu'acceptées purement et simplement ou refusées. De tels contrats donnent lieu souvent à une prérédaction unilatérale"¹²¹⁶. Des auteurs qu'ils soient civilistes¹²¹⁷ ou publicistes¹²¹⁸ ont nié la nature contractuelle de ces "contrats d'adhésion" en se basant sur deux éléments: le caractère réglementaire de l'offre et la simple adhésion des intéressés à l'offre. L'absence d'accord de volontés ne permettrait donc pas de les intégrer dans la catégorie des contrats.

La jurisprudence judiciaire a rejeté ces arguments et soumis ces actes au régime juridique des contrats¹²¹⁹. En outre, la doctrine a contesté l'analyse précitée. Gabriel Marty et Pierre Raynaud considèrent, en effet, que "le caractère réglementaire que présente souvent l'offre de tel contrat" ne suffit pas "à enlever à l'acte le caractère d'un contrat, dès l'instant que deux volontés ayant des intérêts opposés se sont rencontrés"¹²²⁰.

¹²¹⁴ D. de Béchillon, "Le contrat comme norme dans le droit public positif", *RFDA* 1992, p 17.

¹²¹⁵ *Ibid.*

¹²¹⁶ G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil – Les obligations – Les sources*, Sirey, 2^{ème} édition, 1988, tome 1, p 126-127.

¹²¹⁷ R. Saleilles précise à propos de ces actes qu'il s'agit de "l'adhésion de la volonté à une loi qu'on lui propose", *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, Paris, F. Pichon et Durand Auzias, 3^{ème} édition, 1925, p 445.

¹²¹⁸ Selon G. Marty et P. Raynaud, Maurice Hauriou et Léon Duguit ont analysé ces mêmes actes "comme des opérations réglementaires établissant un statut auquel il est seulement permis d'adhérer purement et simplement", *op. cit.*, p 128.

¹²¹⁹ L'arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation en date du 19 janvier 1982, *JCP G* 1984, II, 20215, note F. Chabas, énonce par exemple "qu'aucune disposition légale ne prohibe d'une façon générale l'insertion des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats d'adhésion, et qu'il n'est fait état d'aucune prohibition spéciale aux contrats de jeu".

¹²²⁰ *Op. cit.*, p 129.

Le fait que deux volontés se rencontrent ne signifie pas nécessairement qu'il y ait un accord au sens propre du terme. Comme l'indiquent ces mêmes auteurs en matière contractuelle, "l'accord suppose l'expression successive de ces volontés, celle de l'offrant et celle de l'acceptant, mais il est plus que cette succession; il faut qu'au-delà de ces volontés distinctes et poursuivant chacune un but propre, apparaisse un véritable accord"¹²²¹. Si on s'attache à cette définition, il n'est pas certain qu'un tel accord existe dans le cadre des contrats d'adhésion. Or, étant donné que la jurisprudence considère ces actes comme d'authentiques contrats, il n'est pas certain que l'accord de volonté soit un critère déterminant du contrat.

Certains auteurs sont plus catégoriques et admettent qu'en réalité l'accord de volontés est inutile pour un contrat. La théorie de l'engagement par volonté unilatérale entend en effet "ramener à la volonté unilatérale toutes les sources volontaires d'obligations, le contrat lui-même n'étant que la juxtaposition de deux engagements unilatéraux"¹²²². Il faudrait distinguer les engagements totalement indépendants les uns des autres des engagements émis par deux ou plusieurs personnes désirant entrer en relation. Dans ce cas, un rapport doit exister entre ces différents engagements. Mais pour reprendre les termes de Gabriel Marty et Pierre Raynaud, ce rapport prend la forme d'une simple "juxtaposition". Ce dernier ne peut être considéré comme un synonyme d'accord de volontés. Le verbe "juxtaposer" est en effet défini de la façon suivante par *Le nouveau petit Robert*: "poser, mettre (une ou plusieurs choses) à côté, près d'une autre ou de plusieurs autres et sans liaison". L'absence de liaison entre ces engagements signifie qu'aucun accord de volontés n'intervient. On le voit bien, une telle conclusion est excessive car dans ce cas le contrat ne pourrait former à lui seul une catégorie juridique autonome, seuls les actes unilatéraux existeraient.

Les écrits de certains auteurs publicistes doivent pourtant être rapprochés de l'analyse de Gabriel Marty et Pierre Raynaud. Georges Péquignot considère notamment que le contrat n'est pas "une résultante de deux volontés. Il est la manifestation d'une volonté unique, capable de s'obliger et d'obliger ceux qui consentent à se placer sous sa loi"¹²²³. Cela signifie que les contrats administratifs ne font l'objet, pour leur élaboration, d'aucune négociation. En outre, il est intéressant de constater qu'à aucun moment Georges Péquignot n'évoque l'existence d'un accord de volontés s'agissant de ces contrats car ceux-ci apparaissent "comme la manifestation d'une volonté prépondérante, à quoi une autre

¹²²¹ *Id.*, p 101.

¹²²² *Op. cit.*, p 367.

¹²²³ G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, *op. cit.*, p 263.

volonté se contente d'adhérer"¹²²⁴. Une telle affirmation n'est pas sans rappeler les caractéristiques précitées des contrats dits d'adhésion. D'ailleurs, cet auteur souligne que les contrats administratifs se présentent généralement "en la forme, comme des contrats d'adhésion"¹²²⁵. On peut donc en déduire que les contrats administratifs ne sont jamais le résultat d'un accord de volontés mais uniquement de la rencontre de deux volontés. En réalité, l'analyse de Georges Péquignot est basée sur une conception quelque peu utopique du contrat. Il part du principe qu'il ne peut y avoir accord de volonté et donc contrat que si les deux contractants sont placés sur un même pied d'égalité. Il considère de ce fait, dans le cadre des rapports entre l'administration et son cocontractant, que ce dernier "est livré à l'action d'une volonté puissante qui, unilatéralement, a établi des obligations auxquelles il serait soumis"¹²²⁶. L'absence d'accord de volonté ne peut être déduite de l'inégalité des contractants car si tel était le cas cela voudrait dire qu'aucun contrat n'est jamais conclu que ce soit en droit public ou en droit privé. S'agissant du droit privé, Jacques Ghestin consacre, à l'intérieur d'un chapitre intitulé "Les caractères actuels des relations contractuelles", une section entière à l'analyse de l'inégalité des parties contractantes¹²²⁷. Georges Péquignot démontre certes qu'aucun accord de volontés n'existe en matière contractuelle. Il estime cependant, à la différence de Gabriel Marty et Pierre Raynaud, qu'un lien unit les différentes manifestations de volontés. Le contrat comporte, selon lui, "trois actes de volonté unilatérale: l'un émane d'un particulier qui offre sa collaboration à l'administration; les deux autres émanent de l'administration qui, d'une part, appréhende l'offre du particulier, qui, d'autre part, s'oblige à l'égard de celui-ci. Ces trois actes se trouvent solidarisés entre eux par l'idée de service public et l'idée de bonne foi"¹²²⁸. Un lien existe bel et bien mais il ne prend pas la forme d'un accord de volontés. Mais alors est-ce que cela signifierait que l'accord de volontés n'aurait aucune influence sur l'acte créé ? Le cours de droit administratif de Charles Eisenmann donne quelques éléments de réponse. Il précise que "le contrat" (...), est le produit de la conclusion du contrat, le produit d'une opération contractuelle (...). Sous cet angle, les normes juridiques apparaissent comme le produit du "*negotium*", celui-ci comme l'instrument, le mode ou processus de production. C'est là le point de vue de l'opération achevée: quant l'opération contractuelle est achevée, on a les normes du contrat. Et à ce moment-là, seules les normes comptent, - qui continuent d'exister; l'opération qui a servi à les créer

¹²²⁴ *Id.*, p 260.

¹²²⁵ *Id.*, p 261.

¹²²⁶ *Id.*, p 263.

¹²²⁷ J. Ghestin, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat: formation, op. cit.*, p 45.

¹²²⁸ G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif, op. cit.*, p 608.

est un fait passé, qui n'a plus d'importance; elle n'a été qu'un moyen – pour produire, pour obtenir des normes¹²²⁹. Cela voudrait dire que les moyens employés pour créer l'acte sont sans incidence sur la nature juridique de ce dernier. Que la norme ait pour origine une manifestation unilatérale de volonté ou un accord de volontés n'aurait finalement qu'une importance secondaire. Charles Eisenmann établit donc une hiérarchie entre ces deux phases que sont l'opération de création et le produit de celle-ci. Seule la seconde étape serait réellement primordiale. Est-ce réellement le cas ?

Lorsque Charles Eisenmann parle de "norme", il s'attache uniquement au contenu de l'acte. En réalité, il dissocie ce contenu de l'opération de création. Une telle séparation apparaît clairement s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés. On a pu constater à différentes reprises que l'existence de certaines "normes" n'est pas obligatoirement conditionnée par l'existence d'un tel accord de volontés. Il en est ainsi par exemple en matière d'assurance chômage. En l'absence d'une convention ou d'édiction d'un arrêté d'agrément de celle-ci, un décret fixe les mesures qui auraient normalement dû être prises par voie conventionnelle.

La nature juridique de l'acte doit alors être considéré comme une question distincte. Si on transpose l'analyse de Charles Eisenmann aux rapports existant non pas entre la norme et l'accord de volontés mais entre la nature juridique de l'acte et cet accord, il n'est pas certain qu'on puisse les dissocier de la même façon. En droit public, la majorité des auteurs considèrent que la présence d'un accord de volontés est indispensable pour qualifier un acte de contrat. Christophe Guettier affirme par exemple que "le contrat doit (...) réaliser un accord entre des volontés distinctes, qui expriment un échange de consentement, et non leur simple juxtaposition"¹²³⁰. De même, l'affirmation suivante d'André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé est dénuée de toute ambiguïté: "que le contrat soit d'abord un accord de volontés, il n'est point besoin de s'étendre sur cette affirmation"¹²³¹. On ne peut de ce fait séparer trop strictement les deux éléments précités. L'acte ne pourra être qualifié de contrat que si un accord de volonté intervient. La nature de l'acte est donc intimement liée à l'opération de création.

B – Accord de volontés et intérêts divergents

¹²²⁹ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, pp 354-355.

¹²³⁰ C. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, 2004, p 57.

¹²³¹ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 29.

Certes, l'accord de volontés semble être, tant en droit privé qu'en droit public, un élément essentiel du contrat. Il ne peut néanmoins être considéré, à lui seul, comme un critère déterminant. Cela signifierait donc que l'approche qualitative serait rejetée car, en vertu de celle-ci, le contrat se caractérise par l'échange de consentements.

Jacques Ghestin précise que "les accords qui ne sont pas conclus en vue de produire des effets de droit ne sont pas des contrats"¹²³². S'agissant du droit public, Paul Duez et Guy Debeyre soulignent très justement que "si tout contrat suppose un accord de volontés, tout accord de volontés n'est pas nécessairement un contrat"¹²³³. Les propos d'André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé sont similaires car selon eux, "tout accord de volontés n'est pas nécessairement un contrat"¹²³⁴.

Ces affirmations peuvent faire l'objet d'une double interprétation. Soit cela signifie qu'un accord est à l'origine de ce qu'on pourrait appeler un "non acte juridique"¹²³⁵, soit on peut en déduire que cet accord peut être à l'origine d'un acte juridique autre que contractuel à savoir un acte unilatéral¹²³⁶. Cette seconde interprétation est directement liée à cette étude. Les actes administratifs unilatéraux négociés revêtent, en effet, de telles caractéristiques.

Si l'accord de volontés ne peut à lui seul donner suffisamment d'indications sur la nature juridique de l'acte en cause, on ne peut pour autant conclure que la volonté en elle-même est sans incidence sur la qualification. Son contenu doit être pris en considération pour qualifier l'acte juridique. En effet, lorsqu'on affirme que la manifestation de volonté est destinée à produire des effets de droit, on examine en réalité le contenu de cette manifestation¹²³⁷. Plus précisément, il s'agit de déterminer si les intervenants poursuivent des intérêts divergents. Si cette condition est remplie, l'acte sera alors qualifiable de contrat.

On a vu précédemment que "l'intérêt" permettrait selon certains auteurs de différencier les parties à l'acte des autres personnes. Ce critère joue aussi un rôle dans la qualification juridique de l'acte. Jean Hauser résume ainsi les positions de Jacques Martin de la Moutte et de Léon Duguit concernant respectivement la définition de l'acte

¹²³² J. Ghestin, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat: formation, op. cit.*, p 11.

¹²³³ P. Duez et G. Debeyre, *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952, p 191.

¹²³⁴ A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 29.

¹²³⁵ Sous cette dénomination, il faut bien en convenir quelque peu disgracieuse, on inclurait les faits juridiques mais aussi les actes non décisifs. S'agissant de cette deuxième catégorie, J. Ghestin observe que "de nombreux accords se situent en dehors du domaine du droit et, de ce fait, ne comportent pas de sanction juridique", *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat: formation, op. cit.*, p 11. De même, en droit public, le Conseil d'Etat a reconnu dans l'arrêt en date du 25 octobre 1996 *Association Estuaire-Ecologie, RFDA 1997*, p 339, concl J-H. Stahl, p 343, note Y. Madiot – *D 1997*, J, p 441, note C. Le Noan, qu'un contrat de plan "n'emporte, par lui-même, aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit".

¹²³⁶ Une telle interprétation valant principalement pour les actes de droit public.

¹²³⁷ A moins de considérer que la volonté n'est pour rien dans la création de ces effets et que tout dépend du droit objectif.

unilatéral et du contrat. Le premier répudie selon lui "la définition habituelle qui ne tient compte que de l'élément purement formel de l'intervention d'une volonté unique et estime que la notion d'intérêt unique permet de situer la définition sur le plan substantiel"¹²³⁸ et le second analyse le contrat "comme un acte constitué de deux déclarations de volonté impliquant un accord préalable mais caractérisé par une opposition de situations et d'intérêts"¹²³⁹.

Comment peut-on définir cette notion d'intérêt ?

Parmi les auteurs, certains envisagent cette notion par rapport à la création de l'acte alors que d'autres s'attachent uniquement à ses effets. Ainsi Jacques Martin de la Moutte évoque à diverses reprises cette notion mais sans la définir précisément. Il ressort néanmoins de ses écrits qu'il s'agit d'une donnée psychologique qui a "poussé à conclure le contrat"¹²⁴⁰. S'agissant des auteurs publicistes, Jacques Bentz, en se référant aux affirmations de Roger Bonnard, considère que l'intérêt et le droit subjectif doivent être mis en parallèle mais ne peuvent pour autant être assimilés car "s'il n'existe pas de droit subjectif sans intérêt, la réciproque ne se vérifie pas: l'intérêt ne suppose pas nécessairement l'existence d'un droit"¹²⁴¹.

Ces quelques citations permettent d'affirmer que la notion d'intérêt fait l'objet de définitions pour le moins imprécises et si on se place sur le plan des effets, la conclusion est identique. Georges Rouette applique, selon Jean Hauser, cette notion d'intérêt au problème des effets de l'acte. Il la définit comme une "modification de la situation juridique"¹²⁴². Une telle définition pose problème étant donné qu'elle se limite aux effets. On ne peut – tout du moins en droit public – caractériser un acte en se fondant uniquement sur les effets recherchés et en passant de ce fait sous silence la phase d'élaboration. Dans cette branche du droit, le fait qu'une "modification de la situation juridique" intervienne ne permet pas de déterminer à quelle catégorie juridique rattacher l'acte en cause. Un acte unilatéral ou un contrat peuvent avoir de tels effets.

Ces différentes définitions ne sont pas pleinement convaincantes. Il apparaît néanmoins que celle de Jacques Martin de la Moutte est la plus proche de la réalité. Le but recherché par chacune des parties révèle l'intérêt de celles-ci.

Si on s'attache au contrat, les manifestations de volontés des parties révèlent les intérêts que chacune d'elle poursuit. A moins de considérer que chacune des volontés est autonome, le caractère divergent de ces intérêts ne peut être déterminé que par

¹²³⁸ J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique – Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, p 43.

¹²³⁹ *Id.*, p 58.

¹²⁴⁰ *Op. cit.*, p 43.

¹²⁴¹ J. Bentz, "Le tiers à l'acte administratif (2)", *op. cit.*, p 8.

l'intermédiaire de l'accord des volontés. Les intérêts divergents étant révélés par les manifestations de volontés, cela signifie que c'est bien l'accord de ces dernières qui va permettre de qualifier l'acte de contrat. Cependant, ne peut-on pas considérer que ces intérêts trouvent en réalité leur fondement dans des éléments extérieurs aux volontés ?

Selon Roger Bonnard, il ressort de l'analyse de Léon Duguit que "si l'individu doit quelque chose, ce n'est pas en vertu d'un prétendu droit subjectif qui ne saurait exister du point de vue de la science positive; c'est en vertu de la règle de droit qui, elle, constitue une donnée acceptable pour la science positive"¹²⁴³. La volonté et l'intérêt sont donc apparemment distincts¹²⁴⁴. La première n'est pour rien dans la création du second¹²⁴⁵. Toutefois, si la volonté ne crée pas l'intérêt, il est indéniable qu'elle le révèle, qu'elle manifeste son existence.

L'intérêt et la volonté sont donc étroitement liés et de par leur interdépendance, il semble nécessaire de ne pas privilégier l'un par rapport à l'autre dans l'opération de qualification. En effet, on a pu voir que la volonté ne peut à elle seule permettre de qualifier l'acte de contrat mais en est-il de même s'agissant des intérêts divergents ? Plus précisément, si la présence de tels intérêts est nécessaire à l'opération de qualification, peut-on dire qu'ils sont suffisants pour qualifier l'acte de contrat ?

En répondant positivement à cette question, on adopterait la conception de Georges Rouhette pour qui la volonté ne joue aucun rôle dans la qualification de l'acte. La caractérisation du contrat aurait pour unique fondement la notion d'intérêt précédemment évoquée.

En réalité, il semble que la conception de Jean Hauser que l'on pourrait qualifier de mixte, est la plus pertinente. Celui-ci considère que la "notion d'intérêt n'est finalement que le manteau juridique d'un lien beaucoup plus ancien (...), entre la volonté et les structures objectives (...). L'intérêt c'est finalement la projection objective de la volonté qui s'y intègre, la transforme, est transformé par elle"¹²⁴⁶. Il est intéressant de voir que, selon cet auteur, s'applique en quelque sorte un système d'incorporation comparable à

¹²⁴² J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique – Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, op. cit., p 44.

¹²⁴³ R. Bonnard, "Les droits publics subjectifs des administrés", *RDP* 1932, p 705.

¹²⁴⁴ Cette analyse rejoint la démonstration d'auteurs tels que L. Michoud qui, pour définir la personnalité morale, a clairement dissocié la volonté collective et l'intérêt collectif. A. Paynot-Rouvillois a très clairement synthétisé les propos de cet auteur. Elle souligne qu'il "n'est plus nécessaire, pour prouver la réalité des personnes morales, de montrer l'existence d'une volonté collective inhérente au groupe: il suffit de mettre en relief un intérêt collectif propre à celui-ci, distincts des intérêts individuels de ses membres", "Personne morale", in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p 1156.

¹²⁴⁵ On perçoit sans difficulté que droit subjectif et volonté n'ont aucun lien. R. Bonnard propose en effet la définition suivante du droit subjectif; il s'agit du "pouvoir d'exiger de quelqu'un, en vertu d'une règle de droit objectif, quelque chose à laquelle on a intérêt, sous la sanction d'une action en justice; le contenu de la chose exigible étant fixé immédiatement soit par le droit objectif, soit par un acte juridique individuel", *id.*, p 707.

¹²⁴⁶ *Op. cit.*, pp 43-44.

celui évoqué s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés. L'intérêt et la volonté se transforment réciproquement de par l'incorporation de l'une dans l'autre. On peut donc en déduire que la présence d'intérêts divergents ne peut à elle seule permettre de qualifier la nature juridique d'un acte, il faut nécessairement tenir compte de la volonté.

La volonté et plus précisément l'accord de volontés joue un rôle non négligeable mais contesté par certains dans la phase de qualification. Il ne peut, à lui seul, permettre de déterminer à coup sûr la nature juridique de l'acte car on le retrouve en matière contractuelle mais aussi dans les actes administratifs unilatéraux négociés. Même si un accord existe dans les deux cas, il faut cependant déterminer si celui-ci revêt, dans ces deux hypothèses, les mêmes caractéristiques.

§ 2: Un accord de volontés dépourvu de spécificités en matière d'actes administratifs unilatéraux négociés

Pour les contrats et les actes administratifs unilatéraux négociés, l'accord de volontés revêt une caractéristique fondamentale: il ne provoque pas une fusion des différentes volontés (A). En outre, on constate que, dans les deux cas, il permet au destinataire de l'acte de participer à l'élaboration de celui-ci (B).

A – L'absence de fusion des volontés

Avant d'examiner en quoi consiste précisément cet accord, une question doit être posée. Nous avons pu voir dans le paragraphe précédent que certains auteurs estiment qu'il n'y a pas réellement accord de volontés en matière contractuelle. La démonstration de Georges Péquignot apparaît certes peu convaincante sur ce point. Mais qu'en est-il s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés ? Peut-on réellement affirmer que deux volontés s'accordent dans le cadre des ces actes ?

Le juge administratif évoque fréquemment, dans les arrêts précédemment analysés, l'existence d'un accord de volontés. Tel est le cas notamment dans l'arrêt du 23 octobre 1974 *Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la*

*boucherie du bassin parisien*¹²⁴⁷. Il est clairement indiqué que l'arrêté ainsi que l'engagement professionnel "constitue (...) une décision unilatérale à caractère réglementaire prise en accord avec la Confédération nationale de la boucherie française". Néanmoins, est-ce que le terme est bien choisi ?

Il ne faut pas confondre l'accord de volontés et la négociation. Toute négociation n'aboutit pas nécessairement à un accord de volontés et inversement, tout accord de volontés ne résulte pas obligatoirement d'une négociation. Une telle assimilation aurait des conséquences pour le moins surprenante surtout si on l'examine au travers de l'une des affirmations de Didier Chauvaux et Thierry-Xavier Girardot. Selon eux, "c'est parce que l'intérêt général ne se négocie pas que l'acte unilatéral est le mode naturel d'action de l'administration"¹²⁴⁸. On peut interpréter cette phrase de différentes manières. Si on considère que la négociation est synonyme d'accord de volontés, cela voudrait dire que les contrats administratifs n'existent pas. Une telle interprétation serait excessive car la doctrine souligne qu'un contrat peut être conclu sans négociations préalables. D'ailleurs, ces auteurs ajoutent tout de suite après que "pour autant, l'administration peut aussi recourir au contrat"¹²⁴⁹.

Au moins deux volontés prennent part à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux négociés. Néanmoins, André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé refusent d'admettre qu'on se trouve face à un accord de volontés au sens où on l'entend en matière contractuelle. S'agissant notamment des actes de libération des prix, ils constatent que "le destinataire de l'acte administratif prend un engagement considéré non point comme croisant ou rencontrant l'engagement de l'administration et nouant ainsi avec celui-ci un lien contractuel mais comme absorbé par l'acte administratif"¹²⁵⁰. La démonstration ne convainc pas car avant l'édition de l'acte d'accompagnement, les volontés des syndicats professionnels et de l'administration se rencontrent bel et bien. D'ailleurs, ces mêmes auteurs le reconnaissent quelques pages plus loin. Ils affirment qu'une "discussion est menée entre les représentants de l'administration et ceux de la profession; elle aboutit à un document par lequel ils constatent leur accord et en fonction duquel sont adoptés ensuite les arrêtés ministériels (...) "¹²⁵¹. L'existence d'un accord de volontés ne fait guère de doute. Cette affirmation est bien en phase avec la réalité et peut s'appliquer à toutes les hypothèses d'actes administratifs unilatéraux négociés.

¹²⁴⁷ *Op. cit.*

¹²⁴⁸ D. Chauvaux et T-X Girardot, note sous CE 10 juillet 1996 *M. Cayzeele*, *AJDA* 1996, p 732.

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 64.

¹²⁵¹ *Id.*, p 433.

Néanmoins, il est nécessaire de comparer de tels accord avec ceux permettant la formation des contrats. Quelles vont être les conséquences de cet accord ? Les différentes manifestations de volonté vont-elles fusionner ?

Afin d'établir une analyse comparée, il est nécessaire d'examiner si une telle fusion intervient en matière contractuelle.

Dans son *Traité de droit civil*, Jacques Ghestin souligne que deux éditions successives du *Vocabulaire juridique Capitant* évoquent deux conceptions distinctes de l'accord de volontés. Il constate que, dans la première édition, Henri Capitant "fait état d'un « accord de volontés » au pluriel, alors que la seconde édition préfère parler d'un « accord de volonté », au singulier. La différence n'est pas dépourvue de signification. Dans la première formule l'accord est bien constitué de deux ou plusieurs volontés. Dans la seconde l'accord fait naître une volonté unique"¹²⁵². Néanmoins, cette naissance d'une volonté unique ne signifie pas que les deux volontés ont fusionné. Gabriel Marty et Pierre Raynaud soulignent que cet accord "n'est pas une fusion des volontés mais une convergence qui, tout en laissant subsister deux volontés différentes, en fait naître une nouvelle"¹²⁵³. Les conditions de formation du contrat sont dominées, selon Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Eric Savaux, "par la considération de la volonté des parties, laquelle est elle-même envisagée de divers points de vue:

- Les parties ont-elles voulu s'engager ? Il faut vérifier leur consentement.
- Etaient-elles aptes à le vouloir ? C'est le problème de leur capacité.
- Qu'ont-elles voulu ? Il faut un objet à leur engagement.
- Pourquoi l'ont-elles voulu ? On doit scruter la cause de cet engagement"¹²⁵⁴.

Il apparaît que la volonté de chacune des parties sert de base à l'analyse de ces différents éléments. En effet, s'agissant du consentement, l'étude porte sur l'offre et l'acceptation. La capacité et la cause renvoient, elles aussi, à la volonté de chacune des parties. Cela confirme implicitement les développements précédents à savoir que dans le cadre contractuel il n'y a pas fusion des volontés. Chacune d'elle demeure distincte malgré l'existence d'un accord. Mais si cet accord laisse subsister les deux volontés, il en fait naître une nouvelle selon Gabriel Marty et Pierre Raynaud: "celle de réaliser globalement une opération commune qui est précisément l'objet du contrat"¹²⁵⁵. Il y aurait donc une superposition avec à un premier niveau les deux volontés conservant leur particularisme et à un second niveau une nouvelle volonté résultat d'une convergence des deux autres. De même, Georges Rouhette écarte, comme l'indique Jacques Ghestin,

¹²⁵² J. Ghestin, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat: formation, op. cit.*, p 5.

¹²⁵³ *Op. cit.*, p 101.

¹²⁵⁴ *Op. cit.*, p 83.

¹²⁵⁵ *Op. cit.*, p 101.

"l'analyse de l'accord de volonté en une fusion « métaphysique » (...). Il n'y a, pour lui, que succession d'une offre et d'une acceptation concordante, émanant de deux volontés distinctes. Seule la norme qui en résulte est unitaire"¹²⁵⁶.

Tel n'est pourtant pas l'avis de tous les auteurs civilistes. Georges Berlioz affirme notamment, au détour d'un développement relatif au contrat d'adhésion, que "le plan traditionnel d'analyse des contrats doit (...) être adapté, car il suppose la fusion de deux volontés. Celles-ci, qui se sont exprimées par l'offre et l'acceptation, et qui se sont mutuellement influencées pendant la négociation, s'intègrent pour former un contrat (...)"¹²⁵⁷. Cet auteur, à la différence de Georges Rouhette, assimile à tort deux éléments à savoir l'accord de volontés et la norme créée par cet accord pour en déduire l'existence d'une fusion.

S'agissant des contrats administratifs, Léon Duguit souligne, par exemple, que "du contrat ne naît point une volonté commune résultant de la fusion en une seule des deux volontés contractantes; l'effet de droit est produit par chaque déclaration de volonté, prise en elle-même, seulement ces deux déclarations de volonté sont provoquées l'une par l'autre"¹²⁵⁸.

La majorité des auteurs qu'ils soient privatistes ou publicistes considèrent donc, à juste titre, qu'aucune fusion des volontés n'intervient en matière contractuelle.

Peut-on transposer cette affirmation au cas des actes administratifs unilatéraux négociés ?

L'existence de rapports inégaux entre l'administration et les autres entités participant à la confection de l'acte tendrait à écarter l'hypothèse de la fusion. Selon Alessandro Groppali, "les volontés équivalentes s'unifient dans la volonté résultante par fusion, les volontés inégales par intégration"¹²⁵⁹. Dans les relations entre l'administration et les particuliers notamment, les rapports ne sont pas égaux. L'acte administratif unilatéral *stricto sensu* en est certes la manifestation la plus évidente mais il en est de même pour le contrat¹²⁶⁰. Même si des négociations interviennent lors de l'élaboration des actes administratifs unilatéraux négociés, la volonté de l'administration demeure "prépondérante" pour reprendre l'expression de Georges Péquignot. En effet, l'acte d'accompagnement que l'on retrouve dans la plupart des actes administratifs unilatéraux négociés va marquer cette prééminence. Par sa seule volonté, l'administration confère

¹²⁵⁶ J. Ghestin, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat: formation*, op. cit., p 172.

¹²⁵⁷ Op. cit., p 40.

¹²⁵⁸ L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003 (réimpression de l'édition de 1901), p 373.

¹²⁵⁹ A. Groppali, "Le rôle de la volonté dans la formation des actes juridiques", *Archives de philosophie du droit* 1940, p 201.

¹²⁶⁰ George Péquignot affirme s'agissant du contrat administratif qu'il "apparaît comme la manifestation d'une volonté prépondérante, à quoi une autre volonté se contente d'adhérer", op. cit., p 260.

une véritable existence juridique à l'acte en cause. Or les syndicats, les organisations professionnelles, les particuliers n'ont pas cette faculté. L'absence de fusion des volontés découlerait donc de l'inégalité des différents intervenants. Cet indice ne semble pas suffisamment précis car tout dépend sur quel élément on se base pour affirmer que les rapports sont inégaux.

Pour démontrer que les volontés ne fusionnent pas, il faut davantage s'attacher aux caractéristiques de chacune des manifestations de volonté. Alessandro Groppali constate que "nous avons affaire à un contrat entre personnes publiques lorsque les volontés différentes ont des intérêts et des buts différents qui finissent par se concilier dans une volonté contractuelle"¹²⁶¹. Cet auteur considère, à l'instar de Gabriel Marty et Pierre Raynaud, qu'il ne peut y avoir fusion mais superposition. Avant que les volontés ne s'accordent, les personnes poursuivent chacune des buts différents. Or ces différences ne vont pas disparaître suite à la conclusion de l'accord. De leur conciliation va naître une volonté dite "contractuelle".

Même si cette affirmation vaut pour les contrats, il faut s'appuyer sur celle-ci pour analyser le cas des actes administratifs unilatéraux négociés.

Comme en matière contractuelle, il est nécessaire de prendre en considération l'intention de chacune des personnes intervenant dans la confection de l'acte. Nous prendrons pour exemple les accords de libération des prix. Grâce à ces derniers, le ministre tente "d'obtenir par la persuasion la réalisation d'un plan de développement" alors que les professionnels veulent surtout "éviter le carcan des mesures autoritaires de fixation des prix"¹²⁶². Néanmoins, on ne peut s'arrêter aux buts individuels de chacun des intervenants. Ces derniers, en passant de tels actes, ne poursuivent-ils pas un but commun qui transcenderait les intentions personnelles ?

Selon Franck Moderne, il n'est pas "évident que l'administration et les professionnels s'attachent à la réalisation des mêmes objectifs: il est permis de croire que la stabilité des prix et la lutte contre l'inflation sont plus importants pour le gouvernement que pour les industriels et que ceux-ci, une fois de plus, craignent par-dessus tout les taxations (...) "¹²⁶³. On ne peut cependant généraliser. Lorsque l'administration conclut un contrat qualifié d'administratif, il ne fait guère de doute que les deux contractants poursuivent un but d'intérêt général. En effet, Jean Waline constate que "la notion d'utilité générale est une des conditions centrales du droit administratif. L'utilité générale, on le sait bien, commande toute l'action administrative. Un contrat qui ne correspondrait pas à l'utilité

¹²⁶¹ *Op. cit.*, p 202.

¹²⁶² Franck Moderne, "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *op. cit.*, p 514.

¹²⁶³ *Ibid.*

sociale serait certainement contraire au seul but que doit poursuivre l'administration"¹²⁶⁴. Si elle commande "toute l'action administrative", cela signifie que les différentes personnes participant à l'élaboration des actes administratifs unilatéraux négociés ont aussi en vue la satisfaction de l'intérêt général lorsque leurs volontés s'accordent. Tel est le cas notamment pour les actes relatifs au domaine sanitaire et social. De par l'élaboration de ces actes, les différents acteurs ne cherchent pas uniquement à satisfaire leurs intérêts particuliers. On peut citer le cas des conventions collectives de travail, des conventions entre les syndicats de praticiens et les caisses d'assurance maladie. Ils négocient dans un but d'utilité générale. S'agissant de certains de ces actes, Yves Madiot constate qu'une transformation de la notion d'intérêt général s'est opérée, cette dernière n'étant plus l'apanage de l'administration. Certains intérêts "possèdent un caractère de généralité telle qu'on ne peut plus parler "d'intérêts particuliers": un syndicat, un groupement professionnel représente indiscutablement une part de l'intérêt général (...). Lorsqu'un syndicat de médecins passe avec une caisse de sécurité sociale, une convention tarifaire, les intérêts défendus ne peuvent plus être simplement qualifiés de "privés" ou corporatifs bien qu'ils soient représentés par des personnes de droit privé."¹²⁶⁵.

S'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés, l'accord de volontés révèle que les différents participants à l'élaboration n'ont pas uniquement en vue la satisfaction de leurs propres intérêts mais aussi la satisfaction de l'intérêt général et ce, comme en matière contractuelle.

Il y aurait donc bien superposition avec à un premier niveau les volontés divergentes des différents participants et à un second niveau la conciliation, lors de la conclusion de l'accord, de ces volontés.

Que ce soit en matière contractuelle ou s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés, on constate que l'accord n'engendre pas une fusion et donc une disparition des différentes volontés.

Affirmer que les deux volontés fusionnent n'aurait pourtant rien de surprenant si on se réfère aux développements relatifs à l'incorporation évoquée dans la première partie. En effet, on a pu constater que l'utilisation du singulier ou de pluriel avait une incidence s'agissant de la création ou non d'un nouvel acte dans le cadre des rapports entre l'acte conventionnel et l'acte unilatéral. Cependant, il faut bien voir que l'analyse ne se situe

¹²⁶⁴ J. Waline, "La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif", in *Etudes offertes à J. Ghestin – Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p 981.

pas sur le même plan car l'incorporation concerne les actes en tant que tels alors que la fusion intéresse les volontés manifestées.

Il serait sans aucun doute excessif et schématique de déduire de l'incorporation d'un acte dans l'autre, la fusion automatique des volontés et ce pour une raison bien précise. L'incorporation et la fusion n'aboutissent pas au même résultat. Les deux éléments préexistants à l'opération de fusion disparaissent à la suite d'une telle opération pour en former un nouveau. En cas d'incorporation, un acte se trouve absorbé par un autre mais cette absorption ne signifie pas que les deux actes vont être à l'origine d'un nouvel acte totalement distinct. En effet, il ressort de l'arrêt du 23 octobre 1974 *Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*¹²⁶⁶ que l'arrêté, et l'engagement professionnel s'y incorporant, "ne constitue pas un engagement contractuel de l'administration mais une décision unilatérale". Suite à l'incorporation de l'acte conventionnel dans l'acte unilatéral ce dernier subsiste. Aucun acte nouveau n'est donc créé. Cependant, on ne peut affirmer que cela vaut pour toutes les hypothèses. Ainsi le Conseil d'Etat constate dans un arrêt du 17 février 1992 *Association hôtellerie et liberté*¹²⁶⁷ que l'arrêté et l'engagement professionnel qu'il rend applicable "ne constituent pas un engagement contractuel mais une décision unilatérale". Le verbe étant conjugué au pluriel on est donc tenté d'en déduire qu'il s'agit pas d'une simple incorporation. Les deux actes fusionnent pour n'en former qu'un.

L'incorporation ne serait donc pas dans tous les cas synonyme de fusion des actes. Mais, lorsqu'il en est ainsi, peut-on pour autant déduire de cette fusion des actes une fusion des volontés ?

Au regard de l'analyse qui précède, il faudrait clairement séparer l'opération par laquelle les volontés se rencontrent de l'acte édicté. Les auteurs opèrent une telle distinction. A l'occasion de la définition de l'acte juridique basée sur l'analyse du contrat, Charles Eisenmann constate que "sur le plan du *negotium*, le terme acte juridique évoque deux idées: tantôt celle d'un ensemble de normes, tantôt celle d'une opération par quoi des normes sont édictées"¹²⁶⁸. Selon les propos rapportés par Jacques Ghestin, Georges Rouhette apporte, quant à lui, quelques précisions s'agissant de la phase d'élaboration. Il écarte en effet "l'analyse de l'accord de volonté en une fusion "métaphysique" ou une combinaison de volontés. Il n'y a, pour lui, que succession d'une offre et d'une

¹²⁶⁵ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, op. cit., p 325.

¹²⁶⁶ Op. cit.

¹²⁶⁷ Op. cit.

¹²⁶⁸ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, op. cit., p 354.

acceptation concordante, émanant de deux volontés distinctes. Seule la norme qui en résulte est unitaire¹²⁶⁹.

Les propos de Charles Eisenmann et Georges Rouhette concernent les actes contractuels mais d'autres auteurs ont adopté une conception similaire s'agissant des actes conventionnels entendus au sens large du terme. Tel est notamment le cas de Hans Kelsen. Ce dernier remarque qu'il faut "distinguer soigneusement: 1° l'acte ou la procédure de la convention; 2° la norme ou l'ordre conventionnel, créés par la convention en tant qu'acte ou procédure"¹²⁷⁰. Ces propos peuvent parfaitement s'appliquer aux actes administratifs unilatéraux négociés qui sont par certains aspects très proches des conventions.

De par ces analyses, on peut donc en conclure que l'indépendance entre les phases d'élaboration et le produit de cette élaboration permet d'affirmer que l'absence de fusion de volontés n'empêche aucunement les actes de fusionner.

Outre cet aspect, il est important de souligner qu'à l'instar du contrat, le destinataire de l'acte participe à son élaboration.

B – La participation du destinataire de l'acte à son élaboration

Des volontés ayant des intérêts divergents s'accordent certes mais sans pour autant fusionner dans le cadre des actes administratifs unilatéraux négociés. Cet accord de volontés serait donc comparable à celui intervenant en matière contractuelle. Or, bien évidemment, un tel constat n'est pas sans poser quelques problèmes au regard de la notion d'acte administratif unilatéral. Comme on le sait, les parties au contrat sont en même temps les destinataires de celui-ci. Mais il n'en est pas de même, tout du moins en théorie, pour l'acte administratif unilatéral.

Reprenons les définitions quantitatives et qualitatives de ce dernier. En vertu de la première, l'acte est l'œuvre d'une seule personne ou d'une volonté unique plurale. L'acte unilatéral ne peut donc résulter d'un accord de volontés entre deux entités distinctes. Selon Georges Dupuis, Maris-José Guédon et Patrice Chrétien, et en vertu de l'approche qualitative, "l'acte unilatéral est (...) l'acte qui a pour objet de régler la conduite de personnes autres que ses auteurs. En, d'autres termes, les normes posées par un acte unilatéral ont valeur juridique pleine et entière sans le consentement de leurs sujets

¹²⁶⁹ *Loc. cit.*

¹²⁷⁰ H. Kelsen, "La théorie juridique de la convention", *Archives de philosophie du droit* 1940, p 36.

actifs"¹²⁷¹. Les relations entre auteur et destinataire sont prises en considération pour caractériser l'acte. Comme on le voit, l'existence d'un accord de volontés ne semble pas compatible avec ce critère qualitatif car permet à des personnes considérées comme destinataires de l'acte de participer à son élaboration. Nous pouvons prendre l'exemple des conventions relatives à l'utilisation des réseaux câblées ou celui du "cahier des charges particulières relatif à l'occupation temporaire de l'esplanade des Feuillants du Jardin des Tuileries"¹²⁷². La société destinataire de l'autorisation ainsi que l'établissement public du grand Louvre participent bel et bien, par le biais de l'accord, à la confection de l'acte. Or, nous avons vu que ces derniers sont pourtant implicitement considérés comme des actes administratifs unilatéraux et non comme des contrats.

Les auteurs sont bien conscients que cette manifestation de volonté du destinataire pose un sérieux problème au regard de la définition qualitative de l'acte administratif unilatéral. De ce fait, André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé tentent, pour ainsi dire, de démontrer que l'accord en cause est un accord de volonté de second rang qui ne peut rivaliser avec celui permettant la formation des contrats. Comme on l'a indiqué, ils évitent d'employer l'expression "accord de volontés" s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés¹²⁷³. De même, le deuxième auteur estime que les accords de libération des prix doivent être compris comme de simples "éléments d'une procédure voisine de celle des avis conformes ou des propositions"¹²⁷⁴. Une telle affirmation ne convainc pas. En cas d'avis conforme ou de proposition, les volontés de l'administration et des destinataires ne se rencontrent pas, il n'y a pas de véritable dialogue. Tel n'est pas le cas pour les actes administratifs unilatéraux négociés.

La présence d'un accord de volontés dans les actes administratifs unilatéraux négociés entretiendrait donc une certaine confusion entre l'acte unilatéral et le contrat tout du moins si on adopte la définition qualitative précitée. En réalité, tout dépend de la manière dont est caractérisé ce critère qualitatif. Bertrand Seiller considère que "si les auteurs de l'acte sont aussi ses destinataires exclusifs, par le fait qu'ils se sont engagés exclusivement l'un envers l'autre, l'acte est contractuel (...). Si en revanche, les auteurs ne sont pas les

¹²⁷¹ G. Dupuis, M-J Guédon et P. Chrétien, *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, 2004, p 162.

¹²⁷² Ce document est signé par le président de l'établissement public du grand Louvre. Or cet établissement est bien le destinataire de cet acte car l'arrêt du 23 juin 1995 *Ministre de la Culture C/ Association de défense des Tuileries* précise que ce document "définit les règles au respect desquelles est tenu l'établissement public (...) lorsqu'il est appelé à se prononcer sur une demande d'autorisation d'occupation temporaire (...)".

¹²⁷³ A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, pp 64 et ss.

¹²⁷⁴ F. Moderne, "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *op. cit.*, p 515.

destinataires exclusifs de l'acte, lesquels sont des tiers, l'acte est unilatéral"¹²⁷⁵. En rajoutant ce critère de la non exclusivité, Bertrand Seiller sous-entend que, dans le cadre d'un acte unilatéral, les auteurs peuvent aussi être destinataires de celui-ci¹²⁷⁶. Or, tel est notamment le cas lorsqu'un accord de volontés est conclu. Cette définition semble s'appliquer aux actes unilatéraux négociés et tout spécialement aux actes ayant un caractère réglementaire. S'agissant par exemple de l'accord de libération des prix en cause dans l'arrêt du 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure*¹²⁷⁷, les organisations syndicales sont considérées comme destinataires de l'acte¹²⁷⁸. De même, les caisses d'assurance maladie signataires des conventions passées entre elles et les syndicats de praticiens sont destinataires de ces actes. Mais ces organes ne sont pas les seuls destinataires. De par leur caractère réglementaire, ces actes ont vocation à s'appliquer à des personnes n'ayant pas pris part à l'élaboration. Tel est le cas par exemple des médecins qui ne sont pas intervenus dans la confection des conventions médicales. La définition qualitative de l'acte administratif unilatéral ne serait donc pas fondamentalement remise en cause par l'existence des actes administratifs unilatéraux négociés. Néanmoins, il faut rester extrêmement prudent. Nous avons pu voir qu'il était très difficile de déterminer qui, parmi les différents intervenants, peut être considéré comme auteur de l'acte. En outre, il n'est pas certain que la définition donnée par Bertrand Seiller puisse englober les actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires. On pense notamment à l'exemple précité des conventions relatives à l'autorisation d'utilisation des fréquences hertziennes ou des réseaux câblés.

Même si l'accord de volontés n'est pas à lui seul déterminant pour qualifier un acte de contrat, il joue néanmoins un rôle non négligeable. Il permet, en théorie, de bien distinguer l'acte unilatéral du contrat. Cependant, l'intervention d'un tel accord lors de l'élaboration des actes administratifs unilatéraux négociés tend à confirmer que l'accord de volontés ne peut plus être considéré comme un critère exclusif au contrat. De plus, et malgré leur qualification, ces actes unilatéraux spécifiques ont tendance à se confondre avec le contrat car l'accord de volontés revêt, dans les deux cas, les mêmes caractéristiques. Par là même, il devient difficile de donner une définition précise de l'acte administratif unilatéral.

¹²⁷⁵ B. Seiller, "Acte administratif", *op. cit.*, p 9.

¹²⁷⁶ Il précise d'ailleurs quelques lignes plus loin que "même s'il (l'acte unilatéral) est destiné principalement à s'appliquer à des tiers par rapport aux auteurs, cet acte s'impose aussi à ces derniers", *ibid.*

¹²⁷⁷ *Op. cit.*

Les actes juridiques ne peuvent être caractérisés en se basant uniquement sur les manifestations de volontés. Le contenu même de ses actes doit, semble-t-il, être pris en considérations. Mais s'agit-il d'un critère vraiment pertinent ?

Section 2

Le contenu des actes: un critère de distinction dénué d'effectivité ?

Le fond des actes doit être dissocié de l'accord de volontés qui est à l'origine de ceux-ci. Mais que désigne-t-on précisément lorsqu'il est fait référence au fond ? Charles Eisenmann a eu l'occasion de répondre à cette question. Il s'agit selon lui des "normes que ces *negotia* ont pour objet d'édicter; ce sont les normes en vue de l'édiction desquelles ces opérations sont faites"¹²⁷⁹. La notion de "norme" est évoquée donc dans cette définition. On ne peut donc mener une telle étude sans avoir au préalable donner une définition de cette notion. Or, on va se rendre compte qu'une telle définition va permettre de déterminer s'il existe un lien entre la nature de l'acte et le contenu normatif. (§ 1). Si en théorie ces deux catégories d'actes peuvent avoir le même contenu provoquant de ce fait une certaine confusion entre ces actes, il apparaît que les actes administratifs unilatéraux négociés tendent à clarifier partiellement la distinction (§ 2).

§ 1: Le caractère normatif de l'acte unilatéral et du contrat

Une telle étude suppose d'examiner dans un premier temps le lien qui unit la normativité et la nature juridique d'un acte. Nous serons notamment amenés à voir quelles sont les correspondances entre la nature unilatérale ou contractuelle d'un acte et le caractère individuel ou général des normes posées (A). Néanmoins, nous nous arrêterons plus particulièrement dans un second temps sur le problème de la compatibilité entre la nature contractuelle de l'acte et le caractère général des normes. Nous avons certes plus ou moins évoqué ce problème au cours de la première partie. Cependant, nous étions partis du principe que le contrat et le règlement étaient

¹²⁷⁸ A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé y font notamment référence dans leur *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, pp 64 et ss.

antinomiques sans démontrer pourquoi ils le sont et surtout sans démontrer si un lien peut malgré tout exister entre eux. Pourtant, nous avons pu voir que le contenu de certains arrêts était pour le moins ambigu sur ce point. Dans le cadre d'une analyse générale portant sur la distinction de l'acte unilatéral et du contrat, il est donc nécessaire d'examiner ce rapport (B).

A – Le lien entre la normativité et la nature juridique de l'acte

L'étude du fond des actes nécessite de définir ce que l'on entend par la notion de "norme". Etymologiquement, ce terme est issu du latin *norma* signifiant équerre ou règle¹²⁸⁰. De ce fait et comme l'indique Julien Guez, "le terme semble renvoyer à un modèle de conduite auquel doivent se conformer les hommes"¹²⁸¹.

Parmi les auteurs qui ont étudié cette notion et qui l'ont précisée, il faut citer le plus illustre d'entre eux: Hans Kelsen. Selon Otto Pfersmann, on doit à cet auteur l'utilisation du terme de "norme" pour désigner "un concept plus général que celui de "règle" ou de "loi", couvrant toutes les variétés d'obligations, de permissions ou d'interdictions, quel que soit le domaine (droit, morale, etc...) et quel que soit le degré de généralité ou de particularité, d'abstraction ou de concrétisation"¹²⁸². Cette définition demeure relativement vague. C'est pourquoi la doctrine a mis en évidence des caractères attribués aux normes juridiques. Il n'existe pas de définition précise et incontestée de la norme juridique. En réalité, les quelques éléments dégagés permettant de la définir ne portent pas véritablement sur le contenu de celle-ci¹²⁸³ mais plutôt sur ses effets, son application.

Trois éléments sont fréquemment évoqués par la doctrine pour la caractériser: la généralité, le caractère obligatoire ou impératif, et enfin la sanction¹²⁸⁴. Il convient de les analyser en fonction de leur degré de difficultés. On peut difficilement concevoir qu'une norme n'ait pas un caractère impératif. Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 avril 2005 a sanctionné certaines dispositions de la loi compte tenu de leur absence d'un

¹²⁷⁹ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 210.

¹²⁸⁰ Il n'est donc pas étonnant que ce terme ait été utilisé en architecture selon Otto Pfersmann, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige, Lamy/PUF, 2003, p 1079.

¹²⁸¹ J. Guez, "La « normalisation » du recours pour excès de pouvoir contre les circulaires et instructions administratives", *AJDA* 2005, p 2446.

¹²⁸² O. Pfersmann, *op. cit.*, p 1079.

¹²⁸³ Selon M. Troper, "il est impossible de définir la norme juridique par son contenu, parce qu'elle peut recevoir n'importe quel contenu et que celui-ci peut être identique à celui d'une norme morale, religieuse ou sociale", *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p 1077.

¹²⁸⁴ Cf notamment A. Jeammaud, "La règle de droit comme modèle", *D* 1990, p 206 et L. Robert-Wang, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p 1326. Ces auteurs citent ces trois éléments mais les considèrent comme non déterminant s'agissant de la définition de la norme ou règle juridique.

tel caractère¹²⁸⁵. Il en est de même du Conseil d'Etat dans un arrêt du 15 février 2006 *M. Jean-Louis A*¹²⁸⁶.

Les critères de la sanction et de la généralité apparaissent plus discutables tout du moins selon une partie de la doctrine. S'agissant de la sanction, Laurent Robert-Wang fait valoir qu'une "règle juridique ne cesse pas de l'être lorsqu'elle est bafouée"¹²⁸⁷. Il existe dans différentes branches du droit des règles non sanctionnées mais "qui demeurent, malgré tout des normes juridiques"¹²⁸⁸. La sanction ne serait donc pas un critère déterminant.

Le critère de la généralité, lui aussi contestable, va davantage nous intéresser. Antoine Jeammaud affirme que "toute norme présente un caractère essentiel de généralité par son aptitude à recevoir un nombre *a priori* indéterminé, sinon illimité (il existe des règles temporairement en vigueur), d'applications"¹²⁸⁹. Ce critère de la généralité renvoie tout d'abord à une notion particulière, celle de règle. Mais une première difficulté apparaît car Otto Pfersmann dissocie la "norme" et la "règle"¹²⁹⁰. Or, si on s'attache à l'étymologie, les deux termes sont synonymes comme on l'a vu. D'ailleurs, certains auteurs assimilent les deux. Tel est le cas notamment d'Antoine Jeammaud qui parle "indifféremment de règle ou norme juridique"¹²⁹¹.

S'il est sans doute exact d'affirmer que toute règle de droit a un contenu normatif, peut-on à l'inverse affirmer que toute norme juridique revêt les caractéristiques d'une règle ? On ne peut répondre à cette question sans se référer ensuite à une catégorie spécifique d'actes en droit public: il s'agit des actes réglementaires. Ces derniers se caractérisent en effet par leur généralité et leur caractère impersonnel. De là à dire que les normes regroupent notamment les actes réglementaires, il n'y a qu'un pas.

Cependant, il n'est pas certain que les normes aient nécessairement ce caractère de généralité. Des auteurs estiment qu'elles visent dans certaines hypothèses des individus

¹²⁸⁵ J-P Camby affirme à ce propos que "la loi devient (...) à la fois un instrument normatif et un texte descriptif, qui vise davantage à définir des attitudes ou des comportements, à indiquer quelle est la "norme" d'un comportement, l'objectif à atteindre, qu'à imposer ou à prohiber", "La loi et la norme – A propos de la décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005", *RDJ* 2005, p 849.

¹²⁸⁶ *DA* 2006, n°62. Le rapport annexé à la loi du 9 septembre 2002 d'organisation et de programmation pour la justice "n'est pas revêtu de la portée normative qui s'attache aux dispositions de la loi" selon la Haute juridiction.

¹²⁸⁷ *Op. cit.*, p 1327.

¹²⁸⁸ *Ibid.*

¹²⁸⁹ *Op. cit.*, p 206.

¹²⁹⁰ Comme on le verra, l'étude de la notion du terme de "règle" est importante au regard du concept d'acte réglementaire.

¹²⁹¹ *Op. cit.*, p 200.

L. Robert-Wang adopte la même position en s'appuyant sur "l'étymologie presque identique des termes latins *norma* et *regula* qui désignent les outils (équerre, règle) utiles aux tracés des lignes rectilignes", *op. cit.*, p 1326.

Enfin, on peut citer la décision du Conseil constitutionnel DC n°2005-512 en date du 21 avril 2005 qui retient que désormais "des dispositions manifestement dépourvues de toute portée normative" sont contraires à la constitution au motif, tiré de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, que la loi a pour "vocation d'énoncer des règles". Les notions de "norme" et de "règle" sont donc synonymes selon le Conseil constitutionnel.

spécifiques. Laurent Robert-Wang affirme en effet que "le droit français regorge de ces normes juridiques visant des individus déterminés"¹²⁹². Cependant, ce n'est pas parce qu'une norme s'adresse à une personne déterminée qu'elle revêt automatiquement le caractère d'une norme individuelle. Hans Kelsen souligne qu'une "norme qui pose comme obligatoire le comportement d'une personne individuellement déterminée peut aussi avoir un caractère général, même si le comportement qu'elle pose comme obligatoire n'est pas le comportement unique, individuellement déterminé, mais plutôt le comportement généralement déterminé de cette personne"¹²⁹³. Il parvient de ce fait à la conclusion que "le caractère individuel ou général d'une norme ne dépend pas du fait que la norme s'adresse à une personne individuellement déterminée (...). Ce qui est obligatoire dans une norme – ou commandé par un impératif – est un certain comportement. Ce peut être un comportement unique, individuellement déterminé d'une ou de plusieurs personnes individuellement déterminées; mais cela peut être aussi un nombre indéterminé *a priori* d'actions ou d'abstentions d'une personne individuellement déterminée, ou d'une catégorie déterminée de personnes"¹²⁹⁴.

Ces divers éléments ont conduit Charles Eisenmann à affirmer qu' à la "différence du mot « règle », le mot « norme » n'est associé à aucune idée de généralité. Il implique essentiellement prescription de conduite, réglementation, mais il n'implique pas réglementation générale"¹²⁹⁵.

Mais si la doctrine et notamment Kelsen admettent l'existence de normes individuelles, est-ce qu'on doit tenir pour synonyme cette notion de norme individuelle et celle d'acte ou de décision individuelle ? En posant cette question, on aborde un point essentiel à savoir la distinction entre l'acte et son contenu.

Il s'agit d'une toute autre question que celle évoquée précédemment et concernant les liens entre l'accord de volontés et la norme. Selon Paul Amselek, "la norme reste toujours conçue dans la pensée de Kelsen comme distincte et se détachant, par sa nature radicalement différente, de l'acte de volonté qui la pose"¹²⁹⁶. Charles Eisenmann établit de la même façon – comme on a pu le voir – une césure très nette entre la phase d'élaboration et le produit de celle-ci. Si cette distinction ne pose pas de difficultés majeures, il n'en est pas de même s'agissant de l'acte et de la norme qu'il pose.

¹²⁹² *Op. cit.*, p 1326.

¹²⁹³ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p 9.

¹²⁹⁴ *Id.*, p 10.

¹²⁹⁵ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 211.

¹²⁹⁶ P. Amselek, "Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen", in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques – Etudes à la mémoire du Professeur A. Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p 61.

Au cours de son analyse tendant à démontrer le caractère erroné de la hiérarchie des normes posée par Hans Kelsen, Paul Amselek reproche à ce dernier de confondre "norme et acte normateur, norme juridique et acte juridique"¹²⁹⁷. En effet, "une norme ne règle pas une norme inférieure, mais seulement le processus d'édiction de cette norme. La relation est donc une relation de norme juridique à acte juridique et non une relation de norme à norme"¹²⁹⁸. Les développements de Paul Amselek nous donnent quelques indications permettant de distinguer la norme de l'acte juridique. Cette dernière notion inclurait en fait tous les éléments extrinsèques de la norme. Il prend pour exemple la loi en dissociant "les normes législatives elles-mêmes" des "actes d'édiction des normes législatives". La notion d'"acte juridique" devrait donc être utilisée pour désigner une catégorie, ce qu'on pourrait qualifier "l'enveloppe" de la norme.

Peut-on réellement dissocier ces deux éléments sur ce fondement ? En s'appuyant sur les propos de Hans Kelsen, Nikitas Aliprantis conteste cette analyse en soulignant que "la norme n'est pas autre chose que la signification objective d'un acte. Lorsqu'on dit que les actes juridiques 'posent' ou 'créent' des normes, on exprime simplement par une image cette idée que ces actes ont pour sens ou signification des normes"¹²⁹⁹. Il faudrait donc en conclure qu'on ne peut différencier l'acte juridique de la norme.

Cependant, il faut bien voir que ces auteurs basent leur analyse sur un plan hiérarchique et on pourrait se demander si une telle vision n'est pas trop restrictive.

Afin de déterminer si les notions d'acte juridique et de norme doivent être ou non assimilées, il semble nécessaire d'examiner celles-ci en faisant abstraction du problème hiérarchique. L'analyse de Charles Eisenmann est totalement détachée de ce problème, et à propos du classement des types d'actes juridiques d'après leur contenu, il affirme qu'un tel classement "revient purement et simplement à analyser, distinguer et classer, et qualifier les normes elles-mêmes"¹³⁰⁰. Mis à part Paul Amselek qui a opté pour une conception trop restrictive de l'acte juridique, les auteurs – dans leur grande majorité – semblent enclins à considérer que les notions d'acte juridique et de norme doivent être considérées comme synonymes. S'il est difficile sur le plan général de distinguer ces deux notions, on peut néanmoins adopter un autre angle d'approche. En effet si on se place non plus par rapport à l'acte juridique entendu comme catégorie générale mais par

¹²⁹⁷ P. Amselek, "Réflexions autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique", *RDP* 1978, p 11.

¹²⁹⁸ Michel Troper résume ainsi l'analyse de Paul Amselek dans son article "La pyramide est toujours debout! Réponse à Paul Amselek", *RDP* 1978, p 1529.

¹²⁹⁹ N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Paris, LGDJ, 1980, p 15 – Michel Troper critique de la même façon la démonstration de Paul Amselek en affirmant que "la hiérarchie est bien une hiérarchie de normes, c'est-à-dire d'actes ayant la signification de normes", "La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek", *op. cit.*, p 1529.

¹³⁰⁰ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 214.

rapport aux différents types d'actes juridiques, il n'est pas certain qu'on puisse associer aussi facilement les notions analysées.

Il faut donc se demander si à un type particulier d'acte doit correspondre une norme juridique spécifique. Cela revient à déterminer si la nature unilatérale ou contractuelle de l'acte dépend du caractère général ou individuel de la norme.

La corrélation entre les normes individuelles et la nature unilatérale de l'acte ne pose guère de difficultés. Certes, le juge et la doctrine n'utilisent que très rarement l'expression "d'acte juridique posant des normes individuelles"¹³⁰¹. L'expression "acte administratif individuel" est plus fréquemment usitée. Cependant, cette dernière expression manque de précision car un acte administratif individuel n'a pas nécessairement un contenu normatif. Bertrand Seiller affirme que "l'adjectif décisoire paraît le plus approprié à l'identification de ces actes administratifs unilatéraux normatifs (...). L'acte administratif décisoire – ou, pour simplifier, la décision administrative – porte nécessairement une norme"¹³⁰². Si le juge utilise la technique de requalification pour consacrer l'existence des actes administratifs unilatéraux négociés et donc pour déterminer précisément la nature juridique de l'acte en cause, il fait usage de ce même procédé s'agissant du caractère ou non décisoire de l'acte. Bertrand Seiller donne de nombreux exemples et indique notamment que "de simples lettres se voient (...) régulièrement reconnaître un caractère décisoire (CE 3 février 1992 SA « La Rivière », *Rec*, p 47)"¹³⁰³. Des actes en apparences non normatifs sont ainsi requalifiés en actes normatifs.

Une norme individuelle peut donc être posée par un acte administratif unilatéral ou plus précisément par une décision administrative mais cette conception ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Ainsi, Antoine Jeammaud refuse de dissocier totalement la notion de norme de la généralité même dans le cadre des normes individuelles. Si ce dernier concept peut être selon lui admis, "bien des énoncés qui sembleraient trouver leur place dans son extension relèvent en vérité du genre des décisions plutôt que des normes. Nous songeons aux dispositifs des décisions juridictionnelles ou administratives que la théorisation kelsénienne tient, à tort selon nous, pour des actes créateurs de normes individuelles"¹³⁰⁴. Ces distinctions se révèlent quelque peu excessives car finalement l'élément qui permettrait de distinguer clairement les normes générales des normes individuelles ne ressort pas très nettement de son analyse. Il est donc préférable de s'en tenir aux propos de Bertrand Seiller fondés pour partie sur les écrits de Hans Kelsen.

¹³⁰¹ Une telle expression se retrouve cependant dans les écrits de C. Eisenmann par exemple, *ibid*.

¹³⁰² B. Seiller, "Acte administratif", *op. cit.*, p 36.

¹³⁰³ *Ibid*.

¹³⁰⁴ *Op. cit.*, p 206.

L'édition de normes individuelles, par le biais de décisions administratives, est la voie la plus courante. Cependant, un acte de nature contractuelle ne peut-il pas lui aussi contenir de telles normes individuelles ? Avant de répondre à cette question, il est nécessaire de déterminer si les notions de contrat et de norme ne sont pas antinomiques. Selon Hans Kelsen, pour qu'un contrat voit le jour, "il faut que se produisent des déclarations de volonté concordantes des parties contractantes, déclarations aux termes desquelles les parties veulent la même chose. Ce fait crée une norme dont le contenu est déterminé par les déclarations concordantes"¹³⁰⁵. De la même façon, Denys de Béchillon caractérise le contrat dans ces termes: cet acte "engendre une règle juridique intimement comparable à celle qui résulte directement de la loi, du règlement, ou de l'acte administratif individuel: une norme de droit objectif"¹³⁰⁶.

Une telle conception n'est pas partagée par tous les auteurs. La nature contractuelle serait selon certains difficilement conciliable avec le caractère objectif de la norme juridique. On considère en effet que le contrat a pour effet de produire des droits subjectifs.

Le doyen Georges Vedel et Pierre Delvolvé refusent de considérer le contrat comme un acte créateur de normes juridiques en se fondant non seulement sur l'absence d'opposabilité à tous de cet acte à l'inverse des actes à caractère objectif mais aussi sur les particularités de leur régime contentieux¹³⁰⁷. Cette réaction peut facilement s'expliquer. La doctrine a généralement tendance à assimiler les notions de norme générale et de droit objectif¹³⁰⁸. En réalité, à partir du moment où on prend la notion de norme comme point de départ du raisonnement, la distinction traditionnelle entre droit objectif et droit subjectif tend à devenir plus floue. Hans Kelsen affirme que l'acte ou la procédure de la convention¹³⁰⁹ "consiste en un accord exprimé des volontés de deux ou

¹³⁰⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999, p 257.

¹³⁰⁶ D de Béchillon, "Le contrat comme norme dans le droit public positif", *op. cit.*, p 16.

¹³⁰⁷ On peut citer *in extenso* le passage en cause de leur manuel; "deux raisons sont déterminantes pour exclure les contrats de la légalité proprement dite: d'une part, les contrats produisent normalement effet entre les seules parties et, par conséquent, la situation qui en résulte n'a pas le caractère objectif, opposable à tous, qui résulte par exemple de la loi ou des règlements. D'autre part, en raison de règles particulières d'organisation du contentieux administratif, il n'est possible ni de demander au juge de l'excès de pouvoir, juge de la légalité, d'annuler les contrats alors qu'il a qualité pour annuler les actes administratifs, ni de se prévaloir de la violation d'un contrat à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir", *Droit administratif*, Paris, PUF, 12^{ème} édition, 1992, tome 1, p 501. La dernière phrase peut surprendre étant donné que l'expression "acte administratif" désigne en théorie les actes unilatéraux mais aussi les contrats. Le doyen Georges Vedel et Pierre Delvolvé l'assimilent en l'espèce à l'acte administratif unilatéral.

¹³⁰⁸ Comme l'indique Jean Hauser, "la notion de norme générale étant confondue avec la notion de droit objectif, il est invraisemblable qu'un droit subjectif puisse être rapproché de la notion même de norme. Or, cette assimilation est manifestement abusive car l'obligation ou le droit subjectif apparaît comme une norme individuelle qui ne fait que concrétiser ou individualiser la norme générale "*pacta sunt servanda*" et se distingue donc nécessairement du droit objectif conçu comme norme générale et abstraite", *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique – Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, *op. cit.*, pp 60-61.

¹³⁰⁹ Ce terme désigne notamment l'acte contractuel.

plusieurs sujets ayant pour conséquence que la conduite voulue subjectivement par les contractants doit être objectivement considérée comme obligatoire¹³¹⁰. Michel Troper adopte le même point de vue car selon lui l'idée de norme abolit "toutes les distinctions que faisait auparavant la doctrine juridique entre des types d'actes, par exemple entre droit objectif et droits subjectifs"¹³¹¹. La distinction traditionnelle entre droit objectif et droits subjectifs ne peut donc faire obstacle à la consécration, par l'intermédiaire du contrat, de normes juridiques.

Cependant, les normes contenues dans ces actes sont-elles de même nature que celles posées par d'autres actes tels que la loi, le règlement ? Hans Kelsen se pose la question dans ces termes; "quel est le caractère de la norme contractuelle ? Est-elle une norme générale ou une norme individuelle ?"¹³¹².

Cet auteur établit un lien entre la nature contractuelle de l'acte et le caractère individuel de la norme consacrée par celui-ci. Il affirme en effet que "l'obligation est la forme primaire sous laquelle se présente le droit au sens subjectif, celui-ci apparaît comme la norme individuelle ou concrète, c'est-à-dire comme l'individualisation ou la concrétisation, par la convention, de la norme *pacta sunt servanda*"¹³¹³. Le rapport hiérarchique occupe, comme on peut le constater, une place déterminante dans les propos de Hans Kelsen. La norme individuelle posée par le contrat n'est en réalité que l'application d'une norme supérieure, en l'espèce, *pacta sunt servanda*¹³¹⁴.

Cependant et si une nouvelle fois on se détache du rapport hiérarchique existant entre les différentes normes, il apparaît que les auteurs n'accrochent pas systématiquement le qualificatif "individuel" à la notion de norme lorsqu'ils étudient les actes contractuels. Ainsi, Georges Rouhette affirme par exemple que le contrat est "un acte productif de normes (...) bilatérales, c'est-à-dire liant deux centres d'intérêts"¹³¹⁵. Cet auteur s'attache plus au mode de création de la norme que véritablement à son contenu. Mais il est très difficile d'avoir une vision d'ensemble concernant cette relation entre les notions de contrat et de norme individuelle car les auteurs hésitent visiblement à faire un rapprochement entre ces deux notions. Ainsi, Denys de Béchillon, qui a étudié les liens

¹³¹⁰ H. Kelsen, "La théorie juridique de la convention", *op. cit.*, p 36.

¹³¹¹ M. Troper, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p 1077.

¹³¹² H. Kelsen, "La théorie juridique de la convention", *op. cit.*, p 46.

¹³¹³ *Id.*, p 35.

¹³¹⁴ Cette hiérarchie renvoie à la distinction entre les normes de structures ayant pour caractéristique selon Nicolas Aliprantis de "conférer des pouvoirs juridiques, à savoir des pouvoirs de créer d'autres normes", *op. cit.*, p 15 et les normes de conduite. Ces dernières imposent directement aux individus des obligations ou leur accordent des droits. Si on veut schématiser, les normes générales seraient les normes de structure alors que les normes individuelles se rattacherait plutôt aux normes de conduite.

¹³¹⁵ M. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, p 636 – La formule de Gabriel Marty et Pierre Raynaud est très proche car selon eux "le contrat a pu être défini comme un acte productif de normes et de normes bilatérales", *op. cit.*, pp 35-36.

qu'entretiennent le contrat administratif et la norme juridique¹³¹⁶, reconnaît certes qu'un tel acte peut créer des normes mais à aucun moment il ne précise véritablement le caractère de celles-ci. Cet auteur se fonde principalement sur l'absence de contradiction entre l'effet relatif du contrat et la normativité éventuelle de ce dernier.

En tant que juge de cassation, le Conseil d'Etat admet indirectement que des normes individuelles puissent être posées par un contrat administratif. Lorsqu'il doit faire face notamment à un problème d'interprétation de normes générales telles que les règlements ou les lois, le Conseil d'Etat ne montre aucune réticence et accepte d'opérer ce contrôle de cassation. Il n'en est pas de même concernant les contrats administratifs. Le Commissaire du gouvernement Didier Tabuteau, dans des conclusions¹³¹⁷, avait proposé à la Haute juridiction administrative qu'un tel contrôle de cassation soit étendu à l'ensemble des interprétations des contrats administratifs données par les juges du fond¹³¹⁸. Selon lui, le juge connaîtra ainsi, grâce à ce nouveau contrôle, "la norme contractuelle en tant que norme générale s'appliquant au contractant et, le cas échéant, susceptible d'avoir des effets sur les tiers. En revanche, l'application de cette norme au cas d'espèce restera dans la sphère exclusive des juges du fond"¹³¹⁹. Il se fonde donc sur le caractère normatif du contrat pour justifier la mise en place d'un tel contrôle.

Le Conseil d'Etat a refusé de suivre le Commissaire du gouvernement et se cantonne au contrôle de dénaturation¹³²⁰. Ce *statu quo* de la jurisprudence peut s'expliquer par les différences existantes entre les règlements et les contrats. Ces derniers, comme l'indique Thibaut Celerier, "résultent de la commune intention des parties contractantes et n'ont pas ce caractère de généralité justifiant une interprétation unique sur tout le territoire de la République"¹³²¹. Cependant, et comme on l'a vu, on ne peut déduire de l'absence de généralité du contrat l'absence de normativité de celui-ci. Les normes pouvant en effet être individuelles. En acceptant d'examiner par le biais du contrôle de cassation les éventuelles dénaturations des clauses, le Conseil d'Etat admet indirectement que les contrats administratifs revêtent bien un caractère impératif – trait caractéristique des normes juridiques – dont le respect est imposé au juge du fond.

Que ce soit les auteurs ou la jurisprudence, on constate malgré tout une certaine frilosité à consacrer le caractère individuel des normes contractuelles. Une telle réticence peut-

¹³¹⁶ D. de Béchillon, "Le contrat comme norme dans le droit public positif", *op. cit.*

¹³¹⁷ Concl sur CE 10 avril 1992 *SNCF C/ Ville de Paris*, RFDA 1993, pp 84-85.

¹³¹⁸ La jurisprudence traditionnelle limite son contrôle à la méconnaissance des clauses claires et précises des contrats. Le juge s'assure en fait que la commune intention des parties n'a pas été dénaturée. Cf CE 8 octobre 1965 *Renard*, Rec, p 499 – D 1966, p 239, concl Bertrand.

¹³¹⁹ D. Tabuteau, concl sur CE 10 avril 1992 *SNCF C/ Ville de Paris*, *op. cit.*, p 85.

¹³²⁰ Cf par exemple CE 24 avril 1992 *Syndicat mixte pour la géothermie à la Courneuve C/ Société Laurent Bouillet*, D 1992, SC, p 415, chron P. Terneyre.

¹³²¹ T. Celerier, note sur CE 10 avril 1992 *SNCF C/ Ville de Paris*, LPA 8 juillet 1992, n°82, p 13.

elle être interprétée comme une reconnaissance implicite du caractère en réalité général de ces normes ?

B – Le problème de la compatibilité entre la nature contractuelle de l'acte et le caractère général des normes

On considère traditionnellement qu'un lien existe entre la nature de l'acte, les normes qu'il contient et le mode de création de ces dernières¹³²². Il y aurait donc d'un côté les normes individuelles créées en application, soit du principe d'hétéronomie et contenues dans des actes administratifs unilatéraux, soit du principe d'autonomie et incluses dans un contrat. Et de l'autre côté, les actes administratifs unilatéraux posant des normes générales élaborées selon le principe d'hétéronomie. Ce dernier cas de figure appelle plusieurs remarques au regard de notre étude.

Apparemment, les normes générales ne pourraient être consacrées grâce au principe d'autonomie et par l'intermédiaire d'actes contractuels. L'existence de ces liens est-elle juridiquement fondée ?

S'agissant du rapport existant entre les normes générales et la nécessaire application du principe d'hétéronomie, Hans Kelsen affirme qu'il existe "deux types idéaux, deux méthodes possibles de création des normes: hétéronomie et autonomie"¹³²³. Comment peut-on caractériser ce principe d'hétéronomie ?

Le nouveau Petit Robert définit ce dernier comme "l'état de la volonté qui puise hors d'elle-même, dans les impulsions ou dans les règles sociales, le principe de son action". L'hétéronomie s'oppose donc à l'autonomie. Mais si la volonté n'est pas à elle seule suffisante, sur quels éléments doit-elle s'appuyer ? S'agit-il d'autres volontés individuelles, d'autres normes ? Hans Kelsen a précisé ce qui permet de vraiment distinguer l'hétéronomie et l'autonomie sur le plan juridique. En effet, après avoir cité ces deux modes de création, il distingue selon que l'individu que la norme liera "participe ou ne participe pas à son élaboration"¹³²⁴. Il établit donc un lien entre le mode de création et

¹³²² Il est important de préciser que dans les développements qui vont suivre, l'analyse portera sur les actes unilatéraux et contractuels entendus de manière générale. Ne sera donc pas évoqué le cas particulier des actes administratifs unilatéraux négociés dans ce premier paragraphe.

¹³²³ H. Kelsen, "La théorie juridique de la convention", *op. cit.*, p 63.

¹³²⁴ *Ibid.*

les effets de la norme. Si un individu est lié par les dispositions d'une norme mais sans avoir participé à son élaboration, il s'agira alors d'une application du principe d'hétéronomie. En revanche, on se trouvera face au principe d'autonomie si cet individu prend part à l'élaboration de la norme. De par ces caractéristiques, il semble normal de considérer que les normes générales sont élaborées dans le cadre de ce principe d'hétéronomie¹³²⁵. En effet, on voit mal comment les différentes personnes touchées par une telle norme pourraient participer à sa confection.

L'existence de tels liens va ensuite avoir des incidences sur la nature juridiques des actes servant de support à la norme. La création de normes générales par application du principe d'hétéronomie implique apparemment de recourir à l'acte unilatéral. Or, par ce procédé, les personnes soumises aux normes n'interviennent théoriquement pas dans leur création. De ce fait l'acte unilatéral et le principe d'autonomie seraient antinomiques. Les bénéficiaires de la norme ne participent normalement pas à son élaboration dans le cadre d'un tel acte.

Si le lien analysé précédemment entre les notions de norme générale et d'hétéronomie n'apparaît pas discutable, il n'en est pas de même du rapport entre les principes évoqués et la nature juridique des actes. Hans Kelsen fait très justement remarquer que "la convention est bien éloignée du cas idéal (...) d'une autonomie complète du sujet. Car dans une convention, il y a au moins deux sujets qui doivent convenir pour que l'un d'eux ou tous les deux soient liés"¹³²⁶. Néanmoins, et si on se place dans le cadre des normes individuelles, on ne peut pas pour autant affirmer que les contrats font en réalité application du principe d'hétéronomie car ce principe suppose que l'individu soit soumis à une norme qui lui est totalement extérieure. Or, dans le cadre d'un contrat posant des normes individuelles, les individus liés par cette norme ne lui sont pas extérieures. On se situerait donc à mi-chemin entre l'autonomie et la stricte hétéronomie.

Mais ne pourrait-on pas aller plus loin et affirmer qu'il existe des hypothèses dans lesquelles le principe d'hétéronomie s'applique bel et bien alors qu'un acte contractuel est en cause ? Répondre positivement à cette question supposerait d'admettre qu'un acte contractuel puisse contenir des normes de caractère général. En outre, cela suppose de faire le lien avec la notion de pouvoir réglementaire. En effet, comme l'indique Gérard Timsit en se basant sur les propos du Commissaire du gouvernement Bernard Tricot, "le

¹³²⁵ En revanche, on ne peut affirmer que toute norme élaborée en application du principe d'hétéronomie a nécessairement un caractère réglementaire. Hans Kelsen cite des exemples de conventions à la charge ou au profit de tiers marquant l'application du principe d'hétéronomie qui n'ont pas un caractère réglementaire; tel est le cas notamment des contrats conclus par les représentants, *id.*, pp 67 et ss.

¹³²⁶ *Id.*, p 63.

pouvoir de « créer des normes générales s'imposant aux tiers » s'analyse en l'exercice d'un pouvoir réglementaire¹³²⁷.

On a déjà évoqué dans la première partie l'apparente incompatibilité entre la nature contractuelle de l'acte et son caractère réglementaire. Cette incompatibilité justifierait la requalification explicite et implicite de certains accords en actes administratifs unilatéraux négociés. Or, il n'est pas question – au risque de nous répéter – de revenir sur cette démonstration dans les développements qui vont suivre. Il s'agit de prouver qu'une conciliation entre ces deux notions de contrat et de norme générale est en réalité possible selon la doctrine et que cette dernière notion ne doit pas être systématiquement associée à l'acte administratif unilatéral.

Mais pour bien comprendre, il faut avant tout déterminer comment se manifeste cette assimilation entre l'acte administratif unilatéral et la norme générale ou son synonyme, la norme réglementaire.

Lors de leur étude du règlement, les auteurs sont amenés à donner une définition de ce dernier et, afin de faire ressortir ses caractéristiques, ils l'opposent à certaines notions. Jean-Claude Douence démontre dans un premier temps que "l'acte réglementaire tient de sa qualité de décision exécutoire le caractère unilatéral. Il s'oppose ainsi aux contrats"¹³²⁸. Il n'est pas besoin d'explicitier, les propos sont sans équivoque. En revanche, quelques pages plus loin, il intitule un de ses développements de la manière suivante: "le règlement se définit par opposition aux actes individuels et particuliers"¹³²⁹. Il prend certes soin de se référer à cette catégorie étendue des "actes individuels et particuliers" qui peut en fait recouvrir non seulement les actes administratifs unilatéraux individuels mais aussi les contrats. Or, dans les développements qui suivent cet intitulé, il évoque uniquement les actes de la première catégorie. Le règlement s'opposerait, selon cet auteur, à l'acte administratif unilatéral individuel. Les termes de la comparaison ne sont donc plus les mêmes. On passe d'une opposition entre l'acte réglementaire et le contrat à une opposition entre l'acte réglementaire et l'acte administratif unilatéral individuel.

A la lecture de certains écrits, il semblerait que seule cette seconde opposition soit juridiquement fondée. Lorsque Hans Kelsen expose "La théorie juridique de la convention"¹³³⁰, il ne met à aucun moment en concurrence la notion de règlement et celle de contrat. Il établit simplement une comparaison entre ce qu'il appelle la "loi" au sens

¹³²⁷ G. Timsit, *Archipel de la norme*, Paris, PUF 1997, p 186.

¹³²⁸ J-C. Douence, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, *op. cit.*, p 60 – Dans le même sens, on peut citer ces propos de M-C. Bergères pour qui "le qualificatif réglementaire (...) permet (...) d'opposer la décision administrative (acte unilatéral) au contrat administratif", "Les actes non réglementaires", *AJDA* 1980, p 3.

¹³²⁹ *Op. cit.*, p 68.

large et le contrat. De même Gaston Jèze, dans *Les principes généraux du droit administratif*¹³³¹, fait une analyse distincte des "caractères essentiels de l'acte législatif ou réglementaire" et des "caractères essentiels de l'acte créateur de situation juridique individuelle"¹³³² sans affirmer que le règlement et le contrat sont inconciliables. Enfin, plus récemment, lorsque René Chapus étudie les actes, il distingue dans une première section l'acte unilatéral et le contrat. La décision réglementaire est ensuite différenciée de la décision non réglementaire¹³³³. Une nouvelle fois, le règlement n'est pas opposé au contrat¹³³⁴.

Cependant, tous les auteurs n'ont pas la même conception et certains semblent considérer – tout du moins implicitement – que le contrat et le règlement s'opposent. Tel est le cas notamment de Bertrand Seiller qui distingue d'un côté les actes administratifs unilatéraux comprenant notamment les décisions réglementaires et de l'autre les contrats administratifs¹³³⁵. L'approche est donc différente de celle des auteurs précités car en intégrant les règlements dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux, il considère indirectement que seuls ces actes peuvent avoir un caractère réglementaire. Les notions de règlement et de contrat semblent apparemment antagonistes¹³³⁶. Si on examine le plan choisi par la plupart des auteurs de manuels de droit administratif, l'approche est identique à celle de Bertrand Seiller.¹³³⁷

Une grande partie de la doctrine lie donc très étroitement les notions de règlement et d'acte administratif unilatéral. On pourrait résumer cela de la façon suivante: si tout acte unilatéral n'est pas forcément réglementaire, tout acte réglementaire est nécessairement unilatéral selon eux¹³³⁸. Mais outre cette liaison, on constate dans certains cas une véritable confusion de ces deux notions. Cette confusion est notamment révélée par l'interchangeabilité de celles-ci aux yeux de certains auteurs et du juge. Wilfried Kloepfer

¹³³⁰ H. Kelsen, "La théorie juridique de la convention", *op. cit.*, p 33.

¹³³¹ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif – La technique juridique du droit public français*, *op. cit.*, pp 28 et ss.

¹³³² Il inclut dans cette dernière catégorie ce qu'il appelle les "manifestations unilatérales de volonté" et les contrats.

¹³³³ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, *op. cit.*, pp 481 et ss.

¹³³⁴ B. Seiller, *Droit administratif – L'action administrative*, *op. cit.*, pp 109 et ss – De la même façon Y. Gaudemet, dans son *Traité de droit administratif – Droit administratif général*, Paris, LGDJ, 16^{ème} édition, 2001, pp 519 et ss, analyse d'une part dans un premier titre la notion matérielle de l'acte administratif en distinguant l'acte à portée individuelle et l'acte réglementaire, d'autre part les actes administratifs unilatéraux et les contrats dans deux autres titres distincts. Il découle de ce découpage une absence d'opposition entre les notions de règlement et de contrat.

¹³³⁵ G. Lebreton use de la même classification dans son manuel de *Droit administratif général*, *op. cit.*, p 186 et s.

¹³³⁶ Il faut néanmoins mettre de côté le cas particulier des clauses réglementaires intégrées dans certains contrats. B. Seiller évoque cette hypothèse, *Droit administratif – L'action administrative*, *op. cit.*, p 202.

¹³³⁷ Tel est le cas notamment de C. Debbasch dans son ouvrage *Institutions et droit administratif – L'action et le contrôle de l'administration*, Paris, PUF, 4^{ème} édition, 1998, tome 2, pp 205 et ss – Il en est de même pour P-L Frier dans son manuel *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2004, pp 265 et ss.

affirme concernant les contrats contenant des clauses réglementaires et ceux relatifs au recrutement d'agents publics que "la spécificité de l'acte cache, derrière une enveloppe contractuelle, une nature réglementaire (ou unilatérale)"¹³³⁹.

Comment peut-on distinguer clairement ces notions "unilatéral" et "réglementaire" ? Est-il possible de lier ces deux notions à la question de la détermination de la nature juridique d'un acte ?

David Pelletier fait remarquer que les dictionnaires juridiques ne donnent que très rarement une définition de "la nature juridique". On ne peut guère citer que ces quelques lignes de Gérard Cornu. Il définit en effet "la nature juridique" d'une chose (fait, acte, institution...) comme "ce qui est de son essence, de sa substance, au regard du Droit; l'ensemble des critères distinctifs qui constituent cette chose en une notion juridique"¹³⁴⁰. Qualifier un acte d'unilatéral ou de contractuel nous donne des indications sur son "essence", sa "substance". Cependant, on pourrait en dire de même de la qualification de réglementaire ou non-réglementaire qui apporte des précisions. Dans un souci de clarification, il faudrait dans ce cas établir une hiérarchie entre ce qu'on pourrait appeler la nature juridique primaire et la nature juridique secondaire d'un acte. Mais dans ce cas, comment déterminer que tel ou tel élément relève de l'une ou l'autre de ces natures juridiques ? On serait tenté d'affirmer que la qualification d'acte unilatéral ou contractuel concerne la nature juridique primaire de l'acte. En effet, la plupart des auteurs lors de l'étude des actes, marquent leur attachement à cette distinction et font passer au second plan la question de savoir si cet acte contient ou non des normes réglementaires.

Cette distinction repose en réalité sur des bases juridiques relativement fragiles car rien ne justifie l'établissement d'une hiérarchie entre ces deux éléments à moins de lier très étroitement la nature juridique d'un acte à son régime juridique contentieux. En effet, selon que l'acte est de nature unilatérale ou contractuelle, le juge qui statuera en cas de litige, sera différent¹³⁴¹. Cependant, le fait que des normes soient de nature réglementaire n'est pas non plus sans conséquence sur le plan contentieux. L'article R 311-1 du Code de justice administrative prévoit ainsi que "le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort des recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres (...)". Certes, dans ce dernier cas, la qualification a uniquement des incidences sur la détermination de la juridiction administrative compétente et non sur la nature du

¹³³⁸ Cette affirmation de J-C. Douence précédemment citée, "l'acte réglementaire tient de sa qualité de décision exécutoire le caractère unilatéral", *loc. cit.*, en est une illustration probante. L'unilatéralité est en effet déduite du caractère réglementaire de l'acte.

¹³³⁹ W. Kloepfer, "Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle", *AJDA* 2003, p 588.

¹³⁴⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 6^{ème} édition, 2004, p 597.

¹³⁴¹ Dans le premier cas, le juge de l'excès de pouvoir sera compétent alors que dans le second cas la compétence reviendra au juge de plein contentieux.

juge devant statuer. Mais il semble peu probant de s'en tenir à cette distinction entre la nature juridique primaire et secondaire.

Les deux qualificatifs "unilatéral" et "réglementaire" nous donnent des indications sur la nature juridique de l'acte. Cela pourrait donc expliquer les hypothèses évoquées d'assimilation pure et simple. Cependant, ils ne portent pas sur les mêmes éléments. Dans un cas on s'interroge sur la structure de l'acte et dans l'autre sur son contenu ou plus précisément sur ses effets. Ainsi, lorsque l'adjectif "unilatéral" est accolé au terme "acte", cela nous donne que peu d'indications sur les effets de celui-ci, sur les personnes auxquelles il va s'appliquer. On doit, pour ce faire, préciser si les normes posées par cet acte revêtent ou non un caractère réglementaire. En qualifiant l'acte d'unilatéral ou de contractuel, on s'attache en réalité plus au contenant qu'au contenu de cet acte.

Jean-Paul Négrin tente indirectement de dissocier l'unilatéral du réglementaire dans sa thèse. Il différencie les "actes de nature réglementaire" des "actes ayant une portée réglementaire"¹³⁴². Il affirme que dans les actes de la première catégorie, "le pouvoir normatif des personnes morales de droit privé résulte de l'utilisation du procédé de l'acte unilatéral"¹³⁴³. Même si les adjectifs "unilatéral" et "réglementaire" sont associés, ils ne sont pas confondus. Le terme "unilatéral" renvoie à l'utilisation d'une technique particulière, d'un support à l'exercice d'un pouvoir alors que l'adjectif "réglementaire" désigne le contenu même de la norme. S'agissant des actes de la seconde catégorie, "ils ne présentent de l'acte réglementaire que les effets, c'est-à-dire qu'ils s'imposent aux intéressés indépendamment de tout consentement. Ces effets ne sont pas obtenus par une manifestation unilatérale de volonté, mais par la technique conventionnelle"¹³⁴⁴. Cette affirmation de Jean-Paul Négrin est à la fois contestable et intéressante. Contestable car pris isolément, le fait que les actes obligent des personnes sans le consentement de ces dernières ne permet pas de dire que les effets sont réglementaires. Un acte individuel ne nécessite pas lui non plus un tel consentement. La portée réglementaire se caractérise plutôt par l'application générale de l'acte. L'assertion de cet auteur présente néanmoins un intérêt en ce que les notions de "règlement" et de "contrat" ne sont pas considérées comme antinomiques.

Dès lors que l'adjectif "réglementaire" ne peut être considéré comme un synonyme d'unilatéral, on pourrait sans difficulté admettre qu'un contrat contienne des normes générales ou réglementaires.

¹³⁴² J-P Négrin, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, op. cit., p 146 et ss.

¹³⁴³ *Id.*, p 147.

¹³⁴⁴ *Ibid.*

Certains auteurs nient, comme on a pu le voir, la normativité des contrats administratifs. Or, si on examine attentivement un des arguments soulevés par le doyen Georges Vedel et Pierre Delvolvé, il apparaît qu'en réalité ces auteurs contestent le fait qu'un contrat puisse poser des normes générales. Les termes employés "opposable à tous", "situation (...) qui résulte par exemple de la loi ou des règlements"¹³⁴⁵ sont sans équivoque. Cependant, tous les auteurs ne partagent pas ce point de vue. Ainsi, Hans Kelsen admet que les "normes créées contractuellement sont tantôt des normes individuelles, tantôt des normes générales". Les contrats "ont caractère de normes générales, lorsqu'ils n'obligent pas à une prestation unique, ou à une prestation et à une contre-prestation uniques, mais à un nombre indéterminé de prestations, ou de prestations et de contre-prestations"¹³⁴⁶. D'autres auteurs confirment cette approche. Charles Eisenmann considère, par exemple, que les conventions font partie des actes d'édiction de normes générales¹³⁴⁷.

Quelles sont, sur le plan théorique, les conséquences de l'établissement d'un tel rapport entre les notions de contrat et de norme générale ou réglementaire ? De par cette approche, les notions précitées se trouvent partiellement galvaudées car le lien exclusif existant entre le contrat et l'autonomie tend à se désagréger. Même si l'application de ce principe demeure notamment dans le cadre des parties au contrat, le principe d'hétéronomie jouerait un rôle non négligeable. En effet, les normes générales posées par le contrat s'appliqueraient à des personnes qui, pour la plupart, n'ont pas donné leur consentement. Une véritable atteinte serait donc portée au principe de l'effet relatif des contrats.

Hans Kelsen justifie cette absence de contrariété entre le contrat et le caractère réglementaire de ses normes en précisant que dans le cadre d'un contrat dit "classique", l'autonomie complète n'existe pas: "la norme contractuelle qui détermine la conduite du sujet n'est pas créée exclusivement par lui, mais par lui concurremment avec un autre"¹³⁴⁸. Une partie au contrat ne se donne pas à elle seule les normes auxquelles elle devra obéir.

Cependant, peut-on vraiment parler d'hétéronomie s'agissant des contrats "classiques" ? Les personnes soumises aux éléments obligatoires du contrat ont participé à leur élaboration. Il n'y a donc pas application du principe d'hétéronomie *stricto sensu*. Ce dernier suppose que les normes aient une origine totalement extérieure aux personnes qu'elles visent. S'il ne fait guère de doute que l'autonomie n'est en rien absolue dans la

¹³⁴⁵ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, *op. cit.*, p 501.

¹³⁴⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p 258.

¹³⁴⁷ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, pp 215-216.

¹³⁴⁸ H. Kelsen, "La théorie juridique de la convention", *op. cit.*, p 63.

création des normes. On ne peut pour autant en déduire que le principe d'hétéronomie s'applique¹³⁴⁹. La situation serait différente pour les contrats contenant des normes réglementaires car ceux-ci s'appliqueraient à des personnes totalement étrangères à leur élaboration; le principe d'hétéronomie serait donc bien appliqué¹³⁵⁰.

Or un problème se pose car même si elle a subi des atteintes, l'application du principe d'autonomie est bel et bien la règle s'agissant des contrats classiques. Les deux notions sont donc liées. De ce fait – et étant donné que le principe d'autonomie ne s'applique pas – peut-on réellement qualifier de "contrat" les actes évoqués contenant des normes réglementaires ? Hans Kelsen se pose d'ailleurs cette même question concernant les conventions au profit ou à la charge des tiers entendues au sens large. Il se demande en effet "si des restrictions étendues au principe de l'autonomie permettent encore de parler de convention et s'il ne serait pas indiqué au point de vue terminologique de réserver le terme convention à la méthode de création du droit, dans laquelle le principe de l'autonomie (...) est respecté au moins pour l'essentiel"¹³⁵¹. On pourrait objecter que sa question n'est pas tout à fait identique car il utilise le terme de "convention" et non de "contrat". Il n'est pas certain que cette différence terminologique change fondamentalement la donne. La convention est entendue comme une catégorie assez large englobant notamment les contrats et les traités¹³⁵². Et même si dans cet article publié en 1940 il utilise le terme général de convention lorsque sont évoqués les "contrats" réglementaires, il indiquera expressément une vingtaine d'années plus tard dans la *Théorie pure du droit* que des "contrats ont caractère de normes générales"¹³⁵³. Néanmoins, on pourra voir dans la suite des développements que le recours au terme de "convention" n'est peut-être pas si anodin qu'il n'y paraît.

Ces différentes démonstrations sont éminemment contestables car le fait d'admettre que les contrats puissent contenir non seulement des normes individuelles mais aussi des normes générales ou réglementaires entretient la confusion entre les notions d'acte unilatéral et de contrat. L'une des caractéristiques fondamentales du contrat à savoir la création de droits subjectifs se trouve reléguée au second rang pour les auteurs normativistes. A mon sens, on ne peut ignorer une telle caractéristique.

Est-ce que le juge administratif, de par la consécration des actes administratifs unilatéraux négociés, ne tend pas, malgré les apparences, à clarifier partiellement la

¹³⁴⁹ Sur ce point, Hans Kelsen n'affirme nullement que le principe d'hétéronomie s'applique en réalité dans le cadre des contrats "classiques". Il se contente d'affirmer que "la convention est bien éloignée du cas idéal (...) d'une autonomie complète du sujet", "La théorie juridique de la convention", *op. cit.*, p 63.

¹³⁵⁰ Cette affirmation vaut aussi, rappelons-le, pour les conventions au profit ou à la charge de tiers qui n'ont pas de caractère réglementaire.

¹³⁵¹ H. Kelsen, "La théorie juridique de la convention", *op. cit.*, p 74.

¹³⁵² Au début de son article, il accole en effet le terme de convention aux notions de contrat et de traité, *id.*, p 36.

distinction entre les deux catégories traditionnelles ? Pour cela, il faut comparer le contenu de certains actes administratifs unilatéraux négociés à celui des contrats.

§ 2: Comparaison du contenu des actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires à celui des contrats

Lors des développements de la première partie relatifs à l'étude des justifications de la requalification, nous avons démontré que le caractère réglementaire de certains actes empêchait de les intégrer dans la catégorie des contrats. Le juge les considère comme des actes unilatéraux. On peut donc en déduire que ces actes unilatéraux spécifiques permettent de clairement distinguer les deux catégories traditionnelles. Cependant, tous ne sont pas réglementaires et de ce fait ressemblent à première vue aux contrats classiques. Dans les deux cas, on constate qu'ils ont le caractère d'actes individuels (A). Néanmoins, et il s'agit d'une différence fondamentale, les actes administratifs unilatéraux non réglementaires ne créent pas de droits subjectifs (B).

A – Des actes individuels

Il résulte des développements précédents que la distinction entre les notions d'acte administratif unilatéral et de contrat n'apparaît pas très nettement à tel point qu'il serait quasi-impossible de distinguer ces actes en se basant sur leur contenu. En effet, et comme on a pu le voir, on ne peut déduire du caractère du caractère normatif de l'acte sa nature unilatérale. Les contrats peuvent aussi contenir de telles normes: des normes individuelles voire même générales ou réglementaires. Hans Kelsen admet implicitement à la fin de son article consacré à "La théorie juridique de la convention" que rien ne semble pouvoir distinguer ces deux catégories d'actes. Il affirme en effet que "si l'on considère la convention comme un acte créateur de normes et, par conséquent, comme une procédure qui se trouve en connexion organique avec l'ordre juridique tout entier, au même titre que la législation qui formule les normes sur la base desquelles les conventions sont ultérieurement conclues: la conclusion de conventions apparaît comme une fonction et les

¹³⁵³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p 258.

individus qui les concluent, comme des organes de l'ordre juridique au même titre que la fonction et l'organe législatifs"¹³⁵⁴. Dans ce cas, la convention est purement et simplement assimilable à la loi entendue au sens large. Il faudrait donc s'en tenir au mode d'élaboration pour différencier l'acte administratif unilatéral du contrat. Mais il n'est pas certain, à l'heure actuelle, qu'un tel indice soit suffisant étant donné la consécration explicite et implicite par le juge des actes administratifs unilatéraux négociés.

Cependant, et contrairement à ce qu'on pourrait penser, ces actes n'ont pas pour effet d'aggraver la confusion entre les deux catégories traditionnelles.

Nous avons démontré dans la première partie que l'objet réglementaire pouvait être considéré comme une justification de la requalification. Ainsi, à partir du moment où l'acte fait naître une norme générale, il doit nécessairement être intégré dans la catégorie des actes unilatéraux. Le juge refuserait donc de lier les notions de contrat et de norme générale. De ce fait, les actes administratifs unilatéraux négociés réglementaires permettraient de bien distinguer les deux catégories classiques. Cela semble tout à fait logique car, contrairement aux affirmations de certains auteurs, les stipulations d'un acte tel que le contrat ne doivent régir que les relations des personnes qui l'ont conclu. Yves Gaudemet affirme en effet qu'un contrat administratif permet "la création de situations juridiques individuelles (...)"¹³⁵⁵. Il ne peut de ce fait avoir un caractère réglementaire.

En partant de ce principe, on peut dire que les actes administratifs unilatéraux négociés réglementaires ne peuvent être confondus avec le contrat. L'existence, sur le plan jurisprudentiel, d'une incompatibilité entre la nature contractuelle et le caractère réglementaire a déjà été étudiée dans la première partie. Nous allons davantage nous attarder sur l'examen des actes administratifs unilatéraux négociés qui n'ont pas en eux-mêmes un caractère réglementaire. Tel est notamment le cas des "contrats" de recrutement des agents publics non titulaires, de ceux établissant des relations entre les usagers et le service public ainsi que les actes relatifs à l'utilisation des fréquences hertziennes, des réseaux câblés.

Si on se place dans le cadre de la distinction entre les actes unilatéraux et les contrats, ces actes sont sources d'incertitudes. En effet, ils ont, comme n'importe quel contrat classique, un caractère non réglementaire. De ce fait et à première vue, on ne voit pas en quoi ils pourraient permettre de clarifier la distinction entre les deux catégories traditionnelles.

¹³⁵⁴ H. Kelsen, "La théorie juridique de la convention", *op. cit.*, p 75.

¹³⁵⁵ Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif, op. cit.*, p 672.

Outre les actes précédemment évoqués, les actes intervenant en matière fiscale ainsi que ceux relatif au domaine public feraient partie des actes non réglementaires. Or, il est intéressant de noter que ce sont les hypothèses dans lesquelles la qualification d'acte unilatéral apparaît la plus controversée. La jurisprudence et la doctrine semblent très réticente à les exclure de la catégorie des contrats¹³⁵⁶. Ainsi, de nombreux auteurs défendent la thèse contractualiste s'agissant des agréments fiscaux. Il en est de même pour les concessions funéraires. En revanche, les actes autorisant l'utilisation du domaine public hertzien font l'objet de discussions plus limitées¹³⁵⁷.

On déduit de l'absence d'utilisation dans les arrêts du terme "règlement" ou "réglementaire" – et cela peut sembler évident – le caractère non réglementaire de ces actes. Doit-on cependant en conclure que ces actes n'ont aucun lien avec l'exercice du pouvoir réglementaire et que leur contenu serait identique à celui des contrats ?

Etant donné que ces actes ne peuvent être intégrés dans la catégorie des actes réglementaires, il faut donc les considérer comme des actes non réglementaires. Bertrand Seiller a clairement dissocié l'acte non réglementaire de l'acte réglementaire dans ces termes: "à la généralité du second répond la particularité du premier. Ce dernier ne pose pas une norme *a priori*, mais est destiné à l'application à un cas déterminé – particulier – d'une norme générale préexistante"¹³⁵⁸. Si les actes non réglementaires posent "une norme particulière"¹³⁵⁹, tous n'ont pas le même effet. Ainsi, la décision individuelle déploie des effets personnels en s'appliquant à un individu nommément désigné. Dans d'autres cas en revanche, l'acte non réglementaire "ne vise pas tel ou tel individu précisément identifié mais, comme l'acte réglementaire, s'adresse à des destinataires abstraitement déterminés"¹³⁶⁰. On se trouve alors en présence d'une "décision d'espèce" pour reprendre l'expression de René Chapus. Il est intéressant de souligner que parmi les actes non réglementaires, la décision individuelle se rapproche, par son contenu, du contrat. Ces deux actes concernent des situations juridiques individuelles. En est-il de même s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires ?

La jurisprudence ne donne que très peu d'indications. On ne peut guère citer que ce considérant de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille en date du 31

¹³⁵⁶ En matière d'abonnement téléphonique et de recrutement d'agents non titulaires de l'administration, le juge utilise le terme de "contrat" comme on a pu le voir.

¹³⁵⁷ L'emploi de termes propres au vocabulaire contractuel souligne cependant les incertitudes relatives à la nature juridique. Il est ainsi fait mention du terme d'"avenant" dans l'arrêt en date du 8 avril 1998 *Société Serc Fun Radio, op. cit.*

¹³⁵⁸ B. Seiller, *Droit administratif – L'action administrative, op. cit.*, p 138.

¹³⁵⁹ *Id.*, p 139.

¹³⁶⁰ *Ibid.*

décembre 2003 *M. Pierre X... C/ Commune de Flayosc*¹³⁶¹ précisant que "les décisions portant attribution de concessions funéraires perpétuelles sont des décisions individuelles créatrices d'un droit réel immobilier au profit de leurs bénéficiaires". Il s'agit donc, dans cette espèce, d'une décision individuelle. Quelle signification doit-on donner à l'utilisation de l'adjectif individuel ainsi qu'à l'absence de précision dans les autres arrêts ?

S'appuyer uniquement sur cet arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille serait faire preuve de peu de rigueur car il n'est nullement fait mention du caractère individuel pour les autres actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires. Doit-on pour autant en déduire que ces autres actes sont en réalité des décisions d'espèce ?

Si on applique aux agréments fiscaux, aux actes relatifs au domaine public ou à l'organisation des services publics, la définition précitée de la décision d'espèce, un des éléments fait défaut. Prenons l'exemple des conventions relatives à la diffusion par réseau câblé des services de radio et de télévision. De tels actes ne s'adressent pas à des "destinataires abstraitement déterminés" mais bien à des personnes précises. Il faudrait donc interpréter le silence du juge comme une reconnaissance implicite du caractère individuel des décisions. Certaines conclusions de Commissaires du gouvernement semblent aller dans ce sens. Ainsi, Sylvie Hubac affirme, concernant les conventions d'utilisation des fréquences hertziennes, que "l'intention nous semble avoir en effet été alors d'emprunter au droit des contrats un certain nombre de ces éléments subjectifs (...) pour les verser en quelque sorte au régime de l'autorisation individuelle (...) "¹³⁶². De par l'aspect conventionnel de l'autorisation, Sylvie Hubac ne fait certes référence qu'au régime de "l'autorisation individuelle" et non à la nature "d'autorisation individuelle". Cependant, cela nous donne des indications sur les caractéristiques de ces actes¹³⁶³. Le juge est dans de très rares cas beaucoup plus explicite. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser dans l'arrêt *Département de l'Eure C/ Pinauld* en date du 24 avril 1985¹³⁶⁴ que le contrat de recrutement d'un agent public non titulaire "contenait une décision individuelle relative à la nomination d'un agent du département (...)".

¹³⁶¹ *Op. cit.*

¹³⁶² S. Hubac, concl sur CE 8 avril 1998 *Société Serc Fun Radio, Rec*, p 143.

¹³⁶³ J-P. Lebreton se contente d'évoquer s'agissant des contrats d'abonnement téléphonique "le régime des actes unilatéraux non réglementaires" sans faire allusion à leur caractère ou non individuel, *D* 1981, p 75. De même A. Ghellal affirme concernant l'acte de nomination des fonctionnaires qu'il s'agit d'un "acte unilatéral individuel attributif d'une situation générale et impersonnelle", *Recherches sur la notion d'effet impératif des actes administratifs unilatéraux, op. cit.*, p 344. Les "contrats" de recrutement d'agents non titulaires auraient sans doute les mêmes caractéristiques du fait de leur ressemblance avec ces actes de nomination.

¹³⁶⁴ *Op. cit.*

Malgré ce relatif silence de la jurisprudence et de la doctrine, il semble possible d'affirmer que cette même solution s'applique aux autres actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires.

On peut conclure en affirmant que les actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires concernent des personnes individuellement déterminées et devraient donc apparemment être considérés, à l'instar du contrat, comme des actes juridiques individuels. Est-ce réellement le cas ?

Alors même que ces actes administratifs unilatéraux négociés ne sont pas réglementaires, certains ont pour effet "d'attribuer individuellement une situation réglementaire déjà créée, un statut défini par des lois ou règlements" selon l'expression d'André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé¹³⁶⁵. M. Delmas-Marsalet affirme par exemple, s'agissant des accords en matière fiscale, que "le seul effet de la décision d'agrément est d'entraîner l'application à l'entreprise bénéficiaire d'un statut fiscal privilégié préalablement défini par la loi"¹³⁶⁶. Cet acte ainsi que ceux relatifs à l'organisation des services publics répondraient donc à la définition de l'acte-condition qui a pour effet de déclencher l'application d'un statut, d'attribuer individuellement une situation juridique générale et impersonnelle. Or, il faut bien voir que même si l'acte investit la personne d'une situation générale, l'acte en tant que tel concerne un individu déterminé¹³⁶⁷. L'exemple du "contrat" de recrutement des agents publics non statutaires le prouve très clairement.

Nous verrons dans le développement suivant que la qualification d'acte-condition n'est peut-être pas la plus appropriée pour désigner les actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires.

Ces actes auraient apparemment, comme le contrat, un caractère individuel. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils font nécessairement naître des droits subjectifs¹³⁶⁸. Cet élément permettrait d'affirmer que le contenu des actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires est bien différent de celui des contrats.

¹³⁶⁵ A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 41.

¹³⁶⁶ J. Delmas-Marsalet, concl sur CE 16 février 1972 *Compagnie X...*, *AJDA* 1973, p 258.

¹³⁶⁷ Comme l'indique M-C Bergères, un acte-condition "pourra être, eu égard aux critères classiques, un acte réglementaire ou un acte individuel", *op. cit.*, p 11.

¹³⁶⁸ M-C Bergères souligne par exemple qu'un acte-condition peut être considéré comme un acte individuel mais cela ne signifie pas pour autant qu'il fait naître des droits subjectifs, *op. cit.*, p 11.

B – L'absence de création de droits subjectifs dans le cadre des actes administratifs unilatéraux non réglementaires

Les actes administratifs unilatéraux négociés sont très proches du contrat car un accord de volontés intervient lors de leur formation. De plus, ces actes spécifiques, tout comme les contrats, concernent une situation individuelle. Néanmoins et afin de clairement dissocier les actes unilatéraux des contrats, il faudrait appliquer strictement la définition traditionnelle des contrats et considérer qu'ils ne peuvent faire naître que des droits dits "subjectifs"¹³⁶⁹. Il s'agit d'une caractéristique fondamentale¹³⁷⁰. De ce fait, un accord de volonté concernant une situation individuelle ne peut être qualifié de contrat lorsque cette condition n'est pas remplie. Si on parvient à démontrer que les actes administratifs unilatéraux négociés ne donnent pas naissance à des droits subjectifs, cela signifierait que ces actes spécifiques permettent de faire ressortir, et ce de manière indirecte, les caractéristiques du contrat.

Le cas des actes créant des normes réglementaires ne pose pas vraiment de problème. On considère qu'ils ne peuvent donner naissance à des droits subjectifs¹³⁷¹. Il en est apparemment de même pour les actes ne faisant qu'attribuer une situation réglementaire. Ainsi, Jean-Pierre Lebreton notait par exemple à propos des contrats d'abonnement téléphonique qu'ils ne peuvent entrer dans la catégorie des contrats car "ne naît pas de droits subjectifs de cette succession d'opérations: le statut peut toujours être modifié ou même supprimé"¹³⁷². Il faut néanmoins approfondir l'analyse s'agissant de ces actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires mais en tentant au préalable de donner une définition précise du droit subjectif.

Léon Duguit a démontré que "l'application de la règle de droit ne peut pas entraîner la naissance d'un droit subjectif, cela est vrai que la règle s'applique directement ou qu'elle ne s'applique à telle personne que sous la condition qu'un acte juridique ait été fait"¹³⁷³. Il poursuit en se demandant si les actes-condition ne donnent pas naissance à un droit

¹³⁶⁹ Une précision s'impose néanmoins. Le but de ce développement n'est pas de prouver que seuls les contrats peuvent faire naître des droits subjectifs. Si on en croit la définition donnée par M. Waline, les actes administratifs unilatéraux sont "faits dans l'intention de produire des effets de droit, de créer une situation juridique nouvelle, un droit subjectif nouveau (...)", *Droit administratif*, 7^{ème} édition, *op. cit.*, p 382.

¹³⁷⁰ Y. Gaudemet affirme très clairement que les contrats administratifs créent "des situations juridiques individuelles et subjectives", *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, p 672.

¹³⁷¹ F. Moderne affirme s'agissant des accords de libération des prix qu'il est pour le moins difficile d'affirmer que ces actes ont une nature contractuelle car "le contrat est défini comme un accord de volonté générateur de situations juridiques subjectives (art 1101 C. civ)", "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *op. cit.*, p 511. Même s'il se réfère à la notion de "situation subjective" héritée de L. Duguit et non à celle de "droit subjectif", cela ne change pas fondamentalement la donne.

¹³⁷² J-P. Lebreton, note sur CE 29 juin 1979 *Veuve Bourgeois*, D 1981, p 75.

subjectif. La réponse ne peut être que négative selon cet auteur car "à la suite d'actes de ce genre (...) une loi s'applique à une personne déterminée à laquelle elle ne s'appliquait pas auparavant"¹³⁷⁴. Il ne pourrait donc y avoir de droits subjectifs étant donné que les actes ne font qu'appliquer une norme de droit objectif.

Il serait possible de transposer cette argumentation au cas des actes administratifs unilatéraux négociés dont le contenu est réglementé et en conclure que ceux-ci ne font naître aucun droit subjectif à la différence des contrats. Or on ne peut se baser uniquement sur les propos de Léon Duguit pour parvenir à une telle conclusion. En effet, il ne démontre pas que seuls certains actes sont susceptibles de créer des droits subjectifs, il nie l'existence même du droit subjectif¹³⁷⁵. Jean Hauser résume en ces termes la position de Léon Duguit: "la volonté n'agit dans l'acte juridique qu'à titre de déléguée, elle n'a qu'un rôle de déclenchement et comme telle ne saurait faire naître de droit mais se borne à « laisser naître » une situation"¹³⁷⁶. Ainsi, le contrat crée simplement une situation juridique subjective et non un droit subjectif. Cette conception ne peut être retenue car il est excessif d'affirmer qu'aucun droit subjectif ne peut naître d'un acte.

D'autres auteurs sont plus précis dans leurs définitions. Ainsi, au début du XX^{ème} siècle, Georg Jellinek et Léon Michoud font intervenir l'idée d'"intérêt" dans la définition de ce droit. Le second affirme que le droit subjectif "est l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter ou de le défendre"¹³⁷⁷. Nous ne retiendrons pas cette définition car, comme nous l'avons précédemment évoqué, les notions de droit subjectif et d'intérêt ne doivent pas être systématiquement associées.

Il semble donc difficile de retenir l'une ou l'autre de ces conceptions de par leur caractère excessif. On pourrait néanmoins se servir partiellement de l'analyse de Léon Duguit mais en relativisant ses propos. Certains actes tels le contrat feraient bien naître des droits

¹³⁷³ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, pp 434-435.

¹³⁷⁴ *Id.*, p 435.

¹³⁷⁵ L. Duguit fait valoir que le droit subjectif n'est qu'une "simple création de l'esprit qui ne correspond en rien à la réalité; il est un mythe, une fiction, une entité produit de l'imagination métaphysique de l'homme, survivance des entités substantielles de la théologie scholastique; il n'est que cela qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'acte juridique", *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, p 434.

J. Dabin souligne que "la négation en apparence la plus radicale du droit subjectif se rencontre sous la plume de Léon Duguit", *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p 5. L. Duguit fait certes référence à la notion de "situation juridique subjective" mais elle ne doit pas être confondue avec celle de "droit subjectif". J. Dabin définit, en s'appuyant sur les écrits de L. Duguit, la situation juridique comme "la règle objective elle-même vue sous son aspect subjectif, en tant qu'elle est appliquée à l'individu. Il n'y a plus ni droit subjectif ni obligation subjective de l'un envers l'autre, même par dérivation du droit objectif", *id.*, p 8.

¹³⁷⁶ J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, *op. cit.*, p 52.

¹³⁷⁷ L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Paris, LGDJ, 1998 (réimpression de l'édition de 1924), tome 1, p 103.

subjectifs. Dans le cadre d'un tel acte, l'accord de volontés ne permet pas seulement à des personnes d'entrer en relation et ne se borne pas à déclencher l'application d'une norme de droit objectif. Cet accord crée des droits spécifiques, propres aux personnes ayant pris part à la confection de l'acte. Ces droits n'existaient pas auparavant dans la norme générale. Il s'agit donc de droits subjectifs. Comme on le voit, la naissance de tels droits ne peut uniquement se déduire de l'existence d'un accord de volontés encore faut-il que le contenu de celui-ci soit librement déterminé par les parties, qu'il y ait une part de création. En effet, l'accord de volontés permet certes à deux ou plusieurs personnes d'entrer en relation¹³⁷⁸. Mais si le contenu de l'acte est en partie ou dans tous ses éléments soumis à des normes légales, réglementaires, c'est-à-dire des normes de droit objectif, il n'y a pas création de droits subjectifs. De ce fait, les actes en cause ne pourraient à mon sens être qualifiés de contrats.

Roger Bonnard n'est pas de cet avis. Tout comme Jean Dabin¹³⁷⁹, il estime que des droits subjectifs existent non seulement dans le cadre des situations juridiques réglementaires mais aussi individuelles. Cependant, sa démonstration se révèle intéressante car le processus qui aboutit au droit subjectif est dans les deux cas différent.

On distingue trois phases. S'agissant des situations juridiques et réglementaires, les individus sont dans un premier temps investis de cette situation. Ils entrent dans un second temps en relation. Cela constitue ce que Roger Bonnard appelle le "rapport de droit"¹³⁸⁰. Enfin, de ce rapport résulte le droit subjectif. Cet auteur souligne que ce processus se présente sous un autre aspect en ce qui concerne "les situations juridiques individuelles et spécialement pour celles qui sont issues des contrats"¹³⁸¹. La différence consiste en ce que "les deux sujets entrent en relation avant que ne soit établie la situation juridique parce que c'est précisément pour l'établir qu'ils entrent en relation. Alors le rapport de droit se forme dès que la situation est établie, et les droits subjectifs qui résultent de la situation peuvent se manifester immédiatement"¹³⁸². Cela confirme que les droits subjectifs qui découlent du

¹³⁷⁸ B. Seiller, dans sa définition du contrat administratif, évoque cette nécessité d'une création. Il affirme que "le contrat administratif est avant tout un contrat, c'est-à-dire un accord de plusieurs volontés créant des droits et des obligations pour ceux dont elles émanent", *Droit administratif – L'action administrative*, *op. cit.*, p 185.

¹³⁷⁹ Selon cet auteur, que l'on se place dans les hypothèses de " « règle normative » ou de « règle constructive », de « situation juridique objective » ou de « situation juridique subjective » (...), il est impossible d'éviter le droit subjectif", *op. cit.*, p 31. Cette conception manque de nuances car comment admettre qu'un acte dont le contenu est déterminé par une norme générale puisse donner naissance à des droits subjectifs. Il y aurait une forme de contradiction.

¹³⁸⁰ R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration – Etude comparée*, Paris, Dalloz, 2006 (réimpression de l'édition de 1934), pp 43-44.

¹³⁸¹ *Id.*, p 44.

¹³⁸² *Ibid.*

contrat sont véritablement créés par les individus entrés en relations. Tel n'est pas le cas dans le cadre des situations réglementaires. Dans cette dernière hypothèse, l'appellation "droit subjectif" est donc, et contrairement aux affirmations de Roger Bonnard, inappropriée.

Il est difficile de trouver, dans la doctrine, une confirmation de ces dernières affirmations. Les auteurs civilistes ont souligné dès le début du XX^{ème} siècle que le contenu des contrats était de plus en plus réglementé. Ainsi, Louis Josserand affirme que "le contrat a cessé d'être libre pour devenir dirigé: un régime de réglementation, de contrôle, a succédé au règne de l'autonomie des volontés privées et de la liberté contractuelle (...); le droit nouveau réalise une socialisation en même temps qu'une « publicisation » du contrat"¹³⁸³. En droit civil, une telle tendance ne modifie en rien la nature de l'acte. Cela permet même, comme l'indique cet auteur, un "accroissement du dynamisme contractuel"¹³⁸⁴. De même, Jacques Ghestin utilise l'expression de "contrats réglementés". La réglementation peut, selon lui, "porter sur un élément essentiel du contrat, le prix. Elle peut parfois s'étendre au contenu du contrat dans son ensemble"¹³⁸⁵. S'agissant du droit public, certains auteurs admettent l'existence de "contrats dont le contenu est en partie ou dans tous ses éléments, soumis à une réglementation impérative, sans que celle-ci ait pour effet d'enlever à ces actes leur nature contractuelle"¹³⁸⁶. Suite à cette affirmation contestable, Jean-François Struillou constate néanmoins qu'une telle réglementation "a pour conséquence de réduire sensiblement le droit pour les contractants de discuter librement des modalités de leurs conventions"¹³⁸⁷. Or est-il vraiment cohérent de raisonner en terme de contrat alors que le contenu de l'acte est strictement encadré ?

En droit civil, et comme on l'a évoqué, ces actes particuliers que sont les contrats d'adhésion se voient artificiellement conférer une véritable nature contractuelle. En droit public, le juge adopterait en réalité dans certains cas le même raisonnement étant donné qu'il qualifie bel et bien de contrat des actes dont le contenu n'est pas librement déterminé par les parties mais font l'objet d'une détermination réglementaire. On peut notamment citer le cas des contrats emploi-formation dont le décret du 22 septembre 1982 fixe précisément le contenu mais dont la nature contractuelle a été reconnue par le

¹³⁸³ L. Josserand, "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats", *RTDC* 1937, p 29.

¹³⁸⁴ *Id.*, p 30.

¹³⁸⁵ J. Ghestin, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat: formation, op. cit.*, p 123.

¹³⁸⁶ J-F Struillou, "Nature juridique des mesures agro-environnementales: adhésion volontaire à un statut ou situation contractuelle ?", *Revue de droit rural* 1999, p 513.

¹³⁸⁷ *Ibid.*

Conseil d'Etat¹³⁸⁸. Même si, comme le soulignent Michel Azibert et Martine de Boisdeffre, des arguments non négligeables justifiaient l'intégration de ces contrats dans la catégorie des "conventions à conséquences réglementaires qui ont pour effet d'attribuer individuellement une situation réglementaire déjà créée"¹³⁸⁹, le Conseil d'Etat ne l'a pas fait. Un contrat pourrait donc faire naître des droits autres que subjectifs ?

Ce n'est pas certain car ce qui a motivé le juge selon les auteurs précités, c'est "la marge de liberté qui demeurerait acquise aux « parties » pour s'entendre sur la nature de la formation"¹³⁹⁰. Si les parties disposent d'une part de liberté, leur accord de volontés peut donner naissance à des droits subjectifs. L'acte peut, de ce fait, être qualifié de contrat. C'est donc l'existence d'une marge de liberté relativement importante qui justifierait la qualification de contrat.

On pourrait résumer la démonstration de la façon suivante: le fait que le contenu de l'acte soit réglementé empêcherait la création de droits subjectifs. Ainsi l'acte considéré ne se verrait pas qualifier de contrat mais d'acte unilatéral.

Ces différents éléments se retrouvent dans les actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires. Cependant, il faut préciser que l'application du statut ne signifie pas que les participants à l'acte n'ont aucune marge de manœuvre. Des négociations peuvent en effet intervenir comme on l'a vu. Ainsi, la qualification d'acte-condition n'est peut-être pas la plus appropriée pour désigner tous les types d'actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires. Certes, la convention prévue pour la délivrance des autorisations d'utilisation des fréquences hertziennes doit obligatoirement préciser différents points énumérés à l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986¹³⁹¹. De même, les permissions de voirie et les concessions de plage doivent respecter de nombreuses dispositions législatives et réglementaires. On ne peut pour autant affirmer qu'il s'agit dans ces différents cas d'actes-condition car les actes en cause n'entraînent pas l'application pure et simple de règles préétablies. Leur contenu est certes réglementé mais les participants à l'acte disposent d'une certaine marge de manœuvre quant à la détermination du contenu de celui-ci alors que pour les actes-condition cette marge de manœuvre est strictement limitée voire inexistante. Les différentes personnes ayant pris part à la confection de l'acte n'ont qu'une marge de manœuvre réduite. On ne peut donc pas affirmer que les droits qui

¹³⁸⁸ CE 23 septembre 1987 *Société Sadev*, Rec, p 292 – AJDA 1987, p 610 et p 587, chron MM. Azibert et Boisdeffre.

¹³⁸⁹ *Id.*, p 588.

¹³⁹⁰ *Id.*, p 589.

¹³⁹¹ La convention doit notamment préciser le temps consacré à la diffusion d'œuvres audiovisuelles d'expression originale française en première diffusion en France, la contribution à des actions culturelles, éducatives et de défense des consommateurs, etc.

découlent de ces actes ont véritablement été créés par ces personnes. De ce fait, il ne peut s'agir de droits subjectifs.

Les actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires permettraient de clarifier la distinction entre les contrats et les actes unilatéraux en ce que les droits qui devraient normalement résulter d'un contrat sont théoriquement subjectifs. Mais pour que ces droits puissent être créés, les parties doivent disposer d'une certaine liberté. De ce fait, le juge semble vouloir de manière indirecte consacrer l'application effective du principe de liberté contractuelle. Cela tendrait à corroborer l'analyse faite dans la première partie relative à l'application de ce principe. En effet, comme on l'a vu, le Conseil d'Etat s'est référé à ce dernier dans l'arrêt en date du 28 janvier 1998 *Société Borg Warner*¹³⁹², en indiquant que les dispositions législatives "qui dérogent au principe de liberté contractuelle doivent être interprétées strictement". Ainsi, la liberté contractuelle ne doit pas être considérée comme une simple déclaration dépourvue de toute portée juridique mais avoir une existence effective. Un encadrement trop strict de celle-ci équivaldrait à sa disparition.

Cependant, même si les actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires permettent de faire ressortir la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat, on ne peut pour autant affirmer que la délimitation soit posée de manière très précise. Ainsi, le degré de liberté des participants va permettre de qualifier l'acte de contrat ou d'acte unilatéral. Or, un tel critère est finalement très fluctuant car aucun élément précis ne permet d'affirmer quel type d'atteinte à la liberté empêchera de qualifier l'acte de contrat¹³⁹³. Cela explique que certains auteurs notamment continuent de raisonner sur la base du contrat alors que leur contenu est réglementé¹³⁹⁴. De même, le fait que le juge hésite à requalifier expressément les actes en question a probablement pour origine l'imprécision d'un tel critère. En outre, il faut bien voir que le juge administratif n'a pas abandonné la jurisprudence dans laquelle il reconnaît que certains contrats contiennent des clauses réglementaires¹³⁹⁵. Cela signifie qu'un tel acte ne crée pas uniquement des droits subjectifs contrairement à ce que nous avons démontré. Afin de maintenir une certaine cohérence, il

¹³⁹² *Op. cit.*

¹³⁹³ Cette phrase de Christine Bréchon-Moulènes illustre de manière assez nette le propos, "la liberté contractuelle est comme un curseur. Elle se déplace en fonction des époques, des contrats, des formes de la liberté. C'est une liberté à géométrie variable", "Liberté contractuelle des personnes publiques", *AJDA* 1998, p 649.

¹³⁹⁴ Christine Bréchon-Moulènes expose différents moyens permettant d'évaluer les degrés de liberté. On pourrait selon elle "tenter de mesurer le degré de liberté dans sa relation avec la réglementation". Il faudrait de ce fait distinguer les "contrats imposés dans tous les éléments", les contrats faiblement ou fortement réglementés, les "contrats bloqués", *ibid.*

serait donc préférable que le juge revienne sur cette jurisprudence¹³⁹⁶. Néanmoins, comme on l'a précédemment indiqué, certains auteurs dont Jacques Petit ont contourné la difficulté et considéré que les clauses réglementaires en causes sont totalement distinctes du contrat. Elles doivent être intégrées, selon cet auteur, dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux¹³⁹⁷.

En revanche, toute la jurisprudence précédemment étudiée dans laquelle le Conseil d'Etat confère une nature contractuelle aux actes relatifs à l'organisation des services publics doit être fermement condamnée¹³⁹⁸.

Le juge devrait clarifier davantage ces différents points et considérer qu'à partir du moment où la libre détermination du contenu des clauses essentielles fait l'objet d'atteintes manifestes, l'acte ne pourrait être qualifié de contrat.

¹³⁹⁵ Cf notamment 21 décembre 1906 *Syndicat Croix-de-Seguey-Tivoli*, *op. cit.*

¹³⁹⁶ Certes, le fait d'admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre de telles clauses démontre que le juge souhaite clairement les dissocier du contrat. Cependant, eu égard au risque de confusions, il serait préférable d'admettre que l'acte est dans son ensemble, et non pour certaines de ces clauses seulement, réglementaire.

¹³⁹⁷ J. Petit, note sur CE 10 juillet 1996 *Cayzeele*, *op. cit.*, pp 203-204.

¹³⁹⁸ Sont notamment visés les arrêts *Département de la Moselle*, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, *Département de l'Hérault*, *Syndicat départemental Interco 35 CFDT* en date respectivement du 31 mars 1989, 13 mai 1992, 25 mai 1992 et du 14 janvier 1998, étudiés dans la première partie.

Conclusion du chapitre second

Si on s'en tient au contenu même des actes, deux éléments permettraient en théorie de distinguer l'acte unilatéral du contrat. Tout contrat, et ce alors même qu'aucune négociation n'interviendrait, se caractérise par l'existence d'un accord de volontés. Il serait néanmoins erroné de croire qu'à tout accord de volontés correspond un contrat. Les actes objets de notre étude sont qualifiés d'unilatéraux alors même que deux volontés distinctes s'accordent. On aurait pu penser que l'accord caractérisant ces actes unilatéraux spécifiques ne serait en rien comparable à l'accord contractuel mais tel n'est pas le cas. Dans les deux hypothèses, les volontés se concilient sans jamais fusionner. Le risque de confusion des catégories traditionnelles est bel et bien présent. Si un risque existe, on ne peut cependant affirmer que toute distinction entre l'acte unilatéral et le contrat est devenue impossible. Différents arguments tendent à démontrer que ces actes administratifs unilatéraux négociés permettent justement de bien dissocier les deux catégories en question. Une partie de la doctrine a certes tenté d'établir un lien entre le caractère réglementaire des normes et la nature contractuelle de l'acte. Une telle théorie confirmerait cette tendance visant à assimiler les deux catégories classiques. Or, le recours à la technique de requalification contredit cette analyse car un lien systématique semble établi entre la nature unilatérale de l'acte et le caractère réglementaire. Néanmoins, tous les actes administratifs unilatéraux négociés n'ont pas un caractère réglementaire. Le fait d'intégrer les actes n'ayant pas ce caractère dans la catégorie des actes unilatéraux permet d'affirmer que la qualification de contrat devrait être réservée aux actes faisant naître des droits subjectifs et dont le contenu est librement déterminé par les parties.

Conclusion du titre premier

Les catégories classiques n'ont pas été assimilées et de ce fait n'ont pas disparu. Telle est la conclusion à laquelle on parvient au terme de ce titre premier. Il est vrai que la nature unilatérale des actes administratifs unilatéraux négociés pose problème au regard de la distinction classique de l'acte unilatéral et du contrat. Alors qu'en théorie les notions d'auteur et de coauteur devraient leur être applicables, celle de partie semble plus adaptée. Néanmoins, nous avons pu voir qu'il n'est pas aisé de distinguer les parties des tiers s'agissant de ces actes unilatéraux spécifiques. En outre, la présence d'un accord de volontés ayant les mêmes caractéristiques que l'accord intervenant en matière contractuelle tend à entretenir une certaine confusion. La portée de ces différents éléments ne doit pas être surestimée. Il est en effet possible de bien dissocier l'acte unilatéral du contrat si on s'en tient à l'analyse de la norme posée par ces actes administratifs unilatéraux négociés.

Ces actes auraient certes pour objet de clarifier la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat. Mais il ressort de ces différents développements qu'on s'en tient finalement à la distinction binaire entre l'acte administratif unilatéral et le contrat. Même si les actes administratifs unilatéraux négociés permettent de différencier plus nettement les deux catégories précitées, il n'en demeure pas moins que ces actes particuliers sont considérés comme des actes administratifs unilatéraux dans notre démonstration. On les intègre donc dans une des deux catégories classiques d'actes juridiques. Doit-on nécessairement les rattacher à l'une des deux catégories ? Ne peut-on pas considérer que ces actes administratifs unilatéraux négociés constituent à eux seuls une catégorie juridique ? On va tenter de répondre à ces différentes questions dans ce dernier titre.

TITRE SECOND

L'EXAMEN DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX NÉGOCIÉS EN TANT QUE CATÉGORIE AUTONOME

Au regard de leurs caractéristiques, et malgré leur dénomination, il semble difficile d'intégrer les actes administratifs unilatéraux négociés dans l'une des catégories traditionnelles. Or, il apparaît que la doctrine a évoqué, dès le début du XX^{ème} siècle, l'existence d'actes qui ne pouvaient être qualifiés ni d'actes unilatéraux ni de contrats. C'est ce qu'on appelle les catégories intermédiaires. Même si ces actes ont des caractéristiques communes avec le contrat et l'acte unilatéral, il semble intéressant de déterminer si les actes administratifs unilatéraux négociés peuvent être rapprochés de ces catégories intermédiaires ou même être intégrés dans l'une de celles-ci (Chapitre premier). Sur le plan théorique, l'intérêt d'une telle étude n'est pas négligeable. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que ces catégories dites "intermédiaires" n'ont jamais été véritablement consacrées par le juge. Laurent Richer affirme par exemple concernant les actes mixtes que "cette catégorie n'est pas reconnue par le droit positif français"¹³⁹⁹. Une telle étude ne peut donc permettre d'affirmer à coup sûr que les actes objets de notre étude sont totalement dissociables du contrat et de l'acte unilatéral. Faut-il se rendre à l'évidence et admettre que ces actes doivent nécessairement être rattachés à l'une de ces deux catégories? Différents éléments tendent à prouver qu'ils ne peuvent pas constituer à eux seuls une troisième catégorie d'actes (Chapitre second).

CHAPITRE PREMIER

LA CONFRONTATION DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX NÉGOCIÉS AUX DIFFÉRENTES CATÉGORIES INTERMÉDIAIRES

Dans les développements qui précèdent, on a mis en parallèle les actes administratifs unilatéraux négociés avec ces deux catégories d'actes que sont le contrat et l'acte unilatéral. Il est vrai que les auteurs marquent dans leur manuel l'attachement à ces deux catégories. En effet, lorsqu'ils analysent les actes de l'administration, ils basent leur développement sur cette distinction. Gilles Lebreton affirme par exemple que "pour mener à bien ses missions, qui consistent (...) à assurer la bonne marche des services publics et à veiller au maintien de la paix sociale, l'administration dispose de deux procédés: l'acte administratif unilatéral et le contrats administratif"¹⁴⁰⁰. Certes, les auteurs font aussi référence, comme on l'a vu, au caractère réglementaire, individuel des actes. Cependant, l'étude des actes repose principalement sur l'opposition acte unilatéral/contrat. Est-ce que cela signifie pour autant que l'analyse des actes juridiques se limite à cette opposition ? Il est vrai qu'à l'heure actuelle, la doctrine semble vouloir s'en tenir à cette dichotomie. D'autres types d'actes ont néanmoins été évoqués par les auteurs mais ces derniers ont visiblement quelques difficultés à les situer par rapport à l'acte unilatéral et au contrat. Ainsi, René Chapus, dans la présentation de ces deux actes, insère un développement intitulé "précisions complémentaires"¹⁴⁰¹. Sont notamment évoqués les contrats d'adhésion, les actes unilatéraux négociés et les actes mixtes. Cette dernière catégorie présente un intérêt non négligeable car les auteurs y font souvent référence. Mais il existe d'autres actes que la doctrine refuse d'intégrer dans les catégories traditionnelles. On s'intéressera notamment aux actes collectifs et aux actes-unions en les confrontant aux actes administratifs unilatéraux négociés (Section 1). Il est malgré tout difficile de dissocier totalement ces actes collectifs et ces actes-unions des deux catégories classiques. Les premiers se rapprochent des actes unilatéraux. Les seconds ont en revanche un aspect conventionnel plus marqué. De ce fait, certains auteurs ont tenté de consacrer une catégorie intermédiaire dans laquelle l'aspect unilatéral et conventionnel sont situés sur le même plan: il s'agit de l'acte mixte (Section 2).

¹³⁹⁹ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p 63.

¹⁴⁰⁰ G. Lebreton, *Droit administratif général*, op. cit., p 185.

¹⁴⁰¹ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, op. cit., p 492.

Section 1

Les actes à prédominance unilatérale ou conventionnelle

Certains auteurs ont affirmé que les actes administratifs ne se limitent pas à la catégorie des contrats et des actes unilatéraux *stricto sensu*. Il existe en effet des actes qu'on ne peut semble-t-il intégrer dans l'une ou l'autre de ces catégories. Les auteurs usent de différents termes pour les caractériser: unions, actes collectifs, acte conjoint. Il ne s'agit pas de les confronter avec les actes administratifs unilatéraux négociés sous la forme d'un catalogue. Seule une étude ordonnée présente un véritable intérêt. Que ce soit en matière d'actes administratifs unilatéraux négociés ou s'agissant des actes énumérés ci-dessus, on observe que les catégories classiques de l'acte unilatéral et du contrat ne sont finalement jamais très loin. Il faut tout d'abord confronter les actes administratifs unilatéraux négociés aux actes pour lesquels l'aspect unilatéral prédomine. L'acte collectif et l'acte conjoint en sont les principales illustrations (§ 1). On s'attachera ensuite à l'étude des actes marqués par l'aspect conventionnel et plus précisément à l'acte-union (§ 2).

§ 1: Les actes à prédominance unilatérale: l'acte collectif et l'acte conjoint

Il est nécessaire, dans un premier temps, de définir précisément ce que recouvrent précisément les expressions "actes collectifs" et "actes conjoints" (A). Grâce à ces définitions, il sera possible de déterminer si les caractéristiques de tels actes se retrouvent dans les actes administratifs unilatéraux négociés. Très vite, il apparaîtra que ces derniers doivent être clairement dissociés de l'acte collectif et de l'acte conjoint (B).

A – Définitions de ces notions

Le caractère unilatéral semble prédominer dans deux types d'actes entretenant des liens très étroits: l'acte collectif (1) et l'acte conjoint (2).

1 – L'acte collectif

Soutenir que l'élément unilatéral prédomine dans un acte est relativement vague car sur quoi va-t-on se fonder pour justifier une telle assertion ? Doit-on prendre en considération le nombre de personnes prenant part à l'élaboration, les effets de l'acte ? On ne peut répondre à ces questions sans avoir au préalable donné une définition et énoncé les caractéristiques de ces différents actes.

La paternité de la notion d'acte collectif revient sans aucun doute à l'auteur allemand Otto Von Gierke. Il affirme en effet, s'agissant de la fondation des corporations, que "cet acte d'établissement corporatif n'est pas un contrat mais un acte complexe unilatéral – *eiseitiger Gesamtakt* – qui ne trouve pas d'analogue dans la vie individuelle. C'est la volonté du groupe à venir se développant, prenant un corps, s'affirmant enfin elle-même dans cet acte"¹⁴⁰². L'objet de cette étude n'est pas d'exposer les différentes conceptions de l'acte collectif au travers notamment de la doctrine allemande ou italienne¹⁴⁰³ mais de mettre en avant les caractéristiques de cet acte afin de le comparer aux actes administratifs unilatéraux négociés.

Plusieurs problèmes se sont posés à la doctrine française et étrangère. Outre sa définition, les auteurs ont dû déterminer si l'acte collectif devait être inclus dans une des deux catégories classiques ou bien s'il devait être considéré comme une catégorie autonome.

Gabriel Roujou de Boubée définit l'acte collectif comme un "concours entre des volontés qui ont toutes le même contenu, et qui tendent toutes vers la réalisation d'un même but"¹⁴⁰⁴. De même, selon Alessandro Groppali, il y a acte collectif "lorsque les différentes volontés ayant une fin équivalente sont déterminées par des intérêts divers et, tout en formant en commun un même acte juridique, demeurent juridiquement autonomes s'unissant simplement dans la manifestation"¹⁴⁰⁵. Rien dans ces définitions n'indique un quelconque rapprochement avec l'acte unilatéral. En outre, et si on s'attache au critère quantitatif, il peut sembler contestable d'affirmer que l'élément unilatéral prédomine dans un tel acte car plusieurs volontés se manifestent.

¹⁴⁰² O. Von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887, p 132.

¹⁴⁰³ G. Roujou de Boubée a analysé de manière précise l'évolution de la doctrine, *Essai sur l'acte juridique collectif*, *op. cit.*, pp 170 et ss.

¹⁴⁰⁴ *Id.*, p 15.

¹⁴⁰⁵ *Op.*, p 202.

D'autres auteurs vont apporter quelques précisions. Léon Duguit souligne, s'agissant des actes collectifs, qu'il y "a un concours de volontés; mais il n'y a pas accord de volontés, il n'y a pas de convention, et par suite ces actes n'ont à aucun point de vue rien de contractuel"¹⁴⁰⁶. Claude Brenner constate pour sa part que "l'acte collectif réunit des volontés ayant le même contenu et tendant au même but. Il s'apparente, sous ce rapport, à un acte unilatéral"¹⁴⁰⁷. Certes, aucun des deux auteurs n'affirme que les actes collectifs doivent être inclus dans la catégorie des actes unilatéraux. Le premier précise qu'il n'y a "rien de contractuel"¹⁴⁰⁸ et le second l'"apparente" seulement à l'acte unilatéral. Mais, comme on le voit, ils ne refusent pas pour autant d'établir un lien avec cette dernière catégorie. Or, certains auteurs accolent à l'adjectif collectif le terme de contrat. Ainsi, André Rouast analyse dans sa thèse la notion de contrat collectif¹⁴⁰⁹. De même, Gabriel Roujou de Boubée est amené à comparer cette notion avec celle d'acte collectif. Néanmoins, la notion de contrat collectif a été dégagée dans un but bien précis. Elle permet de distinguer essentiellement cette notion du contrat dit "individuel"¹⁴¹⁰. On ne se situe donc pas dans le cadre d'une comparaison entre les deux catégories que sont l'acte unilatéral et le contrat.

En vue de clarifier la situation, ne pourrait-on pas affirmer que l'acte collectif est totalement distinct de ces catégories et ne peut être rapproché de l'une d'elles ? L'analyse d'Alessandro Groppali semble aller dans ce sens. Il distingue les actes collectifs non seulement des actes unilatéraux mais aussi des contrats¹⁴¹¹. Cependant, la démonstration ne convainc pas totalement du fait de l'existence de certaines contradictions¹⁴¹². De même, en droit privé, Gabriel Marty et Pierre Raynaud distinguent parmi les actes juridiques: les contrats, les actes unilatéraux et les actes collectifs¹⁴¹³. Ces différentes positions apparaissent malgré tout relativement isolées et même s'il n'est pas synonyme d'acte

¹⁴⁰⁶ L. Duguit, *Leçons de droit public général*, op. cit., p 93.

¹⁴⁰⁷ Op. cit., p 20.

¹⁴⁰⁸ L. Duguit affirme certes qu'en cas d'acte collectif "le concours de volontés n'est qu'une somme de déclarations de volonté unilatérales sans qu'il y ait à proprement parler, acte unilatéral", *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, op. cit., p 374. Cependant l'expression "à proprement parler" marque implicitement le refus de dissocier totalement l'acte collectif de l'acte unilatéral.

¹⁴⁰⁹ A. Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif*, thèse, Lyon, 1909.

¹⁴¹⁰ Selon G. Roujou de Boubée, "alors que dans le contrat individuel, offre et acceptation émanent chacune de la volonté d'un individu, dans le contrat collectif l'offre ou l'acceptation émanent de la volonté d'une collectivité", op. cit., p 23.

¹⁴¹¹ Op. cit., pp 199 et ss.

¹⁴¹² Il affirme notamment que les "actes simples" et les "décisions collectives" appartiennent "au même genre, c'est-à-dire, aux actes unilatéraux", *id.*, p 200.

¹⁴¹³ Op. cit., p 38.

unilatéral, on doit analyser l'acte collectif en le rapprochant de cette catégorie comme le font Léon Duguit et Claude Brenner¹⁴¹⁴.

Plus précisément, comment peut-on caractériser cet acte collectif ?

Tout dépend en réalité du sens donné à ce dernier adjectif. Gabriel Roujou de Boubée souligne que l'expression "acte collectif" peut être entendue de deux façons; "tantôt cette expression désigne l'acte à effet collectif, tantôt il désigne seulement l'acte à formation collective"¹⁴¹⁵. Il retient seulement cette seconde acception car, et cela semble logique, l'hétérogénéité des actes collectifs empêche de construire une théorie si on se base uniquement sur ce premier élément. En effet, la loi, l'acte réglementaire peuvent par exemple être considérés comme tels. Mais alors en quoi la formation de l'acte collectif est-elle si spécifique ?

Selon Gabriel Roujou de Boubée, "l'élément discussion-pourparler disparaît plus ou moins complètement; la convention n'est pas le fruit d'une collaboration entre les participants, il y a seulement acceptation pure et simple d'une proposition antérieurement constituée, adhésion à un projet préalable. Les participants à l'acte collectif donnent donc une adhésion à une idée et non un consentement"¹⁴¹⁶. Plus récemment, Gabriel Marty et Pierre Raynaud soulignent que "le terme d'*adhésion*, parfois celui de *souscription*, expriment mieux que celui de consentement la formation de la plupart des actes collectifs"¹⁴¹⁷. Dans ce cas, l'acte collectif ne serait pas vraiment différent, tout au moins au niveau de sa formation, du contrat d'adhésion précédemment évoqué. Cependant, Gabriel Roujou de Boubée fait remarquer que des pourparlers peuvent avoir lieu s'agissant de certains actes collectifs¹⁴¹⁸.

La formation par voie d'adhésion est intéressante car elle permet de faire un rapprochement avec une théorie étroitement liée à l'acte collectif: il s'agit de la théorie de "l'institution" développée par Maurice Hauriou¹⁴¹⁹. Selon lui "la limite d'action du contrat du côté des institutions se marque en ce que, dès qu'on veut employer la forme contractuelle à sanctionner des situations qui, en réalité, sont institutionnelles, cette forme

¹⁴¹⁴ G. Roujou de Boubée le rattache implicitement aux actes unilatéraux. En effet lorsqu'il affirme, après avoir cité les propos d'O. Von Gierke, qu'"il y a donc là un acte nouveau, inconnu jusqu'alors et qui n'est ni un contrat, ni un acte unilatéral ordinaire", il sous-entend que l'acte collectif, même s'il est particulier, se rapproche de cette dernière catégorie.

¹⁴¹⁵ *Op. cit.*, p 29.

¹⁴¹⁶ *Id.*, p 225.

¹⁴¹⁷ *Op. cit.*, p 380.

¹⁴¹⁸ *Op. cit.*, pp 225 et 227 notamment.

devient une pure apparence et le contenu réglementaire jure avec son enveloppe (...). Par conséquent, toutes les fois qu'on voit apparaître dans un contrat la *lex*, le caractère réglementaire, on peut affirmer qu'il y a institution sous roche¹⁴²⁰. Maurice Hauriou oppose clairement le contrat à ce qu'il appelle "l'institution". Le premier est considéré comme une source d'obligations à l'égard des seules parties contractantes alors que le second comme l'indique J.A Broderick "créé des "situations statutaires" qui sont contraignantes pour tous les membres du groupe"¹⁴²¹.

Ce n'est pas le contenu ni les effets qui vont nous intéresser dans un premier temps mais plus spécifiquement la formation. J.A Broderick constate en effet, s'agissant de "l'institution", que "l'élément de « consentement » est simplement dans l' « acceptation » du fait de la qualité de membre, l'adhésion de l'individu à l'institution en tant qu'organisation existante"¹⁴²². Il n'y aurait donc pas véritablement de négociations dans le cadre de "l'institution". L'individu concerné se contente d'accepter l'application d'une réglementation préétablie tout comme en matière d'acte collectif.

Or comment, dans le cadre de "l'institution" et de l'acte collectif, va se manifester cette adhésion et surtout quels vont être ses effets ? Plusieurs personnes vont émettre des déclarations individuelles. Ces dernières vont, selon les auteurs allemands, fusionner. Gabriel Roujou de Boubée résume ainsi cette doctrine, "les déclarations de volontés réagissent les unes sur les autres et de ces inter-réactions naît une déclaration de volontés nouvelle et unique"¹⁴²³. Il souligne néanmoins que ces auteurs ont eu quelques difficultés à expliquer par quel mécanisme une telle fusion s'opère. Cette fusion proviendrait, selon eux, "de ce que les volontés collaborent par une action commune à la production du résultat recherché"¹⁴²⁴. Le but poursuivi par les différents intervenants serait à l'origine de la fusion des déclarations de volontés et il faut donc se baser sur les intentions de ceux-ci pour affirmer qu'une telle opération se produit. Or, il s'agit d'une déduction *a posteriori*. Toutes les volontés doivent s'être manifestées afin de déterminer si elles poursuivent le même résultat.

¹⁴¹⁹ Comme l'indique G. Roujou de Boubée, "l'acte collectif trouve (...) sa meilleure place au sein de la théorie de l'Institution dont il explique de façon parfaite certains mécanismes", *id.*, p 209.

¹⁴²⁰ M. Hauriou, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Librairie de la société du recueil J-B Sirey et du journal du Palais, 1910, pp 211-212.

¹⁴²¹ J.A Broderick, "La notion d' « institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français", *Archives de philosophie du droit* 1968, p 147. M. Hauriou affirme, par exemple, que l'acceptation par le fonctionnaire de la nomination "s'analyse en un acte d'adhésion à une réquisition et non pas en un échange de consentements contractuels", *Précis de droit administratif et de droit public, op. cit.*, p 738.

¹⁴²² *Id.*, p 148.

¹⁴²³ *Op. cit.*, p 174.

Le raisonnement de Maurice Hauriou est-il différent s'agissant de l'acte collectif envisagé dans le cadre de l'"institution" ? Si on en croit l'analyse de Gabriel Roujou de Boubée, la réponse est positive. Il constate, en s'appuyant sur les écrits de Maurice Hauriou, que "si les multiples volontés individuelles s'incorporent les unes aux autres, c'est par le seul fait qu'elles s'insèrent toutes dans une même et unique procédure dont chacune réalise un élément de progression"¹⁴²⁵. Le lien entre les différentes manifestations de volontés ne devrait donc pas être cherché au niveau de l'intention des intervenants mais dans l'accomplissement d'une procédure déterminée. Dans ce cas, on s'appuie sur des éléments extérieurs, des éléments étrangers à l'intention des personnes et à l'acte en tant que tel.

La conception très particulière de l'acte juridique dégagée par Maurice Hauriou semble être à l'origine d'une telle démonstration. Ce dernier se réfère au temps pour le caractériser et l'opposer au fait juridique. Il est donc amené à faire la distinction suivante, "le fait juridique, c'est ce qui est arrivé volontairement ou involontairement, l'acte juridique c'est ce qui arrive et qui n'est pas encore arrivé, ce qui est encore en acte"¹⁴²⁶. Maurice Hauriou attache semble-t-il trop d'importance à l'absence de simultanéité des manifestations de volontés. L'acte collectif se forme, il est vrai, par étapes successives. De ce fait, il ne peut y avoir fusion car comme l'explique cet auteur, des actes de consentement n'adhèrent qu'à des faits de consentement "qui sont d'anciens actes, devenant à leur tour des faits auxquels adhéreront de nouveaux actes"¹⁴²⁷. Ainsi, la volonté en fusion ne rencontre que des volontés déjà solidifiées c'est pourquoi les volontés nouvelles ne font que s'incorporer aux anciennes, elles ne fusionnent pas¹⁴²⁸.

Mais de par cette succession d'actes qui deviennent des faits juridiques, comment expliquer qu'on se trouve, au final, face à un acte juridique ? François Fournié résume de la manière suivante cet enchaînement: "chacun des éléments de la procédure a été un acte exécutoire qui a fait avancer la procédure puis il est devenu un fait sur lequel les actes suivants se sont appuyés en y adhérant; un acte final clôt la procédure et produit son effet exécutoire propre"¹⁴²⁹. On ne peut adhérer complètement à cette analyse. En effet, les personnes n'entrent pas en relation dans le simple but de faire progresser une procédure.

¹⁴²⁴ Etat de la doctrine résumé par G. Roujou de Boubée, *op. cit.*, p 175.

¹⁴²⁵ *Id.*, p 211.

¹⁴²⁶ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, Larose et Tenin, 2^{ème} édition, 1916, p 147.

¹⁴²⁷ *Ibid.*

¹⁴²⁸ Analyse reprise de l'ouvrage de M. Hauriou, *Principes de droit public*, *id.*, pp 136 et ss.

¹⁴²⁹ F. Fournié, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, Paris, LGDJ, 2005, p 541.

L'unicité de la procédure ne peut donc à elle seule expliquer le lien très étroit existant entre les différentes déclarations de volontés.

Les modalités de formation, et tout particulièrement l'adhésion, ne seraient pas déterminantes pour caractériser l'acte collectif. On peut d'ailleurs souligner que certains auteurs ne font aucune allusion à l'adhésion lorsqu'ils définissent cet acte. Pour s'en convaincre, il suffit de lire par exemple, la définition précitée de Léon Duguit¹⁴³⁰. Ce dernier ainsi que d'autres auteurs préfèrent caractériser le lien existant entre ces différentes manifestations en utilisant le terme plus neutre de "concours". L'auteur précité affirme s'agissant de l'acte collectif qu'"il y a concours de volontés"¹⁴³¹. De même pour Claude Brenner, ce type d'acte s'apparente à l'acte unilatéral, "les manifestations de volontés individuelles n'ayant pas d'efficacité juridique propre et ne valant que par leur concours"¹⁴³². En employant ce terme plutôt que celui d'accord, les auteurs semblent confirmer que l'acte collectif ne peut en aucun cas être assimilé au contrat¹⁴³³. Néanmoins, l'utilisation du terme de "concours" peut prêter à discussion car ne peut-on pas, finalement, le considérer comme un synonyme d'accord ?

D'ailleurs, certains auteurs utilisent expressément ce terme d'"accord" pour caractériser le lien existant entre les personnes ce qui entretient la confusion. Tel est le cas notamment de Pierre Fabre pour qui l'acte collectif est un "accord de volontés semblables ayant toutes le même contenu et orientées vers la réalisation d'un but commun"¹⁴³⁴.

L'antagonisme entre "acte collectif" et "accord de volontés" devrait néanmoins être relativisé. Dans le cadre de tels actes, ce n'est pas l'existence en tant que telle d'un accord qui est rejetée par la doctrine mais l'existence d'un accord dans lequel les volontés poursuivent des objectifs différents. La définition de Gabriel Roujou de Boubée l'illustre clairement. Il faut selon lui admettre "qu'existent des accords de volonté qui ne sont point des contrats: ce sont des actes collectifs, c'est-à-dire des concours entre des volontés qui

¹⁴³⁰ De la même façon, André Hauriou affirme s'agissant de l'acte collectif que "les différents partenaires veulent la même chose: réaliser ensemble une opération ou une série d'opérations communes", "Le droit administratif de l'altéatoire", *Mélanges offerts à Louis Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p 214.

¹⁴³¹ L. Duguit, *Leçons de droit public général*, *op. cit.*, p 93. Dans son *Traité de droit constitutionnel*, l'analyse est plus précise car il utilise, pour caractériser l'acte collectif, l'expression "pluralité de déclarations unilatérales de volonté concourantes", tome 1, *op. cit.*, p 400.

¹⁴³² C. Brenner, "Acte", *op. cit.*, p 20.

¹⁴³³ J. Petit a eu l'occasion de se demander dans sa note sur l'arrêt du 14 janvier 1998 *Syndicat département Interco 35 CFDT* si les conventions constitutives d'agences régionales d'hospitalisation pouvaient être qualifiées d'acte collectif, *op. cit.*, p 166. Ce n'est pas tant cette question qui surprend mais la conclusion à laquelle parvient cet auteur. Il estime en effet que la qualification par le Conseil d'Etat des actes en cause de contrat et non d'acte collectif, "est de nature à vouer à l'échec les distinctions tentées par la doctrine entre différentes espèces d'actes plurilatéraux". Or, étant donné qu'un accord existe en l'espèce, une telle affirmation ne saurait théoriquement concerner l'acte collectif.

ont toutes le même contenu, et qui tendent vers la réalisation d'un même but"¹⁴³⁵. Tout est en réalité question de terminologie. A partir du moment où le but recherché est identique, le terme de "concours" est plus adapté que celui d'"accord". De ce fait, et comme il le sous-entend au début de la citation, accord de volonté et acte collectif ne sont pas antinomiques. L'analyse ne peut être retenue et ce pour une raison précise. En adoptant une conception aussi large de l'acte collectif on fait disparaître du même coup une autre catégorie intermédiaire consacrée par la doctrine: l'union. Il est donc préférable d'utiliser les termes d'adhésion et de concours pour qualifier le lien existant entre les volontés¹⁴³⁶.

En outre, et si on s'attache à l'étymologie, "concours" vient du latin *concursum* défini selon *Le dictionnaire Gaffiot* comme une "course en masse vers un point". Dans le cadre d'un acte collectif cela signifie, selon Léon Duguit, qu'on se trouve face à une "pluralité de déclarations de volonté unilatérales sans aucun lien entre elles, (...) il y a seulement une pluralité d'actes unilatéraux dont la loi reconnaît la validité parce qu'ils sont déterminés par un but commun, lequel est licite"¹⁴³⁷.

Il est vrai que préalablement à leur manifestation, les volontés ne se mettent pas d'accord pour réaliser tel ou tel but, elles se manifestent de manière autonome. Cependant, on ne peut pas dire qu'aucun lien n'existe entre elles. Le fait qu'elles poursuivent un but commun démontre que même si elles gardent leur individualité, ces manifestations de volontés entretiennent indirectement certaines relations¹⁴³⁸.

Il faut donc déterminer de manière plus précise quel est ce but ce qui nous donnera quelques indications sur le contenu des actes collectifs.

En 1925, "l'institution" est perçue par Maurice Hauriou comme "une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social; pour la réalisation

¹⁴³⁴ P. Fabre, *La politique conventionnelle des prix – Les engagements de stabilité et les contrats de programme*, thèse, Toulouse, 1972, p 297.

¹⁴³⁵ *Op. cit.*, p 15.

¹⁴³⁶ L'expression "acte collectif" est parfois utilisée par les juridictions administratives. Les arrêts ne donnent que très peu d'indications sur le mode de formation d'un tel acte. On peut néanmoins citer l'arrêt en date du 3 décembre 2001 *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, req n°218029. La Haute juridiction souligne que "les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants d'un Etat membre à l'encontre d'un acte administratif individuel ou même du regroupement de plusieurs actes individuels dans un acte collectif". Il apparaît que le Conseil d'Etat ne se réfère pas aux déclarations de volontés individuelles pour caractériser l'acte collectif mais aux "actes individuels". Et surtout, il qualifie de "regroupement" – terme éminemment vague – le lien entre les différents actes. Précisons une nouvelle fois que les catégories intermédiaires dont font partie les actes collectifs n'ont jamais été reconnues par le juge. Même si l'expression apparaît dans cet arrêt, il ne s'agit que d'une formule de style et non d'une consécration jurisprudentielle.

¹⁴³⁷ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, p 405.

¹⁴³⁸ En faisant le parallèle avec la définition du terme latin, on peut dire que les participants à la course même s'ils sont autonomes, sont tout de même liés par la poursuite d'un même objectif: atteindre un point donné.

de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures"¹⁴³⁹. Certes, il y a bien des procédures mais ces dernières ne doivent leur existence qu'à la poursuite d'un but bien précis. Ainsi, Maurice Hauriou met l'accent sur l'idée de l'œuvre à réaliser par les différents participants. Les manifestations de volontés vont s'unir autour de cette idée directrice. Il semble que ce soit cette dernière qui justifie l'existence du lien entre ces manifestations et non la procédure en tant que telle. Celle-ci n'est qu'un instrument permettant de concrétiser cette "communion autour de l'Idée directrice" pour reprendre l'expression de Gabriel Roujou de Boubée¹⁴⁴⁰.

La recherche d'un but commun permet apparemment d'expliquer l'interaction entre les déclarations individuelles en matière d'actes collectifs¹⁴⁴¹, que ces derniers soient ou non rattachés à la théorie de "l'institution".

La réalisation d'un même but est une des spécificités les plus marquantes de l'acte collectif, spécificité qui permet de clairement le différencier du contrat. En effet, dans ce dernier, chacune des déclarations de volontés "a un objet différent; chacune a un but différent parce qu'elle est déterminée par l'autre" selon Léon Duguit¹⁴⁴². Les mêmes exemples sont très fréquemment cités par les auteurs pour illustrer leurs développements sur l'acte collectif. Ainsi, Gabriel Roujou de Boubée cite les actes relatifs à la fondation de personnes morales et les résolutions d'assemblées. Léon Duguit examine plus particulièrement la première catégorie en s'attachant tout spécialement au cas des sociétés par action et des associations. Celui-ci affirme, concernant les associations, qu'à la suite des déclarations de volonté, "nous voyons apparaître tout à la fois une règle de droit nouvelle, la loi de l'association, et une situation juridique objective, celle qui est faite aux associés. Ainsi l'acte collectif est-il à la fois un acte-règle et un acte-condition; mais le caractère d'acte-règle est évidemment celui qui est prédominant"¹⁴⁴³. On peut reprendre la définition donnée par Paul Duez et Guy Debeyre de l'acte-règle. Il s'agit d'un acte

¹⁴³⁹ M. Hauriou, "La théorie de l'institution", *Quatrième cahier de la Nouvelle Journée*, 1925, n°4, p 96.

¹⁴⁴⁰ *Op. cit.*, p 202.

¹⁴⁴¹ Comme on l'a indiqué, eu égard au faible nombre d'arrêts dans lesquels l'expression "acte collectif" apparaît, il est difficile de s'appuyer sur la jurisprudence pour confirmer ou infirmer ce raisonnement. On peut néanmoins évoquer l'arrêt en date du 7 août 1909 *Winkell, Rec*, p 826 – *D* 1911, 3, p 17, concl Tardieu – *RDP* 1909, p 494, note G. Jèze – *S* 1909, 3, p 145, concl Tardieu, note Hauriou. A propos de la grève d'agents publics, le Conseil d'Etat affirme qu'ils "se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements (...)". Toujours en lien avec la fonction publique, la Cour administrative d'appel de Bordeaux qualifie le tableau d'avancement d'acte collectif dans un arrêt du 18 octobre 2005 *Mme Béatrice X...*, req n°02BX01243. Aucune allusion n'est faite à la poursuite d'un but commun.

¹⁴⁴² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, p 383.

juridique "qui s'analyse matériellement en une manifestation de volonté ayant pour objet la création, l'extinction ou la modification d'une situation juridique générale"¹⁴⁴⁴. Les différents intervenants auraient donc pour but commun la création d'une règle générale, d'une "loi permanente" selon l'expression de Léon Duguit¹⁴⁴⁵.

En cela, l'acte collectif n'aurait rien de vraiment spécifique étant donné qu'un acte administratif unilatéral classique peut lui aussi avoir le caractère d'un acte-règle. Le fait que cet acte ait tout à la fois ce caractère mais aussi celui d'un acte-condition est en revanche intéressant à souligner. Mais comment un acte peut-il revêtir simultanément ces deux caractères ?

Entre dans la catégorie de l'acte-condition, "tout acte qui détermine un individu, de telle manière qu'une norme juridique qui ne lui était pas antérieurement applicable lui devienne applicable, tout acte à la suite duquel naît pour un individu un statut qu'il n'avait pas auparavant"¹⁴⁴⁶. Si les différentes manifestations de volontés ont pour finalité la création du statut de l'association et donc la création d'un acte-règle, l'acte permet aussi de conférer aux personnes une qualité qu'elles n'avaient pas antérieurement; celle d'associés. Il s'agit donc bien dans ce dernier cas d'un acte-condition. Cependant, la finalité première de l'acte est bien la création du statut. Cette qualité d'associé n'en est que la conséquence. Il semble de ce fait logique d'affirmer que le caractère d'acte-règle prédomine.

Si plusieurs déclarations de volontés sont déterminées par le même but, cela ne signifie pas pour autant qu'elles engendreront nécessairement un acte collectif. S'agissant des actes pris sur avis conforme, Jean-Marie Auby affirme que du fait de l'émission d'un tel avis, l'acte "ne devient pas un acte collectif"¹⁴⁴⁷. Dans ce cas, différentes personnes participent à la confection de l'acte: l'autorité qui l'édicte et la personne qui donne son avis. Mais chacune d'elle tend à la réalisation d'un même but. De ce fait, pour quelle raison l'acte ne peut être qualifié de collectif ? Jean-Marie Auby fait valoir qu'un tel acte "demeure uniquement imputable au titulaire de la compétence (...). L'avis conforme est provoqué par le titulaire de la compétence, l'organe consultatif étant dépourvu d'initiative"¹⁴⁴⁸. Cela signifie qu'un acte ne peut être qualifié de collectif que si les différents intervenants sont dotés de pouvoirs équivalents.

¹⁴⁴³ *Id.*, p 406.

¹⁴⁴⁴ *Op. cit.*, p 185.

¹⁴⁴⁵ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, p 403.

¹⁴⁴⁶ *Id.*, p 328.

¹⁴⁴⁷ J-M Auby, "Le régime juridique des avis dans la procédure administrative", *AJDA* 1956, p 54.

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*

Assez curieusement, cette dernière condition n'apparaît pas expressément dans les développements doctrinaux portant sur les définitions de l'acte collectif. En revanche, un tel critère caractérise une catégorie intermédiaire évoquée par la doctrine et finalement très proche de l'acte collectif: il s'agit de l'acte conjoint¹⁴⁴⁹.

2 – L'acte conjoint

Selon Geneviève Koubi, "ne sont « actes administratifs unilatéraux conjoints » que les actes nés d'un concours de déclarations unilatérales de volontés émanant de deux ou plusieurs personnes, autorités administratives investies de pouvoirs juridiques équivalents, indépendants et différenciés"¹⁴⁵⁰. Rafael Encinas de Munagorri ajoute que cet acte "a pour effet de provoquer une modification de l'ordre normatif"¹⁴⁵¹.

Comme on peut le constater, les caractéristiques de l'acte conjoint sont très proches de celles de l'acte collectif. Dans les deux cas, on se trouve face à un "concours" de déclarations de volontés et non un accord au sens contractuel du terme¹⁴⁵². En outre, les différents participants poursuivent tous le même but. S'agissant de l'acte conjoint, il est néanmoins bien précisé que les participants ont "des pouvoirs juridiques équivalents". Geneviève Koubi apporte sur ce point quelques précisions. Les compétences détenues doivent être "indépendantes l'une des autres, de qualité égale, et de valeur juridique équivalente". Il ne doit pas y avoir en outre de "rapports de subordination (pouvant être définis en termes de contrôle) ou de supériorité (établis relativement sous une forme de surveillance) entre les autorités investies de ces compétences"¹⁴⁵³. La doctrine considère ainsi traditionnellement que les actes conjoints émanent d'autorités de même nature. Tel est le cas notamment des arrêtés interministériels ou des actes pris entre collectivités locales. Ainsi, et même si le Conseil d'Etat évite d'utiliser l'expression, les auteurs citent

¹⁴⁴⁹ G. Koubi préfère utiliser l'expression d'acte conjoint et non d'acte collectif à cause "des risques de confusion que pouvait susciter l'emploi du terme "collectif" dans le langage juridique contentieux et doctrinal", "L'acte administratif unilatéral conjoint", *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 1985, p 300.

¹⁴⁵⁰ *Id.*, p 311.

¹⁴⁵¹ *Op. cit.*, p 261.

¹⁴⁵² Mais là encore certains auteurs évoquent l'existence d'un accord dans le cas d'acte conjoint, tel est le cas de C. Le Noan. Elle affirme en effet que l'acte unilatéral conjoint "concerne tous les actes « pris en accord avec »", *La concertation en droit administratif français*, thèse Paris I, 1995, p 367.

¹⁴⁵³ G. Koubi, "L'exercice conjoint du pouvoir de police en matière de circulation routière – Réflexions à propos de l'article 3 du décret du 14 mars 1986", *RFDA* 1986, p 915.

l'arrêt du 9 mai 1980 *Commune de Champagne-de-Blanzac*¹⁴⁵⁴ afin d'illustrer la notion d'acte conjoint¹⁴⁵⁵.

Or, Geneviève Koubi s'est demandée si on pouvait encore se référer aux conditions précitées au regard des dispositions de l'article 3 du décret en date du 14 mars 1986 relatif aux pouvoirs de police en matière de circulation routière. Cet article prévoit l'intervention d'autorités bien distinctes s'agissant de la désignation des intersections de routes. Cette dernière sera fixée par "arrêté conjoint du Commissaire de la République (...) et du maire lorsqu'il s'agit d'une intersection formée par une route nationale (...) et une route relevant de la voirie communale".

Il est certes difficile d'affirmer depuis l'adoption des lois relatives à la décentralisation qu'un rapport de supériorité existe entre le Commissaire de la République et le maire. Mais on ne peut nier qu'un rapport de subordination (défini "en termes de contrôle" pour reprendre l'expression de Geneviève Koubi) s'établit entre ces deux autorités. En effet, même si le représentant de l'Etat ne peut annuler lui-même les actes des collectivités locales, il en contrôle la légalité et les défère éventuellement au juge. Difficile dans ces conditions de considérer que les deux autorités disposent de pouvoirs équivalents. Pour qu'une équivalence existe, il faudrait se situer non dans le cadre de la décentralisation *stricto sensu* mais dans ce que Charles Eisenmann appelle la "semi-décentralisation". Elle consiste en l'attribution du "pouvoir de poser des décisions (des normes) intéressant une circonscription territoriale, c'est-à-dire une collectivité locale, conjointement à une autorité d'Etat et une autorité propre à cette circonscription ou collectivité locale, – donc: à une autorité mixte, composée d'un organe d'Etat et d'un « organe local »"¹⁴⁵⁶. La définition de la "semi-décentralisation" serait donc très proche de celle de l'acte conjoint car existe entre les organes "un rapport d'égalité juridique, d'égalité de pouvoir"¹⁴⁵⁷. Il est néanmoins difficile d'opérer un rapprochement entre ces deux notions et ce pour des raisons terminologiques. Certes, Charles Eisenmann utilise les termes de "pouvoir conjoint"¹⁴⁵⁸, "concordance, concours"¹⁴⁵⁹ pour qualifier les liens existant entre les différents

¹⁴⁵⁴ *Rec*, p 221 – *AJDA* 1981, p 103, note M. Bélanger.

¹⁴⁵⁵ Il s'agissait en l'espèce de la réglementation d'une voie servant de limites à deux communes; réglementation réalisée par voie d'arrêté unique signé par les deux maires intéressés.

¹⁴⁵⁶ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, tome 1, *op. cit.*, p 287.

¹⁴⁵⁷ *Id.*, p 291.

¹⁴⁵⁸ *Id.*, p 292.

¹⁴⁵⁹ *Id.*, p 298.

participants mais il affirme dans le même temps que "l'édition de ces normes, requièrent l'accord des deux organes"¹⁴⁶⁰.

B – Des actes administratifs unilatéraux négociés distincts des actes collectifs et des actes conjoints

Face à ces différents types d'actes dont l'aspect unilatéral prédomine, les actes administratifs unilatéraux négociés doivent-ils être rapprochés des notions d'acte collectif, d'acte conjoint ou doit-on au contraire les dissocier nettement ?

Lorsqu'ils évoquent les actes administratifs unilatéraux négociés, les auteurs ne confrontent qu'assez rarement ces derniers aux catégories intermédiaires précitées. Franck Moderne, à l'occasion de son analyse de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix, s'est posé la question de savoir si l'accord de prix était ou non un acte collectif¹⁴⁶¹.

Il est vrai que cet auteur ne s'intéresse qu'à un seul type d'acte administratif unilatéral négocié mais ses développements sont d'un intérêt non négligeable au regard de notre analyse. Après avoir indiqué que les accords conclus dans le domaine des prix doivent être perçus "comme des actes unilatéraux"¹⁴⁶², il met dans un premier temps en évidence les caractéristiques de l'acte collectif. Il souligne que "l'accord de volontés que l'on peut déceler dans l'acte collectif se sépare du contrat en ce que les volontés en concours sont identiques dans leur contenu"¹⁴⁶³. Franck Moderne examine dans un second temps si les accords en matière de libération des prix revêtent de telles caractéristiques. Il constate alors que "la succession des actes dans le temps (conclusion d'un engagement professionnel, arrêté particulier de libération des prix, adhésion individuelle des entreprises intéressées) laisse planer quelques doutes sur la réalité d'une conjonction de volonté"¹⁴⁶⁴. En outre, les différents intervenants ne poursuivent pas réellement les mêmes objectifs.

Le raisonnement de Franck Moderne appelle quelques remarques. On peut tout d'abord se demander si le point de départ de son raisonnement n'est pas faussé étant donné qu'il

¹⁴⁶⁰ *Id.*, p 287.

¹⁴⁶¹ F. Moderne, "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *op. cit.*, p 514.

¹⁴⁶² *Id.*, p 513.

¹⁴⁶³ *Id.*, p 514.

s'appuie sur une définition contestable de l'acte collectif. Il utilise l'expression "accord de volontés" pour caractériser la formation de l'acte collectif. En partant d'une telle définition, Franck Moderne peut certes confronter les actes de libération des prix à l'acte collectif. Le Conseil d'Etat évoque en effet, dans ses arrêts, l'existence d'un accord¹⁴⁶⁵. Mais on a pu voir précédemment qu'aucun accord n'était à l'origine de l'acte collectif. Il s'agit seulement un concours de volontés. Or, quelques lignes plus bas, sa conception de l'acte collectif semble différente car il considère la "conjonction de volonté" comme la base de ce type d'acte. Par cette expression, on se rapprocherait davantage de la définition traditionnelle de l'acte collectif et plus encore de l'acte conjoint. Le fait d'affirmer ensuite que la "succession des actes dans le temps" est en quelque sorte incompatible avec une conjonction de volonté peut là encore surprendre. N'est-ce pas en effet une telle succession qui caractérise, selon Maurice Hauriou, l'acte collectif dans le cadre de "l'institution" ?

Enfin, nous avons pu voir que l'identité de but est une caractéristique fondamentale des actes collectifs. Or, le fait que les professionnels et l'Etat ne poursuivent pas nécessairement le même objectif empêcherait à coup sûr d'intégrer ces actes de libération des prix dans la catégorie des actes collectifs. Charles-Louis Vier développe cet argument. Son analyse ne porte pas exclusivement sur les actes de libération des prix. Il examine les "contrats" économiques de manière générale. Cela englobe donc non seulement les actes précités mais aussi les agréments fiscaux. Il refuse de qualifier ces divers accords d'actes collectifs car au moment de l'exécution du contrat économique, les différents intervenants manifestent des divergences d'intérêts¹⁴⁶⁶.

En réalité, ces divergences n'apparaissent pas uniquement lors de la phase d'exécution mais dès la formation de ces actes comme on l'a précédemment démontré. Ces affirmations doivent néanmoins être relativisées car les participants ne poursuivent pas uniquement des objectifs divergents. On peut affirmer que ces personnes s'attachent, tout du moins en apparence, à la réalisation d'un même objectif: la protection de l'intérêt général. Franck Moderne l'évoque d'ailleurs implicitement au détour d'un développement¹⁴⁶⁷. L'intégration dans la catégorie des actes collectifs dépendra donc de(s) (l')intérêt(s) pris en considération. Il faut, à mon sens, s'en tenir à une approche

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*

¹⁴⁶⁵ Cf notamment l'arrêt du 23 octobre 1974 *Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*, *op. cit.*

¹⁴⁶⁶ C-L. Vier, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, *op. cit.*, p 369.

¹⁴⁶⁷ Il estime que "la stabilité des prix et la lutte contre l'inflation" concernent directement l'intérêt général, "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *op. cit.*, p 514.

pragmatique et n'accorder aucune importance à ce but commun car on le retrouve dans la plupart des actes administratifs et ce quelle que soit leur nature. Seuls les objectifs distincts doivent retenir l'attention dans l'opération de qualification.

S'agissant des autres actes administratifs unilatéraux négociés, les auteurs ne se posent pas la question de savoir si la qualification d'acte collectif serait envisageable pour ceux-ci. Doit-on déduire de ce silence qu'une telle qualification est inappropriée ?

On ne peut répondre à cette question qu'en vérifiant si les différents critères de l'acte collectif sont remplis. Mais encore une fois, compte tenu de la diversité des actes administratifs unilatéraux négociés, il sera difficile de généraliser.

La plupart des auteurs refusent, comme on l'a vu, d'utiliser le terme d'accord pour désigner le lien entre les manifestations de volontés. Pour certains, il s'agit d'une adhésion et pour d'autres d'un concours. L'emploi de ces termes est justifié par l'absence de négociations entre les organes en présence. Or, l'existence de négociations plus ou moins approfondies ne fait guère de doute s'agissant de certains actes administratifs unilatéraux négociés. Les développements précédents l'ont démontrée. Il ne s'agirait donc pas d'un simple concours de volontés unilatérales et de ce fait une des conditions essentielles de l'acte collectif ferait défaut. On pourrait s'en tenir à cette absence de concours et ne pas poursuivre la comparaison entre l'acte collectif et les actes administratifs unilatéraux négociés. Il semble néanmoins intéressant de terminer cet examen.

Dans certains actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires la recherche d'un but commun semble inexistante. Tel est le cas notamment des actes autorisant l'usage de fréquences hertziennes. L'intérêt des sociétés bénéficiaires, à la différence du CSA, est en grande partie financier. De même, s'agissant des conventions passées entre les syndicats de praticiens et les caisses d'assurance maladie, il est peu probable que l'intérêt premier des praticiens soit le maintien d'une certaine uniformité au niveau des tarifs pratiqués.

Il reste une dernière condition à examiner: il s'agit de l'équivalence des pouvoirs. La doctrine n'y fait pas expressément référence s'agissant de l'acte collectif. Elle apparaît néanmoins dans certaines analyses relatives aux actes conjoints. On a eu l'occasion de démontrer notamment lors de l'analyse de la notion de coauteur que les différents intervenants n'étaient pas placés, dans tous les cas, sur un même pied d'égalité. Une telle inégalité est manifeste concernant tout particulièrement les actes unilatéraux négociés dits "complexes". En agréant, en homologuant un accord, l'administration exerce une forme de

contrôle sur les personnes ayant participé à la confection de cet acte. On ne peut donc considérer les pouvoirs détenus par les différents intervenants comme équivalents.

Les actes administratifs unilatéraux négociés n'ont qu'en apparence les mêmes caractéristiques que les actes collectifs ou les actes conjoints. De ce fait, il semble hasardeux de les intégrer dans l'une ou l'autre de ces catégories étant donné qu'au moins une des caractéristiques propres à ces actes fait défaut. Il serait cependant prématuré d'en conclure que les actes administratifs unilatéraux négociés forment à eux seuls une catégorie spécifique. Il est nécessaire d'opérer une confrontation entre ces derniers et les actes à prédominance conventionnelle.

§ 2: Les actes administratifs unilatéraux négociés face à l'acte-union

Comme pour les actes collectifs, il est important de souligner les différentes caractéristiques de l'acte-union (A) afin de déterminer si celles-ci se retrouvent dans les actes administratifs unilatéraux négociés. L'analyse révélera que certaines des caractéristiques sont présentes dans ces actes (B).

A – Les caractéristiques de l'acte-union

Les actes conventionnels ont fait l'objet d'études doctrinales plus approfondies que ceux analysés dans le premier paragraphe. Mais avant de voir les différentes hypothèses, il faut s'interroger sur la signification exacte de la notion de "convention". La doctrine et la jurisprudence civile refusent d'assimiler ces notions de contrat et de convention. Comme le résume Jean Carbonnier, "il est impliqué dans la définition de l'article 1101 que le contrat est l'espèce d'un genre plus étendu qui est la convention. Ils ont ceci de commun que ce sont tous deux des accords de volonté (...). Seulement, le contrat est un accord de volonté destiné à créer des obligations, tandis que la convention est un accord de volonté destiné à produire un effet de droit quelconque"¹⁴⁶⁸. Certes, il existe un dénominateur commun entre ces notions de contrat et de convention à savoir l'accord de volontés. Mais il faut bien voir que si tout contrat est une convention, toute convention ne reçoit pas nécessairement la qualification de contrat. Néanmoins, Bruno

¹⁴⁶⁸ J. Carbonnier, *Droit civil – Les obligations*, Paris, PUF, 22^{ème} édition, 2000, tome 4, p 50.

Petit souligne que "la distinction entre contrat et convention a (...) une portée limitée. Ces deux types d'actes bilatéraux obéissent en réalité à des règles identiques"¹⁴⁶⁹. L'intérêt de la distinction est-il tout aussi limité en droit public ?

On a pu voir précédemment que Hans Kelsen considérait les termes de "convention" et de contrat comme synonymes. Hubert-Gérald Hubrecht semble partager ce point de vue. Dans un des développements de sa thèse, ce dernier a critiqué la démonstration d'Etienne Picard consacrant la convention en matière de police qui ne fait naître aucun droit subjectif. Hubert-Gérald Hubrecht ne conçoit pas qu'un contrat ou une convention ne fassent pas naître de tels droits¹⁴⁷⁰. De même, Denys de Béchillon et Philippe Terneyre estiment qu'il y a "un véritable risque de confusion ou de faux-sens à vouloir distinguer absolument les mots de "contrat" et de "convention" là où ils sont presque toujours tenus pour équivalents"¹⁴⁷¹. Ces derniers mots ne convainquent pas au regard des développements précédents. On a pu démontrer en effet que le juge administratif se refuse, de manière générale, à lier les notions de contrat et de règlement. Cela ne l'empêche pourtant pas de se référer, dans certaines hypothèses d'actes à caractère réglementaire, au terme de "convention". Or, on a pu voir dans la première partie, s'agissant tout particulièrement des conventions intervenant en matière médicale, que ce terme ne peut être considéré comme un synonyme de "contrat"¹⁴⁷². En outre, l'argumentation de Denys de Béchillon et Philippe Terneyre repose sur des bases pour le moins fragiles¹⁴⁷³.

Qualifier les actes en cause de convention n'est pas totalement neutre. Une telle qualification joue en réalité un rôle de transition. On évite ainsi d'intégrer l'acte dans la catégorie des contrats et d'affirmer expressément qu'il s'agit en réalité d'un acte unilatéral alors qu'un accord est intervenu lors de son élaboration. L'intérêt de la notion de convention n'est donc pas le même selon que l'analyse concerne le droit civil ou le droit administratif. Alors que la notion de convention ne présente qu'un intérêt limité en droit

¹⁴⁶⁹ B. Petit, "Contrats et obligations – Définition et classification des contrats", *Jurisclasseur Code civil*, art 1101-1108-2, fasc 1-2, p 5.

¹⁴⁷⁰ *Op. cit.*, p 110.

¹⁴⁷¹ D de Béchillon et P. Terneyre, "Contrats administratifs (contentieux des)", *Répertoire de contentieux administratif*, 2000, p 3.

¹⁴⁷² On peut reprendre cette formule d'A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé montrant en quelques lignes toute l'ambiguïté: "les conventions attributives de situations réglementaires et les conventions à effets réglementaires sont bien des conventions mais ne nous paraissent pas être des contrats", *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 41.

¹⁴⁷³ Ces deux auteurs constatent que l'article L 511-1 du Code de justice administrative "emploie indifféremment les termes de « contrat » et de « convention »", *op. cit.*, p 3. Sont en effet notamment visés par cet article, les contrats de partenariat et les conventions de délégation de service public. Or, cet argument est à lui seul insuffisant. On ne peut s'en tenir uniquement aux dispositions textuelles. La jurisprudence doit elle aussi être prise en considération.

civil, elle joue un rôle non négligeable dans la dissociation des notions de contrat et d'acte unilatéral en droit administratif.

Le fait d'utiliser, s'agissant d'actes unilatéraux négociés, le terme de "convention" n'a rien de contradictoire étant donné que ce dernier vient du latin *conventio* lui-même dérivé de *convenire* qui signifie venir ensemble, d'où être d'accord. Dans le cadre des actes administratifs unilatéraux négociés, on a pu voir que ces derniers sont élaborés par voie d'accord des différents intervenants.

Affirmer que les actes administratifs unilatéraux négociés sont des conventions permet de les confronter aux différentes catégories d'actes conventionnels dégagés par les auteurs.

Certains possèdent quelques points communs avec les actes à prédominance unilatérale étudiés précédemment. Tel est le cas notamment de l'acte qualifié d'"union". Les auteurs allemands ont, comme on l'a dit, dégagé la notion de *Gesamtakt* ainsi que la notion de *Vereinbarung* mais sans les distinguer très nettement dans un premier temps. Gabriel Roujou de Boubée souligne que Heinrich Triepel va tenter de dissocier ces deux catégories. Malgré cette tentative, on perçoit difficilement ce qui caractérise la *Vereinbarung* car, tout comme dans le *Gesamtakt*, une fusion des volontés intervient¹⁴⁷⁴.

S'agissant de la doctrine française, Léon Duguit va dégager les spécificités de la *Vereinbarung*. Mais ses caractéristiques varient d'un écrit à l'autre.

En 1901, il distingue le contrat et la *Vereinbarung*. Si dans cette dernière les "deux volontés veulent la même chose et sont déterminées par le même but à atteindre", l'effet de droit ne résulte pas "de deux ou plusieurs volontés contractantes, mais de deux ou plusieurs volontés collaborantes"¹⁴⁷⁵.

En 1927, son analyse diffère quelque peu. Après avoir précisé que la *Vereinbarung* ou "union" est une convention, il met en avant ses caractéristiques: "deux ou plusieurs personnes entrent en relation et s'accordent sur un point déterminé; mais à la suite de cet accord on ne voit point apparaître une situation juridique subjective, un rapport (...) de créancier et de débiteur; on aperçoit, au contraire, la naissance d'une règle permanente ou bien d'une situation juridique objective"¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷⁴ G. Roujou de Boubée s'appuie sur la démonstration de K. Binding. Aux deux modes de fusion correspondent deux variétés d'actes: "la *Vereinbarung* dans laquelle la fusion procède du caractère nécessaire du concours de volontés, et le *Gesamtakt* dont la nature unitaire provient de l'objectif commun à tous ceux qui y participent", *op. cit.*, p 211.

¹⁴⁷⁵ L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p 395.

¹⁴⁷⁶ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, p 409.

Si on s'attache à la première définition, il apparaît que rien ne permet de distinguer la *Vereinbarung* ou "union" de l'acte collectif. Les caractéristiques relatives au mode de formation, au contenu, ou aux effets sont identiques. Cette évolution dans la définition de l'acte-union va influencer sur la détermination de la nature juridique de certains actes. On peut notamment évoquer le cas particulier de la nomination de fonctionnaires. Dans le tome premier de son *Traité de droit constitutionnel* datant de 1927, Léon Duguit affirme que "la nomination de fonctionnaire est un acte-condition parfaitement caractérisé. Elle est, je le veux bien, un acte conventionnel; elle n'est pas un contrat. Elle est une union, une *Vereinbarung*"¹⁴⁷⁷. Ce même auteur se demande en 1930 dans le troisième tome de son traité s'il ne s'est "pas trompé et s'il ne serait pas plus exact d'y voir un acte collectif, un *Gesamtakt*"¹⁴⁷⁸.

Quel est, parmi tous ces éléments, celui qui va être déterminant pour distinguer l'acte-union de l'acte collectif ?

Le caractère conventionnel de l'acte semble être un critère essentiel permettant de le qualifier d'acte-union. En effet, l'union, selon Léon Duguit, "implique une convention, une convention qui n'est pas un contrat"¹⁴⁷⁹. On aboutit donc aux distinctions suivantes: "l'union est une convention, tout comme le contrat, alors que dans l'acte collectif n'intervient aucun élément d'accord entre les volontés"¹⁴⁸⁰.

Cependant, tous les auteurs ne distinguent pas aussi clairement ces différents types d'actes. André Calogeropoulos affirme par exemple que "deux ou plusieurs volontés peuvent s'accorder sans aboutir à un contrat, soit parce qu'elles ont un contenu identique, soit parce qu'elles ne se conditionnent pas mutuellement. On parle alors d'acte unions ou d'actes collectifs"¹⁴⁸¹. L'acte collectif et l'acte-union sont donc considérés comme synonymes car dans les deux cas les volontés s'accordent. Or, on a démontré précédemment qu'aucun accord n'existe s'agissant des actes collectifs.

A l'inverse, certains auteurs ne font pas référence à l'accord de volontés pour caractériser l'acte-union. Ce dernier est défini de la manière suivante par Amine Ghellal: "deux volontés unilatérales se croisent, certes, mais s'il y a opposition de buts entre elles, il y a

¹⁴⁷⁷ *Id.*, p 424.

¹⁴⁷⁸ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 3, *op. cit.*, p 127.

¹⁴⁷⁹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 3, *op. cit.*, p 127.

¹⁴⁸⁰ G. Roujou de Boubée, *op. cit.*, p 198.

¹⁴⁸¹ *Op. cit.*, p 165.

unité d'objets"¹⁴⁸². Il évite d'employer le terme d'accord pour caractériser la rencontre des volontés dans le cadre de l'acte-union. La même hésitation transparait dans les écrits de Spyridon Flogaitis car il utilise le terme de "juxtaposition"¹⁴⁸³ et non d'accord s'agissant de l'acte-union.

Il semble difficile de s'en tenir uniquement au mode de formation pour définir l'acte-union. Mis à part Léon Duguit, les auteurs manifestent une certaine réticence à qualifier d'accord la rencontre des volontés. Cela est probablement dû au fait que le terme d'accord demeure à l'heure actuelle toujours intimement lié à la notion de contrat.

Compte tenu de ces hésitations, il faut déterminer si d'autres éléments pourraient permettre de définir plus précisément la notion d'acte-union.

De nombreux auteurs s'attachent à l'étude de l'objet et du but de l'acte pour mettre en avant les spécificités de l'acte-union. Selon Marc Réglade, l'hypothèse dans laquelle "les différentes déclarations de volonté qui participent à l'acte ont des objets et des buts différents (...) se rencontre uniquement dans le contrat"¹⁴⁸⁴. Lorsque les "différentes déclarations de volonté ont même objet et même but"¹⁴⁸⁵, l'acte est dit collectif¹⁴⁸⁶. Enfin, dans le cadre de l'acte-union, "les différentes déclarations de volonté qui participent à l'acte ont même objet et des buts différents"¹⁴⁸⁷.

Un raisonnement basé sur ces distinctions suppose que les notions d'objet et de but soient clairement différenciées or tel n'est pas toujours le cas. S'agissant de l'acte-union, on peut citer la définition de la Vereinbarung proposée par Spyridon Flogaitis: "les deux déclarations de volonté qui, bien que juxtaposées, coïncident quant au but, créent un statut spécial de caractère réglementaire"¹⁴⁸⁸. En matière contractuelle, la notion d'objet recouvre deux réalités à savoir l'objet de l'obligation et l'objet du contrat. Comme l'indiquent Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Eric Savaux, les auteurs utilisent la formule "objet du contrat" pour désigner, "tantôt l'opération contractuelle réalisée, envisagée dans son but, afin d'en apprécier la licéité, tantôt, l'obligation principale à laquelle il donne

¹⁴⁸² *Op. cit.*, p 197.

¹⁴⁸³ Il affirme en effet que les "déclarations de volonté sont juxtaposées", *op. cit.*, p 231. Il réitère ses propos quelques pages plus loin en soulignant que "dans le cas de la Vereinbarung, les deux déclarations de volonté (...), bien que juxtaposées, coïncident quant au but (...)", *id.*, p 243.

¹⁴⁸⁴ M. Réglade, "La place de la convention dans une classification des actes juridiques", *Archives de philosophie du droit* 1940, p 170.

¹⁴⁸⁵ *Id.*, p 168.

¹⁴⁸⁶ L'identité d'objet n'est pas considérée par tous les auteurs comme un critère de l'acte collectif. Selon G. Roujou de Boubée seul un concours de volontés semblables "ayant toutes le même contenu et orientées vers la réalisation d'un but commun", *op. cit.*, p 209, permet de définir l'acte collectif.

¹⁴⁸⁷ M. Réglade, *op. cit.*, p 169.

naissance"¹⁴⁸⁹. L'objet et le but sont intimement liés à tel point que Spyridon Flogaïtis les confond apparemment car si on transpose la définition précitée au cas de l'acte-union, il apparaît que la création d'un "statut spécial" concerne aussi l'objet de l'acte.

Il semble néanmoins intéressant sur le plan théorique d'analyser plus précisément les propos de Marc Réglade. Selon lui, l'acte-union serait en réalité un acte hybride à mi-chemin du contrat et de l'acte collectif. La poursuite de buts différents est une caractéristique du contrat alors que l'identité d'objet est un des éléments de définition de l'acte collectif. Cette analyse tend à montrer que la frontière entre l'acte-union et les deux autres notions précitées est extrêmement mince et fragile. En effet, la ligne de partage entre l'acte-union et l'acte collectif repose uniquement sur le critère du but. Mais comment les auteurs conçoivent-ils le "but" d'un acte dans le cadre de l'acte-union ?

Il ressort des développements de Marc Réglade que seul le "but immédiat"¹⁴⁹⁰ doit être pris en considération pour la caractériser. La différence au niveau des buts poursuivis apparaît assez clairement lorsqu'on s'attache uniquement au "but immédiat" des intervenants. Le résultat d'un tel examen semble peu convaincant. Ainsi, cet auteur affirme que "l'administrateur veut le bon fonctionnement du service et l'individu veut acquérir une profession qui lui convient"¹⁴⁹¹. Or, on s'est rendu compte que même si les intervenants poursuivent des buts distincts, ils peuvent aussi, en apparence, poursuivre un but commun. La prise en considération de ces différents buts est en réalité une application de la doctrine civiliste qui distingue la cause objective de la cause subjective¹⁴⁹². Mais alors que la conception subjective de la cause permet en droit civil de déterminer si le contrat est ou non illicite, en droit administratif elle joue un rôle au niveau de la classification des actes. La différence entre l'acte-union et l'acte collectif semble donc éminemment floue car tout va dépendre du but pris en considération.

On pourrait être tenté de prendre comme exemple le cas de l'acte de nomination de fonctionnaire cité par Léon Duguit pour illustrer ce risque de confusion. En effet, après avoir qualifié dans un premier temps cet acte d'union, il se ravise et l'intègre dans la catégorie des actes collectifs. Or, il faut bien voir que seule l'absence de convention est à

¹⁴⁸⁸ *Op. cit.*, p 234.

¹⁴⁸⁹ *Op. cit.*, p 171.

¹⁴⁹⁰ *Op. cit.*, p 169.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*

¹⁴⁹² J. Flour, J-L Aubert et E. Savaux soulignent que "le problème de la définition de la cause est de savoir si l'on ne doit faire entrer dans ce concept juridique que la raison la plus proche – cause objective – ou si l'on doit y englober les raisons, même éloignées, qui ont déterminé le consentement – cause objective", *op. cit.*, p 187.

l'origine de son revirement. Le but poursuivi par les participants n'est pas expressément évoqué par Léon Duguit pour dissocier les deux catégories d'actes¹⁴⁹³.

La même incertitude existe s'agissant de la distinction entre le contrat et l'acte-union. Seul le critère de l'objet et non celui du but permettrait de les dissocier. Non seulement ces deux critères sont, comme on l'a vu, éminemment proches mais en outre certains auteurs estiment qu'on ne peut en réalité distinguer le contrat de l'acte-union. Ainsi, Jacques Ghestin fait valoir que "la permanence des relations contractuelles et la poursuite d'un but partiellement commun sont trop fréquentes et surtout trop relatives pour permettre de tracer une ligne de séparation suffisamment significative entre ces deux catégories d'actes juridiques"¹⁴⁹⁴. Néanmoins, il faut bien voir que c'est la transposition en droit privé de la distinction entre le contrat et l'acte-union qui fait l'objet d'une critique. S'agissant du droit public, Jacques Ghestin ne prend pas vraiment position.

Même s'ils doivent être maniés avec précaution, on peut retenir comme critères de l'acte-union l'existence d'un accord de volonté, la présence d'un même objet et la poursuite de buts différents. Les retrouve-t-on dans les actes administratifs unilatéraux négociés ?

B – Les actes administratifs unilatéraux négociés apparemment revêtus des mêmes caractéristiques que l'acte-union

Différents actes administratifs unilatéraux négociés ont été considérés comme des actes-union. Catherine Piquemal-Pastré affirme que "l'acte-condition qui est l'arrêté particulier de libération des prix rentre dans la catégorie formelle des actes-union, c'est-à-dire dans la catégorie des actes-condition qui comportent un accord de volonté"¹⁴⁹⁵. Aucune référence n'est faite aux critères de l'objet et du but. Seule l'existence d'un accord

¹⁴⁹³ Cette affirmation doit être relativisée car avant d'admettre qu'il s'est trompé et de préciser que l'acte en cause est bien un acte collectif, L. Duguit souligne que l'administration et le futur fonctionnaire poursuivent un but commun. Ainsi, "l'auteur de la nomination n'est pas déterminé dans son acte par la volonté de celui qui est nommé, mais seulement dans le but qui s'impose à lui d'assurer le fonctionnement du service public (...). La volonté du fonctionnaire nommé (...) est déterminée aussi par le fonctionnement du service...", *Traité de droit constitutionnel*, tome 3, *op. cit.*, p 126. En outre, lorsque L. Duguit définit l'union, il ne prend pas pour unique critère l'existence d'un accord de volontés. Cet accord doit en effet donner naissance à une "règle permanente ou une situation juridique objective", *id.*, p 409.

¹⁴⁹⁴ J. Ghestin, "La notion de contrat", *op. cit.*, p 23.

¹⁴⁹⁵ *Op. cit.*, p 341.

de volonté permet de qualifier l'ensemble en cause d'acte-union. Charles-Louis Vier partage le point de vue de Catherine Piquemal-Pastré mais apporte néanmoins quelques précisions. Il s'agit selon lui "d'un acte bilatéral puisque l'administration, en l'acceptant, exprime sa volonté. Il produit des effets de droit, car il s'applique de façon nécessaire et exclusive aux entreprises qui y adhèrent. C'est donc un acte-règle, élaboré par voie de convention, une « union » dans le vocabulaire de Duguit"¹⁴⁹⁶. L'aspect conventionnel est donc une nouvelle fois pris en considération pour caractériser l'acte-union. Mais par l'expression "acte-règle", Charles-Louis Vier s'attache en outre à l'objet commun des déclarations de volonté¹⁴⁹⁷. De plus, il insiste sur le fait que les participants poursuivent des buts différents¹⁴⁹⁸. Les caractéristiques de l'acte-union se retrouvent donc dans ces actes de libération des prix.

Mis à part ce domaine de l'administration économique, la notion d'acte-union est utilisée en vue de qualifier des actes administratifs unilatéraux négociés relevant du domaine sanitaire et social. Le Commissaire du gouvernement Gilles Le Chatelier s'est demandé à quelle catégorie devait être rattachée les conventions conclues entre les organismes de sécurité sociale et les organisations syndicales représentatives de la profession d'infirmier. Il considère que les juges sont en présence "de ce qu'il est coutume de qualifier de « conventions réglementaires ». Le doyen Duguit, retenait, pour sa part, le terme d'« action-union » (...). Nous sommes ici davantage confrontés à ce que nous caractériserions d'« actes réglementaires négociés » qu'en présence de véritables contrats"¹⁴⁹⁹. Gilles Le Chatelier se réfère à différentes notions pour caractériser ces conventions spécifiques. Le terme de "convention" doit être associé au critère de l'accord de volontés, en outre le caractère réglementaire permet de souligner l'identité d'objet des déclarations de volonté. On peut observer que ce même Commissaire du gouvernement ne fait qu'évoquer la notion d'acte-union. Il préfère, semble-t-il, la notion "d'acte réglementaire négocié" pour qualifier les conventions en cause. Cette préférence n'est peut-être pas si anodine qu'il n'y paraît. En tant que tel, le terme d'"union" évoque

¹⁴⁹⁶ Note sur CE 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, *op. cit.*, p 329.

¹⁴⁹⁷ On peut une nouvelle fois souligner qu'il n'est pas aisé de déterminer si "l'acte-règle" concerne l'objet ou le but des déclarations de volonté.

¹⁴⁹⁸ C-L Vier, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, *op. cit.*, pp 369 et 377.

¹⁴⁹⁹ G. Le Chatelier, concl sur CE 17 décembre 1993 *Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privés*, *op. cit.*, p 63 – C. Guettier adopte un raisonnement similaire concernant les conventions passées entre les caisses d'assurance maladie et les syndicats de médecin, cf *RDP* 2000, pp 344-345.

principalement le mode de formation de l'acte alors que l'expression "acte réglementaire négocié" fait davantage ressortir le contenu de celui-ci.

S'agissant de l'organisation des services publics entendue de manière générale, deux actes vont nous intéresser: l'acte de nomination de fonctionnaire et la concession de service public. On a pu voir que Léon Duguit refuse de considérer le premier comme un acte-union. Il est vrai que certains auteurs partagent son point de vue. Spyridon Flogaïtis estime notamment qu'en tant qu'acte-condition, la nomination de fonctionnaire ne peut en même temps recevoir la qualification d'acte-union¹⁵⁰⁰. Mais des auteurs intègrent cet acte dans cette dernière catégorie. Tel est le cas de Paul Duez et Guy Debeyre qui illustrent leurs développements sur l'acte-union en citant l'exemple de la nomination de fonctionnaire¹⁵⁰¹. De même, Marc Réglade estime que les critères relatifs à l'identité d'objet et à la différence de but sont bien réunis concernant cet acte. Il doit donc recevoir la qualification d'acte-union¹⁵⁰².

La doctrine se montre très hésitante à utiliser la notion d'acte-union en vue de qualifier la concession de service public. Cette dernière est, il est vrai, citée par Léon Duguit dans ses développements relatifs à cette catégorie particulière d'acte, mais il semble nécessaire de revenir sur son analyse. Après avoir souligné que "la concession de service public a le caractère d'une convention"¹⁵⁰³, il précise que celle-ci contient deux catégories de clauses: les clauses contractuelles et les clauses réglementaires. Or ce n'est qu'à propos de ces dernières qu'il affirme que "cette partie de la convention n'a rien de contractuel, il y a là une union, une Vereinbarung parfaitement caractérisée"¹⁵⁰⁴. André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé résumant donc de manière inexacte la position de Léon Duguit lorsqu'ils affirment que "Duguit n'hésitait pas à voir dans la concession de service public le type même de ce qu'il appelait l'« union »"¹⁵⁰⁵. En effet, ce n'est pas l'intégralité de la concession de service public qui reçoit la qualification d'acte-union mais uniquement la partie réglementaire¹⁵⁰⁶. Après avoir exposé la conception de Léon Duguit, ces trois

¹⁵⁰⁰ Selon S. Flogaïtis, les déclarations de volonté ne peuvent que créer un "statut spécial de caractère réglementaire" dans le cadre d'une union. A l'inverse, par un acte-condition, on se soumet à un statut réglementaire, *op. cit.*, p 234. La démonstration ne convainc pas car la plupart des auteurs considèrent que les notions d'union et d'acte-condition ne sont en rien antinomiques. A. Ghellal affirme par exemple à propos de l'acte-union qu'il "s'agit d'une forme spéciale d'acte-condition (...)", *op. cit.*, p 197. P. Duez et G. Debeyre vont dans le même sens, *op. cit.*, p 192.

¹⁵⁰¹ *Op. cit.*, p 194.

¹⁵⁰² *Op. cit.*, p 169.

¹⁵⁰³ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, p 420.

¹⁵⁰⁴ *Id.*, p 421.

¹⁵⁰⁵ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 106.

¹⁵⁰⁶ Ces clauses réglementaires forment, selon L. Duguit, "la loi du service concédé, mais elles sont établies en vertu d'une convention entre le concédant et le concessionnaire", *Traité de droit constitutionnel*, tome 3,

auteurs rejettent l'application de la notion d'acte-union pour la partie réglementaire de la concession de service public. Ils préfèrent lui appliquer la notion de "convention à effets réglementaires"¹⁵⁰⁷ car ils considèrent que l'appellation "d'acte-union" n'a jamais reçu aucune consécration en droit public interne¹⁵⁰⁸. On ignore si ces auteurs font référence à l'absence de consécration doctrinale ou jurisprudentielle. On pourrait être tenté d'affirmer que l'expression "convention à effets réglementaires" est plus précise que celle "d'acte-union" car elle met non seulement en évidence le mode de formation de l'acte mais aussi ses effets.

Enfin, et même si elle est considérée par de nombreux auteurs comme un acte de droit privé, il faut évoquer le cas de la convention collective de travail. Léon Duguit¹⁵⁰⁹ et Jean Brèthe¹⁵¹⁰ estiment qu'il s'agit d'un acte-union. Mais ce n'est pas l'avis de la majorité des auteurs qui ne font aucune référence à la notion particulière dans leur analyse de la convention collective. En outre, les développements de Léon Duguit soulignent une nouvelle fois la fragilité de la distinction du but et de l'objet entraînant du même coup une fragilisation de la notion même d'acte-union. En effet, les deux parties – dans le cadre d'une convention collective – "veulent une même chose: la naissance d'une règle générale, d'une véritable loi (...). Les parties sont déterminées par le même but: résoudre le conflit qui s'est élevé ou a failli s'élever entre employeurs et employés de la profession"¹⁵¹¹. Comme on peut le constater, le fait que les participants poursuivent un but identique n'empêche pas Léon Duguit de qualifier d'union l'acte en cause. Or si on s'attache à la démonstration de Marc Réglade, la poursuite de buts différents est une des caractéristiques principales de l'acte-union !

Il ressort de ces différents développements que certains actes administratifs unilatéraux négociés étudiés dans la première partie sont intégrés par une partie de la doctrine dans la catégorie de l'acte-union. Peut-on en déduire que cette dernière notion serait-elle en réalité plus appropriée pour qualifier ces actes spécifiques ?

op. cit., p 447. La lecture de ce troisième tome confirme que la qualification d'union ne concerne que les clauses réglementaires, cf notamment pp 446-447.

¹⁵⁰⁷ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 106.

¹⁵⁰⁸ *Id.*, pp 26 et 122.

¹⁵⁰⁹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, p 411.

¹⁵¹⁰ J. Brèthe, *De la nature juridique de la convention collective de travail*, thèse, Bordeaux, 1921, p 80.

¹⁵¹¹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, p 412.

Affirmer qu'une telle notion serait plus adéquate suppose que celle-ci soit non seulement définie de manière précise mais qu'elle revête aussi toutes les caractéristiques des actes administratifs unilatéraux négociés.

On peut affirmer dans un premier temps que certains auteurs ressentent apparemment une forme de malaise face à cette notion d'acte-union. Même si une partie de la doctrine a analysé cette dernière, de nombreux auteurs hésitent, en revanche, à la consacrer et à l'appliquer s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés. La position d'André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé est sans ambiguïté sur ce point¹⁵¹². Etienne Picard semble aller dans le même sens. Il préfère s'en tenir au concept de convention pour qualifier les actes relatifs à la libération des prix¹⁵¹³. En réalité, le terme de "convention" est très fréquemment utilisé pour qualifier les actes administratifs unilatéraux négociés. On le retrouve manière générale en matière d'administration économique¹⁵¹⁴, d'utilisation du domaine public et surtout pour désigner les actes relevant du domaine sanitaire et social. Ce terme de "convention" manque de précision car on ne s'attache qu'au mode de formation de l'acte. Le terme d'acte-union est-il réellement plus précis ?

Certes, de par la qualification d'"acte-union", on souligne non seulement qu'un accord est intervenu mais qu'il y a aussi identité d'objet et poursuite de buts différents. Or, on a démontré à plusieurs reprises que la doctrine ne distingue pas de manière suffisamment rigoureuse ces deux éléments. Cela signifie que les concepts d'acte-union et de convention sont en réalité synonymes. Seule l'existence d'un accord permet de les caractériser. Si on s'en tient à ce seul critère, on pourrait donc être tenté d'affirmer que la qualification d'acte administratif unilatéral négocié serait inutile car à partir du moment où un accord existe, il peut être incorporé dans ces catégories de l'acte-union ou de la convention. Mais l'acte-union ne comporte-t-il une caractéristique l'empêchant d'intégrer tous les actes administratifs unilatéraux négociés en son sein ?

Si on se réfère notamment aux propos de Léon Duguit, "les deux parties veulent une même chose: la naissance d'une règle générale, d'une véritable loi"¹⁵¹⁵ dans le cadre d'un acte-union. Ces différents éléments ne sont pas sans rappeler les caractéristiques de l'acte

¹⁵¹² Cf les développements de ces auteurs relatifs à la concession de service public et aux conventions à effets réglementaires précédemment cités.

¹⁵¹³ Ces actes de libération des prix doivent plus précisément être qualifiés de "convention de police" selon E. Picard, *La notion de police administrative*, tome 2, *op. cit.*, p 759.

¹⁵¹⁴ S'agissant des procédés contractuels d'administration économique, A. de Laubadère les qualifie de "contrat" dans la première édition de son *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1966, tome 3, n°832 et 897 alors que dans la seconde édition de ce même tome, ils sont intégrés dans la catégorie des conventions, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1971, tome 3, n°831 et ss.

¹⁵¹⁵ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, p 412.

réglementaire. Si on en conclut que tout acte-union est nécessairement réglementaire, il est dans ce cas impossible d'affirmer que cette notion englobe les différentes hypothèses d'actes administratifs unilatéraux négociés. Ces derniers peuvent en effet avoir un caractère non réglementaire. Ne pourrait-on pas malgré tout les considérer comme des actes-unions ?

Tout dépend en réalité de la manière dont on conçoit cette notion. Nous avons pu voir que des actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires pourraient, sous certaines réserves, être considérés comme des actes-condition. Or Léon Duguit estime notamment que les notions d'acte-union et d'acte-condition ne sont pas incompatibles¹⁵¹⁶. Pour d'autres auteurs tels Spyridon Flogaïtis, ces deux notions ne se recoupent pas. Il considère que, dans le cadre de la Vereinbarung ou union, les deux déclarations de volonté "créent un statut spécial de caractère réglementaire (...)"¹⁵¹⁷. Etant donné que l'aspect "création" est absent de tout acte-condition, ce dernier ne pourra être en même temps un acte-union. En revanche, si on s'en tient à la conception de Léon Duguit, de nombreux actes administratifs unilatéraux non réglementaires pourraient être intégrés dans cette catégorie de l'acte-union. Néanmoins, sa conception semble éminemment large et il est à mon sens préférable de s'en tenir à celle de Spirydon Flogaïtis. Mais dans ce cas, seuls les actes administratifs unilatéraux négociés réglementaires devraient être intégrés dans cette catégorie.

Il ressort de cette confrontation entre certaines catégories intermédiaires et les actes administratifs unilatéraux négociés que les seconds comportent des éléments très spécifiques. Ils ont néanmoins tendance à se rapprocher des actes-unions. A ce stade, il est cependant difficile d'affirmer que ces actes forment une catégorie juridique autonome. La comparaison avec les actes dits "mixtes" va-t-elle apporter des éclaircissements ? Rien n'est moins sûr.

¹⁵¹⁶ Lorsque deux volontés entrent en relation dans le cadre d'une union, nous avons, selon L. Duguit, "soit un acte-règle, soit un acte-condition", *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *op. cit.*, p 409.

¹⁵¹⁷ S. Flogaïtis,

Section 2

La combinaison d'éléments contractuels et réglementaires: le cas de l'acte mixte

Qu'entend-on exactement par l'association étroite d'éléments contractuels et réglementaires ? Alors même que plusieurs personnes interviennent, l'acte collectif est considéré par la doctrine comme devant être exclusivement rattaché à la catégorie de l'acte unilatéral et ce du fait notamment de l'absence d'accord. On ne peut à l'inverse être aussi catégorique s'agissant de l'acte-union et considérer que de par son caractère conventionnel, il dépend en réalité de la catégorie du contrat. L'intégration dans cette dernière catégorie est impossible car certains éléments font défaut. On peut dire qu'il est en réalité plus facile de rattacher des actes à la catégorie de l'acte unilatéral qu'à celle du contrat. La confrontation entre ces différentes catégories intermédiaires et les actes administratifs unilatéraux négociés n'est donc pas aisée. Mais certains actes associent à part quasi égale les éléments contractuels et réglementaires. L'acte mixte en est la principale illustration. Ses caractéristiques vont devoir être précisées (§ 1). Après avoir mis en avant les particularités d'un tel acte, il sera nécessaire de confronter cet acte mixte aux différentes hypothèses d'actes administratifs unilatéraux négociés (§ 2).

§ 1: Caractérisation de la notion d'acte mixte

L'analyse qui va suivre sera principalement basée sur la thèse d'Yves Madiot. Il ressort de ses développements que l'acte mixte peut prendre différentes formes (A). Mais de simples définitions ne suffisent pas. Il faut déterminer si cette notion peut être distinguée des catégories traditionnelles ainsi que des catégories intermédiaires (B).

A – Les différentes formes de l'acte mixte

Nous avons vu dans la première section que l'acte collectif n'a pas de caractère conventionnel. Il s'agit simplement d'une somme de déclarations unilatérales de volontés concordantes. On fait donc ressortir l'aspect unilatéral d'un tel acte. En revanche, l'acte-

union est bien une convention. Dans ce cas, et bien que la qualification contractuelle soit exclue, l'aspect conventionnel est bien marqué.

Serait-il possible de considérer qu'un même acte puisse cumuler des éléments contractuels et certaines des caractéristiques des actes unilatéraux ?

Comme l'a souligné Yves Madiot en 1971, l'expression "acte mixte" est relativement récente et seuls certains auteurs y font référence¹⁵¹⁸. A propos des incidences de la consultation sur la notion de décision administrative, Yves Weber affirme que "l'acte juridique unilatéral n'est plus, si l'on considère la réalité qu'un acte mixte. Formellement unilatéral, l'acte contient une règle de droit qui exprime un accord, un consentement réciproque de l'administration et des intéressés"¹⁵¹⁹. De même, André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé évoquent cette notion lorsqu'ils analysent la nature juridique des concessions de service public¹⁵²⁰. Cependant, seul Yves Madiot a effectué une analyse approfondie de l'acte mixte. Au premier abord, l'expression "acte mixte" semble relativement vague.

Le nouveau petit Robert définit l'adjectif "mixte" de la manière suivante: "qui est formé de plusieurs, de deux éléments de nature différente". Cette définition confère une certaine marge de manœuvre et peut en réalité convenir à des actes très divers. Entrerait par exemple dans cette catégorie un acte qui associe des éléments de droit privé et des éléments de droit public. De même serait un acte mixte "un acte administratif unilatéral conditionné par des éléments de droit privé ou ayant un contenu de droit privé"¹⁵²¹.

Une définition précise de l'acte mixte dépend donc des éléments pris en considération. Yves Madiot va prendre la décision administrative unilatérale et le contrat comme éléments de référence. Il considère ainsi que l'acte mixte "associe et incorpore, dans une synthèse particulière, les éléments de base des deux notions"¹⁵²². Il apporte ensuite quelques précisions et souligne que deux phases se succèdent. Il y a création dans une première phase "d'un véritable contrat par la rencontre de deux ou plusieurs volontés ayant, sinon des motifs, du moins des buts identiques. Cependant, les effets de ce contrat ne se déroulent pas uniquement entre les parties: c'est ici que se situe la seconde phase. Le

¹⁵¹⁸ A-M Le Pourhiet utilise cette expression pour qualifier l'ordonnance prise en application de l'article 38 de la Constitution. Elle souligne que "l'ordonnance est par nature un acte mixte, matériellement législatif et organiquement administratif", "Ordonnances: signature et nature", www.rajf.org/article.php3?id_article=13. Ce cas particulier de l'ordonnance ne sera pas évoqué dans ce premier paragraphe car aucun élément conventionnel ne la caractérise.

¹⁵¹⁹ Y. Weber, *L'administration consultative*, op. cit., p 294.

¹⁵²⁰ A de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, op. cit., p 104.

¹⁵²¹ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, op. cit., pp 24 et ss.

contrat intéresse directement les tiers (...). En d'autres termes, il produit de véritables effets réglementaires"¹⁵²³.

L'analyse peut surprendre car un décalage existe entre le point de départ de la démonstration et la conclusion. En effet, Yves Madiot tente d'unir les notions de décision administrative unilatérale et de contrat. Il parvient à la conclusion suivante: "l'acte mixte est un contrat (de droit privé ou de droit public) produisant des effets réglementaires"¹⁵²⁴. Comme on peut le constater, il ne raisonne pas par rapport à la notion de décision administrative unilatérale prise dans son ensemble mais uniquement par rapport à une catégorie particulière de décision: l'acte réglementaire.

Même si cet auteur tente au travers de cette définition d'associer les deux notions précitées, la liaison entre les deux n'est que partielle. Il dissocie en réalité la phase de formation de l'acte de celle relative aux effets de ce dernier. Certes, l'acte mixte se rapproche du contrat au niveau de son élaboration mais tel n'est pas le cas s'agissant de ses effets. Or, une telle affirmation est en contradiction avec les premières lignes de sa thèse car, selon lui, "l'acte mixte apparaîtrait (...) comme l'acte combinant des effets contractuels et des effets réglementaires"¹⁵²⁵. Ce terme "effet" peut sembler relativement ambigu. Pourtant, à en croire certains auteurs, le mot "effet" ne serait pas utilisé par hasard. Xavier Prétot évoque dans un de ses articles la décision du Conseil constitutionnel en date du 22 janvier 1990 précédemment analysée. Il affirme à propos de celle-ci que "le Conseil constitutionnel a précisé (...), que l'approbation de la convention confère à celle-ci non point des effets, mais un caractère réglementaire"¹⁵²⁶. Cependant, on ne doit pas accorder une importance excessive à ces différences de formulation car rien n'indique que le juge ait cherché à nettement distinguer le "caractère" des "effets". Ces deux éléments sont en réalité intimement liés. Ainsi, lorsqu'Yves Madiot donne une définition des clauses réglementaires au sein de l'acte mixte, il ne s'attache pas uniquement aux effets mais aussi au caractère intrinsèque de ces clauses. Ces clauses ont notamment pour objet de créer "au

¹⁵²² *Id.*, p 28.

¹⁵²³ *Ibid.*

¹⁵²⁴ *Id.*, p 29.

¹⁵²⁵ *Id.*, p 1. Il réitère cette affirmation lors de son analyse de l'accord passé entre l'Etat et les établissements d'enseignement privé. Il s'agit selon lui "d'un acte de nature complexe, d'un acte mixte associant étroitement des effets contractuels et des effets réglementaires", *id.*, p 204.

¹⁵²⁶ X. Prétot, "L'évolution du régime juridique des conventions médicales: du contrat doué d'effets réglementaires au règlement à élaboration concertée", *DS* 1997, p 849. Le 23^{ème} considérant de la décision du Conseil constitutionnel en date du 22 janvier 1990 est rédigé ainsi: "cette approbation a pour effet de conférer un caractère réglementaire aux stipulations de la convention (...)". L'arrêt du 9 octobre 1981 *Syndicat des médecins de la Haute-Loire et autres* contient quant à lui les termes suivants: les stipulations de la convention en cause se sont vu conférer par l'arrêté d'approbation, "les effets qui s'attachent aux dispositions réglementaires".

sein d'un rapport contractuel, une situation objective, dans le cadre de l'organisation ou du fonctionnement d'un service public"¹⁵²⁷. L'intégration de telles clauses au sein d'un contrat s'effectue notamment grâce à l'édition d'un acte administratif unilatéral d'approbation¹⁵²⁸. Dans d'autres hypothèses, il ne s'agit pas d'une intégration au sens strict d'éléments réglementaires mais d'une simple extension – là encore par l'intermédiaire d'un acte unilatéral – des effets de clauses réglementaires¹⁵²⁹.

Dans le cadre d'un acte mixte on se trouve certes face à une combinaison d'éléments "contractuels" et réglementaires mais il faut se demander si un véritable lien existe entre ceux-ci. Selon Yves Madiot, les éléments "contractuels" et réglementaires sont bien distincts dans le cadre de l'acte mixte. Cela apparaît clairement lorsqu'il évoque le problème de l'éventuelle dénaturation des clauses réglementaires lors de leur intégration dans le contrat. Les clauses relatives à "l'organisation et au fonctionnement d'un service public" "gardent leur nature réglementaire car les usagers, c'est-à-dire les tiers à l'acte, sont directement intéressés"¹⁵³⁰. Doit-on déduire de cette absence de dénaturation que les différentes clauses n'ont finalement aucun lien entre elles ?

Dans la deuxième partie de sa thèse, Yves Madiot esquisse une théorie générale de l'acte mixte et même si les termes employés diffèrent quelque peu, ils demeurent malgré tout relativement vagues. Il affirme en effet qu'"il existe une notion unique de l'acte mixte: c'est l'acte comprenant des éléments contractuels et réglementaires"¹⁵³¹. Le passage du terme "effet" à celui d'"élément" ne nous donne pas davantage de précisions sur cette notion d'acte mixte. Cet auteur souligne néanmoins que "l'élément réglementaire peut se manifester de deux façons différentes: par fusion ou par juxtaposition, c'est-à-dire par intégration au sein d'un contrat ou par extension des effets d'un acte de droit privé"¹⁵³². Il constate s'agissant des actes mixtes par fusion qu'"on est en présence, non pas d'une pluralité d'actes de nature différente, mais d'un seul acte de nature complexe"¹⁵³³. Cette affirmation ne vaut que pour les actes précités et non pour les actes mixtes par juxtaposition. Cela paraît logique étant donné qu'"on ne retrouve pas, comme dans l'acte

¹⁵²⁷ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, op. cit., p 230.

¹⁵²⁸ *Id.*, pp 234 et ss.

¹⁵²⁹ *Id.*, pp 209 et ss.

¹⁵³⁰ *Id.*, p 231.

¹⁵³¹ *Id.*, p 243.

¹⁵³² *Ibid.*

¹⁵³³ *Ibid.*

mixte par fusion, de phénomènes d'intégration"¹⁵³⁴. Il semble donc difficile de considérer qu'un acte mixte existe en tant que tel lorsque des éléments "contractuels" et réglementaires se trouvent simplement juxtaposés.

Un lien unit pourtant les différentes clauses. En quoi consiste plus précisément celui-ci ?

L'affirmation selon laquelle "la base de tous les actes mixtes repose sur le consentement des parties contractantes"¹⁵³⁵ est d'une grande importance. Ainsi, Yves Madiot démontre que l'autonomie de la volonté s'applique avec plus ou moins d'autorité dans les différents types d'actes mixtes¹⁵³⁶. L'élément conventionnel est à lui seul insuffisant. Il faut bien le rappeler, le consentement des différents intervenants ne transforme pas les clauses réglementaires en clauses contractuelles dans l'acte mixte. En outre, celui-ci est caractérisé par l'existence d'éléments réglementaires essentiels dont Yves Madiot reconnaît l'importance. Il constate que dans les deux catégories d'actes mixtes, "la volonté des parties, créatrice d'un contrat ou de dispositions contractuelles, se combine avec des techniques administratives: arrêté d'extension ou d'agrément, approbation"¹⁵³⁷. Sans l'intervention d'un tel acte unilatéral, l'acte ne peut donc être qualifié de mixte. Mais cet acte unilatéral n'a pas la même portée selon qu'on se situe dans le cadre de l'acte mixte par juxtaposition ou par fusion. Dans le premier cas, "l'absence d'intervention administrative ne rend pas invalide l'accord de droit privé, alors que dans le second, le refus d'approbation entraîne l'absence de force exécutoire de l'acte"¹⁵³⁸.

Faut-il déduire de ces différents développements qu'aucun des deux éléments "contractuel" ou réglementaire prédomine sur l'autre quant à la caractérisation de l'acte mixte ?

Selon Yves Madiot, "l'acte mixte marque une prédominance de l'élément contractuel"¹⁵³⁹. Même si cette affirmation repose sur plusieurs arguments¹⁵⁴⁰, elle n'en demeure pas moins excessive. Ainsi, par exemple, l'arrêté d'extension peut seul conférer un caractère réglementaire à l'acte car l'accord de volontés est impuissant sur ce point.

¹⁵³⁴ *Id.*, p 243. Une nouvelle fois, il souligne clairement la différence existante entre ces deux types d'actes mixtes dans la suite de sa thèse. Il affirme en effet que dans les actes mixtes par fusion, "les éléments contractuels et réglementaires sont intimement liés", *id.*, p 310.

¹⁵³⁵ *Id.*, p 239. Il réaffirme ce principe à diverses reprises. Il apparaît, selon lui, que "le rôle de la volonté est déterminant dans la conclusion de l'acte mixte et on pourrait être tenté d'en déduire qu'elle seule lui donne sa force obligatoire", *id.*, p 284.

¹⁵³⁶ *Id.*, pp 279 et ss.

¹⁵³⁷ *Id.*, p 284.

¹⁵³⁸ *Ibid.*

¹⁵³⁹ *Id.*, p 331.

¹⁵⁴⁰ Selon Y. Madiot, "l'impossibilité pour l'administration, d'abroger les dispositions réglementaires, les règles gouvernant l'application de la législation nouvelle, le rôle de la volonté privée dans l'acte mixte, ne peuvent s'expliquer que par la présence des éléments contractuels", *ibid.*

Après avoir dégagé les principales caractéristiques de l'acte mixte, il est intéressant de se demander si cette notion peut être dissociée des catégories intermédiaires consacrées par la doctrine.

B – L'acte mixte au regard des autres catégories intermédiaires

Du fait de l'établissement de liens au sein d'un même acte entre des éléments "contractuels" et réglementaires, on peut se demander si l'acte mixte ne devrait pas être rapproché de certaines catégories intermédiaires.

Yves Madiot a dû comparer l'acte mixte à une catégorie d'actes non évoquée dans la première section: il s'agit du quasi-contrat¹⁵⁴¹. Certes, il va refuser d'assimiler ces deux notions et démontrer que le quasi-contrat revêt en réalité une nature contractuelle. Cependant, la confrontation est intéressante.

Le Code civil consacre à l'article 1371¹⁵⁴² cette notion de quasi-contrat mais il n'existe pas de définition précise de celle-ci en droit public. M. Arrighi de Casanova, après avoir indiqué, s'agissant du quasi-contrat du plan, qu'il "n'a rien à voir avec le quasi-contrat du Code", précise que "deux manifestations de volontés sont en présence: celle de l'Etat et celle d'un industriel et elles s'expriment concomitamment"¹⁵⁴³. Cependant, cette définition demeure relativement vague et d'autres auteurs ont tenté de préciser cette notion. Francine Batailler démontre que le quasi-contrat du plan "possède une nature juridique hybride, alliant un élément consensuel à une forme d'acte unilatéral"¹⁵⁴⁴. Deux phases vont donc se succéder: la formation d'un accord de volontés suivi de l'édition d'un acte unilatéral¹⁵⁴⁵.

L'existence de ces deux phases n'empêche pas Yves Madiot de considérer que les critères classiques du contrat se retrouvent bel et bien dans le quasi-contrat. Il y a "accord de

¹⁵⁴¹ Ces actes n'ont pas fait l'objet, à l'instar des actes collectifs ou des actes-unions, de développements spécifiques et ce pour deux raisons. On va pouvoir se rendre compte que la doctrine est en proie à des difficultés pour définir précisément cette notion. En outre, et s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés, les auteurs n'ont utilisé cette expression "quasi-contrat" que dans une seule hypothèse. Il s'agit de l'administration économique et plus précisément des actes pris pour l'exécution du Plan. Au regard de ces différents éléments, il semblait peu pertinent de consacrer tout un paragraphe à cette notion.

¹⁵⁴² L'article 1371 du Code civil dispose que "Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties".

¹⁵⁴³ E. Arrighi de Casanova, "Les quasi-contrats du plan", *DS* 1965, p 341.

¹⁵⁴⁴ *Op. cit.*, p 380.

¹⁵⁴⁵ Y. Madiot synthétise très clairement ces opérations successives: "l'échange de lettres qui, concrètement, manifeste le quasi-contrat, donne naissance non pas à un contrat, mais à un acte administratif unilatéral qui déclenche l'application de certains avantages ou prévoit l'application éventuelle de certaines aides", *Aux*

volontés et création de situations juridiques subjectives"¹⁵⁴⁶. Cette conclusion ne convainc pas entièrement car cet auteur n'intègre pas, dans son raisonnement, le fait qu'un acte administratif unilatéral soit édicté postérieurement à l'accord.

L'examen précis des caractéristiques de cette notion révèle que le caractère unilatéral prédomine en réalité très clairement. En effet, si on se place au stade de l'accord, l'engagement de l'administration reste très vague. Il ne comporte en tant que tel aucune obligation juridique mais contient seulement, pour reprendre l'expression de Maryvonne Hecquard-Théron, une "promesse d'attitude préférentielle"¹⁵⁴⁷. Seule l'édition postérieure de l'acte unilatéral va donner à l'accord une réelle consistance. Elle peut donc en déduire que les mesures quasi-contractuelles "demeurent des techniques unilatérales (...)" et ne doivent être analysées "qu'en une forme déguisée, nouvelle, de l'action unilatérale"¹⁵⁴⁸.

Mais existe-t-il un lien entre cet accord et l'acte unilatéral précité ? La réponse semble négative si on s'appuie sur les propos de Maryvonne Hecquard-Théron. Elle considère que l'acte unilatéral est "totalement indépendant" de l'accord¹⁵⁴⁹. Selon Amine Ghellal, les écrits de Francine Batailler iraient dans le même sens car elle concevrait la nature hybride du quasi-contrat "comme comportant deux éléments distincts et séparés, deux "actes" qui sont édictés l'un après l'autre: l'élément accord de volontés et l'élément acte unilatéral"¹⁵⁵⁰. Néanmoins, cette interprétation n'apparaît pas totalement en phase avec l'analyse de Francine Batailler. Elle souligne en effet que "dans le cadre de la procédure du quasi-contrat (...) l'accord de volontés donne naissance à un acte administratif unilatéral"¹⁵⁵¹. Ce dernier acte découle de l'accord passé. On ne peut donc affirmer que cet auteur considère comme "distincts et séparés" les deux éléments en cause¹⁵⁵². La notion de quasi-contrat ne concerne que des actes bien déterminés. La doctrine a semble-t-il refusé de généraliser l'application d'une telle notion compte tenu de sa relative imprécision.

frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français, op. cit., p 254.

¹⁵⁴⁶ *Id.*, p 257.

¹⁵⁴⁷ *Op. cit.*, p 248.

¹⁵⁴⁸ *Id.*, p 250.

¹⁵⁴⁹ *Id.*, p 248.

¹⁵⁵⁰ *Op. cit.*, p 217.

¹⁵⁵¹ *Op. cit.*, p 384.

¹⁵⁵² De par cette conception restrictive du quasi-contrat, J-A Mazères est amené à distinguer les deux éléments. Il affirme que "le « quasi-contrat » n'aboutit même pas à attribuer par voie individuelle une situation légale ou réglementaire – ce qui correspond à l'idée de l'acte-condition, puisque justement ce n'est que par un acte unilatéral postérieur que cette situation est attribuée au particulier", "De quelques problèmes dominants de la planification française", *AJDA* 1968, p 217. L'expression "quasi-contrat" ne désigne selon cet auteur que l'accord passé et non l'ensemble formé par ce dernier et l'acte unilatéral postérieur.

Au regard des différentes caractéristiques évoquées – l'existence d'un accord et l'édition d'un acte administratif unilatéral – on peut se demander ce qui différencie les notions de quasi-contrat et d'acte mixte.

Yves Madiot résume dans un premier temps la thèse de José Maria Chillon Medina. Ce dernier assimilerait purement et simplement le quasi-contrat et l'acte mixte. Il souligne qu'un accord existe entre deux entités distinctes mais que cet accord n'a pas en lui-même de valeur juridique, il ne crée aucune obligation. Seul l'acte administratif unilatéral – qualifié d'acte-condition – pourra permettre l'application des textes en vigueur à la situation définie par les parties¹⁵⁵³. On peut donc en conclure que l'opération globale comprend "deux actes: l'accord de volontés et l'acte condition, se conditionnant mutuellement. C'est un acte complexe que M. Chillon Medina appelle un acte mixte"¹⁵⁵⁴. Pour Yves Madiot, cette conception est marquée par son manque d'unité car l'analyse de M. Chillon Medina "aboutit à créer un acte étrange, mi-accord de volontés et mi-unilatéral"¹⁵⁵⁵. Mais selon cette conception, le quasi-contrat se révèle-t-il fondamentalement différent de l'acte mixte caractérisé par Yves Madiot ?

Certains éléments tendraient à prouver que l'acte mixte ne peut être confondu avec le quasi-contrat. Ce dernier acte revêt les caractéristiques d'un acte-condition alors qu'une telle caractéristique, selon Yves Madiot, est inexistante s'agissant de l'acte mixte. Cet auteur affirme très nettement que "l'acte mixte doit être distingué (...) de cette catégorie d'actes appelés « actes conditions » (...). L'acte condition ne présente aucun effet réglementaire: il ne « crée » pas un statut"¹⁵⁵⁶.

Néanmoins, si l'acte mixte en tant que tel ne peut être rapproché de l'acte-condition, une de ses composantes peut dans certains cas recevoir cette qualification. S'agissant des "actes mixtes par intégration d'éléments réglementaires de droit public au sein d'un contrat" précédemment évoqués, Yves Madiot souligne que "c'est l'accord des parties qui détermine l'intégration au sein d'un contrat, d'un ensemble de clauses prévues par les lois et règlements. L'acte condition-accord permet d'appliquer à certaines personnes, parties à une convention, un statut réglementaire"¹⁵⁵⁷. Mais comment cet auteur peut-il, dans ce cas, affirmer que l'acte mixte ne peut être rapproché de l'acte-condition alors que l'accord qui le

¹⁵⁵³ Certes, sa conception est très proche de celle exposée ci-dessus par J-A Mazères mais elle n'est pas identique. Cet auteur refuse en effet de considérer l'acte administratif unilatéral émis par l'administration comme un acte-condition.

¹⁵⁵⁴ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, op. cit., p 255.

¹⁵⁵⁵ *Id.*, pp 255-256.

¹⁵⁵⁶ *Id.*, p 243.

constitue revêt ce caractère? Est-ce que cela signifierait qu'un acte-condition peut, dans le cadre de la théorie de l'acte mixte, se transformer en acte réglementaire ?

On ne peut avancer que l'acte unilatéral d'approbation opère une telle transformation. Yves Madiot démontre à plusieurs reprises qu'un tel acte ne peut avoir un tel effet. Une explication s'offre alors à nous. On pourrait considérer qu'Yves Madiot s'est trompé. Etant donné que le caractère réglementaire et la notion d'acte-condition sont selon lui antinomiques, "l'acte mixte par intégration d'éléments réglementaires de droit public au sein d'un contrat" ne peut avoir en partie un caractère réglementaire du fait de la présence d'un acte-condition. Cet auteur adopte en fait une conception trop restrictive de l'acte réglementaire. Un acte peut avoir des effets réglementaires sans que ces derniers soient créés par les différents intervenants. Ainsi, André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé appellent "conventions à conséquences réglementaires" certains accords de volontés spécifiques. Ce sont ceux "qui ont pour effet d'attribuer individuellement une situation réglementaire déjà créée (...) et qui, de ce fait, ne sont pas réellement « générateurs », « créateurs » d'obligations mais rentrent dans la catégorie des actes-condition"¹⁵⁵⁸. Cette définition permettrait d'expliquer le caractère apparemment contradictoire de l'analyse précitée¹⁵⁵⁹.

D'autres arguments permettent d'affirmer que l'acte mixte n'est pas fondamentalement différent du quasi-contrat. A l'instar du quasi-contrat, l'accord n'a pas en lui-même de valeur juridique dans certaines hypothèses d'actes mixtes. C'est le cas notamment pour les accords en matière d'actes mixtes par fusion. Pris isolément, ces accords n'ont pas force exécutoire. Seule l'intervention d'un acte administratif unilatéral peut leur conférer une telle force¹⁵⁶⁰. En outre, le manque d'unité de la notion de quasi-contrat soulignée par Yves Madiot pourrait aussi s'appliquer aux actes mixtes. En effet, on peut difficilement affirmer que cet auteur a démontré l'existence d'une unité et d'une réelle autonomie de l'acte mixte. Il ne peut véritablement se détacher de la distinction faite entre les actes mixtes par fusion et par juxtaposition. De même, on ne peut être totalement convaincu par sa conclusion de la deuxième partie qui commence par cette phrase "l'essai de synthèse

¹⁵⁵⁷ *Id.*, p 233.

¹⁵⁵⁸ A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 41.

¹⁵⁵⁹ Cette contradiction apparaît d'autant plus surprenante qu'Y. Madiot reconnaît l'absence d'antinomie entre les notions d'acte-condition et d'acte réglementaire. Il souligne, s'agissant des "actes mixtes par intégration d'éléments réglementaires de droit public au sein d'un contrat", que "l'intégration des clauses réglementaires se produit à la suite d'un accord s'analysant en un acte-condition", *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, *op. cit.*, p 232.

¹⁵⁶⁰ *Id.*, p 284.

que nous avons tenté a révélé l'autonomie de l'acte mixte¹⁵⁶¹. L'autonomie n'est que partielle car il ne parvient pas à dissocier complètement les actes mixtes des deux catégories traditionnelles que sont l'acte administratif unilatéral et le contrat. C'est surtout par rapport à cette dernière catégorie que le lien demeure très marqué¹⁵⁶².

Etant donné que l'acte mixte ne peut être clairement distingué du quasi-contrat, il est nécessaire de le comparer aux autres catégories intermédiaires consacrées par la doctrine.

On peut certes relever quelques points communs entre l'acte mixte et la notion d'acte collectif précédemment étudiée. La poursuite d'un but commun – caractéristique fondamentale de l'acte collectif – se retrouve dans certaines hypothèses d'actes mixtes selon Yves Madiot¹⁵⁶³. Il établit sur ce point un parallèle implicite avec la théorie de "l'institution" formulée par Maurice Hauriou. Ainsi, il constate que "les actes mixtes, par leur caractère de généralité, constituent de véritables « statuts légaux »"¹⁵⁶⁴.

On ne peut cependant considérer les deux notions comme synonymes car "l'opposition des intérêts est aussi fréquente (concession de service public, accords entre lotis et lotisseurs)"¹⁵⁶⁵. Il n'y a donc pas forcément identité de but. Un second élément confirme que la confrontation entre ces deux catégories d'actes est en réalité difficile et sans véritable pertinence. Les développements précédents font apparaître que le mode de formation de l'acte mixte et de l'acte collectif est totalement différent. Le premier résulte de la réunion, du concours de plusieurs déclarations de volontés unilatérales alors qu'un accord de volontés est à la base du second.

Il serait donc préférable de comparer l'acte mixte à l'acte-union dont on a dégagé les principales caractéristiques. L'analyse d'Yves Madiot est relativement brève sur ce point. Il s'attache principalement à démontrer que l'acte mixte doit être considéré comme un de ces "complexes juridiques"¹⁵⁶⁶. Une telle qualification a pour origine l'intégration des actes mixtes au sein de ce qu'on appelle les "actes complexes"¹⁵⁶⁷. Or, cette dernière notion manque singulièrement de précision et on ne peut que regretter l'absence de comparaison

¹⁵⁶¹ *Id.*, p 349.

¹⁵⁶² Il affirme que "le régime contractuel dominait la solution des problèmes posés par l'interprétation, l'application de la réglementation nouvelle ou l'abrogation des éléments réglementaires de l'acte mixte", *ibid.*

¹⁵⁶³ Il constate que "cette idée (la poursuite d'un même but) peut se retrouver dans l'acte mixte (la convention collective, par exemple)", *id.*, p 271.

¹⁵⁶⁴ *Id.*, p 326.

¹⁵⁶⁵ *Id.*, pp 271-272.

¹⁵⁶⁶ *Id.*, p 272. Cette expression s'inspire en réalité de la notion d'"acte complexe" évoquée par certains auteurs tels que G. Jèze, cf *Les principes généraux du droit administratif*, *op. cit.*, p 60.

¹⁵⁶⁷ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, *op. cit.*, p 272.

détaillée entre l'acte mixte et cette notion spécifique qu'est l'acte-union. Yves Madiot souligne simplement – en s'appuyant sur les propos de Léon Duguit – que le champ d'application de ces deux notions est identique. Ainsi, cet illustre auteur, "lorsqu'il étudie l'Union, donne comme exemple, la convention collective du travail"¹⁵⁶⁸ et Yves Madiot qualifie cette même convention d'acte mixte par juxtaposition¹⁵⁶⁹. Mais peut-on en conclure pour autant que les deux notions se recouvrent ?

Même s'ils ne font pas l'unanimité, rappelons que l'existence d'un accord de volontés, la présence d'un même objet et la poursuite de buts différents sont les trois éléments caractéristiques de l'acte-union. Mais il n'est pas utile de reprendre en détail chacun de ces éléments. Il suffit d'étudier le premier critère pour se rendre compte que l'acte-union et l'acte mixte ne peuvent être assimilés. Alors que dans le premier les volontés s'accordent dans un cadre extra-contractuel, un véritable contrat est à la base du second¹⁵⁷⁰.

Même si l'acte mixte partage de nombreux points communs avec le quasi-contrat, il ne peut être confondu avec les notions d'acte collectif ou d'acte-union. Il semble donc intéressant de le comparer aux actes administratifs unilatéraux négociés.

§ 2: Les actes administratifs unilatéraux négociés confrontés à la notion d'acte mixte

On constate que ces deux types d'actes sont dissociables sur le fond. Divers éléments empêchent de les assimiler (A). Néanmoins, on peut se demander si la consécration de tels actes n'aboutit pas aux mêmes conséquences (B).

A – Des actes dissociables sur le fond

Si on s'en tient aux seuls termes, on se rend compte que les expressions "acte mixte" et "acte administratif unilatéral négocié" sont bel et bien différentes. Mais est-ce que cela signifie pour autant que les actes concernés sont nécessairement distincts ?

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*

¹⁵⁶⁹ *Id.*, p 243.

¹⁵⁷⁰ Y. Madiot affirme qu'"il y a création d'un véritable contrat par la rencontre de deux ou plusieurs volontés ayant, sinon des motifs, du moins des buts identiques", *id.*, p 28. Cette définition du contrat est pour le moins surprenante car la poursuite de buts différents caractérise théoriquement le contrat. En outre, on peut se

L'analyse d'Yves Madiot révèle que certains actes mixtes sont aussi qualifiables d'actes administratifs unilatéraux négociés. Il affirme par exemple que le cahier des charges de la concession de service public, l'accord entre lotis et lotisseurs, la convention tarifaire passée entre les syndicats de médecins et les caisses de sécurité sociale "entrent dans le domaine des actes mixtes par fusion"¹⁵⁷¹. La convention collective de travail, la convention collective de sécurité sociale doivent quant à elles être qualifiées d'"actes mixtes par juxtaposition"¹⁵⁷².

Certes, la plupart de ces actes ont été étudiés dans la première partie mais on ne peut pour autant affirmer que l'appellation d'acte mixte doit être conférée à tous les actes administratifs unilatéraux négociés. En effet, nombre de ces actes ne sont pas cités par Yves Madiot comme des illustrations d'actes mixtes. Ainsi, les accords en matière de prix ne sont pas considérés comme des actes mixtes mais comme des "actes administratifs conditionnels"¹⁵⁷³. Après avoir indiqué que cette technique ne revêt pas un caractère réglementaire, il considère que le premier acte (l'accord) "précise les conditions posées par l'administration pour lever le blocage" et le second (l'arrêté ministériel) "donne effet à l'accord et il est subordonné aux conditions posées"¹⁵⁷⁴. A la lumière des arrêts rendus au début des années soixante-dix, ces affirmations peuvent surprendre mais il ne faut pas perdre de vue que les arrêts évoqués sont postérieurs à la soutenance de sa thèse. Il est néanmoins intéressant de se demander si la qualification d'acte mixte ne serait pas malgré tout susceptible de s'appliquer aux actes de libération des prix.

On pourrait être tenté de répondre positivement à cette question car les caractéristiques de l'acte mixte semblent apparemment réunies: un accord intervient entre deux entités distinctes et l'acte a un caractère réglementaire. Mais les apparences sont trompeuses. Alors que les accords sont toujours de nature contractuelle dans le cadre des actes mixtes, le juge ne qualifie à aucun moment de contrat les accords de libération des prix. En outre, le juge reconnaît que l'acte de libération des prix revêt dans son ensemble un caractère réglementaire. Or, on a pu voir que dans les actes mixtes, la nature contractuelle de certaines stipulations est conservée. Il faudrait donc en déduire que la notion d'acte mixte est totalement distincte des actes administratifs unilatéraux négociés. Yves Madiot souligne très succinctement au détour d'un paragraphe que ces deux notions ne sont pas

demander si Y. Madiot ne se contredit pas lorsqu'il affirme, comme on l'a vu ci-dessus, que l'opposition des intérêts est fréquente dans le cadre des actes mixtes.

¹⁵⁷¹ *Id.*, p 242.

¹⁵⁷² *Id.*, p 243.

¹⁵⁷³ *Id.*, p 265.

assimilables. Il refuse en effet la qualification contractuelle ou d'acte mixte s'agissant des contrats de stabilité, des contrats de programme. Il lui semble plus logique de considérer que "l'on est en présence d'actes administratifs unilatéraux à fondement contractuel"¹⁵⁷⁵. Cette dernière expression à l'instar de "l'acte administratif unilatéral négocié", permet de faire ressortir la nature principale de l'acte. Xavier Prétot utilise une expression très proche en vue de caractériser les conventions d'assurance chômage. De telles conventions constituent, selon lui, "plus que des actes mixtes des « actes réglementaires à élaboration contractuelle »"¹⁵⁷⁶.

De même, il rejette la qualification d'acte mixte au profit de celle d'"acte administratif unilatéral à fondement contractuel" s'agissant des agréments fiscaux. Il ne peut s'agir que d'un "acte administratif conditionnel, c'est-à-dire assorti d'une condition résolutoire qui est le non-respect des engagements souscrits par l'industriel ou le commerçant demandeur"¹⁵⁷⁷. Gérard Tournié considère, en revanche, que l'agrément fiscal "ne peut revêtir qu'une nature mixte"¹⁵⁷⁸. Cet agrément est un acte unilatéral car "il constitue l'acte de passation du contrat, c'est-à-dire la décision par laquelle l'administration donne son consentement" mais "il est aussi le contrat lui-même définissant, par approbation, les obligations du contribuable agréé (...)"¹⁵⁷⁹. On a pu voir dans la première partie que cette démonstration est contestable à plus d'un titre. En outre, cette "nature mixte" à laquelle renvoie Gérard Tournié semble différente de la notion d'acte mixte car l'agrément fiscal n'est composé d'aucun élément réglementaire.

Mais si l'acte mixte est distinct des actes administratifs unilatéraux négociés, comment peut-on expliquer que les conventions tarifaires entre les syndicats de médecins et les caisses de sécurité sociale, les conventions collectives notamment puissent recevoir cette double qualification ?

La faiblesse de la notion d'acte mixte réside dans l'étroitesse du lien existant entre cette notion et celle de contrat. En effet, à la base de tout acte mixte se trouve un acte de nature contractuelle. Comme on le sait, il n'est pas toujours aisé de distinguer un accord non contractuel d'un véritable contrat. Il n'est donc pas certain que l'accord en matière d'acte

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ *Id.*, p 327.

¹⁵⁷⁶ X. Prétot, "La nature juridique de la convention d'assurance chômage", *RDSS* 1986, p 541.

¹⁵⁷⁷ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, *op. cit.*, pp 261-262.

¹⁵⁷⁸ *Op. cit.*, p 251.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*

mixte soit bien un contrat. On peut remarquer qu'Yves Madiot évite (volontairement ?) d'utiliser le terme de "contrat" dans de nombreux développements. Lorsqu'il étudie les différentes techniques juridiques de formation de l'acte mixte, il se réfère fréquemment aux termes de "convention"¹⁵⁸⁰ ou d'"accord"¹⁵⁸¹ pour caractériser la première phase de l'acte mixte. Une confusion entre ces différents termes¹⁵⁸² tend à fragiliser les fondements de la notion d'acte mixte, mais comme on le verra dans la suite des développements, elle peut parfaitement s'expliquer.

Si on considère – malgré les hésitations d'Yves Madiot – qu'un contrat *stricto sensu* est bien à la base de tout acte mixte¹⁵⁸³, on peut émettre quelques réserves quant à l'intégration des conventions précitées dans la catégorie de l'acte mixte. On a en effet démontré dans les développements précédents que la qualification de contrat n'apparaît pas vraiment convaincante s'agissant notamment des accords à l'origine des conventions collectives, tarifaires, des concessions de service public.

Un examen attentif des actes administratifs unilatéraux négociés et de la notion d'acte mixte confirme l'existence d'un argument supplémentaire empêchant de les assimiler. L'acte mixte combine exclusivement, selon Yves Madiot, des éléments "contractuels" et réglementaires. Or, certains actes administratifs unilatéraux négociés n'ont pas un caractère réglementaire.

Tous les auteurs ne partagent pas cette conception de l'acte mixte. René Chapus, par exemple, adopte une définition plus large de cette notion qu'il caractérise de la manière suivante: "il peut arriver qu'un acte soit, pour partie réglementaire (ou unilatéral), et pour partie contractuel, et mérite ainsi pleinement la qualification d'acte mixte"¹⁵⁸⁴. On peut déduire de cette définition que l'acte peut être pour partie "unilatéral" sans être pour autant réglementaire. Cela signifie donc qu'il pourrait avoir un caractère non réglementaire tout comme certains actes administratifs unilatéraux négociés. Malheureusement, aucun exemple ne vient confirmer cette affirmation. René Chapus ne cite que des exemples

¹⁵⁸⁰ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, op. cit., pp 221 et ss.

¹⁵⁸¹ *Id.*, pp 233 et ss.

¹⁵⁸² Ces confusions apparaissent dans d'autres développements. Ainsi, l'expression précédemment évoquée "d'actes administratifs unilatéraux à fondement contractuel" apparaît trompeuse et plus précisément le dernier mot. En effet, la nature contractuelle n'ayant pas été conférée à ces accords relevant du domaine de l'administration économique, il serait plus juste d'utiliser l'expression "actes administratifs unilatéraux à fondement conventionnel".

¹⁵⁸³ J-D. Dreyfus rappelle dans sa thèse les caractéristiques de l'acte mixte dégagées par Y. Madiot. Il souligne notamment qu'un contrat et non une simple convention est bien à la base de l'acte mixte, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, Paris, L'harmattan, 1997, pp 356 et ss.

¹⁵⁸⁴ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, op. cit., p 496.

d'actes mixtes combinant des éléments réglementaires et "contractuels". Il semble donc préférable de s'en tenir à la conception de l'acte mixte dégagée par Yves Madiot.

Si on s'attache à leurs caractéristiques intrinsèques, l'acte mixte et les actes administratifs unilatéraux négociés ne peuvent être confondus. Cependant, les conséquences de ces actes au regard de la distinction traditionnelle entre l'acte unilatéral et le contrat ne sont-elles pas similaires ?

B – Des actes aux conséquences similaires ?

Tout comme les actes administratifs unilatéraux négociés, l'acte mixte n'altère pas véritablement la notion de contrat (1). Néanmoins, il apparaît qu'à la différence des actes administratifs unilatéraux négociés, la notion d'acte mixte favorise l'éclatement des actes (2).

1 – L'absence d'atteinte à la notion de contrat

La notion d'acte mixte est, au final, beaucoup plus difficile à caractériser que les actes administratifs unilatéraux négociés. On ne parvient pas à déterminer si l'acte mixte n'est qu'un regroupement d'actes de natures différentes ou bien si un acte spécifique naît de ce regroupement.

Face à ces doutes, il est difficile d'affirmer que l'acte mixte porte atteinte à cette catégorie du contrat. Yves Madiot démontre pourtant que cette notion est altérée¹⁵⁸⁵. Voyons malgré tout sur quels éléments s'appuie cet auteur pour étayer son argumentation.

Comme on l'a souligné, à la base de tout acte mixte se trouve un accord de volontés et cet élément "contractuel" prédomine selon Yves Madiot. Mais il faut bien voir que toute son analyse est centrée sur la distinction des éléments "contractuels" et réglementaires. Or à aucun moment, ceux-ci ne se confondent. Cet auteur souligne à plusieurs reprises que

¹⁵⁸⁵ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, op. cit., pp 323 et ss.

l'accord des parties, de manière générale, n'opère pas en lui-même une transformation de la nature juridique des éléments réglementaires¹⁵⁸⁶.

En sens inverse, est-ce que les éléments réglementaires ont pour effet de dénaturer la nature contractuelle des stipulations ?

S'agissant des actes mixtes résultant d'une extension de clauses réglementaires de droit privé¹⁵⁸⁷, Yves Madiot constate que suite à l'extension, "l'acte juridique contient nettement deux parties: une partie contractuelle et une partie réglementaire"¹⁵⁸⁸. Pour les actes mixtes formés par intégration d'éléments réglementaires de droit public au sein d'un contrat¹⁵⁸⁹, l'approbation joue dans certains cas un rôle essentiel au niveau de la formation de l'acte. En revanche, elle ne transforme pas les éléments "contractuels" en éléments réglementaires. Yves Madiot manifeste pourtant une certaine hésitation concernant cette seconde catégorie d'actes mixtes. Il relève en effet dans l'arrêt *Picard*¹⁵⁹⁰ du 23 février 1968 que la présence d'une seule clause réglementaire "transforme l'ensemble de l'acte"¹⁵⁹¹ mais refuse cependant de considérer qu'une telle solution s'applique à tous les actes mixtes¹⁵⁹².

Si on s'attache aux clauses prises indépendamment, le principe de l'effet relatif des contrats n'est aucunement atteint car les clauses contractuelles ne concernent que les parties. Seule la partie réglementaire s'applique à des personnes n'ayant pas participé à son élaboration.

Mais il faut bien voir que même si les deux types de clauses sont distinctes, l'environnement de l'acte mixte pris dans son ensemble est en tout état de cause réglementaire. En effet, l'intérêt principal de cet acte réside dans la mise en place par voie contractuelle d'une réglementation qui dépasse le cadre des parties. Or, comme on l'a démontré, le contrat et le règlement ne sont pas réellement compatibles.

Yves Madiot a sans aucun doute perçu cette incompatibilité. Cela se ressent dans sa démonstration. Il démontre certes qu'un acte mixte a nécessairement pour origine un

¹⁵⁸⁶ Y. Madiot affirme s'agissant notamment des accords passés entre l'Etat et les établissements d'enseignement privé mais aussi des concessions de service public que "l'accord des partis est impuissant à opérer la transformation de la nature juridique de la formule-type: elle possède et elle garde une nature réglementaire", *id.*, p 203. De même, lorsque les clauses "sont liées à l'organisation ou au fonctionnement d'une service public, elle gardent leur nature réglementaire", *id.*, p 231, alors même qu'un accord de volontés existe.

¹⁵⁸⁷ Il inclut dans la suite des développements ces différents actes dans la catégorie "des actes mixtes par juxtaposition", cf notamment pp 243 et ss.

¹⁵⁸⁸ *Id.*, p 222.

¹⁵⁸⁹ Il s'agit dans ce cas des actes mixtes par fusion, cf notamment pp 242 et ss.

¹⁵⁹⁰ *Op. cit.*

¹⁵⁹¹ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, *op. cit.*, p 245.

contrat et que les éléments réglementaires ne dénaturent pas les clauses contractuelles. Mais il se demande, dans les dernières pages de sa thèse, si on peut "toujours parler de contrat ?". Et voici sa réponse: "il ne le semble pas car on est en présence d'accords de volonté ayant pour objet de mettre en place une réglementation qui dépasse le cadre des parties"¹⁵⁹³. Le fait de ne plus rattacher ces actes à la catégorie des contrats semble être la conséquence de la non application du principe de l'effet relatif¹⁵⁹⁴. Dans la suite des développements il indique les raisons d'une telle "dégradation" de la notion de contrat. Le droit français n'a pas, selon lui, "intégré le phénomène collectif"¹⁵⁹⁵. De plus, "la notion d'intérêt général a subi une mutation extrêmement profonde"¹⁵⁹⁶. Enfin, "les actes mixtes, par leur caractère de généralité, constituent de véritables « statuts légaux »"¹⁵⁹⁷. Certains des arguments cités s'appliquent, il est vrai, aux actes administratifs unilatéraux négociés. Cependant, peut-on dire que le degré d'altération de la notion de contrat est le même selon que l'on se place dans le cadre de l'acte mixte ou des actes administratifs unilatéraux négociés ?

La notion de contrat est atteinte de manière frontale dans la première hypothèse car Yves Madiot considère, tout du moins au début de son analyse, que l'acte mixte est notamment composé d'un contrat. Certes, on pourrait évoquer l'analyse de Jean-Claude Douence qui, dans un de ses articles¹⁵⁹⁸, soutient que "toutes les conventions entre personnes publiques se présentent comme des « actes mixtes » de forme contractuelle et de contenu réglementaire"¹⁵⁹⁹. En utilisant l'expression "forme contractuelle", Jean-Claude Douence souligne que l'acte à la base de l'acte mixte ne possède qu'un des éléments du contrat à savoir l'accord de volontés. Il ne s'agirait donc pas d'un contrat *stricto sensu*. Mais cette conception a été critiquée par Jean-David Dreyfus¹⁶⁰⁰.

L'analyse est tout aussi délicate s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés car les auteurs ne parviennent pas à s'accorder sur la nature de l'accord passé entre les

¹⁵⁹² *Ibid.*

¹⁵⁹³ *Id.*, p 325.

¹⁵⁹⁴ Un tel raisonnement confirme les propos suivants de M. Planiol: "dès qu'on s'écarte de l'effet relatif des contrats, caractère fondamental en droit privé, on ébranle l'idée même du contrat", *Traité élémentaire de droit civil – Obligations, contrats, sûretés réelles*, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, 1952, n°82.

¹⁵⁹⁵ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, *op. cit.*, p 324.

¹⁵⁹⁶ *Id.*, p 325.

¹⁵⁹⁷ *Id.*, p 326.

¹⁵⁹⁸ J-C. Douence, "Les conventions entre personnes publiques", *op. cit.*, pp 113 et ss.

¹⁵⁹⁹ *Id.*, p 120.

¹⁶⁰⁰ La conception de l'acte mixte dégagée par Y. Madiot serait dénaturée par certains auteurs dont J-C Douence si on en croit les propos de J-D Dreyfus. Ce dernier résume les propos de J-C Douence en ces termes: "les conventions entre personnes publiques ne sont pas des actes mixtes mais des actes

différents intervenants. René Chapus affirme par exemple que certaines des conventions conclues sont bien des contrats¹⁶⁰¹. En revanche, Raphaël Romi, dans son article "La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux"¹⁶⁰², n'utilise à aucun moment le terme de "contrat" pour qualifier l'accord. Il emploie uniquement le terme de "convention" ou l'expression "actes négociés". Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que le contenu des normes posées par les actes administratifs unilatéraux négociés n'est en rien comparable à celui du contrat.

De là à conclure que la notion de contrat est plus gravement atteinte par l'acte mixte que par les actes administratifs unilatéraux négociés, il n'y a qu'un pas.

Mais si on se place sur un autre plan, cette affirmation doit être relativisée. Jusqu'à une certaine époque, le régime contentieux de l'acte mixte pouvait être considéré comme relativement homogène tout du moins en ce qui concerne le contentieux administratif. Par exemple, "le cahier des charges d'une concession de service n'a pas un régime différent de celui de l'ensemble des contrats administratifs, en ce sens qu'il est insusceptible d'être critiqué par la voie du recours pour excès de pouvoir"¹⁶⁰³ et ce alors même que certaines de ses dispositions ont un caractère réglementaire. Franck Moderne a déduit de cette constatation qu'un tel cahier des charges "est, en quelque sorte, doublement mixte: non seulement parce qu'il comporte des clauses contractuelles authentiques mais aussi parce qu'il maintient, pour les clauses réglementaires, certains principes d'ordre « contractuel », notamment celui de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir"¹⁶⁰⁴. Au moment où Yves Madiot et Franck Moderne ont écrit ces lignes, le juge administratif refusait d'admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des dispositions à caractère réglementaire de ces actes. Il n'y a qu'une seule explication à ce refus selon Franck Moderne: ces dispositions "sont intégrées dans un acte globalement « contractuel »"¹⁶⁰⁵. Le même argument semble pouvoir être déduit *a contrario* des propos suivants du Commissaire du gouvernement Olivier Dutheillet de Lamothe: "vous n'avez

réglementaires, faute de contenir de véritables stipulations contractuelles", *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, *op. cit.*, p 358.

¹⁶⁰¹ Il distingue trois jurisprudences. La première concerne les accords en matière de prix, la deuxième intéresse les conventions entre caisses nationales et syndicats de praticiens. La troisième est relative aux conventions d'organisation d'un service public notamment. Dans la première, aucun contrat n'est conclu mais "s'agissant des deux autres, et surtout de la troisième, la situation est plus complexe, car il y a bien eu des contrats", *Droit administratif général*, tome 1, *op. cit.*, p 496.

¹⁶⁰² *Op. cit.*, pp 9 et ss.

¹⁶⁰³ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, *op. cit.*, p 333.

¹⁶⁰⁴ F. Moderne, "Les arrêts et le contentieux de la concession de service public", *RFDA* 1987, p 18.

¹⁶⁰⁵ *Id.*, p 17. On a cependant pu constater dans les développements précédents que cette prédominance du caractère contractuel devait être relativisée.

admis la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un cahier des charges que (...) lorsqu'il s'agissait d'un cahier des charges fixé de façon unilatérale"¹⁶⁰⁶.

On en revient donc au constat fait par Yves Madiot selon lequel l'aspect contractuel prédomine dans un acte mixte. Si on en croît cette analyse, tant que le recours pour excès de pouvoir n'est pas déclaré recevable à l'encontre des "clauses" réglementaires, l'acte conserve son caractère "globalement « contractuel »". A l'instar des actes administratifs unilatéraux négociés, l'acte mixte n'altérerait pas irrémédiablement la notion de contrat.

2 – L'acte mixte: une notion favorisant l'éclatement des actes ?

Il apparaît que des liens très étroits existent entre les différentes composantes des actes administratifs unilatéraux négociés.

Il semble en être de même si on se réfère à l'analyse d'Yves Madiot. En effet, il souligne notamment que les litiges relatifs aux clauses de l'acte relèvent, et ce quelle que soit la nature de celles-ci, du juge de plein contentieux.

S'agissant d'un acte qu'Yves Madiot considérerait comme un acte mixte, le Conseil d'Etat admet cependant, dans l'arrêt *Cayzeele* en date du 10 juillet 1996¹⁶⁰⁷, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des clauses réglementaires d'un acte contenant aussi des clauses contractuelles.

Selon Jacques Petit, les clauses considérées sont certes réglementaires mais si on s'en tient à la conception classique de l'acte unilatéral, elles ne peuvent entrer dans cette catégorie. En effet, elles procèdent "de l'accord des volontés des parties; elles sont une convention, non un acte unilatéral". Or, selon la jurisprudence classique, "le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre les actes unilatéraux"¹⁶⁰⁸. Cet auteur ne se contente pas

¹⁶⁰⁶ O. Dutheillet de Lamothe, concl sur CE 16 avril 1986 *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres*, RDP 1986, p 858. Dans cette espèce, le cahier des charges ne se présente pas, selon le Commissaire du gouvernement, "comme un acte unilatéral imposé par l'Etat mais comme un acte contractuel, comme l'un des éléments du contrat de concession". Un tel acte "ne relève donc pas de votre compétence (celle du Conseil d'Etat) en premier et dernier ressort". Une nouvelle fois, on peut regretter l'existence d'une confusion entre le caractère réglementaire et la nature unilatérale. En effet, la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat ne dépend pas de la nature unilatérale de l'acte mais de son caractère réglementaire. Au début de son analyse, O. Dutheillet de Lamothe pose d'ailleurs la question en ces termes: "s'agit-il d'un acte contractuel qui relève, comme le contrat lui-même, de la compétence en premier ressort du tribunal administratif de Paris ? Ou s'agit-il d'un acte réglementaire, détachable du contrat, qui relèverait de votre compétence en premier et dernier ressort ?", p 857.

¹⁶⁰⁷ *Op. cit.*

¹⁶⁰⁸ J. Petit, note sur CE 10 juillet 1996 *Cayzeele*, *op. cit.*, p 203.

d'affirmer comme le fait Franck Moderne que l'acte est "globalement contractuel". Il fait observer que les clauses réglementaires prises en tant que telles "sont une convention" mais non un contrat. Jacques Petit admet que l'existence d'un concours de volontés ne fait pas obstacle à sa qualification d'acte unilatéral¹⁶⁰⁹.

Cet auteur adopte donc une conception large de l'acte unilatéral mais tel n'est pas le cas de Pierre Delvolvé. Ce dernier, à l'occasion d'un commentaire sur l'arrêt du 10 juillet 1996 *Cayzeele*, dégage les caractéristiques des clauses réglementaires. Selon lui, "le caractère unilatéral disparaît pour les articles d'un contrat dont l'adoption et l'autorité résultent de l'accord de volontés entre les parties qui l'ont conclu: formellement ils sont contractuels. Cela n'empêche que la portée de certains d'eux au moins dépasse les parties contractantes (...): matériellement, ils sont réglementaires"¹⁶¹⁰. L'existence d'un accord de volontés constitue un obstacle à la qualification d'acte unilatéral selon Pierre Delvolvé. Mais afin d'éviter toute confusion, l'usage du terme "conventionnel" aurait été préférable à celui de "contractuel" car les clauses réglementaires ne sont pas des contrats. Delphine Costa se montre quant à elle plus timorée dans ses propos. Elle estime que de telles clauses "s'interposent entre les contrats et les actes unilatéraux réglementaires"¹⁶¹¹.

L'analyse de Patrick Wachsmann résume à elle seule tout l'embaras de la doctrine face à cet arrêt *Cayzeele*. Dans ce dernier, le juge "fait sortir de la masse contractuelle les éléments unilatéraux qu'elle contient: ceux-ci seront assimilés à des règlements, y compris quant à la recevabilité à leur encontre du recours pour excès de pouvoir, sans perdre pour autant leur nature contractuelle"¹⁶¹². L'analyse apparaît très ambiguë car comment admettre que des actes puissent être unilatéraux tout en conservant en même temps une nature contractuelle. Un même acte ne peut recevoir simultanément ces deux qualifications.

La doctrine a du mal à s'accorder. Cette difficulté trouve sa source dans la relative imprécision rédactionnelle des arrêts du 10 juillet 1996 *Cayzeele* et du 30 octobre 1996 *Mme Wajs et M. Monnier*. Même si les affirmations de Jacques Petit semblent les plus convaincantes, il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit d'une simple déduction. Aucun des arrêts précités ne précise que l'acte réglementaire en cause rentre dans la catégorie des

¹⁶⁰⁹ J. Petit se fonde sur la doctrine pour affirmer "qu'est unilatéral l'acte qui produit des effets de droit sur des personnes qui n'ont pas participé à son édicton, lors même que cet acte procéderait du concours de plusieurs volontés: c'est exactement le cas des clauses réglementaires envisagées.", *ibid*. On se rapproche dans ce cas de l'acte administratif unilatéral négocié.

¹⁶¹⁰ P. Delvolvé, note sur CE 10 juillet 1996 *Cayzeele*, *op. cit.*, p 92.

¹⁶¹¹ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p 285.

actes unilatéraux. Mais, déduire de ces arrêts que les clauses réglementaires sont des actes unilatéraux permet d'affirmer que la notion d'acte unilatéral n'est que très superficiellement altérée par la notion d'acte mixte. En effet, pour la partie réglementaire, le régime contentieux de l'acte unilatéral s'applique alors que pour la partie "contractuelle", les règles contentieuses relatives au contrat seront applicables.

On en vient de ce fait à se demander si ces arrêts rendus en 1996 n'ont pas du même coup porté un coup fatal à la notion d'acte mixte. Tel est l'avis d'Olivier Gohin. Ce dernier estime que la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires "signifie la mort de la notion d'acte « mixte »"¹⁶¹³. De par l'admission d'un tel recours, l'acte n'est plus mixte, "il est double; il y a le contrat et un acte unilatéral, au moins, placé à la périphérie du contrat"¹⁶¹⁴. Du fait de cette distinction clairement établie entre les éléments contractuels et réglementaires, il n'y a plus véritablement de liens entre ces deux types de "clauses". Elles seraient fictivement regroupées au sein d'un acte.

Il n'est pas certain que l'acte mixte puisse, dans ce cas, être considéré comme une catégorie autonome. La thèse d'Yves Madiot le confirme implicitement. En effet, aucune affirmation nette et claire ne se dégage des dernières pages de sa thèse quant à la consécration d'une nouvelle catégorie à côté de l'acte unilatéral et du contrat. Il affirme dans la conclusion de la deuxième partie et la conclusion générale, que les catégories traditionnelles sont inadaptées dans certaines hypothèses. L'acte mixte met donc "en valeur cette situation et permet de proposer une solution de remplacement"¹⁶¹⁵. Mais on ne peut considérer l'acte mixte comme une solution de substitution que si cette notion est suffisamment autonome par rapport aux deux types d'actes précités. Une telle autonomie existe selon Yves Madiot¹⁶¹⁶. Mais on peut observer qu'il analyse, tout au long de sa thèse, l'acte mixte par rapport aux catégories traditionnelles.

Deux constats s'imposent donc au terme de ce développement.

Qualifier les actes administratifs unilatéraux négociés d'actes mixtes ne permettrait pas d'affirmer que les actes objets de notre étude forment une catégorie autonome.

¹⁶¹² P. Wachsmann, "La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats. Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*", *RFDA* 2006, p 27.

¹⁶¹³ O. Gohin, "Le renouveau de la détachabilité des dispositifs unilatéraux", *Droit et Patrimoine* 2005, n°141, p 54.

¹⁶¹⁴ *Ibid.*

¹⁶¹⁵ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, op. cit., p 350.

¹⁶¹⁶ Cette autonomie apparaît selon lui "à plusieurs niveaux; c'est, tout d'abord, par rapport au contrat qu'on peut en juger (...). C'est aussi une autonomie par rapport à l'acte administratif unilatéral", *id.*, p 349.

En outre, il serait juridiquement inexact de les qualifier ainsi car ils se distinguent de l'acte mixte sur de nombreux plans, que ce soit au niveau du champ d'application ou de leurs caractéristiques intrinsèques. Mais surtout, lors de l'analyse des actes administratifs unilatéraux négociés, nous avons envisagé ces derniers dans leur globalité. Chacune de leurs dispositions forment un tout ce qui ne semble pas être le cas de l'acte mixte.

Ces caractéristiques peuvent-elles suffire à conférer aux actes administratifs unilatéraux négociés une certaine autonomie par rapport aux catégories traditionnelles ? Rien n'est moins sûr.

Conclusion du chapitre premier

Les actes administratifs unilatéraux négociés, et cela constitue un paradoxe, ont très peu de points communs avec les actes appartenant à des catégories intermédiaires dont l'unilatéralité est très marquée. Ainsi, et à la différence de l'acte collectif, on ne retrouve pas dans la plupart des actes administratifs unilatéraux négociés ces deux critères que sont: le concours de volontés et la poursuite d'un but commun. Ces actes unilatéraux spécifiques se rapprocheraient en réalité de certains actes dont le caractère conventionnel est davantage marqué. Un accord de volontés intervient lors de sa formation comme pour l'acte union et l'acte mixte. De plus, les participants ont, dans tous les cas, des intérêts différents¹⁶¹⁷.

Les actes administratifs unilatéraux négociés ont certes de nombreux points communs avec ces catégories intermédiaires mais il résulte de ces confrontations que les actes objets de notre étude ne peuvent être intégrés dans l'une de ces catégories. Même si une telle intégration était possible, cela ne serait pas suffisamment pour affirmer que les actes administratifs unilatéraux négociés constituent une catégorie autonome. En effet, les catégories intermédiaires ne sont pas totalement dissociables de l'acte unilatéral et du contrat. Ainsi, l'acte collectif, l'acte-union, l'acte mixte, possèdent au moins – s'agissant de leurs caractéristiques intrinsèques – un point commun avec l'une des deux catégories précitées. Cette remarque vaut bien entendu pour les actes administratifs unilatéraux négociés. Doit-on terminer l'analyse et conclure que ces derniers ne peuvent être considérés comme formant une troisième catégorie à côté de l'acte administratif unilatéral et du contrat ? Certains éléments tendent à confirmer l'absence d'autonomie des actes administratifs unilatéraux négociés et notamment leur régime juridique.

¹⁶¹⁷ Les propos d'Y. Madiot sont néanmoins nuancés s'agissant des actes mixtes. Il affirme, à l'occasion d'une comparaison entre ces derniers et l'acte collectif que "les volontés concourantes poursuivent le même but et sont solidaires les unes des autres: cette idée peut se retrouver dans l'acte mixtes, mais l'opposition des intérêts est aussi fréquente", *id.*, p 271.

CHAPITRE SECOND

L'ABSENCE DE RECONNAISSANCE D'UNE TROISIÈME CATÉGORIE D'ACTES

Démontrer que les actes administratifs unilatéraux négociés ne peuvent être assimilés à des actes collectifs, des actes-unions ou des actes collectifs ne suffit pas pour affirmer qu'ils constituent à eux-seuls une catégorie juridique autonome. L'étude de leur régime juridique semble nécessaire. Comme l'affirme à juste titre Jean-Louis Bergel, "il y a entre les différentes catégories juridiques, des différences de nature qui entraînent entre elles des différences de régime"¹⁶¹⁸. De même, selon François Terré, par l'intermédiaire des catégories juridiques, s'établit "une relation d'ordre logique entre la détermination de ce qu'on appelle la nature juridique (d'un bien d'un acte, ...) et le régime juridique qui en découle"¹⁶¹⁹.

Comme on va pouvoir s'en rendre compte, le régime juridique des actes administratifs unilatéraux négociés n'a pour ainsi dire aucune spécificité (Section 1). Les régimes de l'acte administratif unilatéral et du contrat vont en effet s'appliquer. Il en résulte donc que leur nature juridique n'aurait rien d'original. Mais alors, est-ce que cela signifie qu'il ne peut exister que deux catégories d'actes, que la structure du droit administratif est vouée à demeurer binaire? (Section 2).

Section 1

Des actes dotés d'un régime juridique aux spécificités limitées

En droit, on oppose traditionnellement la "notion" au "régime" mais il est important de préciser ce que recouvre exactement ce dernier terme. Sur le plan de la théorie générale, le régime juridique désigne, selon Gérard Cornu, un "système de règles, considéré comme un tout, soit en tant qu'il regroupe l'ensemble des règles relatives à une matière, soit en raison de la finalité à laquelle sont ordonnées les règles". Pour ce même

¹⁶¹⁸ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p 121.

¹⁶¹⁹ F. Terré, *Introduction générale au droit*, op. cit., pp 321-322.

auteur et plus banalement, on parle aussi de régime juridique afin de désigner les "règles de droit auxquelles est soumis un acte ou un bien"¹⁶²⁰. Même si on ne peut le reprocher à Gérard Cornu, ces définitions restent relativement vagues. Nous n'avons pas la prétention de vouloir donner des définitions plus complètes de l'expression "régime juridique". Il est cependant possible de déterminer quelles sont les différentes "règles" auxquelles renvoient les écrits de Gérard Cornu. Au moment de l'élaboration d'un acte juridique, les personnes doivent notamment respecter certaines règles d'origine jurisprudentielle ou textuelle. L'application de celles-ci s'imposent aussi lors des phases postérieures telles que la modification ou la disparition de l'acte. Ces règles diffèrent selon que l'acte est de nature unilatérale ou contractuelle mais en est-il de même s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés ? (§ 1). Les auteurs semblent considérer que le régime juridique d'un acte englobe uniquement les règles relatives à la formation, la modification et la disparition¹⁶²¹. Or en cas de litige, des règles contentieuses, dont le contenu varie en fonction de la nature de l'acte, vont aussi s'appliquer. Ainsi, par exemple, le juge de l'excès de pouvoir sera compétent pour statuer sur la légalité d'un acte administratif unilatéral, alors que le juge de plein contentieux pourra seul se prononcer sur un litige lié à un contrat. Le régime contentieux ne doit donc pas être négligé (§ 2).

§ 1: Les règles applicables de la formation à l'extinction des actes

L'existence d'une corrélation entre une catégorie juridique donnée et l'application d'un régime spécifique doit avant tout être précisée. Pour quelle raison les juristes établissent ce rapport de cause à effet entre ces deux éléments ?

C'est par "souci d'ordre et de cohérence" qu'ils s'efforcent "de ranger les phénomènes et les concepts juridiques de même nature en catégories auxquelles s'attachent logiquement des règles propres édictées par leur nature commune"¹⁶²². Le raisonnement du juriste semble toujours suivre le même cheminement. Il doit tout d'abord intégrer tel ou tel acte dans telle ou telle catégorie juridique. De cette intégration découlera ensuite l'application d'un régime juridique déterminé. Or, peut-on réellement appliquer un tel raisonnement s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés ? Cela semble difficile car on

¹⁶²⁰ *Op. cit.*, p 771.

¹⁶²¹ Cf par exemple G. Lebreton, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp 201 et s.

ignore justement si ces actes doivent être inclus dans une des catégories classiques ou s'ils forment à eux seuls une catégorie autonome. Il faut de ce fait adopter le raisonnement inverse: analyser le régime juridique de l'acte pour en déduire l'appartenance à une catégorie précise. Mais peut-on juridiquement opérer une telle inversion ?

Le juge administratif a déjà eu l'occasion de prendre le régime juridique comme point de départ de l'analyse afin de qualifier un acte déterminé. L'arrêt en date du 19 janvier 1973 *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*¹⁶²³ en donne une bonne illustration. Il est rédigé de la manière suivante: "compte tenu tant du caractère obligatoire de leur conclusion que de la compétence donnée par les dispositions de l'article 27 du cahier des charges du 27 novembre 1958 à une autorité administrative pour statuer sur certains désaccords auxquels ils peuvent donner lieu, les contrats passés (...) sont soumis à un régime exorbitant du droit commun et présentent le caractère de contrats administratifs". Comme le constate très justement René Chapus, "ces contrats occupent une place à part. Ils concrétisent un renversement de l'ordre normal des choses. Normalement le régime d'un contrat est la conséquence de sa qualification et c'est pour déterminer son régime qu'on entreprend de le qualifier"¹⁶²⁴. Or, en l'espèce, les juges du Conseil d'Etat sont partis "de ce régime prédéfini pour conclure au caractère du contrat"¹⁶²⁵.

Certes, dans notre étude, il ne s'agit pas de déterminer si l'acte relève du droit public ou du droit privé. Il s'agit uniquement de savoir si, du fait de leur régime juridique, les actes administratifs unilatéraux négociés doivent en définitif être intégrés dans l'une des deux catégories classiques ou être considérés, au contraire, comme une catégorie à part entière. Cependant, l'application de ce raisonnement n'est pas sans poser quelques problèmes. Les régimes de l'acte unilatéral et du contrat devront être confrontés au régime des actes administratifs unilatéraux négociés. Si le régime de ces derniers ne correspond pas à ceux des deux catégories précitées, il faudra donc admettre qu'ils forment une nouvelle catégorie.

Comme on peut s'en rendre compte, un tel raisonnement aboutit à caractériser les actes administratifs unilatéraux négociés par la négative. Il s'agit cependant d'un faux problème car certaines notions sont définies négativement. Tel est le cas par exemple de la clause

¹⁶²² J-L Bergel, *op. cit.*, pp 111-112.

¹⁶²³ *Rec*, p 48 – *CJEG* 1973, p 239, concl M. Rougevin-Baville, note A. Carron – *AJDA* 1973, p 358, chron MM. Léger et Boyon – *JCP G* 1974, II, 17629, note A. Pellet – *RA* 1973, p 633, note P. Amselek.

¹⁶²⁴ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, *op. cit.*, p 567.

¹⁶²⁵ *Ibid.* – B. Seiller adopte la même analyse et souligne qu'"en principe, le régime applicable à un acte découle de la nature de celui-ci et non l'inverse", *Droit administratif – L'action administrative, op. cit.*, p 184-185.

exorbitante de droit commun. Selon l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 18 novembre 1992 *Commune de Pantin*¹⁶²⁶, revêtent un tel caractère les clauses "stipulant des obligations qui, par leur nature, ne peuvent figurer dans un contrat analogue de droit privé". En outre, ce système d'analyse suppose que les régimes juridiques du contrat administratif et de l'acte administratif unilatéral soient clairement dissociables ce qui n'est pas forcément évident. De plus, si l'analyse révèle que, sans être totalement spécifique, le régime des actes administratifs unilatéraux négociés emprunte certains éléments à la fois au régime de l'acte unilatéral mais aussi au régime du contrat, sera-t-il possible malgré tout de considérer qu'on se trouve face à une catégorie autonome ? On ne pourra répondre à cette question qu'en toute fin d'analyse.

Enfin, le dernier problème qui se pose et non des moindres, quels vont être les éléments pris en considération pour caractériser le régime juridique des deux catégories que sont l'acte unilatéral et le contrat ?

Jean-Louis Bergel souligne que "pour établir le régime juridique d'une seule relation de la vie en société, il est bien rare qu'une règle de droit isolée puisse suffire, et en général un faisceau de règles est nécessaire, qui comporte des positions de principe, des limitations ou restrictions, l'indication des conditions dans laquelle naît ou s'éteint telle ou telle situation juridique, des dispositions sur les effets ou la transformation de cette situation"¹⁶²⁷.

S'agissant du régime non contentieux, il semble possible de s'appuyer pour partie sur l'analyse de Claude Brenner relative à "l'acte". Dans ses développements relatifs au régime de l'acte, il analyse successivement, "la formation de l'acte juridique, son efficacité et son extinction"¹⁶²⁸.

A – La formation des actes

On a déjà eu l'occasion, au cours des développements précédents, d'examiner assez précisément la phase relative à la formation de l'acte mais il faut néanmoins insister sur certains points.

¹⁶²⁶ *JCP G* 1993, IV, p 28.

¹⁶²⁷ *Op. cit.*, p 133.

¹⁶²⁸ C. Brenner, "Acte", *op. cit.*, pp 10 et ss.

Dans le cadre des actes administratifs unilatéraux négociés, certains accords sont "accompagnés" d'un acte unilatéral¹⁶²⁹. Ces derniers sont de différentes natures, il peut s'agir par exemple d'actes d'agrément ou d'approbation. S'agissant des contrats *stricto sensu*, André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé affirment que "certains contrats ne peuvent entrer en application qu'après avoir reçu l'approbation d'une autorité distincte de celle qui les a conclus et signés"¹⁶³⁰. A l'heure actuelle, peu de contrats sont soumis à la procédure d'approbation. Celle-ci était principalement exigée pour les contrats des collectivités locales. Or, depuis les lois de décentralisation, l'approbation n'est plus nécessaire. De manière générale, elle ne subsiste que dans quelques cas prévus par les textes, notamment les contrats de certains établissements publics comme l'affirme Laurent Richer¹⁶³¹. Doit-on dans ce cas admettre que les actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes" sont soumis au même régime juridique que certains contrats administratifs ?

Une telle conclusion serait trop hâtive car même si les termes sont identiques, l'approbation n'a pas les mêmes effets selon qu'elle s'applique aux contrats ou aux actes administratifs unilatéraux négociés. Concernant les contrats, Bertrand Seiller constate que l'approbation "conditionne sa conclusion lorsqu'elle émane d'une autorité appartenant à la personne publique contractante; elle conditionne son application lorsqu'elle émane d'une autorité appartenant à une autre personne publique (cas de tutelle)"¹⁶³². S'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés, les effets ne sont pas aussi limités. Cet acte d'accompagnement confère, dans certains cas, un caractère réglementaire aux stipulations de l'accord¹⁶³³. On ne peut donc placer sur le même plan ces deux formes d'approbation.

Outre l'acte d'accompagnement, un accord de volontés intervient lors de la formation des actes administratifs unilatéraux négociés tout comme en matière contractuelle. En effet, l'existence de négociations suppose que deux consentements se rencontrent. Mais quelles sont les autorités compétentes dans ce cas ?

Tout acte juridique qu'il soit de nature unilatérale ou contractuelle doit être édicté ou conclu par des personnes disposant de la compétence pour ce faire¹⁶³⁴. On a eu l'occasion

¹⁶²⁹ Nous les avons qualifiés d'actes administratifs unilatéraux négociés complexes.

¹⁶³⁰ A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 517.

¹⁶³¹ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p 145.

¹⁶³² B. Seiller, *Droit administratif – L'action administrative*, *op. cit.*, pp 187-188.

¹⁶³³ Le Conseil constitutionnel a par exemple admis dans la décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990 que l'approbation "a pour effet de conférer un caractère réglementaire aux stipulations de la convention qui entrent dans le champ d'application de l'article L 162-6 du Code de la Sécurité sociale", *op. cit.*

¹⁶³⁴ Comme l'affirment A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, "pour que le contrat soit valide, "la condition de qualité de l'administration pour conclure le contrat se décompose en une double exigence: elle

d'évoquer ce problème de la compétence dans des développements précédents¹⁶³⁵. Néanmoins, quelques précisions s'imposent.

La signature est un élément important dans un acte juridique car elle permet de vérifier que la personne l'ayant apposé "dispose bien de la compétence pour l'édicter. La signature n'est donc pas qu'une contrainte formelle: elle décide de l'existence de l'acte et touche à la compétence"¹⁶³⁶. L'existence d'un tel lien est révélée par les exemples qui vont suivre.

Franck Moderne s'est intéressé à cette question de la compétence s'agissant des actes de libération des prix. Il fait le constat suivant: "indépendamment de l'arrêté, il (l'engagement professionnel) ne présente lui-même aucun caractère réglementaire et la validité de l'acte, au point de vue des règles de compétence, n'est appréciée que par rapport à l'arrêté – ministériel ou préfectoral – il suffit que l'arrêté soit signé par l'autorité administrative compétente"¹⁶³⁷. Ainsi, et pour reprendre les termes de Guy Braibant, "les signatures des dirigeants syndicaux sont juridiquement superfétatoires; du moins n'ont-elles pas pour effet d'entacher par leur seule existence la validité du règlement qui émane de l'autorité compétente"¹⁶³⁸.

L'étude de quelques arrêts permet de valider ces affirmations. Ainsi, la décision du 17 février 1992 *Association hôtellerie et liberté* montre clairement qu'en matière d'accords sur les prix, le juge administratif ne vérifie que les signatures des auteurs de l'acte dit d'accompagnement¹⁶³⁹. L'analyse semble confirmée par l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 23 juin 1995 *Ministre de la Culture C/ Association de défense des Tuileries*¹⁶⁴⁰ alors même qu'on se situe dans un domaine différent et qu'aucun acte d'accompagnement n'est édicté. Dans cette décision, le juge affirme non seulement que la signature par diverses autorités du cahier des charges litigieux n'affecte pas sa nature unilatérale mais admet aussi implicitement que ces différentes signatures n'entachent pas l'acte d'illégalité¹⁶⁴¹. Le

requiert en effet à la fois la compétence de la personne publique contractante et celle des autorités qui interviennent pour conclure le contrat en son nom", *Traité des contrats administratifs*, tome 2, *op. cit.*, p 544. De la même façon, un acte unilatéral sera annulé pour incompétence en cas d'édition par une autorité incompétente, cf par exemple CE 15 février 1961 *Alfred-Joseph, Rec*, p 114.

¹⁶³⁵ Nous avons évoqué ce problème de la signature au début de la seconde partie. Mais il s'agissait simplement de savoir si la présence d'une signature permettait de conférer la qualité d'auteur ou de coauteur aux intervenants. Nous ne nous plaçons pas sur le même plan dans ce développement.

¹⁶³⁶ B. Seiller, "Acte administratif", *op. cit.*, p 87.

¹⁶³⁷ F. Moderne, "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *op. cit.*, p 512.

¹⁶³⁸ G. Braibant, concl précitées sur CE 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, *op. cit.*, p 324.

¹⁶³⁹ En l'espèce, les autorités détenaient une délégation de signature régulière et de ce fait, "l'arrêté attaqué a bien été signé par des autorités compétentes".

¹⁶⁴⁰ *Op. cit.*

¹⁶⁴¹ Etant donné que le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte est un moyen d'ordre public et que le juge ne l'a pas soulevé en l'espèce, on peut en déduire que ces signatures sont sans incidence sur la

jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand en date 13 octobre 1988 *Fédération des syndicats d'exploitants agricoles du Puy-de-Dôme C/ Préfet de la région d'Auvergne*¹⁶⁴² va dans le même sens. Il est précisé dans l'avant-dernier considérant que "la qualité de co-signataires d'un acte administratif est sans influence sur sa légalité dès lors que celui-ci a été, comme tel est le cas en l'espèce, régulièrement signé par l'autorité administrative compétente".

Ce constat n'est pas généralisable à tous les actes administratifs unilatéraux négociés et notamment aux accords relevant du domaine sanitaire et social. Ainsi, la loi exige que les conventions d'assurance chômage, les conventions conclues entre les caisses d'assurance maladie et les syndicats de praticiens soient signées par les différents intervenants¹⁶⁴³. Le Conseil d'Etat sanctionne dans un arrêt du 10 juillet 1992 *Confédération des syndicats médicaux français et autres*¹⁶⁴⁴ le fait qu'une convention applicable aux médecins généralistes et spécialistes soit signée par une seule organisation syndicale représentative alors que la loi¹⁶⁴⁵ exige la signature d'au moins deux organisations syndicales.

Face à cette diversité d'actes administratifs unilatéraux négociés, il est donc difficile d'adopter une position de principe. On peut néanmoins, grâce à ces quelques exemples, émettre l'hypothèse qui suit. Dans le silence de la loi, le juge semble considérer que la signature des actes administratifs unilatéraux négociés par une seule autorité est suffisante. Peu importe que l'acte soit signé par diverses personnes. A partir du moment où parmi ces signataires se trouve l'autorité compétente, l'acte ne pourra être annulé pour incompétence. L'exigence d'une seule signature confirme que le juge administratif applique le critère quantitatif pour caractériser certains des actes administratifs unilatéraux négociés. Ils seraient donc bel et bien assimilables à des actes administratifs unilatéraux classiques.

L'existence de négociations n'influe apparemment pas sur la légalité de l'acte. Mais est-ce qu'à l'inverse, l'absence de négociation entacherait l'acte d'illégalité ?

légalité de l'acte. Il en est de même dans l'arrêt du 7 juillet 2000 *Centre médico-chirurgical et obstétrical d'Evry-CMCO*, *op. cit.* Dans cette affaire, l'acte contesté était un "avenant" à un accord conclu entre les caisses de sécurité sociale et les organisations syndicales représentant les établissements de santé. Or, l'"avenant" en cause a été signé par l'ensemble des parties à l'accord initial alors que seul le ministre avait compétence pour le prendre au moment des faits. Le juge considère cependant que la présence de ces différentes signatures au bas de l'arrêté ministériel est "sans influence sur sa légalité".

¹⁶⁴² *Op. cit.*

¹⁶⁴³ Même si, on le rappelle, la qualification d'acte administratif unilatéral négocié est très contestable, ce principe s'applique aussi aux conventions collectives de travail. Ainsi, l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 janvier 2002 *Association pour la réadaptation et la formation professionnelle de Mulhouse*, *TPS* 2002, n°83, doit, à peine de nullité, être revêtu de la signature des parties contractantes.

¹⁶⁴⁴ *RJS* 8-9/92, n°1032, p 569.

¹⁶⁴⁵ Il s'agit plus précisément de l'article L 162-5 du Code de la sécurité sociale.

Même si nous n'avons pas d'exemples jurisprudentiels, Franck Moderne a donné quelques éléments de réponse s'agissant des actes de libération des prix. Il affirme très clairement que si l'administration "a recours aux procédés de la liberté conventionnelle des prix (...), elle est tenue d'obtenir l'assentiment de la profession (...). L'absence d'accord entacherait d'illégalité l'arrêté réglementaire"¹⁶⁴⁶. Cependant, il ne s'agirait pas d'une illégalité pour vice d'incompétence mais pour vice de procédure. Cet auteur démontre en effet que, dans le cadre de ces actes administratifs unilatéraux négociés, "les accords font figure de formalités procédurales, et non de règles de compétence"¹⁶⁴⁷. Franck Moderne assimile ces accords à de simples avis. Comme nous l'avons précédemment indiqué, cette affirmation ne convainc pas. Mais, que l'acte soit annulé sur la base d'un vice de compétence ou de procédure ne change pas fondamentalement la donne au regard de notre démonstration. De telles règles doivent être respectées par les autorités et ce quelle que soit la nature de l'acte. Sur ce plan, le régime des actes administratifs unilatéraux négociés n'a rien de vraiment original.

Les quelques exemples cités portent sur l'examen de la signature, de la compétence au moment de la formation de l'acte. Mais l'analyse des règles relatives à la modification d'un tel acte permet-elle de confirmer cette démonstration ?

B – La modification des actes

Deux procédés distincts peuvent être employés. L'acte peut être modifié par la voie conventionnelle (1) ou de manière unilatérale (2).

1 – La modification conventionnelle

Ce problème de la modification a été évoqué à différentes reprises mais il faut, là encore, insister sur certains points.

¹⁶⁴⁶ F. Moderne, "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *op. cit.*, pp 515-516.

¹⁶⁴⁷ *Id.*, p 515.

Selon une définition donnée par Etienne Fatôme, "l'avenant est un acte qui modifie une convention en l'adaptant ou en la complétant par des nouvelles clauses"¹⁶⁴⁸. Cette définition semble incomplète car on ignore quelles sont les caractéristiques de formation de l'avenant. Laurent Richer apporte quelques précisions. Il affirme que cet acte est "un contrat qui a pour objet de modifier un contrat en cours"¹⁶⁴⁹. On peut déduire de cette définition que la formation de l'avenant suppose la conclusion d'un accord entre deux personnes distinctes. Mais les personnes signataires de cet avenant et celles ayant apposé leur signature sur le contrat initial sont-elles nécessairement les mêmes ?

Selon Etienne Fatôme, "les avenants doivent en principe être passés selon les mêmes règles de forme et de procédure que les contrats qu'ils modifient, ce qui signifie notamment que les avenants doivent être signés par les deux parties au contrat"¹⁶⁵⁰. Un tel principe s'applique également aux contrats de droit privé. Ainsi, Gabriel Marty et Pierre Raynaud constatent que "la modification du contrat ne peut résulter que d'un nouveau contrat, la volonté d'un seul contractant ne suffirait pas"¹⁶⁵¹. Il s'agit dans tous les cas d'une application de la règle du "parallélisme des compétences". Cette dernière s'applique non seulement en matière contractuelle mais aussi aux actes administratifs unilatéraux. En effet, comme l'affirme René Chapus, "il est fréquent que les textes désignent l'autorité compétente pour prendre une décision et soient silencieux sur celle dont relève sa modification, son abrogation ou son retrait. Cette autorité est alors déterminée par la règle du parallélisme des compétences"¹⁶⁵².

S'agissant de leur modification, les contrats administratifs et les actes unilatéraux sont donc régis par une règle commune. Mais cette dernière s'applique-t-elle aussi aux actes administratifs unilatéraux négociés ?

Tel semble être le cas si on examine la jurisprudence relative aux autorisations d'usage des fréquences hertziennes. En vertu de l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986, la délivrance des autorisations est subordonnée à la conclusion d'une convention passée entre le CSA et la personne qui demande l'autorisation. En application de cette disposition, une convention a été conclue entre le CSA et la société Métropole Télévision. Cette convention fut par la suite modifiée par voie d'avenant. Le Conseil d'Etat a dû déterminer

¹⁶⁴⁸ E. Fatôme, "Les avenants", *AJDA* 1998, p 760.

¹⁶⁴⁹ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p 223.

¹⁶⁵⁰ E. Fatôme, "Les avenants", *op. cit.*, p 765.

¹⁶⁵¹ *Op. cit.*, p 260.

¹⁶⁵² R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, *op. cit.*, p 1094.

dans un arrêt en date du 7 juin 1999 *Syndicat des producteurs indépendants*¹⁶⁵³ si le CSA était compétent pour approuver l'avenant à cette convention. Les juges se fondent non seulement sur l'article 28 de la loi précitée pour affirmer que le CSA dispose d'un tel pouvoir mais aussi sur l'article 59 de la convention prévoyant que celle-ci "pourra être modifiée d'un commun accord entre la société et le CSA". Les deux autorités signataires de la convention et elles seules sont bien compétentes pour modifier cette dernière. Mais si on en croit la jurisprudence, il n'est pas certain que la modification de la convention fasse l'objet d'un réel accord entre le CSA et le bénéficiaire de l'autorisation. Ainsi, dans l'arrêt du 8 avril 1998 *Société Serc Fun Radio*¹⁶⁵⁴, l'avenant tout comme la convention avaient été signés par cette société et le CSA. Or, le Commissaire du gouvernement Sylvie Hubac fait remarquer que "la société Serc Fun Radio n'avait pas d'autre choix que de signer un avenant qui présentait pourtant pour elle toutes les caractéristiques d'une modification unilatérale imposée"¹⁶⁵⁵. Il s'agirait donc d'une forme de modification à mi-chemin de la modification unilatérale et de l'avenant conventionnel¹⁶⁵⁶. Cette procédure est particulièrement avantageuse pour l'administration qui, alors même qu'elle impose en réalité ses modifications, n'aurait pas à indemniser l'autre personne.

Même si la solution retenue dans ce dernier arrêt apparaît ambiguë, il semble que l'intervention de tous les signataires originaires soit indispensable pour modifier l'acte¹⁶⁵⁷. Mais l'analyse de la jurisprudence applicable aux conventions relevant du domaine sanitaire et social amène à nuancer ces propos.

Dans l'arrêt du 17 décembre 1993 *Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privée*¹⁶⁵⁸, il est question d'une convention conclue en application de l'article L 162-9 du Code de la sécurité sociale. La convention initiale avait, en l'espèce, été signée par les présidents des trois caisses nationales de sécurité sociale, les présidents de la Fédération nationale des infirmier (FNI) et ceux de l'Organisation nationale des syndicats d'infirmiers libéraux (ONSIL). Sur l'avenant, en revanche,

¹⁶⁵³ Req n°192264.

¹⁶⁵⁴ *Op. cit.*

¹⁶⁵⁵ Concl sur CE 8 avril 1998 *Société Serc Fun Radio*, *Rec*, p 143.

¹⁶⁵⁶ Cependant, on peut se demander si, dans le cadre de ces autorisations d'utilisation de fréquences, le terme "avenant" est vraiment approprié. En effet, on a pu voir que ce dernier se définissait comme un contrat modifiant un contrat en cours. Or, tel n'est pas tout à fait le cas en l'espèce.

¹⁶⁵⁷ Une telle solution semblait aussi s'appliquer au cahier des charges des lotissements. Le Conseil d'Etat avait en effet admis dans un arrêt du 22 octobre 1965 *Giraudon*, *Rec*, p 548 – *D* 1966, p 417, concl M. Bernard – *JCP G* 1966, II, 14552, note G. Liet-Veaux que le préfet ne pouvait légalement en prononcer la modification que si cette dernière est proposée par l'ensemble des propriétaires intéressés. Cependant, l'article L 315-3 du Code de l'urbanisme issu de la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967 n'exige plus l'unanimité pour prononcer la modification mais une majorité qualifiée.

¹⁶⁵⁸ *Op. cit.*

n'apparaît pas la signature des représentants de l'ONSIL. Comme on peut s'en rendre compte, l'acte modifiant la convention n'a pas été signé par les mêmes personnes que celles ayant apposé leur signature sur la convention originale. C'est pourquoi, le Commissaire du gouvernement Gilles Le Chatelier s'est demandé si un tel avenant peut légalement modifier la convention précitée "alors même qu'il n'aurait pas été signé par les mêmes organisations représentatives que celles ayant conclu le contrat initial"¹⁶⁵⁹. Il souligne, dans un premier temps, que l'expression "actes réglementaires négociés" est plus appropriée que le terme de contrat pour qualifier les conventions médicales. Dans un second temps, il fait la distinction suivante: "si la nécessaire identité des signataires de la convention initiale et de l'avenant constitue un des principes généraux du droit des obligations contractuelles, il ne nous paraît pas applicable aux contrats d'une nature particulière que sont les conventions conclues avec les professions de santé"¹⁶⁶⁰. Il confirme son assertion en analysant le contenu de l'article L 162-9 du Code de la sécurité sociale. Celui-ci ne fait aucune référence au principe d'identité des signataires. De ce fait, "le législateur en mettant en place ce système n'a pas entendu instituer un authentique régime contractuel"¹⁶⁶¹.

Certes, tous les signataires de la convention n'ont pas signé l'avenant. Mais cela ne signifie pas qu'aucun des signataires originaires n'a pris part à la conclusion de cet avenant. Ainsi, la FNI a signé non seulement la convention mais aussi l'acte la modifiant. Si tous les signataires de l'avenant sont des autorités ou des organisations qui n'ont aucunement participé à la convention, est-ce que l'acte la modifiant sera pour autant légal ? Ni les conclusions ni l'arrêt ne permettent de répondre à cette question. D'ailleurs, les juges ne se prononcent à aucun moment sur ce problème de signature. Doit-on en déduire que ceux-ci approuvent la démonstration de Gilles Le Chatelier et refusent donc d'appliquer cette règle de l'identité des signataires ? Seule l'étude de la jurisprudence postérieure peut nous donner des indications.

Le Commissaire du gouvernement Christine Maugué ainsi que le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 17 mars 1997 *Syndicat des médecins d'Aix et région*¹⁶⁶² ont apporté quelques précisions. Dans cette affaire, une convention datée du 21 octobre 1993 avait été

¹⁶⁵⁹ Concl sur CE 17 décembre 1993 *Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privée*, AJDA 1994, p 62.

¹⁶⁶⁰ *Id.*, p 63. La démonstration peut surprendre car après avoir qualifié les conventions médicales d'"actes réglementaires négociés", le Commissaire du gouvernement se réfère à la notion de contrat. Il affirme en effet que ces accords sont des "contrats d'une nature particulière". Cela confirme une nouvelle fois que les actes négociés sont difficilement dissociables de la notion de contrat.

¹⁶⁶¹ *Ibid.*

notamment signée par la confédération syndicale des médecins français ainsi que par le syndicat des médecins libéraux. Moins de deux ans plus tard, elle fait l'objet d'une modification par voie d'avenant. Les mêmes organisations apposent leur signature au bas de l'avenant. Les signataires des deux actes sont donc apparemment les mêmes. Cependant, dans l'intervalle de temps qui sépare la conclusion de la convention initiale et l'avenant, la Fédération des médecins généralistes – MG France est devenue partie à la convention en y adhérant. Or, cette dernière organisation n'a pas signé l'avenant en cause. Le Commissaire du gouvernement et les juges vont donc devoir répondre à la même question posée quelques années auparavant par Gilles Le Chatelier.

Certes, le Conseil d'Etat va expressément admettre dans l'arrêt du 17 mars 1997 qu'à partir du moment où l'avenant est signé par au moins une organisation représentative des médecins généralistes et au moins une organisation syndicale représentative de médecins spécialistes, il est considéré comme valable. Cependant, sur quels éléments se fondent Christine Maugué et les juges du Conseil d'Etat pour parvenir à une telle conclusion ? Ces derniers s'en tiennent au contenu des articles du Code de la sécurité sociale posant la règle suivante: "la modification d'une convention médicale nationale n'est subordonnée à d'autres conditions que celles exigées par la loi pour sa passation". A partir du moment où l'avenant est signé par deux caisses nationales et des organisations représentatives, les règles de compétence sont respectées. Peu importe donc que cet acte soit ou non signé par les mêmes organismes que ceux parties à la convention initiale.

Selon Christine Maugué, deux raisons justifient la non application du principe d'identité des signataires. A l'instar de Gilles Le Chatelier, elle souligne que les conventions médicales "appartiennent (...) davantage à la catégorie des actes réglementaires négociés qu'à celle des contrats"¹⁶⁶³. Ainsi, "cette différence essentielle de nature justifie que ne soient pas transposées tels quels aux conventions médicales les principes du droit des obligations contractuelles"¹⁶⁶⁴. Le second argument ne porte pas spécifiquement sur la convention mais sur le contenu des articles du Code de la sécurité sociale. Etant donné qu'aucune disposition n'impose une condition d'identité des parties, ce principe n'a donc pas à s'appliquer. Comme on peut le voir, seul le second argument est repris par le Conseil d'Etat. Il ne se fonde pas sur la nature particulière des conventions médicales.

¹⁶⁶² *Op. cit.*

¹⁶⁶³ C. Maugué, concl sur CE 17 mars 1997 *Syndicat des médecins d'Aix et région; op. cit.*, p 1144.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*

On retrouve certes dans les conclusions de Christine Maugué les mêmes arguments que ceux exposés par Gilles Le Chatelier sur l'affaire *Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privée*. Une précision intéressante apparaît cependant. En effet, des deux arguments précités, Christine Maugué déduit l'autonomie de l'avenant par rapport à la convention initiale¹⁶⁶⁵. Cela permet de confirmer que les avenants des conventions médicales n'ont rien de commun avec les avenants des contrats. Etienne Fatôme affirme à propos de ces derniers que "l'avenant n'est pas un acte « autonome »; il se rattache toujours à un acte préexistant: le contrat qu'il modifie"¹⁶⁶⁶. Ainsi, par exemple, l'utilisation du terme "avenant" est inappropriée lorsque ces actes modificateurs n'ont pas le même objet que le contrat initial. Il s'agit dans ce cas de nouveaux contrats¹⁶⁶⁷.

La solution consacrée par les arrêts de 1993 et 1997 va ensuite être appliquée aux conventions d'assurance chômage. L'arrêt du 29 mars 2000 *Association des officiers dans les carrières civiles et autres*¹⁶⁶⁸ reprend dans les grandes lignes le considérant des arrêts précités mais tout en ajoutant quelques éléments. Selon cet arrêt, un avenant ne doit pas nécessairement être signé par les organisations signataires de la convention initiale car "la modification d'un accord mentionné aux articles L 351-8, L 352-1 et L 352-2 du Code du travail, eu égard à son objet et aux conditions de son entrée en vigueur, n'est subordonné par la loi à aucune autre condition que celles exigées pour sa passation". Contrairement aux arrêts précédents, la détermination des règles applicables aux avenants ne découle pas uniquement de l'analyse des règles posées par le législateur s'agissant de la passation de l'accord. Le juge prend en effet appui sur le caractère particulier de l'objet et des conditions d'entrée en vigueur de l'accord pour affirmer que sa modification obéit à un régime spécifique.

Certes, la position du Conseil d'Etat a évolué par rapport aux arrêts de 1993 et 1997. Cependant, il se refuse à admettre expressément à la différence de Gilles Le Chatelier et Christine Maugué que cette différence de régime trouve son origine dans le fait que l'accord est qualifiable d'acte réglementaire négocié. Si les actes administratifs unilatéraux négociés formaient véritablement une catégorie autonome, la spécificité de leur régime juridique devrait en découler directement. Or, tel n'est pas le cas. D'ailleurs, on ignore si

¹⁶⁶⁵ Ses termes sont les suivants: "l'avenant doit être considéré comme un acte autonome par rapport à la convention initiale et peut, comme tel, être conclu avec d'autres organisations représentatives", *id.*, p 1146.

¹⁶⁶⁶ E. Fatôme, "Les avenants", *op. cit.*, p 760.

¹⁶⁶⁷ Cf par exemple l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 28 juillet 1995 *Préfet de la région Ile-de-France C/ Société de gérance Jeanne d'Arc*, RDP 1996, p 569, concl M. Fratacci.

¹⁶⁶⁸ DS 2000, p 927, note P. Fombeur.

ces même règles particulières régissant la modification "conventionnelle" pourraient s'appliquer aux autres actes administratifs unilatéraux négociés.

2 – La modification unilatérale

Outre la modification conventionnelle, l'administration contractante a la possibilité d'imposer "unilatéralement à son cocontractant un changement quelconque à l'un des éléments des stipulations contractuelles"¹⁶⁶⁹. Selon Laurence Folliot-Lalliot, de par son caractère unilatéral, une telle modification "ne doit pas, en principe, recueillir l'adhésion de la partie privée, ce qui en ferait un simple substitut à la négociation conventionnelle de la modification du contrat par avenant"¹⁶⁷⁰.

Après plusieurs années de tergiversations doctrinales, le Conseil d'Etat a admis dans un arrêt du 2 février 1983 *Union des transports publics urbains et régionaux*¹⁶⁷¹ que ce pouvoir de modification unilatérale fait partie des "règles générales applicables aux contrats administratifs". Une telle règle s'applique-t-elle aux actes administratifs unilatéraux négociés ?

On a pu voir dans la première partie que l'administration ne peut modifier unilatéralement un "contrat" dont le contenu est entièrement défini par voie législative ou réglementaire que si elle modifie au préalable ces dispositions générales¹⁶⁷². Une telle dérogation semble s'appliquer à tous les accords étroitement liés à l'exercice du pouvoir réglementaire. Ainsi, Catherine Piquemal-Pastré constate que "les modifications unilatérales dans les contrats de programme ont été générales et se sont situées au niveau réglementaire de l'arrêté de création et non au niveau individuel de l'arrêté particulier de libération des prix"¹⁶⁷³.

On ne peut cependant se baser sur cet arrêt et les propos de Catherine Piquemal-Pastré pour affirmer que tous les actes administratifs unilatéraux négociés sont soumis à un régime spécifique. Ces règles particulières portant sur la modification unilatérale dérogent certes au régime de droit commun des contrats mais cela ne concerne que certains types d'accords¹⁶⁷⁴. En outre, et pour certifier que le régime est spécifique, il faudrait pouvoir démontrer que cette règle ne s'applique pas aux actes administratifs unilatéraux *stricto*

¹⁶⁶⁹ A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 2, *op. cit.*, p 389.

¹⁶⁷⁰ L. Folliot-Lalliot, "Exécution du contrat administratif – Pouvoirs de l'administration", *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc 614, p 10.

¹⁶⁷¹ *Rec.*, p 33 – *RDJ* 1984, p 212, note J-M. Auby – *RFDA* 1984, n°0, p 45, note F. Llorens.

¹⁶⁷² Cf CE 6 mai 1985 *Ministre des PTT C/ M. Ricard*, *op. cit.*

¹⁶⁷³ C. Piquemal Pastré, "Une expérience d'acte économique: le contrat de programme", *op. cit.*, p 344.

sensu. Or, une telle démonstration est très difficile car la modification au sens strict¹⁶⁷⁵ n'est pas aisément dissociable de l'abrogation si on en croît les propos de Bertrand Seiller¹⁶⁷⁶. Florence Crouzatier-Durand a néanmoins tenté de distinguer les deux en précisant que "la modification d'un acte administratif unilatéral suppose seulement la suppression d'une partie de ses effets"¹⁶⁷⁷. Mais comme elle l'indique quelques lignes plus bas, "la modification est finalement une forme d'abrogation qui ne porterait que sur certaines dispositions d'un acte"¹⁶⁷⁸.

Mis à part la modification "conventionnelle" de certains actes administratifs unilatéraux négociés, il semble que, de manière générale, les modifications de ces actes ne sont pas soumises à des règles vraiment spécifiques si on les compare avec celles applicables aux actes unilatéraux et aux contrats.

Qu'en est-il de leur disparition ?

C – La disparition des actes

S'agissant des actes administratifs unilatéraux, la sortie de vigueur peut prendre plusieurs formes. L'acte peut soit faire l'objet d'une abrogation soit d'un retrait. Dans le premier cas, la disparition ne vaut que pour l'avenir, les effets passés demeurent. A l'inverse, le retrait entraîne la disparition non seulement pour l'avenir mais aussi pour le passé. Mais quelles vont être les autorités compétentes pour abroger ou retirer l'acte ? S'agit-il des mêmes personnes qui ont manifesté leur volonté lors de la formation de celui-ci ?

Etant donné que les textes sont pour la plupart du temps silencieux sur ce point, il faut faire appel à la règle du parallélisme des compétences pour déterminer l'autorité

¹⁶⁷⁴ Seuls les actes réglementaires ou étroitement liés à l'exercice d'un tel pouvoir sont apparemment concernés.

¹⁶⁷⁵ Le terme modification est entendu comme le changement affectant un acte mais qui n'entraîne pas sa disparition.

¹⁶⁷⁶ Selon B. Seiller, "Kelsen a montré, (...) que la modification du contenu d'une norme ne s'analyse pas en la persistance de la norme antérieure avec un contenu simplement différent mais, bien plutôt, comme la juxtaposition de deux normes – l'une qui se borne à prononcer l'abrogation, l'autre qui remplace la norme abrogée (H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p 147)", "Acte administratif", *op. cit.*, p 32. Les termes de l'arrêt du 23 mars 1956 *Société Léon Claeys et sieur Claeys*, *Rec*, p 135 sont certes ambigus car les juges affirment que "l'avis aux importateurs publié au J.O du 25 août 1948, ayant un caractère réglementaire, pouvait à tout moment être modifié pour l'avenir". Cependant le terme "modifié" peut être remplacé par "abrogé" car il est précisé que les dispositions de l'avis du 8 septembre 1948 "se sont substituées" à celles de l'avis du 25 août.

¹⁶⁷⁷ F. Crouzatier-Durand, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, Paris, L'Harmattan, 2003, p 51.

¹⁶⁷⁸ *Id.*, p 52.

compétente. Ainsi, l'autorité ayant édicté l'acte sera aussi compétente pour mettre fin à ce dernier. L'application d'une telle règle ne semble pas poser de réels problèmes en matière d'acte unilatéral. Qu'en est-il en matière contractuelle ? Existe-t-il une règle comparable ? D'une manière générale, un contrat administratif prend fin suite à l'exécution des obligations de chacune des parties. Mais il arrive souvent que de tels contrats prennent fin prématurément et ce par divers procédés. Ces contrats peuvent tout d'abord faire l'objet d'une résiliation conventionnelle. Dans cette hypothèse, le principe du parallélisme des compétences ainsi que la règle du parallélisme des formes vont s'appliquer. En effet, les différentes parties au contrat mettent fin à celui-ci par voie d'accord. Cependant, l'administration cocontractante a la possibilité de prononcer unilatéralement la résiliation du contrat¹⁶⁷⁹ que ce soit à titre de sanction ou dans l'intérêt du service. Etant donné que l'administration peut unilatéralement mettre fin au contrat et à l'acte unilatérale, on peut dire que les régimes de ces deux actes tendent à se rapprocher.

Après avoir rappelé ces différents points, il faut se demander si la disparition des actes administratifs unilatéraux négociés est régie par les mêmes règles ?

On peut souligner que certaines dispositions législatives empêchent l'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale que l'on retrouve en matière contractuelle. Il suffit pour s'en convaincre de prendre l'exemple des conventions autorisant l'utilisation des fréquences hertziennes. Conformément à l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986, la résiliation unilatérale peut éventuellement être prononcée en cas de violation des obligations imposées par les textes législatifs et réglementaires¹⁶⁸⁰. En revanche, une telle sanction est impossible en cas de violation d'une obligation conventionnelle¹⁶⁸¹. Martin Collet en déduit que "le législateur semble bien s'orienter vers la mise en place d'un régime spécifique"¹⁶⁸² car si on se place dans le cadre contractuel, il est dérogé au principe selon lequel l'administration a toujours la possibilité de résilier de tels actes.

Comme on l'a précédemment démontré, ces actes sont plus proches des actes unilatéraux que des contrats. Or, rien n'indique que les règles applicables pour leur disparition soient fondamentalement différentes de celles applicables aux actes administratifs unilatéraux

¹⁶⁷⁹ L'arrêt du Conseil d'Etat en date du 2 mai 1958 *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec, p 246 – AJDA 1958, p 282, concl Kahn – D 1958, p 730, note A. de Laubadère, précise que ce pouvoir de résiliation unilatérale procède d'une "règle générale applicable aux contrats administratifs".

¹⁶⁸⁰ L'article 42-1 alinéa 4 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit qu'après mise en demeure, le CSA peut prononcer "le retrait de l'autorisation ou la résiliation unilatérale de la convention".

¹⁶⁸¹ L'article 28 de la loi du 30 septembre 1986 dispose que "les pénalités contractuelles dont dispose le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour assurer le respect des obligations conventionnelles (...) ne peuvent être supérieures aux sanctions prévues aux 1°, 2° et 3° de l'article 42-1 de la présente loi". L'alinéa 4 concernant la résiliation unilatérale est donc exclu.

classiques. Il faut donc rester très prudent d'autant, comme on l'a indiqué dans la première partie, que la jurisprudence et le législateur tendent à dissocier la convention de l'autorisation¹⁶⁸³.

D'autres exemples semblent plus probants.

Le Conseil d'Etat a très discrètement précisé dans quelles conditions les actes relatifs à la libération des prix pouvaient être abrogés. Dans l'arrêt du 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure*¹⁶⁸⁴, il est question d'un accord conclu le 25 août 1973 entre le ministre de l'Economie et des Finances et ledit syndicat. Affirmer que l'abrogation d'un tel acte doit se faire par voie d'accord n'aurait rien d'aberrant. Or, comme on l'a vu, l'accord en cause est qualifié par le juge de décision unilatérale à caractère réglementaire. Par conséquent, le Conseil d'Etat fait application des règles régissant l'abrogation de tout acte unilatéral réglementaire. Ainsi, aucun accord entre le syndicat et le ministre ne va être conclu en vue de faire disparaître l'accord du 25 août. Seul un arrêté du ministre peut permettre d'abroger ce dernier¹⁶⁸⁵. Cela signifierait que la non application de cette règle du parallélisme des compétences a une incidence sur la nature même de l'acte.

Par cet arrêt, le Conseil d'Etat cherche à rattacher l'accord réglementaire en cause à la catégorie des actes unilatéraux en lui appliquant le régime de ces derniers. Les requérants invoquent d'ailleurs cet argument dans l'affaire *Confédération des syndicats médicaux français et autres*. Ils demandent l'annulation d'une décision conjointe de trois présidents de caisses nationales résiliant la convention signée entre les caisses d'assurance maladie et les principales organisations syndicales de médecins. Ils prétendent notamment que certaines dispositions de la convention sont illégales. Son article 44 prévoit que la résiliation de la convention peut se faire soit par décision conjointe des caisses nationales ou des organisations médicales signataires.

Le Commissaire du gouvernement reprend les arguments des requérants. Ces derniers se prévalent du fait que "la valeur réglementaire attachée aux conventions médicales fait obstacle à la reconnaissance d'une faculté de résiliation contractuelle: selon eux, l'autorité qui décide de l'entrée en vigueur d'un règlement administratif a seule compétence pour

¹⁶⁸² *Op. cit.*, p 87.

¹⁶⁸³ La rédaction de l'article 42-1 alinéa 4 de la loi du 30 septembre 1986 tend à confirmer que la convention et l'autorisation en tant que telle sont bien distinctes. Il est à noter que la dernière partie de cet alinéa ("la résiliation unilatérale de la convention") n'a été ajoutée qu'à la suite de la promulgation de la loi du 21 juin 2004.

¹⁶⁸⁴ *Op. cit.*

¹⁶⁸⁵ Selon l'arrêt: "en décidant de l'abroger par son arrêté du 2 novembre 1973 (...), le ministre n'a pas excédé les pouvoirs qu'il tient de l'ordonnance du 30 juin 1945".

procéder à son abrogation"¹⁶⁸⁶. La résiliation aurait donc dû faire l'objet d'une approbation par voie d'arrêté.

En lien avec cet argument, les requérants soutiennent en outre "qu'en résiliant la convention, les caisses se sont illégalement substituées aux ministres"¹⁶⁸⁷. Christine Maugué va répondre à ces différents moyens mais il faut admettre que la démonstration est quelque peu ambiguë. Le Commissaire du gouvernement souligne dans un premier temps que la légalité de l'article 44 de la convention ne peut être examinée car une loi a validé l'arrêté d'approbation et par conséquent la convention.

Quant au second moyen, Christine Maugué constate que les textes ne contiennent aucune disposition "relative à la résiliation ou à l'abrogation des conventions"¹⁶⁸⁸. L'utilisation simultanée des termes "résiliation" et "abrogation" montre que la nature juridique de ces conventions est bel et bien incertaine. En effet, le premier terme s'applique normalement en matière contractuelle alors que le second est propre aux actes unilatéraux. De ce silence textuel, Christine Maugué déduit que "la nature réglementaire des conventions approuvées ne nous paraît nullement incompatible avec la reconnaissance d'une faculté de résiliation purement contractuelle"¹⁶⁸⁹. La formulation peut surprendre car, en l'espèce, la résiliation n'est pas conventionnelle mais bien unilatérale. Le Commissaire du gouvernement a sans doute voulu dire que si l'acte de résiliation est en lui-même unilatéral, il se peut très bien que la faculté d'exercice d'un tel pouvoir trouve son origine dans un acte conventionnel.

Le Conseil d'Etat va suivre, dans son arrêt du 27 avril 1998, les conclusions de Christine Maugué. Les juges de la Haute juridiction affirment que les requérants ne sont "pas fondés à soutenir que les caisses nationales se seraient incompétemment substituées aux ministres détenteurs du pouvoir d'approbation des conventions"¹⁶⁹⁰ car le code de la sécurité sociale n'édicte aucune règle relative à la résiliation des conventions.

Peut-on affirmer en s'appuyant sur ces différents exemples que le régime juridique de la résiliation unilatérale (ou abrogation) est profondément distinct du régime applicable aux contrats ou aux actes administratifs unilatéraux ?

Dans les deux arrêts du 4 juillet 1975 et du 27 avril 1998, la règle du parallélisme des compétences ne s'applique pas. Une des deux organisations intervenant lors de la formation de l'accord ne prend pas part à sa disparition. Le Commissaire du gouvernement

¹⁶⁸⁶ Arguments cités par le Commissaire du gouvernement dans ses conclusions, cf *RFDA* 1999, p 99.

¹⁶⁸⁷ *Id.*, p 100.

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*

M. Heumann a certes rappelé que relativement à la forme *stricto sensu*, la règle du parallélisme est à écarter lorsque la "formalité n'est d'aucune utilité"¹⁶⁹¹. En revanche, s'agissant des compétences, "le parallélisme présente un caractère obligatoire et absolu qui s'étend même à certaines formalités indissociables de la compétence"¹⁶⁹². Cependant, il faut bien voir que ces règles du parallélisme s'appliquent essentiellement aux actes unilatéraux. En effet, un contrat peut faire l'objet d'une résiliation unilatérale. Cela signifie qu'une des autorités ayant compétence pour conclure l'accord initial ne joue aucun rôle dans sa disparition. Mais par quelles autorités ce pouvoir d'abrogation ou de résiliation unilatérale est-il exercé en temps normal ?

Seule l'administration cocontractante dispose du pouvoir de résiliation unilatérale du contrat. De même, et en théorie, seule l'autorité compétente pour édicter a la possibilité d'abroger l'acte unilatéral. Cependant, cela ne veut pas dire que ce pouvoir d'abrogation est confié exclusivement à une autorité administrative. Les personnes privées peuvent, dans certains cas, édicter des actes administratifs unilatéraux. Ces personnes seront donc compétentes pour les faire disparaître.

La convention en cause dans l'arrêt du 27 avril 1998 *Confédération des syndicats médicaux français et autres*¹⁶⁹³ peut, à la différence d'un contrat administratif, non seulement être résiliée par l'administration mais aussi par son partenaire. Cependant, il faut relativiser la portée d'une telle affirmation. Le Conseil d'Etat a refusé d'examiner la légalité de la convention, de ce fait on ignore si l'octroi d'un tel pouvoir au "cocontractant" de l'administration est légal. La résiliation d'une telle convention serait en fait soumise aux mêmes règles que celles applicables aux actes administratifs unilatéraux. Ces derniers, comme on l'a dit, peuvent être abrogés par le(s) autorité(s) compétente(s) pour l'édicter. Les personnes privées ne sont donc pas privées de l'exercice d'un tel pouvoir. Ces règles semblent s'appliquer concernant la convention médicale. Les deux entités qui ont pris part à la conclusion de la convention peuvent donc, même sans accord entre elles, la faire disparaître.

En définitif, seule la présence d'un acte d'accompagnement aux effets spécifiques et la non application de la règle du parallélisme des compétences dans certaines hypothèses

¹⁶⁹⁰ Dans cet arrêt, le juge n'utilise que le terme "résiliation" et non "abrogation" pour qualifier le processus tendant à faire disparaître la convention.

¹⁶⁹¹ M. Heumann, concl sur CE 10 avril 1959 *Fourré-Cormeray*, D 1959, p 210.

¹⁶⁹² *Ibid.*

¹⁶⁹³ *Op. cit.*

marqueraient l'originalité des actes administratifs unilatéraux négociés. Il faut néanmoins rester prudent car les arrêts portant sur ces problèmes de formation, modification, disparition sont en nombre trop limités pour prendre très nettement position.

Il est cependant très clair que, dans ces différents cas, l'administration tente, de manière générale¹⁶⁹⁴, de leur appliquer les règles utilisées pour les actes administratifs unilatéraux et les contrats.

Est-ce que le régime contentieux fait exception à la règle ?

§ 2: L'absence de réelle originalité du régime contentieux

L'expression "régime contentieux" peut sembler relativement vague. Il faut donc préciser ce qu'elle recouvre précisément. Dans le premier paragraphe, on a analysé les règles que les participants à l'acte doivent appliquer lors de la formation, de la modification et de la sortie de vigueur de l'acte. Dans ces différents cas de figure, l'application des règles évoquées n'est pas liée à l'existence d'une contestation portant sur cet acte. Si une telle contestation survient, les participants ou même des personnes extérieures, n'auront très souvent d'autre choix que de saisir le juge afin de résoudre le litige. Comme dans toutes les branches du droit, des règles précises vont s'appliquer et ces règles varient notamment selon que l'acte objet du litige est un contrat ou un acte administratif unilatéral. Le juge de l'excès de pouvoir ne pourra examiner que des actes de nature unilatérale. En revanche, les litiges liés à un contrat sont attribués au juge de plein contentieux. Cette distinction est importante car les pouvoirs dont disposent ces deux juges ne sont pas identiques. Ce sont tous ces éléments que l'on regroupe sous l'expression "régime contentieux". Il ne nous appartient pas de revenir en détail sur les règles contentieuses applicables à l'acte unilatéral et au contrat. Il s'agit tout simplement de démontrer que le juge applique aux actes administratifs unilatéraux négociés les règles les mieux établies du régime des actes administratifs unilatéraux.

L'analyse va porter sur trois points. Il faut tout d'abord mettre en avant les règles relatives à la recevabilité du recours (A). Nous nous attacherons ensuite au raisonnement suivi par le juge lors de l'examen de la légalité de l'acte (B). Enfin, il sera nécessaire d'étudier le contenu de la décision rendue par le juge (C).

A – Les règles relatives à la recevabilité du recours

Avant d'examiner la légalité en tant que telle de l'acte qui lui est soumis, le juge doit déterminer si le recours exercé est bien recevable. Certes, le juge administratif est amené à examiner la légalité d'un acte que ce soit dans le cadre du recours pour excès de pouvoir ou même, dans certains cas, en plein contentieux. Cependant, et comme on l'a indiqué à diverses reprises, si des requérants demandent au juge de l'excès de pouvoir l'annulation d'un contrat, le recours sera déclaré irrecevable¹⁶⁹⁵. Cette règle a pourtant fait l'objet d'assouplissements. Le Conseil d'Etat a admis que des actes considérés comme détachables du contrat puissent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Il peut s'agir d'actes relatifs à la formation du contrat et ceux-ci ont pour particularité de pouvoir être attaqués non seulement par les parties contractantes¹⁶⁹⁶ mais aussi par les tiers¹⁶⁹⁷. Les actes postérieurs à la formation du contrat sont eux aussi considérés comme des actes détachables mais seuls les tiers peuvent les déférer au juge de l'excès de pouvoir¹⁶⁹⁸. Les parties au contrat n'ont pas la possibilité d'attaquer de tels actes par cette voie¹⁶⁹⁹ car elles disposent du recours de plein contentieux pour défendre leurs intérêts.

Il résulte de cette jurisprudence les deux interdictions suivantes: aucun recours pour excès de pouvoir ne peut être exercé contre les contrats et les parties à ces derniers ne peuvent former ce même recours à l'encontre des actes d'exécution.

Comme on va pouvoir s'en rendre compte, le juge ne se réfère à aucune des deux interdictions s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés. Cette affirmation peut surprendre car cela voudrait dire qu'on assimile ces actes spécifiques à des contrats auxquels on applique un régime dérogatoire. Nous allons démontrer que malgré les apparences contractuelles, le juge administratif écarte l'application du régime contentieux classique des contrats et lui préfère celui des actes unilatéraux.

¹⁶⁹⁴ Le cas des conventions d'attribution de fréquences constituerait l'exception.

¹⁶⁹⁵ L'arrêt du Conseil d'Etat en date du 14 mars 1997 *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne*, *RFDA* 1997, p 849, note P. Delvolvé précise que "des conclusions à fin d'annulation (...) dirigées contre des stipulations contractuelles qui n'ont pas un caractère réglementaire sont irrecevables".

¹⁶⁹⁶ CE 4 février 1955 *Ville de Saverne*, *Rec*, p 73.

¹⁶⁹⁷ CE 19 novembre 1926 *Decuty*, *Rec*, p 993.

¹⁶⁹⁸ Le Conseil d'Etat a par exemple admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé par les tiers à l'encontre de la décision refusant de résilier le contrat, CE 8 décembre 2004 *Société Eiffel Distribution et Société Levallois Distribution*, *Rec*, p 804 – *Contrats et marchés publics* février 2005, p 37, note J-P Pietri.

Les actes relatifs à l'exécution de l'"accord" peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Sont notamment concernés les actes modifiant un "contrat" de recrutement d'agent public¹⁷⁰⁰ ou un abonnement conclu entre un service public et un usager¹⁷⁰¹. Les actes résiliant ce même type d'abonnement sont eux aussi visés¹⁷⁰². L'application de cette règle ne se limite pas aux actes liés à l'organisation ou au fonctionnement des services publics. Ainsi, le refus de modification d'une convention permettant d'utiliser le réseau câblé peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par l'un des participants¹⁷⁰³. En outre, le Conseil d'Etat admet implicitement qu'un des signataires à une convention médicale puisse exercer un tel recours à l'encontre d'un acte prononçant sa résiliation¹⁷⁰⁴.

Cependant, comment doit-on interpréter cette jurisprudence ?

Comme on l'a vu, certains arrêts qualifient l'accord de "contrat"¹⁷⁰⁵. Cette jurisprudence ne constituerait qu'une dérogation aux règles contentieuses normalement applicables aux contrats. Elle serait justifiée par les caractéristiques particulières de ces actes.

L'analyse ne convainc pas car dans les autres arrêts, et alors même que le terme "contrat" n'apparaît pas, le juge fait application de cette même règle. Mais si on ne situe ni dans le cadre du régime contractuel classique ni d'un régime contractuel dérogatoire, doit-on considérer ces règles comme totalement spécifiques ? On ne peut parvenir à une telle conclusion sans démontrer que ce régime n'a rien de commun avec celui des actes administratifs unilatéraux.

Pour les actes administratifs unilatéraux, il n'y a pas, comme en matière contractuelle, de partage entre les actes détachables soumis au juge de l'excès de pouvoir et l'acte principal, en l'occurrence le contrat, soumis au juge de plein contentieux. Seul le premier juge est compétent pour examiner la légalité d'un acte administratif unilatéral décisoire dans son ensemble. Il faut donc déterminer si cette règle s'applique ou non aux actes administratifs unilatéraux négociés.

Il ressort de nombreux arrêts que le juge de l'excès de pouvoir est le seul juge compétent pour statuer sur la légalité des actes administratifs unilatéraux négociés. Cela découle indirectement de l'arrêt du 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure*.

¹⁶⁹⁹ Les parties au contrat ne peuvent exercer un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de la décision le résiliant, cf par exemple CE 29 juin 1966 *Société pour le traitement industriel du bois et l'équipement de la montagne*, Rec, p 423 – AJDA 1966, p 563, chron M. Galabert.

¹⁷⁰⁰ CE 25 mai 1979 *Rabut*, op. cit.

¹⁷⁰¹ CE 6 mai 1985 *Ministre chargé des PTT C/ M. Ricard*, op. cit.

¹⁷⁰² CE 29 juin 1979 *Mme Bourgeois*, op. cit.

¹⁷⁰³ CE 25 novembre 1998 *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, op. cit.

¹⁷⁰⁴ CE 27 avril 1998 *Confédération des syndicats médicaux français*, Rec, p 180 – RFDA 1999, p 96, concl C. Maugué – D 1998, Somm, p 386, obs X. Prétot – DA 1998, n°233, note C. M – DA 1998, n°254, note C. M.

En considérant l'accord comme une "décision unilatérale à caractère réglementaire", le Conseil d'Etat reconnaît implicitement que le juge précité pourra seul se prononcer sur sa légalité. Même s'il ne qualifie pas expressément l'acte de décision réglementaire, il admet dans un arrêt du 10 juin 1994 *Confédération française des syndicats de biologistes et autres*¹⁷⁰⁶ que la légalité des accords tripartites conclus entre l'Etat, les organismes nationaux d'assurance maladie et les organisations professionnelles relève du juge de l'excès de pouvoir. L'admission d'un tel recours est expressément admise dans un arrêt du 19 mars 2003 *Société Canal Antilles*¹⁷⁰⁷. Le juge affirme très clairement, s'agissant d'une convention passée entre le CSA et une société, que cette dernière "aurait été recevable à introduire, si elle s'y croyait fondée, un recours en excès de pouvoir contre la convention"¹⁷⁰⁸.

Ce principe semble concerner la majeure partie des actes administratifs unilatéraux négociés mais peut-on affirmer pour autant que tous ces actes sans exception sont soumis à ce juge ?

Il suffira d'évoquer le cas des concessions d'occupation du domaine public pour se rendre compte que la réponse est négative. On a démontré que ces concessions se rapprochaient par certains aspects des autorisations unilatérales or elles ne peuvent cependant être confondues. Les concessions sont partiellement soumises au régime des contrats administratifs¹⁷⁰⁹. De ce fait, le juge de plein contentieux sera compétent pour statuer en cas de litige. Cela ressort notamment de l'arrêt en date du 13 juillet 1968 *Société établissements Serfati*¹⁷¹⁰. Au lieu d'affirmer qu'il n'appartient pas au juge du contrat de prononcer l'annulation de la décision résiliant cette convention, le Conseil d'Etat a rejeté les moyens soulevés par le requérant¹⁷¹¹. En outre, et comme on l'a souligné dans la première partie, il se peut que le juge administratif ne soit compétent ni en excès de

¹⁷⁰⁵ Tel est notamment le cas dans les arrêts *Rabut, Bourgeois et Ricard*.

¹⁷⁰⁶ *Op. cit.*

¹⁷⁰⁷ *Op. cit.*

¹⁷⁰⁸ Le fait pour le Conseil d'Etat de se déclarer compétent pour connaître en premier ressort des litiges intéressant les conventions "voie hertzienne" et "réseau câblé" est, selon M. Collet, "un signe clair dans le sens d'une reproduction des règles relatives aux actes administratifs unilatéraux, en l'absence de dispositions législatives contraires", *op. cit.*, p 90.

¹⁷⁰⁹ Il en est de même des concessions funéraires. Le Commissaire du gouvernement M. Guionin dans ses conclusions sur l'arrêt du 21 octobre 1955 *Demoiselle Méline*, démontre que le juge de plein contentieux doit apprécier la légalité d'un arrêté rejetant la demande visant à rétablir au nom du requérant une concession déterminée, *D* 1956, cf notamment pp 544-545.

¹⁷¹⁰ *Rec*, p 954 – *AJDA* 1968, p 582, concl M. Bertrand et p 574, chron MM Dewost et Denoix de Saint-Marc – *RDP* 1969, p 123, note Waline.

pouvoir ni en plein contentieux. Ainsi par exemple, les questions relatives aux conditions de conclusion de la convention d'assurance chômage ou à l'interprétation de la commune intention de ses auteurs relèvent de la compétence du juge judiciaire¹⁷¹². Hormis, ces deux questions, le juge de l'excès de pouvoir se prononce sur la légalité des clauses de l'accord. Si on se place sur le plan de la recevabilité du recours, on ne peut affirmer que tous les actes administratifs unilatéraux négociés sont soumis à un même régime contentieux.

Il serait néanmoins possible de faire les distinctions suivantes. A partir du moment où l'acte est lié à l'exercice d'un pouvoir réglementaire ou revêt un tel caractère, le juge de l'excès de pouvoir devra apprécier sa légalité¹⁷¹³. Dans les autres hypothèses où l'"environnement réglementaire" fait défaut, il est difficile d'attester de l'existence d'une cohérence d'ensemble. Soit le juge qualifie expressément l'acte en cause de contrat¹⁷¹⁴ et dans ce cas il fera l'objet d'un recours de plein contentieux¹⁷¹⁵. Soit le juge utilise le terme de "décision" voire de "convention" et dans ce cas la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ne posera guère de problème.

Le point de départ d'un tel recours ainsi que la reconnaissance du caractère opposable des actes administratifs sont soumis, selon leur nature, à la publication ou à la notification. De telles mesures sont-elles exigées pour les actes administratifs unilatéraux négociés ?

Guy Braibant a eu l'occasion d'évoquer ce problème concernant les actes de libération des prix. Il souligne que l'administration "a pris l'habitude de ne pas publier les engagements professionnels (...); c'est sans doute regrettable parce que les intéressés risquent d'être mal informés et que des difficultés peuvent s'élever au sujet de la date d'entrée en vigueur de la mesure ainsi que du point de départ des délais de recours"¹⁷¹⁶. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs vérifié dans l'arrêt du 23 octobre 1974 *Valet*¹⁷¹⁷ que la publication a bien eu lieu. Selon la Haute juridiction, "l'engagement professionnel a été publié au bulletin officiel des prix en même temps que l'arrêté". Dans le cadre d'un acte unilatéral négocié formé d'un accord et d'un arrêté, l'affirmation peut surprendre. En effet, on a pu voir que l'engagement

¹⁷¹¹ Pour le Commissaire du gouvernement il ne fait "aucun doute que les conclusions de la demande et de la requête, tout en étant limitées à l'annulation de la décision portant résiliation du contrat, soient des conclusions non d'excès de pouvoir, mais de plein contentieux", *AJDA* 1968, p 582.

¹⁷¹² Cf notamment CE 11 juillet 2001 *Syndicat SUD Travail et autres*, *op. cit.*

¹⁷¹³ Sous réserve de la compétence du juge judiciaire pour examiner certains éléments.

¹⁷¹⁴ Alors même qu'une telle qualification est assurément contestable.

¹⁷¹⁵ Ce lien n'est cependant plus automatique étant donné que des actes qualifiés de contrats sont soumis au juge de l'excès de pouvoir, cf notamment CE 14 janvier 1998 *Syndicat départemental Interco 35 CFDT*, *op. cit.*

¹⁷¹⁶ Concl sur CE 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements pièces pour véhicules et outillages*, *op. cit.*, p 324.

s'incorpore dans l'acte unilatéral d'accompagnement. De ce fait, seule la publication de ce dernier devrait être prise en compte pour déterminer le point de départ du délai. Postérieurement, le Conseil d'Etat examinera simplement si cet acte unilatéral a été publié¹⁷¹⁸.

La publication de l'accord prend tout son sens lorsque ce dernier n'est accompagné d'aucun acte unilatéral. Ainsi, dans l'arrêt du 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure*¹⁷¹⁹, les juges vérifient si l'accord en cause a bien été publié¹⁷²⁰.

Le Conseil d'Etat semble donc appliquer à ces actes le même régime que les actes réglementaires classiques. Mais qu'en est-il des actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires ? Une simple notification suffira-t-elle ou bien l'acte devra-t-il être publié ?

Nous ne disposons pas d'indications suffisantes dans la jurisprudence. Il semble néanmoins qu'une publication soit nécessaire car ces actes n'intéressent pas uniquement ses signataires mais aussi les tiers.

Cette absence d'homogénéité des règles relatives à la recevabilité empêche d'affirmer que les actes administratifs unilatéraux négociés forment une catégorie autonome. L'examen des techniques utilisées par le juge en vue d'apprécier la légalité de ces actes confirme-t-il cette assertion ?

B – L'examen de la légalité de l'acte

Sur de nombreux aspects, le contrôle de légalité de ces actes s'apparente à celui exercé sur les actes unilatéraux en général. On a déjà évoqué cette question de la légalité lors de l'examen des problèmes portant sur la compétence. Dans les développements qui vont suivre, nous allons davantage insister sur les moyens de légalité interne. On a certes démontré que certains actes faisaient notamment l'objet d'un contrôle spécifique. Le Conseil d'Etat doit notamment apprécier par voie d'exception la légalité des conventions d'assurance chômage alors que ces actes sont normalement de droit privé¹⁷²¹. Cependant,

¹⁷¹⁷ *Op. cit.*

¹⁷¹⁸ On peut notamment citer l'arrêt en date du 1^{er} avril 1994 *Philippe Gouaut*, req n°146685 concernant l'arrêté agréant l'avenant d'une convention d'assurance chômage.

¹⁷¹⁹ *Op. cit.*

¹⁷²⁰ Il précise que l'accord a été "publié au Bulletin officiel du Service des Prix le 25 août 1973".

¹⁷²¹ *V. supra.*, Première partie, Titre 1, Chapitre second.

cela concerne principalement les actes administratifs unilatéraux négociés relevant du domaine social.

Mais en règle générale, le contrôle exercé par le juge n'a rien de vraiment spécifique. Il vérifie par exemple, comme pour les actes unilatéraux classiques, si les auteurs de l'acte n'ont pas commis d'erreur manifeste d'appréciation¹⁷²², d'erreur de droit¹⁷²³. Mais plus précisément, on peut se demander au regard de quelles normes la légalité des actes administratifs unilatéraux négociés va être examinée.

De tels actes sont astreints au respect des principes généraux du droit tels le principe d'égalité devant les charges publiques¹⁷²⁴ ou le principe général des droits de la défense¹⁷²⁵ mais aussi les normes supérieures telles que les traités internationaux¹⁷²⁶ ou bien encore la loi¹⁷²⁷. Sur ce dernier point, on peut évoquer l'arrêt du 11 juillet 2001 *Syndicat SUD travail et autres*. Les auteurs de la convention d'assurance chômage ont inséré une disposition prévoyant que le délai de prescription de l'action civile en recouvrement de certaines contributions est de trois ans. Or, l'article L 351-6-1 du Code du travail applicable lors de l'élaboration de la convention fixait quant à lui ce délai à cinq ans. Le Commissaire du gouvernement fait valoir que les parties à un contrat synallagmatique "peuvent librement convenir, sauf dispositions législatives contraires (...), d'appliquer pour l'exécution de leurs obligations contractuelles un délai de prescription plus bref que celui qui résulterait des dispositions de droit commun"¹⁷²⁸. Cette règle ne s'applique qu'aux contrats. Selon un arrêt du 9 mars 1956 *Sieur Cochard*¹⁷²⁹, un acte réglementaire ne peut prévoir un délai de prescription différent de celui fixé par la loi. Dans cet arrêt, l'acte en cause était un arrêté préfectoral, c'est-à-dire un acte unilatéral. Le Conseil d'Etat va suivre les recommandations de Sophie Boissard et appliquer, dans l'arrêt du 11 juillet 2001, cette solution à la convention d'assurance chômage. De par son caractère réglementaire, elle ne peut déroger à la loi.

¹⁷²² Cf par exemple CE 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres*, *Rec*, p 139 – *DS* 1999, p 600, note D. Truchet – *DA* 1999, n°176, note C. M – *RDSS* 1999, p 511, note L. Dubouis – *RFDA* 1999, p 1190, concl C. Maugué – *RJS* 1999, n°1125 – *JCP G* 1999, II, 10140, p 1476 – *RDP* 2000, p 343, note C. Guettier – CE 17 février 1992 *Association hôtellerie et liberté*, *op. cit.*

¹⁷²³ CE 24 octobre 2001 *Conseil national de l'ordre des médecins*, *RFDA* 2001, p 1344.

¹⁷²⁴ CE 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres*, *op. cit.*

¹⁷²⁵ CE 30 novembre 2005 *Syndicat des médecins d'Aix et région*, req n°278291.

¹⁷²⁶ CE 17 février 1992 *Association hôtellerie et liberté*, *op. cit.* Même si dans cet arrêt le moyen est rejeté faute de précisions suffisantes, il est possible d'invoquer l'incompatibilité d'un acte administratif unilatéral négocié au regard des dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne.

¹⁷²⁷ Cf par exemple CE 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres*, *op. cit.* Dans cet arrêt, le juge vérifie si les dispositions de la convention nationale des médecins généralistes sont bien conformes à certaines dispositions du Code de la sécurité sociale.

¹⁷²⁸ S. Boissard, concl sur CE 11 juillet 2001 *Syndicat SUD travail*, *op. cit.*, p 865.

¹⁷²⁹ *Rec*, p 112.

Enfin, il peut vérifier la constitutionnalité de ces actes. L'exercice de ce contrôle permet à Xavier Prétot d'affirmer que le Conseil d'Etat reconnaît aux conventions médicales "un caractère purement réglementaire à l'acte issu de la négociation entre les parties"¹⁷³⁰. Lorsqu'il prononce l'annulation de l'arrêté d'approbation sur le fondement des dispositions de l'article 34 de la Constitution, il ne fait que reprendre "le raisonnement suivi habituellement pour l'appréciation de la légalité des décrets pris pour l'application de la loi"¹⁷³¹. Le contrôle est donc identique à celui exercé sur un acte unilatéral dit "classique". Dans ces différents exemples, les actes en cause revêtent soit un caractère réglementaire soit sont liés à l'exercice d'un tel pouvoir mais qu'en est-il des actes non réglementaires ? Là encore, le contrôle opéré n'a rien de spécifique. Pour s'en convaincre, on peut se reporter à l'arrêt en date du 21 novembre 2003 *Société suisse de radiodiffusion et télévision*¹⁷³². Le Conseil d'Etat détermine si la convention passée en application de l'article 33-1 de la loi du 30 septembre 1986 ne contient pas de dispositions contraires à une convention européenne, au décret du 1^{er} septembre 1992 et à la loi du 30 septembre 1986. L'examen par le juge de la légalité des actes administratifs unilatéraux négociés est donc identique à celui exercé sur les actes unilatéraux classiques.

C – Le contenu de la décision rendue par le juge

Tout arrêt ou jugement contient différentes "catégories d'énonciations" pour reprendre les termes de François Terré¹⁷³³. Le dispositif constitue la partie la plus importante car il contient la solution du litige. En effet, après avoir déterminé si l'acte objet du recours est entaché d'illégalité, le juge doit prendre une décision. Il peut notamment prononcer, en cas d'illégalité, l'annulation de l'acte. Mais l'annulation n'est pas nécessairement totale. Elle peut ne concerner que certaines dispositions.

Sur quel élément va se fonder le juge pour prendre une telle décision ? Tout dépendra du caractère divisible ou non des dispositions de l'acte soumis au contrôle. Il faut donc

¹⁷³⁰ X. Prétot, "L'évolution du régime juridique des conventions médicales: du contrat doué d'effets réglementaires au règlement à élaboration concertée", *op. cit.*, p 849.

¹⁷³¹ *Id.*, p 850. Cet auteur cite pour illustrer différents arrêts pour illustrer ses propos et notamment celui en date du 17 décembre 1993 *Groupement national des établissements de gérontologie*, *op. cit.* Il est néanmoins important de souligner que le contrôle ne porte pas sur l'arrêté d'approbation en tant que tel mais sur les stipulations de la convention.

¹⁷³² *Op. cit.*

déterminer dans quels cas ces dispositions sont divisibles (1) et voir ensuite si cette règle de la divisibilité s'applique aux actes administratifs unilatéraux négociés (2).

1 – La règle de la divisibilité

Une précision s'impose avant d'aborder ce point. Cette divisibilité peut-elle être considérée comme un synonyme de la théorie de la détachabilité ou, au contraire, ne doit-elle pas être confondue avec elle ? Certains auteurs optent apparemment pour la première conception. Ainsi, Jean-Paul Payré affirme que "la création par le juge de la notion d'acte détachable a remis en cause l'indivisibilité du contrat administratif"¹⁷³⁴. De par l'application de la théorie de la détachabilité, le contrat est donc considéré comme divisible¹⁷³⁵. Cela signifierait que la divisibilité n'est qu'une conséquence de l'application de la théorie précitée.

Dans sa thèse consacrée à *L'indivisibilité en droit administratif*, Materne Staub adopte quant à lui un tout autre raisonnement. Il est amené à délimiter cette notion dans une partie préliminaire. Les conséquences ne sont pas les mêmes selon que l'acte est considéré comme détachable ou divisible. Lorsque le juge reconnaît la détachabilité d'un acte, il admet du même coup la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à son encontre¹⁷³⁶. Le juge se place sur un tout autre plan lorsqu'il utilise le terme de "divisibilité" dans le dispositif d'un arrêt ou jugement. Comme l'indique Materne Staub, "en cas d'indivisibilité, le requérant sera contraint de déposer des conclusions d'annulation totale (...). La divisibilité de l'acte ne permettra d'obtenir qu'une satisfaction annulatoire réduite puisque l'illégalité repérée n'envenimera que les fragments de décision qui en sont strictement atteints"¹⁷³⁷.

Ces deux appréciations du caractère détachable et divisible n'interviennent pas au même moment dans la phase de jugement. Ainsi, "la notion de détachabilité opère en toutes circonstances en amont du problème d'indivisibilité"¹⁷³⁸. L'indivisibilité permettrait uniquement de déterminer quelle est l'étendue de la nullité. Conformément à la conception

¹⁷³³ F. Terré, *Introduction générale au droit*, op. cit., p 567.

¹⁷³⁴ J-P Payré, "Recherche sur la notion d'indivisibilité du contrat administratif", in *Mélanges offerts à P. Montagné de la Roque*, Toulouse, Presses de l'institut d'études politiques de Toulouse, 1986, tome 1, p 508.

¹⁷³⁵ J-P Payré démontre cependant "qu'il demeure un noyau irréductible qui n'est pas divisible, dont aucun élément ne peut être détaché. Ce noyau constitue ce que l'on peut appeler le contrat, au sens strict du terme", *ibid.*

¹⁷³⁶ Par exemple, les actes relatifs à la formation ou à l'exécution du contrat sont considérés comme des actes détachables de ce dernier.

¹⁷³⁷ *Op. cit.*, p 118.

de Materne Staub, ces notions d'indivisibilité ou de divisibilité ne seront donc étudiées qu'en lien avec les décisions d'annulation prononcées par le juge.

Avant d'examiner le cas particulier des actes administratifs unilatéraux négociés, il faut déterminer de quelle façon s'applique la règle de l'indivisibilité aux actes unilatéraux classiques et aux contrats.

Le juge administratif considère assez fréquemment que tel ou tel article illégal d'un acte administratif unilatéral est divisible par rapport aux autres dispositions. Ainsi, dans l'arrêt *Rodes* en date du 12 novembre 1975¹⁷³⁹, le Conseil d'Etat a annulé partiellement un arrêté municipal intégrant une voie déterminée dans une zone bleue. De même, seule la disposition du décret définissant les modalités futures de modifications du parc national du Mercantour a fait l'objet d'une annulation¹⁷⁴⁰. A l'inverse, l'indivisibilité a, dans certains cas, été déclarée. Tel est le cas d'un article créant un nouvel ordre de juridiction et des articles suivants organisant cette juridiction¹⁷⁴¹.

Si le juge n'hésite pas à déclarer divisibles certaines dispositions d'un acte unilatéral, il semble beaucoup plus réticent à l'admettre s'agissant des contrats administratifs.

Le Commissaire du gouvernement Olivier Dutheillet de Lamothe a démontré, qu'il convient de distinguer, en matière contractuelle, les pouvoirs du juge du contrat et ceux du juge de l'excès de pouvoir. Ce dernier est seulement compétent pour annuler les actes détachables du contrat. De ce fait, il n'a pas "à s'immiscer dans les rapports entre les parties"¹⁷⁴². Si ce juge de l'excès de pouvoir décèle des clauses illégales, il doit donc "se borner à annuler l'acte de passation du contrat en tant qu'il porte sur celles-ci ainsi que, le cas échéant, sur celles qui présentent avec les clauses illégales un lien d'indivisibilité"¹⁷⁴³. L'arrêt du 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public* illustre clairement ces propos. Le juge constate qu'une convention passée entre l'Etat et un organisme privé contient des dispositions sans valeur juridique. Or, en raison "de l'indivisibilité de l'ensemble des stipulations de ladite convention", elles "entachent d'illégalité l'acte par lequel le ministre (...) a signé cette convention et doivent entraîner

¹⁷³⁸ *Id.*, p 119.

¹⁷³⁹ *Rec*, p 1184 – *AJDA* 1976, p 147.

¹⁷⁴⁰ CE 20 novembre 1981 *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye*, *Rec*, p 429 – *RDP* 1982, p 473, concl B. Genevois – *AJDA* 1982, p 92 et p 72, chron F. Tiberghien et B. Lasserre

¹⁷⁴¹ CE 13 juillet 1962 *Conseil national de l'ordre des médecins*, *Rec*, p 479.

¹⁷⁴² O. Dutheillet de Lamothe, concl sur CE 16 avril 1986 *Compagnie luxembourgeoise de Télédiffusion et autres*, *op. cit.*, p 878.

¹⁷⁴³ R. Denoix de Saint Marc, concl sur CE 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement technique agricole*, *op. cit.*, p 40.

l'annulation totale de cet acte". Il s'agit donc d'un contrôle objectif de la légalité des clauses de l'accord en ce que le juge de l'excès de pouvoir ne fait qu'apprécier si "l'illégalité d'une clause est de nature à entraîner l'annulation totale de la décision de signer (...) le contrat"¹⁷⁴⁴ et ce sans rechercher l'intention des parties.

Dans ce dernier arrêt, les clauses de la convention sont déclarées indivisibles. Existe-t-il des exemples dans lesquels le juge n'a annulé que partiellement un acte détachable en raison de l'illégalité de certaines clauses du contrat considérées comme divisibles ?

Le Commissaire du gouvernement Olivier Dutheillet de Lamothe¹⁷⁴⁵ ainsi que les auteurs Dominique Pouyaud¹⁷⁴⁶ et Laurent Richer¹⁷⁴⁷ citent quelques arrêts¹⁷⁴⁸ dans lesquels l'annulation partielle de l'acte détachable est prononcée. Cependant, un doute subsiste car la nature contractuelle des actes en cause dans ces arrêts est incertaine. Il s'agit en effet d'actes de concession et de cahier des charges.

Si on ne se place plus uniquement par rapport aux actes détachables mais au contrat en tant que tel, le juge du contrat doit-il nécessairement déclarer nulle l'intégralité de l'acte soumis au contrôle ?

Selon Renaud Denoix de Saint Marc, "le juge du plein contentieux n'annule pas forcément le contrat après avoir constaté la nullité d'une clause de ce contrat; il ne procède ainsi que s'il s'agit d'une clause ayant présenté un caractère déterminant pour les parties à la convention"¹⁷⁴⁹. Ainsi, le Conseil d'Etat souligne que la clause subordonnant la validité du marché à l'avis d'un organisme consultatif, "a présenté pour les parties un caractère déterminant; qu'ainsi le marché doit être regardé comme nul"¹⁷⁵⁰. Mais le juge ne se réfère pas nécessairement à l'intention des parties. La Haute juridiction considère par exemple dans l'arrêt du 19 janvier 1934 *Ville de Nœuds-les-Mines*¹⁷⁵¹ que la clause litigieuse du marché "ne constitue pas dans l'économie du contrat une clause essentielle dont l'illégalité, même en la supposant reconnue, puisse entraîner la nullité de ce dernier". Alors même

¹⁷⁴⁴ O. Dutheillet de Lamothe, concl sur CE 16 avril 1986 *Compagnie luxembourgeoise de Télédiffusion et autres*, op. cit., p 878.

¹⁷⁴⁵ Id., pp 878-879.

¹⁷⁴⁶ D. Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, op. cit., p 353.

¹⁷⁴⁷ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p 174.

¹⁷⁴⁸ CE 19 octobre 1934 *Association des usagers de l'énergie électrique de Saint-Omer*, Rec, p 932 – CE 9 avril 1981 *Etablissement Fine-Frères*, Rec, p 201 – CE 16 avril 1986 *Compagnie luxembourgeoise de Télédiffusion et autres*, op. cit. – TA Lyon 14 décembre 1993 *Chomat*, AJDA 1994, p 349, obs D. Broussolle.

¹⁷⁴⁹ R. Denoix de Saint Marc, concl sur CE 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement technique agricole*, op. cit., p 40.

¹⁷⁵⁰ CE 9 décembre 1949 *Chami*, Rec, p 542.

¹⁷⁵¹ Rec, p 99.

qu'il s'agit dans ce cas d'un recours de pleine juridiction, l'analyse opérée se rapprocherait davantage du contrôle objectif que du contrôle subjectif¹⁷⁵².

A la différence du juge de l'excès de pouvoir – lorsqu'il statue sur les actes détachables du contrat – le juge de plein contentieux semble admettre beaucoup plus facilement la divisibilité des clauses. Il ressort de plusieurs arrêts que les seules stipulations du contrat portant atteintes à l'ordre public sont déclarées nulles¹⁷⁵³.

Le juge du contrat admet certes la divisibilité de certaines clauses. Cependant, les arrêts dans lesquels certaines stipulations sont déclarées divisibles sont en nombre relativement restreint¹⁷⁵⁴. Cette relative rareté tendrait à démontrer que le contrat forme un ensemble cohérent voulu par les parties. Une telle cohérence ne serait plus une caractéristique du contrat si le juge admettait trop fréquemment la divisibilité de ses clauses.

On pourrait donc en déduire que les contrats administratifs sont présumés indivisibles.

Des Commissaires du gouvernement tels que Daniel Labetoulle¹⁷⁵⁵, Christine Maugüé¹⁷⁵⁶ ou Gilles Le Chatelier¹⁷⁵⁷ évoquent l'existence d'une telle présomption dans certaines de leurs conclusions. Gilles Le Chatelier affirme par exemple que "votre jurisprudence, s'agissant de l'appréciation de la divisibilité d'une clause d'une convention par rapport aux autres stipulations du contrat, nous paraît poser un principe d'indivisibilité puisqu'un acte de cette nature repose sur l'échange des consentements fondé sur l'équilibre de l'ensemble des clauses du texte conventionnel"¹⁷⁵⁸. Mais tous reconnaissent que si cette présomption existe, elle n'est en rien irréfutable. Les quelques arrêts consacrant la divisibilité de certaines clauses justifie cette dernière affirmation.

Les Commissaires du gouvernement précités se penchent certes sur ce problème de la présomption d'indivisibilité du contrat. Mais les conclusions portent sur des affaires dans lesquelles la nature contractuelle des actes n'apparaît pas évidente. Il s'agit en effet de

¹⁷⁵² D. Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, op. cit., p 352, nuance à juste titre les propos de R. Denoix de St Marc. Ce dernier, dans ses conclusions sur l'arrêt du 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, oppose de manière trop systématique le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction. Dans le premier cas, il s'agit d'un contrôle objectif alors que dans le second, le juge opère une analyse subjective.

¹⁷⁵³ Cf notamment CE 29 janvier 1954 *Etablissements M. Pelletier*, Rec, p 51. Selon cet arrêt, "le caractère d'ordre public de la législation sur les prix s'oppose à ce que le jeu desdites clauses entraîne le paiement à un entrepreneur d'un prix supérieur à celui résultant de ladite législation".

¹⁷⁵⁴ Outre l'arrêt *Etablissements M. Pelletier*, on peut citer l'arrêt du 13 novembre 1964 *SA Lantrua*, Rec, p 549 – CE 4 juin 1965 *OPHLM de la Seine*, Rec, p 983 – CE 10 novembre 1967 *Société Union française d'entreprises*, Rec, p 716 – CE 9 mars 1962 *Ordre des avocats au barreau de Nice*, Rec, p 156.

¹⁷⁵⁵ Concl sur CE 2 décembre 1993 *Confédération des syndicats médicaux français*, DS 1984, pp 147 et ss.

¹⁷⁵⁶ Concl sur CE 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres*, RFDA 1999, pp 1200 et ss.

¹⁷⁵⁷ Concl sur CE CE 17 décembre 1993 *Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privés*, op. cit., pp 66 et ss.

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*

conventions passées entre les caisses d'assurances maladies et les organismes représentants certaines professions médicales.

Il faut donc se demander, s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés, si le juge administratif va privilégier l'application du principe d'indivisibilité au détriment de la divisibilité.

2 – L'application de cette règle aux actes administratifs unilatéraux négociés

La jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux conventions médicales nous donne des indications intéressantes. Lors du recours pour excès de pouvoir formé contre l'arrêté d'approbation, le juge est amené à examiner la légalité des conventions passées entre les caisses d'assurance maladie et les syndicats de praticiens. A l'occasion d'un tel examen, le juge considère dans certains cas que des clauses sont entachées d'illégalités. Mais est-ce que pour autant le juge va prononcer l'annulation intégrale de l'arrêté contesté ? Jusqu'à une période relativement récente, le Conseil d'Etat a visiblement considéré qu'une présomption irréfragable d'indivisibilité s'appliquait à de telles conventions. Le juge souligne par exemple dans l'arrêt du 2 décembre 1983 *Confédération des syndicats médicaux français*¹⁷⁵⁹ que certaines stipulations de la convention "sont indivisibles des autres stipulations de la convention, que leur illégalité entache par suite d'illégalité ladite convention dans son ensemble et, par voie de conséquence, l'arrêté qui l'a approuvé". La jurisprudence n'a guère évolué au début des années quatre-vingt-dix car la Haute juridiction adopte la même solution dans les arrêts du 10 juillet 1992 *Confédération des syndicats médicaux français et autres*¹⁷⁶⁰ et du 17 décembre 1993 *Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privés*¹⁷⁶¹.

On perçoit néanmoins, dans les conclusions rendues par Gilles Le Chatelier sur cette dernière affaire, une légère évolution. Il rappelle dans un premier temps l'existence d'une présomption simple d'indivisibilité du contrat. Dans un deuxième temps, il souligne la différence de raisonnement entre le juge de l'excès de pouvoir et de plein contentieux s'agissant de la divisibilité. Dans un troisième temps, il est tenté d'appliquer à ces conventions médicales – compte tenu de leur nature quasi réglementaire – le raisonnement suivi par le juge de l'excès de pouvoir pour le contrôle des actes réglementaires. Si ce

¹⁷⁵⁹ Rec, p 469 – DS 1984, p 144, concl D. Labetoulle et note X. Prétot – AJDA 1983, p 677 et 684, chron B. Lasserre et J-M Delarue.

¹⁷⁶⁰ Op. cit.

raisonnement était transposable, "nous n'aurions aucun doute sur la divisibilité des dispositions en cause, leur annulation ne rendant en rien le reste du texte inapplicable"¹⁷⁶². Il refuse néanmoins de l'appliquer du fait de la nature, selon lui, contractuelle de la convention et de l'importance de la clause illégale.

Comme on peut le constater, ces conventions médicales semblent soumises à un régime encore plus strict que les contrats car le juge n'admet apparemment aucune exception à la règle de l'indivisibilité. Cependant, l'année 1998 va être marquée par un tournant. La divisibilité des stipulations est admise de manière implicite dans un arrêt du 3 juillet 1998 *Syndicat des médecins de l'Ain et autres*¹⁷⁶³. Le Conseil d'Etat estime certes que les stipulations illégales sont indivisibles des autres stipulations de la convention ce qui permet de prononcer l'annulation totale de l'arrêté d'approbation. Néanmoins, et comme le souligne Gilles Guiheux, "ce n'est pas au nom d'une indivisibilité de principe de la convention" que l'annulation totale est prononcée mais "parce que certaines des dispositions jugées illégales constituent les fondements de la convention. La porte est donc entrouverte pour admettre – c'est là une nouveauté – la divisibilité d'une convention médicale au regard de ses illégalités internes si ces dernières n'en minent pas les fondements"¹⁷⁶⁴.

L'arrêt rendu quelques jours plus tard le 8 juillet 1998 *Fédération des chirurgiens-dentistes de France*¹⁷⁶⁵ est, quant à lui, beaucoup plus explicite. L'arrêté attaqué n'est annulé qu'en tant qu'il approuve les stipulations illégales qui sont "divisibles du reste de l'avenant". Cet arrêt constitue une réelle nouveauté dans le domaine des conventions médicales. Or, les auteurs du recueil *Lebon* ne le mentionnent que dans les tables. Il ne s'agit pourtant pas d'un cas isolé. En effet, l'arrêt du 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres*¹⁷⁶⁶ confirme l'admission de la divisibilité de ces conventions.

Les raisons d'un tel revirement opéré par le juge en 1998 ne sont pas aisées à déterminer. Les Commissaires du gouvernement ainsi que les auteurs mettent certes en avant la nature particulière de ces conventions pour justifier l'admission de la divisibilité. Néanmoins, la

¹⁷⁶¹ Rec, p 370 – AJDA 1994, p 61, concl G Le Chatelier – RFDA 1993, p 203.

¹⁷⁶² G. Le Chatelier, concl sur CE 17 décembre 1993 *Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privés*, op. cit., p 66.

¹⁷⁶³ Rec, p 277 – RFDA 1998, p 942, concl C. Maugué - DA 1998, n°324, note C.M – AJDA 1998, p 559 et p 633, chron F. Raynaud et P. Fombeur – RDSS 1998, p 755, note L. Dubouis – DS 1998, p 817, note X. Prétot – JCP G 1999, II, 10012, p 155, note G. Guiheux.

¹⁷⁶⁴ G. Guiheux, note sur CE 3 juillet 1998 *Syndicat des médecins de l'Ain et autres*, id., p 159.

¹⁷⁶⁵ Rec, p 1184 – DA 1998, n°326, note C. M.

¹⁷⁶⁶ Op. cit. D. Truchet estime qu'il s'agit du premier arrêt consacrant la divisibilité des conventions médicales. Selon lui, l'arrêt du 8 juillet 1998 *Fédération des chirurgiens-dentistes de France* pouvait être considéré

plupart d'entre eux prennent le contrat et l'acte réglementaire comme base de leur analyse. Ils ne parviennent donc pas à se détacher de ces catégories traditionnelles et transposent de ce fait le raisonnement suivi par le juge s'agissant de ces différents actes.

Mais plus qu'un mélange des deux régimes contentieux applicables à l'acte réglementaire et au contrat, on a l'impression à la lecture des écrits que les auteurs et les Commissaires du gouvernement insistent principalement sur le contentieux contractuel. Christine Maugué estime par exemple que le juge fait preuve d'une relative souplesse pour apprécier la divisibilité lorsqu'il statue sur la légalité d'un acte détachable d'un contrat¹⁷⁶⁷. Ce raisonnement n'emporte pas la conviction car nous avons démontré que ces conventions ne peuvent être assimilées à des contrats. Tous les auteurs n'adoptent pas la même analyse que Christine Maugué.

Louis Dubouis et Gilles Guiheux justifient la divisibilité de par la nature unilatérale de ces conventions médicales¹⁷⁶⁸. L'argument n'apparaît pas pertinent car on ne peut inférer de l'admission de la divisibilité la nature unilatérale de l'acte. En effet, nous avons pu voir que contrairement à ce qu'affirme Gilles Guiheux¹⁷⁶⁹, la divisibilité n'est pas une marque de l'acte unilatéral. Elle est aussi admise mais dans une moindre mesure pour les contrats. Finalement, la reconnaissance de la divisibilité ne permet pas de dire que le régime contentieux des conventions médicales se distingue de celui du contrat et de l'acte unilatéral. Le nombre d'hypothèses dans lesquelles la divisibilité est admise pourrait cependant être un indice. Le juge reconnaît plus facilement la divisibilité pour les actes unilatéraux qu'en matière contractuelle. Or, au cours des années qui ont suivi, le juge a constaté à plusieurs reprises que les clauses des conventions nationales ou de leurs avenants étaient divisibles¹⁷⁷⁰. En outre, cette règle de la divisibilité ne s'applique pas uniquement à ces accords. Certaines stipulations des conventions d'assurance chômage ou

comme "une exception circonstancielle à une jurisprudence ancienne, constante et abondante d'indivisibilité et d'annulations entières", *DS* 1999, p 601.

¹⁷⁶⁷ C. Maugué, concl sur CE 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres*, *op. cit.*, p 1202.

¹⁷⁶⁸ Selon L. Dubouis, "on éprouve la plus grande peine à découvrir quelle pourrait être la raison de l'indivisibilité des conventions médicales et des arrêtés qui les approuvent. Ces dernières constituent des actes unilatéraux", note sur CE 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres*, *op. cit.*, p 521. A propos de la convention en cause dans l'arrêt du 14 avril 1999, G. Guiheux estime que "c'est son caractère unilatéral qui permet d'admettre une divisibilité de la convention, soit une annulation partielle", note sur CE 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres*, *op. cit.*, p 1479.

¹⁷⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁷⁰ On peut citer à titre d'exemples les arrêts du 29 juillet 2002 *Conseil national de l'ordre des médecins*, *Rec*, p 906 – CE 28 mai 2003 *Conseil national de l'ordre des médecins*, *Rec*, p 245 – CE 1^{er} octobre 2004 *Fédération nationale des infirmiers*, req n°261747 – CE 30 novembre 2005 *Syndicat des médecins d'Aix et région*, req n°257765.

du règlement qui leur est annexé ont été déclarées divisibles¹⁷⁷¹. Enfin, il faut souligner que les actes réglementaires ou liés à l'exercice d'un tel pouvoir ne sont pas les seuls visés par cette jurisprudence. Ainsi, il n'existe pas de présomption irréfragable d'indivisibilité pour les conventions passées entre le CSA et le bénéficiaire d'une fréquence¹⁷⁷².

L'absence de réelle réticence de la part du juge à admettre la divisibilité des actes administratifs unilatéraux négociés tend à rapprocher leur régime contentieux de celui des actes unilatéraux. Mais cette divisibilité fait-elle l'objet d'une appréciation similaire ? Deux méthodes peuvent être utilisées comme nous l'avons vu. Le juge prend soit en considération l'importance que revêt objectivement la stipulation en cause dans l'économie de l'acte, soit il recherche l'intention des parties et dans ce cas l'indivisibilité sera retenue si la stipulation illégale présente un caractère déterminant pour les auteurs de l'acte. Dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir exercé contre un acte unilatéral, le juge use normalement de la première méthode. Il faut donc déterminer si celui-ci a recours à ce type d'analyse pour les actes administratifs unilatéraux négociés.

Il est vrai que les arrêts précités sont assez avares en explications. La plupart du temps, le juge se contente d'affirmer que telle ou telle clause est divisible sans autre précision. Le premier arrêt ayant admis la divisibilité des conventions médicales contient malgré tout des dispositions intéressantes. Pour admettre la divisibilité des stipulations, le juge se fonde sur "leur contenu et leur place au sein du dispositif conventionnel". Cela prouve bien que l'intention des auteurs n'est pas prise en considération pour déterminer le degré d'importance, au regard de l'acte, des clauses déclarées illégales.

Aucun indice probant ne permet d'affirmer que les actes administratifs unilatéraux négociés sont soumis à un régime juridique différent de celui exercé sur les actes unilatéraux classiques.

Il pourrait nous être reproché de ne pas avoir fait une étude exhaustive du régime contentieux. En effet, nous n'avons pas déterminé quelles étaient les règles applicables s'agissant du contentieux de la responsabilité. Il est vrai que Franck Moderne aborde très brièvement cette question dans deux de ses écrits¹⁷⁷³. Il imagine, s'agissant des accords de libération des prix, que s'appliquerait "une responsabilité de nature quasidélictuelle à la

¹⁷⁷¹ Cf par exemple CE 11 juillet 2001 *Syndicat SUD Travail*, *op. cit.* – CE 23 juillet 2003 *Syndicat national du personnel navigant commercial*, req n°229965 – CE 30 décembre 2003 *Association AC !*, req n°251716.

¹⁷⁷² CE 19 mars 2003 *Société Canal Antilles*, *op. cit.*

charge de l'administration pour engagements non tenus"¹⁷⁷⁴. En outre, il se demande si la jurisprudence relative à "la responsabilité sans faute de l'administration lorsqu'un acte réglementaire légal cause un préjudice anormal et spécial"¹⁷⁷⁵ est applicable. Comme on peut le constater, il s'agit uniquement d'hypothèses. Et, à notre connaissance, aucun arrêt ou jugement ne vient confirmer ou infirmer ces suppositions et ce quels que soient les actes administratifs unilatéraux négociés concernés.

Ces différents développements permettent de conclure qu'il n'existe pas, à côté du contrat et de l'acte unilatéral, une troisième catégorie autonome: celle de l'acte administratif unilatéral négocié. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que les actes en question soient soumis à un régime juridique spécifique. Or ce n'est pas le cas. Etant donné que leur régime est comparable à celui des actes unilatéraux classiques, ils doivent donc être intégrés dans cette dernière catégorie. Ce constat nous amène à poser la question suivante: quel élément empêche la consécration d'une nouvelle catégorie d'actes ? Ce refus semble trouver sa source dans l'attachement du juge, des auteurs, à la structure binaire du droit administratif.

Section 2

La structure binaire du droit administratif en tant qu'obstacle à l'émergence d'une nouvelle catégorie d'actes

Comme l'indique Thierry Tauran, "la plupart des distinctions pratiquées dans la science du droit ne comptent que deux éléments qu'il s'agit de séparer ou d'opposer. On dit

¹⁷⁷³ Cf la note portant sur l'arrêt du 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, *op. cit.*, p 379 et l'article "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *op. cit.*, p 513.

¹⁷⁷⁴ F. Moderne, note sur CE 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, *op. cit.*, p 379. Il prend notamment appui sur l'arrêt du 24 avril 1964 *Société des huileries de Chauny*, *op. cit.*, dans lequel le Conseil d'Etat admet la responsabilité de l'administration du fait des promesses non tenues.

¹⁷⁷⁵ F. Moderne, "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *op. cit.*, p 513.

alors que les distinctions juridiques présentent un caractère binaire"¹⁷⁷⁶. Il distingue ainsi "le droit commun et le droit spécial", "coassurance" et "réassurance", "les poursuites et l'instruction", "l'instruction et le jugement". On retrouve aussi en droit public cette structure binaire. En effet, et pour reprendre l'expression de Didier Truchet, le Conseil d'Etat "a été amené à préférer le pair à l'impair"¹⁷⁷⁷. Il énumère une série d'exemples qui permettent d'explicitier cette affirmation. Selon lui, "toutes les activités administratives sont ainsi de service public ou de police (...). Les services publics sont administratifs ou industriels ou commerciaux. La police est judiciaire ou administrative, cette dernière générale ou spéciale. Les actes sont unilatéraux ou contractuels; dans le premier cas, ils ne peuvent qu'être réglementaires ou non réglementaires; dans le second cas, ils sont administratifs ou de droit privé (...)"¹⁷⁷⁸. Une structure binaire vise à regrouper dans deux grands ensembles différents types d'actes, d'activités. Cela permet d'avoir une vision simplifiée des activités juridiques. Lorsque le juge, les auteurs, se trouvent face à une situation nouvelle, ils vont la rattacher à l'une des catégories existantes. Or cela n'est pas sans poser quelques problèmes car certaines de ces situations nouvelles devront être intégrées "par la force" dans les catégories habituelles. Le cas des actes administratifs unilatéraux négociés l'illustre clairement. Un tel raisonnement favorise donc l'émergence de fictions (§ 1). Mais est-ce que cela signifie que cette structure binaire constitue un obstacle infranchissable à la consécration des actes administratifs unilatéraux négociés en nouvelle catégorie ? Ce n'est pas certain. Un réaménagement des recours contentieux eux aussi organisés selon une structure binaire pourrait permettre de surmonter cet obstacle (§ 2).

§ 1: Une structure binaire favorisant les fictions

Il existe deux catégories principales d'actes en droit administratif: l'acte unilatéral et le contrat. Il est possible d'intégrer dans celles-ci des situations très diverses car il s'agit de catégories dites "ouvertes" (A). Néanmoins, le juge, les auteurs sont dans certains cas

¹⁷⁷⁶ T. Tauran, "Les distinctions en droit privé", *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2000-2, p 504.

¹⁷⁷⁷ D. Truchet, "La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? A propos des catégories juridiques en droit administratif", in *Clés pour le siècle – Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Paris, Dalloz, 2000, p 453.

¹⁷⁷⁸ *Id.*, p 443.

amenés à "forcer" les catégories et donc à rattacher de manière quelque peu artificielle telle ou telle situation à l'une ou l'autre de ces catégories. Ils utilisent, pour ce faire, deux procédés distincts: l'analogie et la fiction (B). Cette dernière se retrouve très clairement dans les actes administratifs unilatéraux négociés (C).

A – L'acte administratif unilatéral et le contrat: deux catégories dites "ouvertes"

Tout au long de nos développements, nous avons à plusieurs reprises accoler le terme de "catégorie" à des notions telles que le contrat et l'acte unilatéral. L'utilisation d'un tel terme semble logique car cela permet de regrouper des éléments similaires dans un même ensemble. Plus précisément, "seront classées dans une même catégorie juridique les notions et les règles qui offrent suffisamment de points communs pour figurer sous un seul genre"¹⁷⁷⁹. Il apparaît que le juge ou les auteurs se trouvent confrontés à deux problèmes distincts mais intimement liés: l'existence de la catégorie et la qualification. En effet, comme l'indique Didier Truchet, "le travail de qualification juridique (...) consiste à faire entrer un objet dans une catégorie juridique préétablie"¹⁷⁸⁰. Quel que soit le domaine, on en déduit que la consécration de telle ou telle catégorie est le préalable à toute opération de qualification. Mais pour quelle raison éprouve-t-on le besoin d'intégrer une situation déterminée dans une catégorie ?

Comme on l'a évoqué, les catégories sont révélées par les juristes "afin de faciliter l'observation du droit positif, mais aussi pour parvenir à une meilleure connaissance de celui-ci"¹⁷⁸¹. Cela signifie que les catégories sont de pures créations doctrinales ou jurisprudentielles. Elles n'existent pas en tant que telles. Mais il ne faut pas en déduire que les juges, les auteurs disposent d'une totale liberté quant à la consécration des catégories. Le nombre de ces dernières doit nécessairement être limité afin d'atteindre les buts précités. Ainsi, le droit administratif est construit sur un système binaire. C'est-à-dire que les différentes activités administratives sont classées et réparties en deux catégories. La liste non exhaustive précédemment citée l'illustre très nettement. Parmi ces exemples, on retrouve en toute logique le cas des actes juridiques. Les actes sont, selon Didier Truchet,

¹⁷⁷⁹ M. Deguegue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1994, p 649.

¹⁷⁸⁰ D. Truchet, "La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? A propos des catégories juridiques en droit administratif", *op. cit.*, p 445.

¹⁷⁸¹ S. Théron, "Les catégories en droit administratif", *op.cit.*, p 2400.

"unilatéraux ou contractuels, dans le premier cas, ils ne peuvent qu'être réglementaires ou non réglementaires, dans le second cas, ils sont administratifs ou de droit privé"¹⁷⁸².

Grâce à cet exemple, on se rend compte que la structure binaire est visible à différents niveaux. Mis à part cet élément, on constate que les actes s'intègrent aussi "dans une hiérarchie de catégories juridiques diverses qui sont respectivement des sous catégories les unes des autres et qui se superposent, en allant du général au particulier par spécifications successives, chacune constituant une sous-catégorie de la catégorie immédiatement supérieure"¹⁷⁸³. Cette superposition permet de préciser le contenu des catégories principales. S'agissant de l'acte unilatéral et du contrat, ce procédé semble indispensable compte tenu du caractère éminemment vaste de ces deux catégories.

Quelles que soient les catégories, qu'il s'agisse des catégories principales ou des sous catégories, la structure est apparemment toujours binaire. Des auteurs ont fait des propositions s'écartant de ce schéma classique. Tel est notamment le cas de Léon Duguit. Celui-ci opte, comme on l'a vu, pour une structure ternaire afin de rendre compte des différents actes existants. Il établit une classification matérielle des actes qui lui permet de distinguer l'acte-règle, l'acte-condition et l'acte subjectif. En revanche, dans le cadre de la classification formelle, seules deux catégories principales apparaissent: l'acte unilatéral et plurilatéral. Mais dans cette dernière, on recense les contrats, les actes-union et les actes collectifs. Ces classifications vont à contre-courant des distinctions traditionnelles et à l'encontre de cette règle qui veut que le droit administratif soit structuré de façon binaire. Même si certains auteurs ont repris ces distinctions, il faut bien voir que le juge ne les a jamais consacrées¹⁷⁸⁴.

Cet attachement à la structure binaire n'est pas sans conséquences sur le contenu des différentes catégories. Grâce aux catégories, "les nuances innombrables, les lignes floues des multiples faits sociaux viennent s'encadrer dans des règles bien tracées et sont ainsi aisément saisies par le droit, qui leur communique ses vertus d'ordre et de simplicité"¹⁷⁸⁵. Le juriste, comme le souligne Paul Roubier, "y trouve des moules éprouvés par

¹⁷⁸² D. Truchet, "La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? A propos des catégories juridiques en droit administratif", *op. cit.*, p 443. Cette présentation semble confirmer que la distinction entre les actes réglementaires et non réglementaires ne s'applique qu'aux actes unilatéraux.

¹⁷⁸³ J-L Bergel, *op. cit.*, p 123.

¹⁷⁸⁴ Il existe d'autres exemples dans lesquels la consécration d'une troisième catégorie a échoué. Le Tribunal des conflits dans un arrêt du 29 janvier 1955 *Naliato, Rec*, p 614 – *D* 1956, p 58, note C. Eisenmann – *DA* 1955, p 53, concl J. Chardeau – *RDP* 1955, p 716, note M. Waline, avait consacré à côté du service public administratif et du service public industriel et commercial, la catégorie du service public social. Or, comme l'indique R. Chapus, le Conseil d'Etat et les tribunaux judiciaires "éludèrent l'application" de cette jurisprudence", *Droit administratif général*, tome 1, *op. cit.*, p 602.

¹⁷⁸⁵ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 2005 (réimpression de l'édition de 1951), p 16.

l'expérience (...). On évite ainsi un saut dans l'inconnu"¹⁷⁸⁶. Moins le nombre de catégories est important, plus il sera aisé pour le juge ou les auteurs d'intégrer une situation déterminée dans une catégorie existante. Mais cette limitation du nombre des catégories implique nécessairement une certaine flexibilité de ces dernières. En effet, elles doivent s'adapter aux évolutions, à l'apparition de nouveaux éléments. Il faut donc que, "parmi les deux catégories antithétiques qui correspondent à une distinction, il y en ait une au moins qui soit assez ouverte pour pouvoir accueillir de nouvelles entités ou de nouvelles notions: dans chaque classification, si l'une des catégories est limitative, l'autre doit être résiduelle"¹⁷⁸⁷.

Le fait que les catégories doivent être "ouvertes" soulèvent quelques problèmes. Une telle exigence suppose que la définition d'une catégorie demeure suffisamment vague afin de pouvoir intégrer de nouveaux éléments. Or, "imprécision" et "catégorie" ne sont-ils pas antinomiques ? Paul Roubier souligne en effet que "la précision des conditions, la netteté des effets, dans chaque catégorie, donnent la sensation d'une charpente solidement établie, reconnaissable pour tous"¹⁷⁸⁸. Il faut donc considérer que la définition des catégories juridique ne doit être ni trop imprécise ni trop rigide.

Différents éléments qu'ils soient de fond et de forme vont imprimer "à chaque catégorie ses caractéristiques"¹⁷⁸⁹. Mais il se peut que le juge ou les auteurs, malgré l'existence de critères, aient quelques difficultés à intégrer telle ou telle situation nouvelle dans une des deux catégories existantes.

Les juristes se trouvent confrontés à ces différents problèmes lorsqu'ils analysent les actes juridiques. Si on en revient à la question de la définition, peut-on considérer que le contrat et l'acte unilatéral sont deux catégories dites "ouvertes" ou bien est-ce que seule l'une d'entre elle peut être qualifiée ainsi ?

La première semble revêtir une telle caractéristique. On a pu voir que les auteurs ou même le juge intègrent certains actes dans la catégorie des contrats malgré la présence de certains éléments. Le juge qualifie par exemple de contrat les actes de recrutement des agents non titulaires malgré l'environnement réglementaire¹⁷⁹⁰. De même, les conventions médicales

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

¹⁷⁸⁷ J-L Bergel, *op. cit.*, p 128.

¹⁷⁸⁸ *Op. cit.*, p 16.

¹⁷⁸⁹ J-L Bergel, *op. cit.*, p 113.

¹⁷⁹⁰ Cf CE 30 octobre 1998 *Ville de Lisieux*, *op. cit.*

entrent, selon certains Commissaires du gouvernement, dans cette même catégorie¹⁷⁹¹. La catégorie des contrats serait donc relativement flexible. Cette même remarque peut s'appliquer à l'acte unilatéral. L'utilisation du critère qualitatif en vue de définir ce dernier permet d'englober un grand nombre de situations.

Le contrat et l'acte unilatéral peuvent donc être considérées comme deux catégories ouvertes et de ce fait leurs définitions demeurent relativement vagues. Mais dans ce cas, est-il possible de considérer que l'acte unilatéral et le contrat administratif existent réellement en tant que catégories ?

A l'occasion d'une analyse de la thèse d'Yves Madiot, Jean-Claude Vénézia va soulever ce problème. Selon ce dernier, admettre "l'existence d'une catégorie intermédiaire entre l'acte unilatéral et le contrat n'est-ce point, de façon implicite, considérer que l'unilatéral et le contractuel existent à l'état pur, corps simples d'une sorte de chimie juridique ? Et n'est-on point autorisé à éprouver sur ce point quelques doutes"¹⁷⁹². Bien évidemment, les catégories évoquées n'existent pas "à l'état pur" pour reprendre les termes de Jean-Claude Vénézia. Il serait erroné de croire, selon Charles Eisenmann, que "la classification (...) est une donnée du réel; qu'elle résulte du droit positif"¹⁷⁹³. Ce sont les juristes qui vont dégager ces catégories. Ils ont notamment été amenés à déterminer ce que recouvrent "l'unilatéral" et "le contractuel". Or, comme on l'a vu, l'acte unilatéral et le contrat sont considérés comme des catégories "ouvertes" et de ce fait il est très difficile de définir précisément ce qu'on entend par "unilatéral" ou "contractuel". En ce sens, l'affirmation de Jean-Claude Vénézia peut être retenue.

Malgré ces caractéristiques, il est dans certains cas difficile d'affirmer si une situation déterminée doit être intégrée dans l'une ou l'autre des catégories. Les auteurs et le juge peuvent surmonter ce problème en profitant du fait que ces catégories soient "ouvertes". Il se peut en effet que celles-ci "s'entremêlent" selon Sophie Théron¹⁷⁹⁴. On retrouve un tel enchevêtrement au sein même des actes unilatéraux. Ainsi, les décisions dites "d'espèce" empruntent "des traits au règlement (effets impersonnels) et à l'acte individuel (norme particulière)"¹⁷⁹⁵. De même et pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, les expressions "conventions à effets réglementaires", "actes mixtes" illustrent cet

¹⁷⁹¹ Cf par exemple les conclusions de G. Le Chatelier sur l'arrêt du 17 décembre 1993 *Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privée*, *op. cit.*, p 66.

¹⁷⁹² J-C Vénézia, "Bibliographie", *RDP* 1972, p 742.

¹⁷⁹³ C. Eisenmann, "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications et science juridique", *Archives de philosophie du droit* 1966, p 33.

¹⁷⁹⁴ *Op. cit.*, p 2418.

¹⁷⁹⁵ B. Seiller, *Droit administratif – L'action administrative*, *op. cit.*, p 140.

emmêlement de l'acte unilatéral et du contrat. Les auteurs utilisent différents éléments appartenant à chacune des deux catégories et les rassemblent afin de créer une catégorie "hybride". Les apparences sont néanmoins trompeuses car il n'y a pas, en réalité, de remise en cause de cette structure binaire dans les différents exemples cités.

S'agissant des décisions d'espèce, René Chapus affirme par exemple que ces dernières sont dans certains cas "soumises à un régime qui, aux termes des lois et décrets, est lié au caractère individuel des décisions (...). En sens inverse, c'est comme des actes réglementaires que certaines décisions d'espèce sont traitées."¹⁷⁹⁶

Concernant les expressions "conventions à effets réglementaires"... nous avons démontré que malgré leur dénomination, tous ces actes sont rattachés d'une façon ou d'une autre à l'acte unilatéral¹⁷⁹⁷.

Le juge et les auteurs donnent l'impression de créer une troisième catégorie mais en réalité, ils rattachent coûte que coûte une situation déterminée à l'une des deux catégories existantes. Mais dans ce cas, n'est-on pas amené à "forcer" ces dernières ?

B – La fiction distincte de l'analogie

L'acte unilatéral et le contrat sont deux catégories dites "ouvertes". Un grand nombre d'actes différents peuvent donc recevoir l'une de ces qualifications à condition de retrouver dans ces actes les critères définissant les catégories susmentionnées. A partir du moment où les critères ont été dégagés, les juristes vont utiliser la technique de l'analogie. Ce procédé permet d'établir des "regroupements ou des distinctions pour appliquer un traitement semblable à des choses similaires et des traitements différents à des choses dissemblables"¹⁷⁹⁸. Mais le maniement d'une telle technique se révèle pour le moins délicat dans certaines hypothèses car les critères posés peuvent, comme on l'a dit, être imprécis et multiples. Ainsi, en matière contractuelle, l'accord de volontés n'a pas fait l'objet d'une définition très claire. En outre, les auteurs se réfèrent soit au critère quantitatif ou qualitatif pour caractériser l'acte administratif unilatéral. Jean-Louis Bergel a mis en avant les caractéristiques de l'analogie. Il faut que cette dernière "soit suffisante et exacte

¹⁷⁹⁶ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, *op. cit.*, p 531.

¹⁷⁹⁷ Sophie Théron donne d'autres exemples d'entrecroisement des catégories tels les établissements publics à double visage, *op. cit.*, p 2418. Mais il faut bien voir qu'il ne s'agit pas là non plus d'une troisième catégorie. En effet, les activités de ces établissements appartiennent aux deux catégories existantes: il s'agit d'activités administratives et d'activités industrielles et commerciales.

¹⁷⁹⁸ J-L. Bergel, *op. cit.*, p 111.

et non déformante au point de nier la réalité, à moins qu'il ne s'agisse de promouvoir ainsi de ces fictions parfois nécessaires au système juridique"¹⁷⁹⁹.

Ce dernier auteur met en parallèle deux notions distinctes que sont l'analogie et la fiction. L'analyse de celles-ci revêt un intérêt tout particulier dans le cadre de notre étude. Les juristes sont, comme on l'a vu, attachés à la distinction binaire en ce qui concerne les actes juridiques. Il est donc intéressant de se demander, s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés, si le juge ou les auteurs appliquent le système de l'analogie ou considèrent ces actes comme des fictions juridiques. Mais au préalable, il est nécessaire de les distinguer.

Jean-Louis Bergel démontre qu'il n'y aurait qu'une différence de degré entre l'analogie et la fiction. Roger Latournerie semble aller dans le même sens car la fiction s'analyse, selon lui, "en un dépassement volontaire du champ normal de l'analogie par une sorte de petit coup d'Etat juridique, perpétré délibérément, sans souci ou avec un souci médiocre d'une relation quelconque avec les faits"¹⁸⁰⁰. La fiction procéderait donc d'une utilisation détournée du procédé de l'analogie.

Delphine Costa ne partage pas ce point de vue. Ces deux techniques permettent certes "d'utiliser une règle existante pour régir une situation nouvelle comme si elle répondait aux exigences de la règle existante. Mais, à l'inverse de la fiction juridique, l'analogie n'affirme pas que la situation nouvelle s'identifie à la situation correspondant à la règle"¹⁸⁰¹. Si on part de ce principe et qu'on l'applique au cas des actes juridiques, cela signifie que l'analogie respecte leur nature juridique. On pourrait prendre l'exemple des décisions d'espèce. Ces dernières se voient appliquer le même régime que celui de l'acte réglementaire et de l'acte individuel¹⁸⁰² mais sans que leur nature juridique *sui generis* soit remise en cause.

Delphine Costa aborde ce procédé de l'analogie dans certains de ses développements et cite quelques exemples. Parmi ces derniers, on ne retrouve aucune hypothèse d'acte administratif unilatéral négocié. Il semble néanmoins intéressant de s'arrêter sur l'un des exemples qu'elle mentionne. Cet auteur évoque les pouvoirs dont dispose le juge de plein contentieux en vue de l'annulation des mesures d'exécution des contrats. En temps normal,

¹⁷⁹⁹ J-L. Bergel, "Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique", *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 1995, p 1081.

¹⁸⁰⁰ R. Latournerie, "Essais sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat", in *Le Conseil d'Etat – Livre jubilaire pour commémorer son cinquantième anniversaire*, Paris, Recueil Sirey, 1952, p 224.

¹⁸⁰¹ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p 122.

les cocontractants ne peuvent demander à ce juge d'annuler de tels actes¹⁸⁰³. Or, le juge a accepté de déroger à cette règle concernant des contrats passés entre deux personnes publiques. Le Commissaire du gouvernement Marc Fornacciari estime en effet que "lorsque deux collectivités publiques passent une convention portant sur l'organisation et le fonctionnement d'un service public, le juge doit pouvoir annuler les mesures prises en méconnaissance des stipulations contractuelles"¹⁸⁰⁴. Cette solution sera reprise par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 31 mars 1989 *Département de la Moselle*¹⁸⁰⁵ que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer. Pour quelle raison une telle solution s'applique-t-elle ?

Le Commissaire du gouvernement s'est demandé si les conventions en cause devaient être assimilées "à des actes administratifs unilatéraux"¹⁸⁰⁶. Il va rejeter toute idée de requalification car "cela irait à l'encontre de la volonté du législateur"¹⁸⁰⁷. Ainsi, les actes en cause ne peuvent, selon lui, être que de nature contractuelle. Ces actes portent cependant sur l'organisation et le fonctionnement d'un service public c'est-à-dire une matière qui d'ordinaire "n'est pas régie contractuellement mais unilatéralement"¹⁸⁰⁸. C'est pourquoi, et par analogie, "le juge du contrat doit pouvoir disposer de pouvoirs similaires à celui du juge de l'excès de pouvoir saisi d'un acte unilatéral concernant l'organisation d'un service public"¹⁸⁰⁹. Même si la convention se voit appliquer une règle propre au régime des actes unilatéraux, cela n'empêche pas le juge et le Commissaire du gouvernement de considérer que l'acte est bien de nature contractuelle.

De la même façon, le juge de l'excès de pouvoir s'estime compétent pour examiner la légalité de certains contrats. Tel est le cas notamment dans l'arrêt du 14 janvier 1998 *Syndicat départemental Interco CFDT*. Même si on peut avoir quelques doutes, le juge ne nie pas la nature contractuelle de la convention constitutive d'une agence régionale d'hospitalisation¹⁸¹⁰. Il s'agirait donc bien d'une analogie et non d'une fiction.

Mais quels sont les éléments permettant de caractériser plus précisément cette dernière ?

¹⁸⁰² Comme l'indique B. Seiller, "son mode de publicité l'identifie aux actes réglementaires (affichage, publication), ses possibilités de contestation par voie d'exception aux actes individuels", *Droit administratif – L'action administrative, op. cit.*, p 140.

¹⁸⁰³ Cf notamment CE 10 mai 1963 *Société coopérative agricole de la Prospérité fermière*, Rec, p 288 – *AJDA* 1963, p 344, chron M. Gentot et J. Fourré – *RDP* 1963, p 584, concl G. Braibant.

¹⁸⁰⁴ M. Fornacciari, concl sur CE 31 mars 1989 *Département de la Moselle*, *op. cit.*, p 472.

¹⁸⁰⁵ *Op. cit.*

¹⁸⁰⁶ M. Fornacciari, concl sur CE 31 mars 1989 *Département de la Moselle*, *op. cit.*, p 467.

¹⁸⁰⁷ *Id.*, p 468.

¹⁸⁰⁸ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif, op. cit.*, p 125.

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*

¹⁸¹⁰ Le Conseil d'Etat affirme simplement que l'acte a le caractère d'une "convention". Il n'utilise pas le terme de "contrat" pour le désigner.

La majeure partie des études portant sur la fiction sont le fait d'auteurs privatistes. Jean Dabin affirme par exemple qu'"il y a fiction chaque fois qu'une réalité naturelle subit, de la part du juriste constructeur du droit, dénégation ou dénaturation consciente"¹⁸¹¹. De même selon Henri Capitant, il s'agit d'un "procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques"¹⁸¹². Il ressort de ces différentes définitions que fiction et réalité sont étroitement liées. On ne peut donc pas étudier la première sans se référer à la seconde.

Selon Delphine Costa, la fiction doit être appréhendée de deux manières différentes. Elle peut tout d'abord exprimer un "rapport d'inadéquation entre une première réalité juridique et une seconde réalité juridique"¹⁸¹³. Dans ce premier cas, la fiction sera qualifiée d'endogène car elle est interne à la réalité juridique. Par opposition, seront considérées comme exogènes les fictions "qui traduisent une inadéquation entre la réalité ajuridique conceptuelle et l'appréhension qui en est faite par la réalité juridique"¹⁸¹⁴. La distinction entre réalité juridique et ajuridique apparaît essentielle pour bien cerner les deux types de fictions dégagées par Delphine Costa. Celle-ci ne définit pas précisément ce qu'il faut entendre par "réalité ajuridique". Il s'agit d'une "réalité extérieure au droit, conceptuelle et susceptible d'être médiatisée par la réalité juridique"¹⁸¹⁵. Une telle définition ne nous éclaire pas véritablement car aucun critère, indice n'est mentionné nous permettant de déterminer si telle ou telle réalité relève du juridique ou de l'ajuridique. Elle nous indique néanmoins ce que n'est pas la réalité ajuridique. Cette expression ne renvoie pas à la "réalité matérielle, rattachée à la nature des choses"¹⁸¹⁶. Elle ne cite malheureusement pas d'éléments

Il est possible d'apporter quelques précisions sur ce qu'on entend par réalité ajuridique en analysant quelques exemples de fictions juridiques exogènes. Parmi celles-ci, on retrouve les notions de travaux publics, de service public et de domaine public¹⁸¹⁷. En effet, leur contenu et leur régime sont non seulement variables mais elles révèlent aussi une "inadéquation à leur égard de la réalité ajuridique qu'elles ont constituée et qu'elles perturbent sans cesse"¹⁸¹⁸. Elle cite l'exemple des forêts domaniales. Alors même que les

¹⁸¹¹ J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, Bruxelles et Paris, Sirey, 1935, p 321.

¹⁸¹² H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2^{ème} édition, 1936.

¹⁸¹³ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p 65.

¹⁸¹⁴ *Id.*, p 108.

¹⁸¹⁵ *Id.*, pp 92-93.

¹⁸¹⁶ *Id.*, p 64.

¹⁸¹⁷ *Id.*, pp 177 et ss.

¹⁸¹⁸ *Id.*, p 208.

critères d'identification du domaine public sont bel et bien présents, le juge refuse de l'intégrer dans celui-ci et ce pour des motifs notamment économiques¹⁸¹⁹. Dès lors, "la notion de domaine public opère un retraitement déformant de la réalité ajuridique"¹⁸²⁰.

Il est donc pour ainsi dire impossible de donner une définition globale de cette "réalité ajuridique". Il faut simplement considérer, comme l'indique Delphine Costa à plusieurs reprises, que cela désigne tous les éléments extérieurs à la sphère juridique.

Dans le cadre de notre étude, la seconde catégorie de fictions va davantage nous intéresser. Lorsque les juristes étudient les fictions juridiques, ils analysent le plus souvent celles ayant un caractère endogène. Ces fictions – internes à la réalité juridique – permettent de corriger certaines incohérences et ce de deux façons distinctes. La fiction juridique endogène "procède soit à un rapprochement de deux catégories juridiques aboutissant à une attraction centripète, soit à une dissociation d'une unique catégorie juridique entraînant une exclusion centrifuge"¹⁸²¹.

Les actes administratifs unilatéraux négociés peuvent-ils être considérés comme des exemples de fictions ?

C – Les actes administratifs unilatéraux négociés en tant que fiction juridique

La structure binaire du droit administratif limite la marge de manœuvre du juriste qui doit user de différentes techniques permettant de contourner la limitation qu'impose une telle structure. L'existence d'une distinction binaire au niveau des actes juridiques suppose, en toute logique, que les auteurs, le juge aient recours à ces méthodes. En est-il ainsi dans le cadre de la jurisprudence relative aux actes administratifs unilatéraux négociés ? Utilisent-ils, dans ces hypothèses, le procédé de l'analogie ou de la fiction ?

Delphine Costa évoque dans certains développements les différentes jurisprudences analysées au cours de la première partie. Afin d'illustrer la distinction entre l'analogie et la fiction¹⁸²², elle prend appui sur les actes dont l'environnement réglementaire est très marqué. Nous avons pu voir que le juge recourt à la technique de l'analogie pour déterminer le régime applicable aux conventions passées entre deux personnes publiques.

¹⁸¹⁹ CE 28 novembre 1975 *ONF C/ Sieur Abamonte*, Rec, p 601 – D 1976, p 356, note J-M Auby – *AJDA* 1976, p 448, note F. Julien-Laferrière – *JCP G* 1976, II, 18647, note J-Y Plouvin – *RA* 1976, p 36, note F. Moderne.

¹⁸²⁰ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, op. cit., p 195.

¹⁸²¹ *Id.*, p 136.

¹⁸²² *Id.*, pp 125 et ss notamment.

Elle s'attache en outre à l'étude des actes liant d'un côté l'administration et de l'autre les usagers ou les agents. Elle cite notamment les arrêts étudiés précédemment en date du 25 mai 1979 *Rabut*¹⁸²³ et du 29 juin 1979 *Veuve Bourgeois*¹⁸²⁴. Le juge admet la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes d'exécution de la convention. Il leur applique donc le même régime juridique qu'aux actes unilatéraux.

Se trouve-t-on comme dans l'arrêt du 31 mars 1989 *Département de la Moselle*¹⁸²⁵ face à un raisonnement par analogie ? Dans les deux cas, le régime contentieux déroge au régime normalement applicable aux contrats du fait de l'environnement réglementaire. Mais dans ces arrêts de 1979, nous avons démontré que le juge, à la différence de l'arrêt de 1989, semble nier la nature contractuelle de l'acte dans son ensemble. Si on se réfère aux définitions précitées, il ne peut donc s'agir d'une analogie mais d'une fiction¹⁸²⁶. Il faut néanmoins rester prudent car, dans ces différents arrêts, le litige porte sur des actes détachables des conventions et non sur ces dernières.

La fin de son analyse apparaît plus pertinente car Delphine Costa étudie l'arrêt du 30 octobre 1998 *Ville de Lisieux*¹⁸²⁷. Le recours pour excès de pouvoir porte non pas sur un acte détachable mais sur la convention prise dans son ensemble. Mais doit-on pour autant affirmer que la Haute juridiction ne respecte pas la nature contractuelle de l'acte en cause ? Delphine Costa hésite dans un premier temps car la formulation de l'arrêt est ambiguë: "les actes visés peuvent être aussi bien unilatéraux que contractuels"¹⁸²⁸. Elle souligne néanmoins dans un second temps que "les actes dont l'annulation peut être demandée au juge administratif sont des actes unilatéraux (...). En définitive, l'arrêt *Ville de Lisieux* recourt au procédé de la fiction juridique et non à celui de l'analogie"¹⁸²⁹. Nous adhérons à cette analyse qui confirme nos précédentes affirmations. Nous avons en effet démontré que le juge reconnaît en réalité dans cet arrêt la nature unilatérale de l'acte.

Ce n'est pas l'environnement réglementaire qui permet à Delphine Costa de conclure qu'il s'agit en l'espèce d'une fiction mais l'admission du recours pour excès de pouvoir. Elle établit donc un lien très étroit entre la nature juridique de l'acte et son régime contentieux. On ne peut pour autant considérer qu'il y a fiction dans toutes les hypothèses où le juge

¹⁸²³ *Op. cit.*

¹⁸²⁴ *Op. cit.*

¹⁸²⁵ *Op. cit.*

¹⁸²⁶ D. Costa affirme très clairement que "seule la fiction juridique peut expliquer leur nature particulière qui placent les cocontractants dans une situation légale et réglementaire", *Les fictions juridiques en droit administratif, op. cit.*, p 127.

¹⁸²⁷ *Op. cit.*

¹⁸²⁸ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif, op. cit.*, p 128.

¹⁸²⁹ *Ibid.*

admet la recevabilité d'un tel recours à l'encontre d'actes conventionnels. Alors même que l'acte constitutif de l'agence régional d'hospitalisation revêt le caractère d'une convention et "non celui d'un acte administratif unilatéral", le juge déclare implicitement recevable un recours pour excès de pouvoir formé contre celle-ci¹⁸³⁰. Il ne s'agit donc pas d'une fiction mais bel et bien d'une analogie car le Conseil d'Etat respecte la nature conventionnelle de l'acte. Aussi surprenant que cela puisse paraître, Delphine Costa n'évoque à aucun moment cet arrêt dans les développements distinguant la fiction et l'analogie. Il contredit pourtant très clairement l'une de ses affirmations: "en l'état actuel du droit administratif, les actes dont l'annulation peut être demandée au juge administratif sont des actes unilatéraux"¹⁸³¹. Deux procédés différents à savoir l'analogie et la fiction endogène permettent d'arriver au résultat suivant: l'admission de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'actes conventionnels. Mais les actes administratifs unilatéraux négociés doivent être uniquement rattachés à la seconde technique. La suite des développements le confirme car Delphine Costa analyse plus spécialement la jurisprudence relative aux accords de libération des prix ainsi que celle concernant les conventions conclues entre les caisses de sécurité sociale et les syndicats de praticiens¹⁸³². Les actes en cause sont certes soumis au régime juridique des actes réglementaire. Il s'agit cependant d'hypothèses de fictions juridiques endogènes et non d'emprunts de régime¹⁸³³ car "la nature bilatérale de ces accords est niée"¹⁸³⁴.

Lorsque le juge use des techniques de requalification explicite ou implicite, il recourt donc du même coup au procédé de la fiction¹⁸³⁵. Tous les actes administratifs unilatéraux négociés devraient ainsi être considérés comme des cas de fictions juridiques endogènes. Mais ces dernières revêtent-elles un caractère centrifuge ou centripète ? La première

¹⁸³⁰ CE 14 janvier 1998 *Syndicat départemental Interco 35 CFDT*, *op. cit.*

¹⁸³¹ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p 128.

¹⁸³² Cf notamment pp 130 et ss.

¹⁸³³ A-M Leroyer distingue la fiction juridique et l'emprunt de régime en ces termes: "tandis que l'emprunt de régime soumet deux actes (...) de nature juridique distincte au même régime juridique sur le fondement d'une analogie, les fictions consistent à affirmer l'identité de nature de deux actes (...) de nature juridique distincte", *Les fictions juridiques*, Paris II, 1995, tome 1, p 187.

¹⁸³⁴ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p 131. Cet auteur précise cependant, qu'à la différence des accords de prix, les conventions passées entre les caisses de sécurité sociale et les syndicats de praticien ne perdent pas "explicitement leur nature conventionnelle mais elles ne produisent jamais d'effets juridiques tirés d'une telle nature", *id.*, p 132.

¹⁸³⁵ La finalité de la requalification et de la fiction ne doivent pourtant pas être confondues. La première révèle l'existence des actes administratifs unilatéraux négociés. Plus précisément, elle permet de ne pas intégrer un acte donné dans la catégorie des contrats. La fiction, quant à elle, met en évidence le fait que les actes administratifs unilatéraux négociés ne sont pas autonomes et doivent nécessairement être rattachés à une des catégories classiques.

procède "à la différenciation d'éléments identiques"¹⁸³⁶. Pour un acte donné, le juge nie volontairement l'existence d'un élément qui permettrait de rattacher normalement cet acte à la catégorie des contrats. L'exclusion volontaire de l'élément en cause permet donc d'intégrer l'acte dans la catégorie des actes unilatéraux. Certains actes détachables du contrat tels que la décision de le conclure¹⁸³⁷ constituent des exemples de fiction endogène centrifuge selon Delphine Costa. La possibilité pour les tiers ou les parties d'exercer un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de tels actes "exige d'en exclure un élément, propre à la catégorie juridique des contrats, afin de le faire pénétrer dans le champ des actes unilatéraux"¹⁸³⁸.

Le juge use apparemment de la même technique s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés. En effet, il considère – comme pour les actes détachables – que l'accord de volontés est pour ainsi dire inexistant. Cela permet ainsi de les considérer comme des actes unilatéraux. On ne peut cependant admettre que la démarche du Conseil d'Etat est similaire. Dans les arrêts relatifs aux actes détachables le juge ne statue pas sur l'ensemble de l'acte conventionnel mais seulement sur ses démembrements. En règle générale, les actes administratifs unilatéraux négociés sont quant à eux examinés dans leur ensemble¹⁸³⁹.

Plutôt qu'une fiction endogène centrifuge, ne s'agirait-il pas alors d'une fiction endogène centripète ? Par cette dernière technique, le juge "ajoute un élément essentiel emprunté à une catégorie juridique à une autre catégorie, ce qui a pour conséquence d'étendre à son égard un régime juridique qui ne devrait pas être le sien"¹⁸⁴⁰. Delphine Costa estime notamment que "les clauses réglementaires présentes dans certaines conventions sont le fruit d'une fiction juridique endogène: de manière centripète, elles ont été attirées dans le champ des actes réglementaires"¹⁸⁴¹. L'exemple cité ne convainc pas totalement car seules certaines dispositions de l'acte sont concernées par cette fiction et non l'ensemble de l'acte. Le juge applique certes aux clauses réglementaires le même régime juridique qu'aux actes

¹⁸³⁶ *Id.*, p 140.

¹⁸³⁷ L'arrêt en date du 9 novembre 1934 *Chambre de commerce de Tamatave*, *op. cit.*, en fournit une illustration.

¹⁸³⁸ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p 145.

¹⁸³⁹ Tel n'est pas le cas dans tous les arrêts. Dans la décision du 27 avril 1998 *Confédération des syndicats médicaux français et autres*, *op. cit.*, le Conseil d'Etat examine la légalité de l'acte de résiliation de la convention médicale et non la convention dans son ensemble.

¹⁸⁴⁰ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p 137.

¹⁸⁴¹ *Id.*, p 140.

administratifs unilatéraux réglementaires mais le reste de la convention demeure soumis au régime contractuel¹⁸⁴².

Si on en croît les développements de Delphine Costa, ces différents procédés ne concernent que certaines clauses, dispositions et non l'acte dans sa globalité. Lorsque le juge statue sur les actes administratifs unilatéraux négociés, il effectue une analyse d'ensemble. Doit-on dans ce cas conclure que le recours à la fiction endogène, s'agissant de ces actes, n'a ni un caractère centrifuge ni un caractère centripète ?

Cet auteur n'évoque à aucun moment des exemples d'actes administratifs unilatéraux négociés dans les développements portant sur ces deux types de fictions endogènes¹⁸⁴³ mais cela ne signifie pas qu'il est impossible de transposer le raisonnement à ces actes. Prenons le cas des actes relatifs à la fixation du prix des médicaments. On peut affirmer que le juge "dissimule" l'existence d'un accord de volontés afin de soumettre l'acte "à un régime juridique auquel il ne devrait pas pouvoir prétendre"¹⁸⁴⁴. Ainsi, la décision de fixer le prix d'un médicament remboursable "alors même qu'elle prend (...) la forme d'une convention, présente le caractère d'un acte réglementaire"¹⁸⁴⁵. Le Conseil d'Etat aurait donc recours dans cette hypothèse à une fiction endogène centrifuge¹⁸⁴⁶. Le juge semble appliquer cette technique dans deux autres cas. S'agissant des conventions passées avec le CSA, l'existence de l'accord de volontés est passée sous silence ce qui permet à la Haute juridiction de soumettre ces conventions au régime juridique des autorisations unilatérales et non des contrats¹⁸⁴⁷. Enfin, le cahier des charges relatif à l'occupation du jardin des Tuileries a le caractère d'un "acte unilatéral" nonobstant la présence de deux signatures révélant l'existence d'un accord.

L'analyse des autres arrêts confirme-t-elle cette assertion ?

L'examen de la jurisprudence portant sur les accords de libération des prix ainsi que les conventions relatives au domaine sanitaire et social va se révéler instructive. Les fictions endogènes en cause ne peuvent être qualifiées de centrifuges car le Conseil d'Etat ne nie pas l'existence d'un des éléments essentiels à la définition de cette catégorie juridique

¹⁸⁴² Cf notamment l'analyse des actes mixtes par Y. Madiot.

¹⁸⁴³ Elle y fait très succinctement référence au détour d'un développement, cf notamment pp 227-228.

¹⁸⁴⁴ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, op. cit., p 146.

¹⁸⁴⁵ CE 3 mai 2004, *Société Les Laboratoires Servier*, op. cit.

¹⁸⁴⁶ Cette fiction permet, dans cette espèce, d'éviter au juge le recours à une autre fiction: la théorie de la détachabilité. Il précise en effet que "la requête (...) tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du Comité économique des produits de santé de signer cette convention doit être regardée comme dirigée contre la décision de ce comité fixant le prix du médicament". La décision de signer se confond avec la décision de fixation du prix. Elle ne se détache pas de cette dernière. Comme l'indique P. Brunet, "elle « est » juridiquement cette décision", *Revue des contrats* 2005, p 439.

¹⁸⁴⁷ Cf notamment CE 25 novembre 1998 *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, op. cit.

qu'est le contrat. En effet, il souligne notamment dans l'arrêt du 23 octobre 1974 *Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*¹⁸⁴⁸ qu'un accord de volontés est bel et bien présent.

Dans ces différents domaines, le juge use explicitement ou implicitement de la technique de l'incorporation. Rappelons que par ce procédé, les stipulations conventionnelles sont intégrées dans l'acte unilatéral qui l'accompagne. Tel est le cas par exemple en matière de libération des prix. Les dispositions de l'engagement professionnel "s'incorporent" dans l'arrêté ministériel¹⁸⁴⁹. Il en est de même des conventions relatives aux domaines sanitaire et social. Dans ces différentes hypothèses, le juge estime que l'acte unilatéral d'accompagnement opère un rapprochement entre deux catégories juridiques distinctes: le contrat et l'acte réglementaire. On se trouverait donc face à des fictions endogènes centripètes.

Si on s'en tient à ces quelques développements, ces différentes formes de fictions permettent, en forçant quelque peu la réalité, de rattacher les actes administratifs unilatéraux négociés à la catégorie des actes unilatéraux. Elles n'engendreraient donc pas la création d'une nouvelle catégorie juridique. Delphine Costa adopte pourtant un tout autre point de vue. Elle pose comme principe que la fiction endogène, de par son caractère transitoire, "précède l'apparition d'une nouvelle catégorie juridique"¹⁸⁵⁰. Un lien très étroit est donc établi entre le recours à une telle fiction et la création d'une nouvelle catégorie juridique. Cela se vérifie s'agissant des actes unilatéraux négociés. Selon cet auteur, l'intervention de fictions juridiques dans les jurisprudences relatives à ces actes "produit deux conséquences: alors qu'elle consacre ces nouvelles catégories juridiques, elle ne fait pas pour autant disparaître les catégories juridiques traditionnelles des actes unilatéraux et des contrats administratifs"¹⁸⁵¹.

Une telle affirmation apparaît des plus contestable à la lumière des développements précédents. Nous avons en effet démontré qu'aucun élément déterminant ne nous permettait d'affirmer que les actes administratifs unilatéraux négociés formaient une nouvelle catégorie juridique. Le recours à la fiction a uniquement pour but d'inclure ces actes dans la catégorie des actes unilatéraux et ce malgré leurs caractéristiques

¹⁸⁴⁸ *Op. cit.*

¹⁸⁴⁹ Cf notamment CE 23 octobre 1974 *Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*, *op. cit.*

¹⁸⁵⁰ D. Costa, Les fictions juridiques en droit administratif, *op. cit.*, p 284.

¹⁸⁵¹ *Id.*, p 285.

particulières. Cette dernière catégorie se trouve donc enrichie et élargie grâce au procédé de la fiction juridique endogène. En contrepartie, le droit a perdu en clarté.

Il se peut que dans un futur plus ou moins proche ces fictions disparaissent et laissent place à une nouvelle catégorie juridique. Mais une telle consécration suppose, au préalable, un réaménagement des recours contentieux.

§ 2: Le réaménagement des recours: condition sine qua non à la consécration d'une nouvelle catégorie juridique ?

On distingue deux types principaux de recours: le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux. Il apparaît que cette distinction repose principalement sur la nature juridique des actes contestés. Plus précisément, le juge adopte un point de vue formel (A). De ce fait, la consécration d'une troisième catégorie se trouve empêchée. C'est pourquoi, il faudrait adopter un nouveau critère de distinction (B).

A – Une distinction des recours fondée principalement sur la nature des actes

Comme l'indique le doyen Georges Vedel, "notre droit constitutionnel et, par voie de conséquence, (...) notre droit administratif positif donnent une incontestable prééminence au point de vue formel"¹⁸⁵². Tel est le cas dans le cadre de la distinction des recours (1). Néanmoins, on peut se demander si cette approche n'est pas délaissée (2).

1 – L'approche formelle

Les juristes sont, comme on l'a dit, très attachés aux distinctions binaires. Il existe néanmoins des exceptions. Certaines se composent de trois éléments. Thierry Tauran¹⁸⁵³ cite notamment le cas des infractions en droit pénal regroupées en trois catégories: les contraventions, les délits et les crimes.

¹⁸⁵² G. Vedel, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *EDCE* 1954, p 27.

¹⁸⁵³ *Op. cit.*, p 504.

Mais s'agissant des actes administratifs, le juge n'a jamais expressément consacré l'existence d'une troisième catégorie venant s'insérer entre l'acte unilatéral et le contrat¹⁸⁵⁴. Certains auteurs tels Léon Duguit, ont bien tenté d'aller à l'encontre du conformisme ambiant en optant pour une distinction ternaire¹⁸⁵⁵. Même si le juge ne l'a pas retenue, de nombreux auteurs dont André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé se réfèrent à cette classification¹⁸⁵⁶ plusieurs années après son élaboration.

Pour quelle raison le juge refuse clairement d'admettre qu'un acte administratif ne puisse être autre chose qu'un acte unilatéral ou un contrat ?

La réponse se trouve probablement dans cette volonté de maintenir une réelle concordance entre la nature juridique d'un acte et le régime qui lui est applicable. En effet, "il y a entre les différentes catégories juridiques, des différences de nature qui entraînent entre elles des différences de régime"¹⁸⁵⁷. Une telle règle s'applique dans le cadre des actes administratifs et peut être exposée très schématiquement de la manière suivante: lorsqu'un acte unilatéral fait l'objet d'une demande d'annulation, seul le juge de l'excès de pouvoir sera compétent pour statuer¹⁸⁵⁸. A l'inverse, si un litige porte sur un contrat, le juge de plein contentieux devra examiner l'affaire. Il faut bien voir que cette dichotomie a été élaborée principalement en vue d'empêcher le juge de l'excès de pouvoir d'intervenir dans le contentieux contractuel. Ainsi, et comme l'indique Hubert Charles, "le recours pour excès de pouvoir atteint tous les actes administratifs unilatéraux"¹⁸⁵⁹ mais seulement eux. Cela signifierait donc que la détermination du type de recours pouvant être exercé dépend notamment de la nature juridique de l'acte. A titre d'exemple, on peut citer l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 24 septembre 1993 *M. Halloufi*¹⁸⁶⁰. Les juges estiment que "l'acte par lequel le requérant a été autorisé à séjourner dans le foyer de travailleurs migrants a le caractère d'un acte unilatéral; que le litige principal éventuel présente ainsi le caractère d'un recours pour excès de pouvoir".

¹⁸⁵⁴ Rappelons malgré tout qu'au sein de la catégorie des actes administratifs unilatéraux, on distingue trois sous-catégories: les décisions individuelles, réglementaires et les décisions d'espèce. Il s'agit bien d'une distinction tripartite.

¹⁸⁵⁵ Dans le cadre de sa classification matérielle des actes L. Duguit distinguait l'acte-règle, l'acte-condition et l'acte subjectif.

¹⁸⁵⁶ A de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, cf notamment pp 73 et ss.

¹⁸⁵⁷ J-L Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p 121.

¹⁸⁵⁸ Nous avons précisé que le recours devait porter sur une demande d'annulation car lorsque les droits subjectifs sont en cause, "il y a toujours un juge de plein contentieux susceptible d'apprécier les conséquences d'un acte unilatéral" selon H. Charles, *"Actes rattachables" et "actes détachables" en droit administratif français – contribution à une théorie de l'opération administrative*, Paris, LGDJ, 1968, p 161.

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*

¹⁸⁶⁰ Req n°92PA00799.

La nature de l'acte est donc prise en considération. Les propos du Commissaire du gouvernement Romieu confirment cette assertion. Lorsqu'on se trouve, selon lui, "en présence d'une disposition de loi qui prévoit un recours au conseil d'Etat sans le définir, et que le recours est dirigé contre des actes d'autorité de l'administration, il nous paraît indubitable que le recours rentre de manière la plus directe dans le recours pour excès de pouvoir"¹⁸⁶¹. La nature de l'acte constitue de ce fait un critère déterminant¹⁸⁶². Mais la lecture des conclusions de M. Romieu révèle que le recours pour excès de pouvoir n'est pas associé à l'acte unilatéral mais à l'acte d'autorité¹⁸⁶³. La distinction des contentieux aurait pour fondement la distinction des actes d'autorité et de gestion¹⁸⁶⁴.

Le juge n'optera pas pour cette analyse dans la jurisprudence postérieure. En effet, Pierre Sandevor souligne que le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 8 mars 1912 *Lafage*¹⁸⁶⁵ autorise "les administrés à attaquer par la voie de l'action en excès de pouvoir certains actes de gestion (...) portant atteinte à de véritables droits"¹⁸⁶⁶. Mais est-ce que cela signifie que le juge ne prend plus en considération la nature de l'acte pour distinguer les différents recours ? Il est nécessaire de déterminer plus précisément quels sont les éléments pris en considération par le juge.

Selon Pierre-François Gonidec, et si on s'en tient au point de vue formel, une opposition absolue existe "entre le contrat et le recours pour excès de pouvoir"¹⁸⁶⁷. En revanche, cette opposition disparaît si on se place au point de vue matériel¹⁸⁶⁸. Avant d'analyser plus en détail ces deux affirmations, il faut définir ce qu'on entend par "point de vue formel et

¹⁸⁶¹ M. Romieu, concl sur CE 30 novembre 1906 *Sieur Jacquin et autres*, Rec, p 869.

¹⁸⁶² Le Commissaire du gouvernement l'affirme très clairement "ce critérium (...) réside tout à la fois dans la nature des conclusions et dans la nature de l'acte attaqué", *ibid*.

¹⁸⁶³ Selon J. Tournyol du Clos, des auteurs tels que L. Duguit ont proposé "l'identification (...) de l'acte de gestion avec l'acte contractuel et de l'acte d'autorité avec l'acte unilatéral", *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, Bordeaux, Imprimerie Commerciale et Industrielle, 1905, p 61. Cette assimilation est discutable car, comme l'indique C. Eisenmann, la distinction entre les actes d'autorité et de gestion a essentiellement été consacrée afin de "donner la solution d'un problème essentiellement pratique: celui du droit applicable (...) aux actes de l'administration", *Cours de droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, p 30. Cette distinction n'a donc pas en théorie la même portée que la distinction acte unilatéral/contrat.

¹⁸⁶⁴ Cette classification fonctionnelle était déjà présente dans les écrits de E. Laferrière. Il affirmait en 1887 qu'une "large application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872, et du décret du 2 novembre 1864 (...) ne peut être faite qu'aux recours en annulation formés contre les actes administratifs proprement dits, contre les actes de puissance publique, et non contre les actes de gestion, pour lesquels il existe un contentieux plus large, un contentieux de pleine juridiction (...). La nature de la décision attaquée ne doit donc jamais être perdue de vue; c'est d'après elle que se détermine la nature juridique des recours que cette décision comporte", *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Editions Berger-Levrault, 1^{ère} édition, 1887, p 521.

¹⁸⁶⁵ Rec, p 348, concl G. Pichat – D 1914, 3, p 49, concl G. Pichat – RDP 1912, p 266, note G. Jèze – S 1913, III, p 1, concl G. Pichat et note M. Hauriou.

¹⁸⁶⁶ P. Sandevor, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, Paris, LGDJ, 1964, p 413.

¹⁸⁶⁷ P-F Gonidec, "Contrat et recours pour excès de pouvoir", RDP 1950, p 60.

¹⁸⁶⁸ P-F Gonidec affirme clairement que "du point de vue matériel, il n'y a pas d'opposition véritable entre le contrat et le recours pour excès de pouvoir", *ibid*.

matériel". Cet auteur explicite ces deux formules de la manière suivante: "se placer au point de vue matériel, c'est s'en tenir au fond même du problème, et par suite, faire abstraction de tous les éléments d'ordre formel: conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, pouvoirs du juge, forme de l'acte attaqué ou de l'acte dont la violation est invoquée"¹⁸⁶⁹.

Si on en croit les propos de cet auteur, le fait de prendre en compte la forme de l'acte signifie que le juge se place d'un point de vue formel pour distinguer les différents types de recours. Néanmoins, ce critère pose problème car comment doit-on interpréter l'expression "forme de l'acte" utilisée par Pierre-François Gonidec ? On ignore si, sous la plume de cet auteur, l'expression "forme de l'acte" doit être opposée à l'expression "fond de l'acte". Est-ce que des précisions apparaissent dans la suite de son article ?

Après avoir souligné que "la raison première de l'exclusion du contrat est basée sur l'idée du recours parallèle"¹⁸⁷⁰, il précise une nouvelle fois que cette théorie ne peut s'appliquer sans qu'au préalable ait été déterminée la nature de l'acte. Il affirme en effet qu'"un deuxième obstacle se dresse entre le contrat et le recours pour excès de pouvoir, obstacle basé sur la classification formelle des actes juridiques. Une raison supplémentaire s'ajoute pour exclure les recours dirigés contre les contrats, actes bilatéraux, et même contre les actes unilatéraux, qui perdent leur individualité juridique par leur incorporation au contrat et prennent le caractère bilatéral du contrat"¹⁸⁷¹. A la lecture de ce passage, il apparaît que seule la forme de l'acte et non le fond permettrait de distinguer les deux types de recours.

En est-il réellement ainsi ?

Certains Commissaires du gouvernement dont Bruno Genevois basent leur démonstration sur cette classification formelle. Ses conclusions rendues sur l'arrêt du 25 mai 1979 *Rabut*¹⁸⁷² en témoignent. Il affirme que "le recours pour excès de pouvoir est toujours écarté lorsqu'il est dirigé contre le contrat lui-même, et ceci en raison du caractère bilatéral du contrat"¹⁸⁷³. De même, certains auteurs font valoir que "la jurisprudence a (...) toujours considéré que les contrats, dans la mesure où ils ont un caractère bilatéral et sont l'expression d'un accord de volontés, doivent être contestés devant le juge de pleine juridiction et non devant le juge de l'excès de pouvoir"¹⁸⁷⁴.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*

¹⁸⁷⁰ *Op. cit.*, p 67.

¹⁸⁷¹ *Id.*, p 68.

¹⁸⁷² *Op. cit.*

¹⁸⁷³ B. Genevois, concl sur CE 25 mai 1979 *Rabut*, *op. cit.*, p 236.

¹⁸⁷⁴ C. Maugué et R. Schwartz, note sur CE 26 juillet 1991 *Commune de Sainte-Marie*, *AJDA* 1991, p 693.

Plus que la qualification de contrat, c'est le caractère formellement bilatéral qui fait obstacle à la recevabilité de ce recours. L'application de la théorie de la détachabilité va d'ailleurs dans ce sens. Elle permet en effet de dissocier "du contrat les actes unilatéraux"¹⁸⁷⁵. Ces derniers pourront donc être examinés par le juge de l'excès de pouvoir alors que le contrat – acte bilatéral – ne peut faire l'objet d'un tel recours¹⁸⁷⁶.

Le principe selon lequel à une différence (formelle) de nature correspond une différence de régime s'appliquerait bel et bien.

Cependant, on peut se demander si le fait pour le juge d'opter pour un tel point de vue est réellement justifié et ne comporte pas plus d'inconvénients que d'avantages.

Comme le souligne Pierre-François Gonidec, depuis sa création et jusqu'en 1864¹⁸⁷⁷, le Conseil d'Etat "admet le recours pour excès de pouvoir aussi bien contre les contrats que contre les actes administratifs violant les contrats"¹⁸⁷⁸. Il y avait bien identité de régime alors que la nature juridique des actes était différente. Ce n'est qu'à partir de 1864 que les termes de l'équation vont être modifiés. Or, cet auteur démontre précisément que l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre du contrat a pour origine "l'idée du recours parallèle conçu comme un moyen de désencombrer le rôle du Conseil d'Etat"¹⁸⁷⁹. Le fait pour le juge de placer au point de vue formel en vue de distinguer les différents recours ne serait qu'une conséquence de l'application de cette théorie du recours parallèle. Mais rien ne permet d'expliquer pour quelle raison le choix du juge s'est porté sur ce critère formel plutôt que sur un autre. Le fondement de l'équation différence (formelle) de nature "égale" différence de régime" est donc pour le moins fragile.

Si on examine les textes, il semble quelque peu contestable de prendre uniquement appui sur l'aspect formel d'un acte pour déterminer le régime juridique applicable. Ce critère formel n'a d'ailleurs pas été pris en considération par les rédacteurs de l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945. Cet article était rédigé de la manière suivante: "Le Conseil d'Etat statuant au contentieux est le juge de droit commun en matière administrative, il statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre

¹⁸⁷⁵ P-F Gonidec, *op. cit.*, p 70.

¹⁸⁷⁶ Comme l'indique clairement G. Debeyre, "l'œuvre de la jurisprudence a consisté à dissocier du contrat les éléments à caractère unilatéral, l'acte subjectif plurilatéral reste toujours exclu du recours pour excès de pouvoir", "Le recours pour excès de pouvoir et le contrat", *RDV* 1938, p 223.

¹⁸⁷⁷ Le décret du 2 novembre 1864 marque semble-t-il le point de départ de la distinction entre les recours contentieux. Ce texte prévoit notamment que le recours pour excès de pouvoir est dispensé du ministère d'avocat et que les droits de greffe sont supprimés.

¹⁸⁷⁸ *Op. cit.*, p 65.

¹⁸⁷⁹ *Id.*, p 67.

les actes des diverses autorités administratives"¹⁸⁸⁰. Certains auteurs ont, comme l'indique Pierre Boutelet, pris appui sur cette disposition pour justifier l'établissement du lien entre le recours pour excès de pouvoir et la nature unilatérale de l'acte¹⁸⁸¹. Or, il s'agit d'une interprétation extensive car seul le terme "acte" est mentionné. De ce fait, rien n'interdit de penser qu'un tel mot désigne non seulement les actes unilatéraux mais aussi les actes bilatéraux.

Outre son assise fragile, il est clair que l'application du critère formel favorise le recours aux fictions. En effet, la théorie de la détachabilité permet de dissocier artificiellement certains actes unilatéraux du contrat. Le juge eut recours à une telle fiction afin de contrer les effets contraignants de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre du contrat. Les actes formellement unilatéraux préalables ou postérieurs à la conclusion du contrat peuvent donc faire l'objet d'un tel recours. Si par ce subterfuge il n'est pas porté atteinte à la règle selon laquelle le contrat ne peut être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir, le juge a dû néanmoins faire face à des situations complexes. Le Conseil d'Etat a été saisi d'un recours en vue d'examiner la légalité de la décision mettant fin à une convention médicale signée entre des syndicats de praticiens et des caisses d'assurance maladie¹⁸⁸². Parmi les auteurs de la saisine se trouvaient non seulement des organisations signataires de la convention mais aussi des médecins agissant à titre individuel. Rappelons qu'après bien des hésitations le Commissaire du gouvernement, et alors même que la nature unilatérale de l'acte global ne fait guère de doute, se place sur le terrain contractuel. Christine Maugué est donc amenée à appliquer la théorie de la détachabilité. Or, les actes postérieurs à la conclusion ne peuvent être considérés comme détachables à l'égard de tous les requérants. Pour les parties signataires, l'acte de résiliation reste intégré au contrat et de ce fait seul le juge de plein contentieux et non le juge de l'excès de pouvoir sera compétent pour en prononcer la nullité¹⁸⁸³. Ce dernier sera en revanche seul compétent pour statuer si un tiers conteste cette décision car le juge admet dans ce cas la détachabilité¹⁸⁸⁴. Comme l'indique Christine Maugué, "bien qu'un seul et même acte soit attaqué, le litige revêt donc un caractère mixte puisque la décision de résiliation contestée doit être analysée à la fois comme une mesure contractuelle et comme un acte détachable du contrat". Certes, le lien

¹⁸⁸⁰ Cet article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 ne fait que reprendre les termes de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872.

¹⁸⁸¹ P. Boutelet, note sur CE 30 octobre 1998 *Ville de Lisieux*, *op. cit.*, p 4.

¹⁸⁸² CE 27 avril 1998 *Confédération des syndicats médicaux français et autres*, *op. cit.*

¹⁸⁸³ Cf notamment CE 6 mai 1955 *Société des grands travaux de Marseille*, *Rec*, p 244 – *AJDA* 1955, II, p 327, concl J. Chardeau – *D* 1955, p 579, note J-M Auby.

¹⁸⁸⁴ Cf notamment CE 2 février 1987 *Société TV6*, *op. cit.*

de connexité va permettre de déterminer quelle est, au sein des juridictions administratives, celle qui devra statuer. L'article R 341-1 du Code de justice administrative contient la règle suivante: "lorsque le Conseil d'Etat est saisi de conclusions relevant de sa compétence de premier ressort, il est également compétent pour connaître de conclusions connexes relevant normalement de la compétence de premier ressort d'un tribunal administratif"¹⁸⁸⁵. En application de cette règle, le Conseil d'Etat se reconnaît compétent pour connaître de l'ensemble des conclusions¹⁸⁸⁶. En quelle qualité va-t-il statuer ? En qualité de juge de l'excès de pouvoir ou de plein contentieux ? On ne peut donner de réponse catégorique à la lecture des arrêts du 27 avril 1998 *Confédération des syndicats médicaux français* et du 2 février 1987 *Société TV6*¹⁸⁸⁷. De même, Michel Azibert et Martine de Boisdeffre soulignent dans leur note sur cet arrêt du 2 février 1987 qu'en théorie "le Conseil d'Etat jugeait à la fois en tant que juge du contrat et juge de l'excès de pouvoir"¹⁸⁸⁸. Mais ils démontrent qu'en pratique le Conseil d'Etat a "davantage jugé comme un juge du contrat"¹⁸⁸⁹.

Cette jurisprudence révèle toute l'ambiguïté de l'application de cette théorie des actes détachables. Alors même que le recours pour excès de pouvoir formé par les tiers est implicitement déclaré recevable, le Conseil d'Etat statue en tant que juge de plein contentieux.

En outre, le juge a, au fil du temps, fait une application de plus en plus extensive de cette théorie. Il suffit, pour s'en convaincre, d'évoquer l'admission du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes de passation du contrat. A l'inverse des autres hypothèses d'actes détachables, il semble totalement artificiel de dissocier un tel acte du contrat. L'application de cette théorie de la détachabilité dans un tel cas de figure suppose que l'on adopte une définition très particulière du contrat.

André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé fustigent cette jurisprudence dans laquelle le recours pour excès de pouvoir est admis à l'encontre de ces actes de passation du contrat.¹⁸⁹⁰ Elle ne peut, selon eux, être considérée comme cohérente "que si l'on considère le contrat, non point, selon la définition habituelle, comme un acte bilatéral, un concours de volontés, mais plutôt comme une juxtaposition de deux manifestations de

¹⁸⁸⁵ Dispositions anciennement contenues dans l'article 2 bis du décret du 30 septembre 1953.

¹⁸⁸⁶ Cette même règle s'applique dans l'arrêt du 2 février 1987 *Société TV6*, *op. cit.* Etait en cause la concession d'un service de télévision.

¹⁸⁸⁷ *Op. cit.*

¹⁸⁸⁸ *AJDA* 1987, p 319.

¹⁸⁸⁹ *Id.*, p 320.

¹⁸⁹⁰ Cf notamment CE 9 novembre 1934 *Chambre de commerce de Tamatave*, *op. cit.*

volonté, de juxtaposition de deux actes unilatéraux, le recours étant dirigé contre l'un de ces actes unilatéraux, celui qui émane de l'administration"¹⁸⁹¹. Il est vrai que l'acte contractuel est constitué de différents actes unilatéraux édictés au moment de sa conclusion ou de son exécution. Nous avons pourtant démontré au cours des développements précédents que le contrat ne pouvait être réduit à cela. Même si à la base de celui-ci se trouvent des actes unilatéraux, il faut bien voir que des liens spécifiques unissent ces derniers et qu'on ne peut de ce fait isoler chacun de ces actes lors d'une analyse¹⁸⁹².

L'application de la théorie des actes détachables montre que la nature unilatérale de l'acte et la recevabilité du recours pour excès de pouvoir sont intimement liées. Cependant, le fait pour le juge de se placer au point de vue formel n'est pas sans inconvénient. Ces différents exemples le prouvent très clairement.

Dans ce cas, ne serait-il pas préférable de s'en tenir à une autre approche afin d'abolir cette liaison entre nature unilatérale et recours pour excès de pouvoir ?

2 – Une approche délaissée ?

Cette approche formelle semble en perte de vitesse si on en croit les textes et la jurisprudence. Dans le cadre de cette approche, les pouvoirs du juge sont normalement pris en considération en vue de distinguer les différents types de recours. Edouard Lafférière se basait notamment sur ce critère¹⁸⁹³. Il considérait que le juge de plein contentieux disposait de pouvoirs plus étendus que le juge de l'excès de pouvoir. Ce dernier aurait uniquement la possibilité de prononcer l'annulation de l'acte. Or, le législateur a conféré au juge administratif¹⁸⁹⁴, par la loi du 8 février 1995¹⁸⁹⁵, un pouvoir d'injonction permettant d'assurer l'exécution de ses décisions. Ce critère n'apparaît plus, à l'heure actuelle, vraiment pertinent et ne doit donc pas être retenu.

¹⁸⁹¹ A de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 2, *op. cit.*, p 1041.

¹⁸⁹² Comme l'indique P. Weil, "il est (...) nécessaire de se souvenir qu'actes périphériques et contrat proprement dit font partie d'une seule et unique opération juridique", *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, p 206.

¹⁸⁹³ Il affirmait que "les pouvoirs des tribunaux administratifs n'ont pas la même nature et la même étendue dans toutes les matières contentieuses. Ce sont, selon les cas: des pouvoirs de pleine juridiction comportant l'exercice d'un arbitrage complet de fait et de droit sur le litige; ou des pouvoirs d'annulation limités au droit d'annuler les actes administratifs illégaux", *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Editions Berger-Levrault, 2^{ème} édition, 1896, tome 1, p 15.

¹⁸⁹⁴ Le texte ne distingue pas selon que le juge statue en excès de pouvoir ou en plein contentieux.

¹⁸⁹⁵ Les dispositions de la loi du 8 février 1995 relatives à l'injonction ont été intégrées dans le Code de justice administrative aux articles L 911-3 et ss.

Outre les pouvoirs du juge, la forme de l'acte est, elle aussi, utilisée comme critère dans le cadre de cette approche formelle. Il semble que, contrairement aux pouvoirs du juge, ce critère n'est pas totalement abandonné mais fait l'objet d'aménagement. Le juge ne se base pas uniquement sur l'apparence extérieure des actes pour déterminer le type de recours mais prend véritablement en compte le contenu de ceux-ci.

La Haute juridiction a clairement admis, dans l'arrêt du 14 janvier 1998 *Syndicat départemental Interco 35 CFDT*, qu'un acte bilatéral peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Les conclusions de Jean-Claude Bonichot sont sur ce point sans ambiguïté. Il affirme que la convention constitutive d'une agence régionale d'hospitalisation est bien "un contrat; il a un caractère administratif et il fait partie de ceux qui peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir"¹⁸⁹⁶. Cela signifierait donc que le juge ne se place pas au point de vue formel pour déterminer le type de recours recevable. Tout acte qu'il soit unilatéral ou bilatéral pourrait apparemment faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Faut-il en déduire que le juge se place dorénavant au point de vue matériel ? Certes, la forme de l'acte n'est pas prise en considération dans le cadre d'une telle approche. On pourrait de ce fait reprendre l'affirmation selon laquelle: "du point de vue matériel, il n'y a pas d'opposition véritable entre le contrat et le recours pour excès de pouvoir"¹⁸⁹⁷. Les apparences sont néanmoins trompeuses. Pierre-François Gonidec se place uniquement sur le plan contentieux. Il s'attache uniquement au fond même du problème et ce quelles que soient les caractéristiques de l'acte. De ce fait, le point de vue matériel tel que l'entend cet auteur ne peut être confondu avec le critère matériel utilisé par la doctrine en vue de classer les actes administratifs. Sur ce dernier point, le doyen Georges Vedel rappelle, dans l'un de ses écrits, que "le point de vue matériel s'attache au *contenu* de l'activité, de l'acte ou de la situation qu'il s'agit de définir"¹⁸⁹⁸

Or, dans cet arrêt de 1998, le juge se fonde sur le contenu de l'accord et non sur le "fond même du problème" pour déterminer si le recours pour excès de pouvoir est recevable. Ainsi, Jean-Claude Bonichot constate, dans ses conclusions, que le contrat en cause est "entièrement réglementaire"¹⁸⁹⁹. De même, selon le Conseil d'Etat, cette convention est "relative à l'organisation du service public". Le juge fait fi de des apparences formelles et s'appuie donc sur un critère matériel pour caractériser ce dernier. Cela ne signifie pas pour

¹⁸⁹⁶ J-C Bonichot, concl sur CE 14 janvier 1998 *Syndicat département Interco 35 CFDT*, *op. cit.*, p 21.

¹⁸⁹⁷ P-F. Gonidec, *op. cit.*, p 60.

¹⁸⁹⁸ G. Vedel, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *op. cit.*, p 27.

autant, si on prend appui sur les propos de Pierre-François Gonidec, que le juge se place, sur le plan contentieux, d'un point de vue matériel. En effet, comme l'indique très clairement cet auteur, même si le juge prend en considération le contenu des actes, cette conception "procède encore d'un point de vue formel puisqu'elle définit le contentieux de l'annulation par référence aux seuls actes administratifs"¹⁹⁰⁰. On se trouve face à une situation quasi-kafkaïenne.

Des exemples permettent certes d'affirmer que la forme de l'acte ne joue aucun rôle dans la détermination du type de recours. Alors même que le Conseil d'Etat a assimilé le déféré préfectoral au recours pour excès de pouvoir¹⁹⁰¹, il a admis que des contrats puissent être contestés par cette voie¹⁹⁰². La forme bilatérale ne serait donc en rien incompatible avec le recours pour excès de pouvoir. Le déféré demeure cependant un cas à part car le législateur, par les lois de 1982, inclut les contrats dans la liste des actes déférables. Le juge de l'excès de pouvoir se voit donc en quelque sorte imposer par la loi l'examen de ces actes bilatéraux. En outre, lorsque ce même juge s'estime compétent pour examiner les clauses réglementaires des contrats, il ne tient pas compte du caractère formellement bilatéral de l'acte dans son ensemble. Le juge s'appuie uniquement sur le contenu, le caractère réglementaire des clauses pour déclarer le recours recevable.

Faut-il conclure cette analyse en disant que le juge ne se place plus d'un point de vue formel pour déterminer les types de recours et que de ce fait, un acte administratif quel qu'il soit peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ?

Comme on l'a indiqué, que le juge prenne en compte l'aspect formel des actes ou leur contenu, il se place toujours, dans le cadre de la distinction des recours, d'un point de vue formel. Certains arrêts relatifs aux actes administratifs unilatéraux négociés confirment cette assertion.

Il ressort de certains arrêts ou jugements que l'aspect formellement bilatéral ne peut apparemment constituer un obstacle à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Le tribunal administratif de Clermont-Ferrand l'admet clairement dans un jugement en date du 13 octobre 1988 *Fédération des syndicats d'exploitants agricoles du Puy-de-Dôme C/*

¹⁸⁹⁹ *Op. cit.*, p 22.

¹⁹⁰⁰ *Op. cit.*, p 64.

¹⁹⁰¹ CE 26 juillet 1991 *Commune de Sainte-Marie, op. cit.*

¹⁹⁰² Dans l'arrêt du 26 juillet 1991 *Commune de Sainte-Marie, op. cit.*, le Conseil d'Etat examine la légalité de différents contrats obligatoirement soumis au préfet en vertu de la loi. Trois ans plus tard dans l'arrêt du 4 novembre 1994 *Département de la Sarthe, op. cit.*, il étend la solution à tous les contrats des collectivités locales.

*Préfet de la région d'Auvergne*¹⁹⁰³. La convention contestée "ne constitue pas un engagement contractuel mais une décision unilatérale à caractère réglementaire susceptible de recours devant le juge de l'excès de pouvoir". Mais il faut bien voir que le tribunal administratif opère une requalification. Ce n'est pas l'acte bilatéral en tant que tel que le juge de l'excès de pouvoir accepte d'examiner mais la convention requalifiée en acte unilatéral. Un acte formellement bilatéral ne peut faire l'objet d'un recours sans avoir été au préalable requalifié. La forme de l'acte semble donc toujours constituer un obstacle mais un obstacle non insurmontable. Comme nous l'avons souligné dans la première partie, le juge, grâce aux actes administratifs unilatéraux négociés, marque son attachement à l'association entre l'acte unilatéral et le recours pour excès de pouvoir. Les termes de l'arrêt du 3 mai 2004 *Société Les Laboratoires Servier*¹⁹⁰⁴ en sont une bonne illustration¹⁹⁰⁵.

Mais tel n'est pas le cas dans tous les arrêts. Dans la décision en date du 23 octobre 1974 *Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*¹⁹⁰⁶, le juge qualifie la décision d'"unilatérale" afin de justifier son absence d'illégalité au regard de l'ordonnance du 30 juin 1945. A aucun moment il n'établit expressément de lien entre cette qualification et la recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

De même, il faut bien rappeler que, dans la plupart des arrêts et jugements étudiés dans la première partie, le juge ne s'attache pas expressément à la forme des actes pour déterminer le type de recours recevable. Le fait que la requalification soit implicite le prouve très clairement. Ainsi, le juge ne se pose pas clairement la question de savoir si les conventions passées entre le CSA et le bénéficiaire de l'utilisation d'une fréquence doivent être qualifiées d'acte unilatéral ou de contrat avant d'admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

Enfin, soulignons que le recours pour excès de pouvoir porte, dans la plupart des cas, sur l'acte unilatéral d'accompagnement et non sur l'accord *stricto sensu*. Il est donc difficile d'affirmer – en se basant sur la jurisprudence relative aux actes administratifs unilatéraux négociés – que le juge rejette totalement la classification formelle. En outre, et même si

¹⁹⁰³ *Op. cit.*

¹⁹⁰⁴ *Op. cit.*

¹⁹⁰⁵ Il est précisé que "la requête (...) tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du comité économique des produits de santé de signer cette convention doit être regardée comme dirigée contre la décision de ce comité fixant le prix du Vastarel 35 mg". Le fait d'employer le terme de "décision" n'est pas anodin. Ce n'est pas la convention *stricto sensu* mais la convention requalifiée en acte unilatéral qui fait l'objet du recours.

dans certains arrêts la détermination du type de recours ne dépend pas de la forme unilatérale ou contractuelle de l'acte, cela ne signifie pas pour autant que ce dernier ne joue aucun rôle dans cette détermination. Le fait que l'acte contesté évolue dans un environnement réglementaire ou revête un tel caractère, comme nous l'avons vu, n'est pas sans influence sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Le juge prend ainsi en considération leurs caractéristiques intrinsèques.

L'acte demeure toujours un critère essentiel et le fait de se baser sur son aspect extérieur ou sur son contenu ne change rien au problème. Le juge doit dans tous les cas s'appuyer expressément ou non sur les catégories classiques d'actes afin de déterminer si l'acte contesté doit être examiné dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir ou de plein contentieux. En privilégiant une telle approche le juge limite sa marge de manœuvre quant à la consécration de nouvelles catégories juridiques. Afin de débloquer la situation, il serait nécessaire de ne plus prendre l'acte comme critère de distinction des recours.

B – L'adoption d'un nouveau critère

Compte tenu des inconvénients que présente l'approche formelle, certains auteurs ont proposé de se placer d'un point de vue matériel pour distinguer les différents recours contentieux. Maurice Hauriou a, selon Fabrice Melleray, "joué un rôle précurseur dans l'avènement de la classification matérielle"¹⁹⁰⁷. Ne sont donc pris en considération ni la forme de l'acte ni les pouvoirs du juge mais le fond même du problème. La seule question posée au juge permettra de déterminer à quel type de recours nous avons affaire. Selon ce critère, la ligne de partage des deux types de recours passerait par la distinction entre les questions portant sur la conformité d'un acte avec une règle de droit et celles de sa conformité avec un droit subjectif¹⁹⁰⁸. Il s'agira donc dans le premier cas d'un contentieux dit "objectif" alors que dans le second le contentieux aura un caractère dit "subjectif".

¹⁹⁰⁶ *Op. cit.*

¹⁹⁰⁷ F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français – Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, 2001, p 120.

¹⁹⁰⁸ Pour un exposé de cette distinction, cf notamment L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 2, *op. cit.*, pp 458-520 – M. Waline, "Vers un reclassement des recours du contentieux administratif", *RDP* 1935, pp 213 et ss – P. Sandevour, *op. cit.*, pp 406 et ss.

Nous n'analyserons pas en détail cette classification déjà largement étudiée par les auteurs mais ferons quelques remarques en lien avec notre étude.

Cette classification semble idéale car la nature de l'acte n'est plus, apparemment, le critère principal de la distinction des recours. En effet, et si on reprend les termes de Fabrice Melleray, "s'opposent donc le contentieux de l'acte juridique et celui de la situation juridique"¹⁹⁰⁹. Doit-on en déduire que l'acte en tant que tel n'a plus aucune importance dans la détermination du type de recours ?

Il ne faut pas se fier aux apparences. Contrairement à ce qu'on pourrait penser, la nature des actes est implicitement prise en considération dans le cadre de cette classification. Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer l'analyse faite par Léon Duguit de ce qu'il appelle "la juridiction objective". Quand on se trouve, selon cet auteur, "en présence d'un acte juridique subjectif et quand la question se pose de savoir s'il est ou non légal, c'est une question de droit subjectif (...). Dans le cas où l'acte attaqué est objectif, on est alors pleinement dans le domaine du contentieux objectif"¹⁹¹⁰. Seul le contenu de l'acte semble avoir une réelle incidence sur la détermination du type de recours recevable et non son aspect formel. La suite des développements le confirme. Dans le paragraphe intitulé "Le recours pour excès de pouvoir comme recours objectif", il souligne qu'un tel recours peut être exercé "pour faire tomber un acte objectif ou subjectif qui a un contre-coup sur une situation juridique objective"¹⁹¹¹. Toute référence au caractère contractuel ou unilatéral de l'acte n'a pas pour autant disparu. Il est amené à expliciter l'expression "situation contractuelle, quasi-contractuelle ou quasi-délictuelle" utilisée par le Commissaire du gouvernement Pichat¹⁹¹² dans un développement portant sur les cas d'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir. Il s'agit, selon l'expression de Léon Duguit, d'une "situation subjective"¹⁹¹³. Mais il faut bien voir que les expressions "situation contractuelle" et "situation subjective" renvoient au fond et non à la forme de l'acte.

La distinction des contentieux objectifs et subjectifs est donc intimement liée aux caractéristiques des actes contestés ou à l'origine du recours. Lors de la présentation de la classification matérielle, Fabrice Melleray l'admet très clairement. Selon lui, "dès lors

¹⁹⁰⁹ F. Melleray, "La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ?", *JCP A* 2005, p 1235.

¹⁹¹⁰ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 2, *op. cit.*, pp 475-476.

¹⁹¹¹ *Id.*, p 496.

¹⁹¹² Concl sur CE 8 mars 1912 *Lafage*, *op. cit.*

¹⁹¹³ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 2, *op. cit.*, p 506.

qu'est en cause un acte unilatéral, et sous deux réserves, il y a toujours contentieux objectif"¹⁹¹⁴.

Enfin, il faut bien voir qu'une telle classification n'est pas exempte de défauts. Pierre Sandevor lui reproche notamment son caractère "superficiel" car elle ne fait que préciser "les problèmes, mais ne les explique pas, ne les résout pas"¹⁹¹⁵. De même, elle est source de difficultés quant à son application car des auteurs ont tenté de la faire coïncider avec la distinction entre le recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux¹⁹¹⁶. Or, la correspondance n'est pas systématique. Fabrice Melleray souligne par exemple qu'au moins "dans certaines espèces, sont désormais explicitement en cause des droits publics subjectifs dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir"¹⁹¹⁷. En outre, René Chapus consacre tout un développement aux "recours objectifs de plein contentieux" dans son manuel de contentieux administratif¹⁹¹⁸. Les risques de confusion sont donc réels¹⁹¹⁹.

La doctrine a tenté de distinguer très nettement les différents types de recours contentieux en opposant le recours pour excès de pouvoir au recours de plein contentieux, le recours objectif au recours subjectif. Mais on se rend compte que les juristes se réfèrent plus ou moins directement aux catégories classiques d'actes et ce quelle que soit la classification choisie. Toute consécration d'une nouvelle catégorie semble donc empêchée. Seule une distinction des recours basée sur des éléments pour partie extérieurs aux actes permettrait de lever cet obstacle. Mais en réalité, il semble très difficile de ne pas prendre en considération les caractéristiques des actes contestés.

La nouvelle classification des recours contentieux et plus précisément le réaménagement du recours pour excès de pouvoir proposé par Fabrice Melleray ne déroge pas à cette règle. Il opte pour un critère apparemment unique: le critère finaliste. Cette classification repose, comme l'indique l'auteur précité, sur "l'analyse du but poursuivi par le jurislatureur

¹⁹¹⁴ F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français – Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, *op. cit.*, p 160. Afin que la présentation adoptée par la doctrine soit cohérente, il souligne, quelques lignes plus bas, qu'"il y a question de droit objectif lorsqu'est en cause la licéité d'un acte unilatéral, que n'est pas invoqué à son encontre un contrat et qu'aucune question de responsabilité délictuelle n'est soulevée".

¹⁹¹⁵ *Op. cit.*, p 408.

¹⁹¹⁶ F. Melleray affirme par exemple en s'appuyant sur la doctrine classique que "le recours pour excès de pouvoir serait ainsi un recours objectif alors que la pleine juridiction relèverait en principe du domaine du contentieux subjectif", "La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ?", *op. cit.*, p 1235.

¹⁹¹⁷ F. Melleray, "Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir", *RDP* 1998, p 1126.

¹⁹¹⁸ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, pp 231 et ss.

¹⁹¹⁹ Les écrits de R. Bonnard confirment que la distinction entre les recours objectif et subjectif est des plus incertaine. Il affirme en effet que "le contentieux de la légalité des actes juridiques est un contentieux subjectif, tout comme le contentieux des exécutions matérielles", *Le contrôle juridictionnel de l'administration – Etude comparée*, *op. cit.*, p 66.

lorsqu'il prévoit le régime juridique d'une action. Soit le jurislatureur cherche à valoriser prioritairement la collectivité, la totalité sociale, soit il souhaite au contraire valoriser prioritairement l'individu"¹⁹²⁰. Dans le premier cas, l'action sera considérée comme holiste alors que dans le second il s'agira d'une action individualiste. Seront seuls pris en compte les intérêts protégés. Après avoir défini ces deux actions, Fabrice Melleray classe les différents recours existant dans l'une de ces catégories. Il intègre ainsi le déferé préfectoral parmi les actions holistes¹⁹²¹. Certains recours de pleine juridiction (contentieux contractuel, contentieux de la responsabilité...) sont considérés, quant à eux, comme des actions individualistes¹⁹²². La distinction action individualiste/action holiste ne doit pas pour autant être confondue avec la distinction recours de plein contentieux/recours pour excès de pouvoir. Cet auteur démontre en effet qu'au sein même du recours pour excès de pouvoir les actions peuvent avoir un caractère individualiste ou holiste¹⁹²³. Dès 1903, Maurice Hauriou avait, semble-t-il, admis le caractère holiste du recours pour excès de pouvoir. Il est, selon lui, évident qu'un tel recours "est un moyen de bonne administration, une procédure contentieuse d'introspection administrative, que c'est une sorte d'action publique ou populaire, et que l'individu qui la met en mouvement agit dans l'intérêt de tous"¹⁹²⁴.

Il est nécessaire de s'appuyer sur un élément tangible pour déterminer, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, si l'action est holiste ou individualiste. Fabrice Melleray précise que seule la dichotomie norme personnelle/norme impersonnelle¹⁹²⁵ permet de distinguer les deux types d'actions.

Comme on peut s'en rendre compte, même si le but du jurislatureur constitue le critère essentiel de la classification proposée par Fabrice Melleray, il n'en demeure pas moins que la détermination de ce but implique d'analyser les caractéristiques de l'acte contesté. Ce dernier, comme dans les autres classifications, joue donc un rôle important dans cette

¹⁹²⁰ F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français – Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, op. cit., p 302.

¹⁹²¹ *Id.*, pp 317 et ss.

¹⁹²² *Id.*, pp 334 et ss.

¹⁹²³ *Id.*, pp 392 et ss.

¹⁹²⁴ M. Hauriou, note sur CE 24 juillet 1903 *Commune de Massat* et 7 août 1903 *Chabot et autres*, S. 1904, III, p 3.

¹⁹²⁵ F. Melleray précise que cette dichotomie ne correspond pas tout à fait à la distinction acte réglementaire/acte individuel. Il se rattache à la classification élaborée par C. Eisenmann. Celui-ci distingue les normes portant sur "la condition juridique de groupes de sujets, de catégories de personnes" et celles portant sur "la condition juridique de sujets individualisés, de personnes nommées, nommément désignées", *Cours de droit administratif*, tome 2, op. cit., p 408. Etant donné que ces deux dichotomies ne sont pas assimilables, cela signifie qu'un acte peut en même temps être individuel et contenir une norme impersonnelle.

nouvelle répartition du contentieux au sein du recours pour excès de pouvoir. La rejeter pour ce seul motif serait néanmoins une erreur car on peut se demander si la jurisprudence relative aux actes administratifs unilatéraux négociés ne tend pas à consacrer implicitement cette nouvelle distinction des recours.

On pourrait penser que cette classification ne change rien au problème. En effet, on se retrouve une nouvelle fois face à une distinction binaire s'agissant des actes¹⁹²⁶. Toute consécration de nouvelles catégories d'actes semble, encore une fois, vouée à l'échec. En outre, elle ne ferait pas disparaître les fictions. Fabrice Melleray se demande notamment si l'action exercée à l'encontre d'actes contenant à la fois des normes personnelles et impersonnelles aurait un caractère individualiste ou holiste. Il faudrait dans ce cas déterminer si les normes sont "divisibles"¹⁹²⁷ les unes des autres. Si la réponse est négative, cet auteur estime que "la dimension holiste" doit prévaloir "étant donné l'importance des effets de certaines de décisions en cause sur la vie de la collectivité"¹⁹²⁸. Il ne rejette pas pour autant la solution tendant à privilégier la dimension individualiste.

La classification proposée présente néanmoins des atouts non négligeables.

Nous pouvons observer que le caractère unilatéral ou bilatéral des actes n'est pas pris en considération. A l'instar de certaines classifications précédemment évoquées, seul le contenu influe sur la détermination du type de recours. Cela voudrait donc dire qu'un recours exercé contre une norme impersonnelle peut être qualifié d'action holiste alors même que cette norme est contenue dans un acte bilatéral. Toute la jurisprudence relative aux actes administratifs unilatéraux négociés ne se trouve-t-elle pas résumée dans ces quelques mots ?

L'action exercée contre les actes administratifs unilatéraux négociés devrait logiquement être qualifiée d'action holiste. Certains éléments tendent à confirmer cette analyse. Comme l'indique Fabrice Melleray, la question suivante permet notamment de déterminer si l'action est holiste ou individualiste: "quel résultat le jurislatureur¹⁹²⁹ (...) vise-t-il lorsqu'il

¹⁹²⁶ Sur ce point, on constate que W. Kloepfer lie la nouvelle distinction des contentieux proposée par F. Melleray aux deux catégories traditionnelles d'actes. Il affirme que "le dédoublement du recours pour excès de pouvoir (l'un individualiste portant sur les contrats, l'autre holiste atteignant l'acte unilatéral) permet de ne plus envisager le recours pour excès de pouvoir exclusivement comme un recours objectif", *op. cit.*, p 592.

¹⁹²⁷ F. Melleray emploie le terme "divisible" comme un synonyme de "détachable".

¹⁹²⁸ F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français – Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, *op. cit.*, p 409.

¹⁹²⁹ F. Melleray souligne qu'il faut "principalement entendre par jurislatureur, et c'est une spécificité de la procédure juridictionnelle administrative, le Conseil d'Etat. Il n'est en effet guère besoin de rappeler que c'est cette institution qui a mis en place la structure des actions ouvertes devant les juridictions administratives

établit le régime juridique d'une action, autrement dit quelle fin assigne-t-il alors au requérant potentiel ?"¹⁹³⁰.

Les actes administratifs unilatéraux négociés interviennent dans des domaines essentiels pour la collectivité et de ce fait le juge administratif va chercher à protéger la collectivité dans son entier et non simplement le requérant lorsqu'il admet la recevabilité du recours à leur encontre. Le fait que ce même juge examine par voie d'exception la validité d'actes tels que les conventions d'assurance chômage théoriquement soumises au juge judiciaire tend à confirmer cette analyse. Enfin, on a pu voir que, de par leur qualification, les actes administratifs unilatéraux négociés pouvaient être contestés par un nombre plus important de personnes que s'ils étaient intégrés dans la catégorie des contrats. Le juge cherche donc bien à protéger les intérêts de la collectivité.

De même, et selon les indications de Fabrice Melleray, on peut, semble-t-il, s'appuyer sur les normes contenues dans les actes administratifs unilatéraux négociés pour affirmer que le recours pour excès de pouvoir revêt un caractère holiste.

La plupart de ces actes contiennent des normes impersonnelles au sens où l'entend l'auteur précité. Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur le cas des actes unilatéraux négociés réglementaires car dans une telle hypothèse la norme revêt, sans l'ombre d'un doute, un caractère impersonnel. En est-il de même pour les actes dits "non réglementaires" ?

Sont notamment concernés les contrats de recrutement des agents non titulaires de l'administration. Il est vrai que ces actes s'adressent à une personne déterminée tout comme les actes autorisant l'utilisation des fréquences hertziennes ou les concessions de plages. Deux choix s'offrent alors au juge. Il semble difficile d'affirmer que les normes contenues dans ces actes ont, selon la définition de Charles Eisenmann, un caractère personnel. Dans ces différentes hypothèses, le contenu des actes est tellement encadré par des dispositions législatives et réglementaires qu'il est préférable de considérer l'ensemble des normes incluses dans ces actes comme impersonnelles.

Les actes administratifs unilatéraux négociés s'insèreraient dans ce mouvement visant à faire disparaître la distinction des recours basée sur les caractéristiques formelles des actes.

Est-ce que cela signifie que le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux, tels qu'ils existent actuellement, sont voués à disparaître ? Il est encore trop

françaises à compétence générale, que le recours pour excès de pouvoir est sa création, pour ne pas dire sa « chose » (...)", *id.*, p 266.

tôt pour répondre. Néanmoins, on ne peut nier que le recours pour excès de pouvoir est en train de se transformer progressivement. La loi du 8 février 1995 a reconnu au juge chargé de ce contentieux un pouvoir d'injonction. Le recours pour excès de pouvoir devient ainsi, lorsqu'un tel pouvoir est employé, "un contentieux de la situation juridique litigieuse et non plus simplement un simple contentieux de l'acte querellé"¹⁹³¹. D'ailleurs, la jurisprudence relative aux actes administratifs unilatéraux négociés le confirme indirectement. Le juge en requalifiant l'acte cherche à maintenir la situation existante, à préserver l'intérêt des justiciables. Ce juge ne semble plus attacher autant d'importance à l'acte en tant que tel. Le fait qu'il soit illégal n'amènera pas le juge à prononcer nécessairement une annulation rétroactive. Il devra prendre en compte l'intérêt général par exemple. L'arrêt en date du 11 mai 2004 *Association AC!*¹⁹³² l'illustre clairement. Dans cet arrêt, la Haute juridiction constate que certaines dispositions d'une convention d'assurance chômage sont entachées d'illégalité et de ce fait, les arrêtés agréant cette convention sont annulés. Néanmoins, le juge de l'excès de pouvoir ne prononce pas une annulation rétroactive de ces actes. Eu égard notamment aux risques d'atteinte à la continuité du versement des allocations, il précise que l'annulation ne prendra effet quelques semaines après le prononcé de la décision.

S'agissant d'un acte considéré comme un acte administratif unilatéral négocié, le Conseil d'Etat montre qu'en cas de recours pour excès de pouvoir, le juge ne doit pas se cantonner à sanctionner l'illégalité dont tel ou tel acte serait entaché. Il doit prendre en compte les intérêts des justiciables.

L'acte ne doit donc plus être pris comme critère pour distinguer les différents types de recours. Cela permet non seulement de protéger plus efficacement les justiciables mais aussi et surtout, cela permettrait peut-être de consacrer de nouvelles catégories juridiques d'actes.

¹⁹³⁰ *Ibid.*

¹⁹³¹ F. Melleray, "La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ?", *op. cit.*, p 1237.

¹⁹³² *AJDA* 2004, p 1183, chron C. Landais et F. Lénica – *LPA* 17 novembre 2004, p 18, note P. Montfort – *RFDA* 2004, concl C. Deveys – *JCP G* 2004, II, 10189, note J. Bigot – *JCP A* 2004, p 1662, note J. Bigot – *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 2005-2, p 821, note A. Met-Domestici – *LPA* 5 août 2005, p 7, note J. Guez – *RDP* 2005, p 536, note C. Guettier. Cf l'article d'O. Dubos et F. Melleray, "La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif, *DA* août/septembre 2004, chron 15, p 8.

Conclusion du chapitre second

Des arguments d'ordre jurisprudentiel et théorique permettent d'affirmer que l'acte administratif unilatéral négocié n'existe pas en tant que catégorie et ne peut donc être placé au même rang que l'acte unilatéral et le contrat. Que ce soit au niveau de la formation, de la modification ou de l'extinction de l'acte, aucune règle n'apparaît foncièrement originale. Il s'agit en effet des mêmes règles que pour les actes unilatéraux *stricto sensu* et les contrats. On pourrait certes affirmer que la seule existence d'un accord de volontés lors de la formation de ces actes unilatéraux spécifiques suffirait à leur reconnaître une certaine originalité. Mais il faut bien voir qu'il ne s'agirait qu'une d'une spécificité au sein d'une catégorie d'actes depuis longtemps consacrée: les actes administratifs unilatéraux. L'analyse du régime contentieux le confirme. Sur ce plan, ces actes sont regardés comme des actes unilatéraux. Ils peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, ils sont soumis à un contrôle classique de la légalité. En outre, le juge considère que certaines de leurs dispositions sont divisibles comme n'importe quel acte unilatéral réglementaire.

Cette absence de consécration d'une troisième catégorie d'actes qui s'insérerait entre l'acte administratif unilatéral et le contrat n'a au demeurant rien de surprenant. La structure binaire du droit administratif constitue un obstacle majeur. Le juge essaie malgré tout d'intégrer ces nouvelles formes d'intervention de l'administration dans l'une des deux catégories existantes en ayant notamment recours au procédé de la fiction. En outre, il apparaît que la distinction binaire des actes est intimement liée aux deux types de recours contentieux existant. De ce fait, l'apparition d'une nouvelle catégorie d'actes dépend d'une nouvelle classification de ces recours.

Celle proposée par Fabrice Melleray fondée sur un critère finaliste et non directement sur la nature des actes est intéressante. En effet, il semble possible de rapprocher ces actes administratifs unilatéraux négociés de cette nouvelle classification. On ne peut néanmoins en déduire, pour le moment, que ces actes forment une nouvelle catégorie.

Conclusion du titre second

La conclusion de ce titre pourrait tenir dans cette phrase: les actes administratifs unilatéraux négociés ne peuvent être distingués des deux catégories usuelles d'actes à savoir le contrat et l'acte unilatéral. Des auteurs ont certes tenté de regrouper certains actes au sein de catégories dites "intermédiaires". Certaines d'entre elles ont d'ailleurs quelques points communs avec les actes administratifs unilatéraux négociés. Mais ces derniers, de par leurs caractéristiques, ne peuvent être assimilés à des actes-unions ou des actes mixtes. En outre, il est important de souligner à nouveau qu'aucune de ces catégories n'a fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle. Le juge s'en tient à la distinction binaire entre l'acte unilatéral et le contrat. De nombreux éléments, et tout spécialement le régime contentieux, permettent de confirmer que les actes étudiés ne sont finalement qu'une sous-catégorie des actes unilatéraux. Il est difficile d'affirmer en l'état actuel des choses si cette sous-catégorie obtiendra un jour son autonomie. Un réaménagement des recours contentieux permettrait peut-être d'arriver à un tel résultat.

Conclusion de la seconde partie

L'établissement d'une comparaison entre les actes administratifs unilatéraux négociés et les deux catégories classiques a permis de souligner que ces actes spécifiques revêtent non seulement les caractéristiques de l'acte unilatéral mais aussi du contrat. Ainsi, les notions de partie et de tiers, propres au vocabulaire contractuel, semblent applicables aux actes objets de notre étude. De même, l'accord de volonté intervenant lors de l'élaboration de ces actes est apparemment identique à celui caractérisant le contrat. Mais la ressemblance s'arrête là. Comme l'indique Denys de Béchillon et Philippe Terneyre, un acte ne peut être qualifié de contrat que si celui qui le conclut "s'engage au sens strict, c'est-à-dire qu'il définit, par son accord, une part de sa propre situation juridique vis-à-vis du coobligé"¹⁹³³. Or, de telles caractéristiques ne se retrouvent pas dans les actes administratifs unilatéraux négociés réglementaires. L'intérêt de ces derniers est justement de permettre de bien distinguer les actes unilatéraux des contrats. Un acte réglementaire entre théoriquement dans la catégorie des actes unilatéraux. Certains auteurs ont malgré tout tenté d'associer les notions de contrat et de règlement. Cette tendance semble contrecarrée par la consécration jurisprudentielle des actes administratifs unilatéraux négociés réglementaires. Grâce à ces actes, le juge tend à lier le caractère réglementaire de l'acte et la nature unilatérale.

Contrairement aux apparences, les actes étudiés n'aggraverait pas les risques de confusion entre les deux catégories traditionnelles mais permettraient de bien les distinguer. Cependant, l'analyse des actes administratifs unilatéraux négociés doit-elle nécessairement se faire en lien avec les catégories classiques ?

Ils possèdent des caractéristiques communes avec certaines catégories dites "intermédiaires" qui ne sont ni véritablement des actes unilatéraux ni des contrats. Mais peut-on aller plus loin et affirmer que les actes administratifs unilatéraux négociés constituent une troisième catégorie s'intercalant entre les deux catégories classiques ?

La réponse est négative car le juge souhaite maintenir la structure binaire du droit administratif. Les actes étudiés peuvent être seulement considérés, tout du moins pour le moment, comme une sous-catégorie des actes unilatéraux.

¹⁹³³ D. de Béchillon et P. Terneyre, "Contrats administratifs (contentieux des)", *op. cit.*, p 4.

CONCLUSION GÉNÉRALE

A quels enseignements parvient-on arrivé au terme de cette étude ? Denys de Béchillon et Philippe Terneyre constataient dans une de leur publication que "la requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux selon la formule de Raphaël Romi, a bien lieu de temps en temps, mais elle n'en reste pas moins un procédé assez rare et fortement borné par une conception orthodoxe de la notion même de contrat, à laquelle le juge ne porte pas facilement atteinte"¹⁹³⁴. A la lumière des développements de la première partie, cette affirmation doit être relativisée.

Afin de présenter le plus clairement possible ces différents actes et surtout afin d'obtenir des développements équilibrés, nous avons choisi d'étudier les actes administratifs unilatéraux négociés en fonction des secteurs dans lesquels ils apparaissent. L'étude de la jurisprudence révèle que ces actes se retrouvent dans de nombreux domaines. Cependant, ils n'apparaissent pas toujours de la même façon dans les jugements et les arrêts.

Le juge peut user de la technique dite de requalification expresse. Dans ce cas, il souligne que, malgré les apparences, l'acte ne peut être qualifié de contrat mais d'acte administratif unilatéral. Le recours à cette forme de requalification a eu lieu pour la première fois en matière d'administration économique. Des accords de libération des prix étaient en cause. Les différents arrêts rendus entre les années 1973 et 1975 constituent, à l'heure actuelle, les exemples les plus probants de requalification expresse. Ces arrêts sont souvent cités par les auteurs dans les développements portant sur les actes administratifs unilatéraux négociés. Ainsi, selon l'arrêt du 23 octobre 1974 *Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*¹⁹³⁵, l'"arrêté, ainsi que l'engagement professionnel qu'il rend applicable et dont les dispositions s'y incorporent, ne constitue pas un engagement contractuel de l'administration mais une décision unilatérale à caractère réglementaire prise en accord avec la Confédération nationale de la boucherie française".

Au fil du temps, le juge administratif va appliquer cette technique à des actes relevant d'autres domaines tels que l'occupation et la gestion du domaine public. Les illustrations

¹⁹³⁴ D de Béchillon et P. Terneyre, "Contentieux des contrats administratifs", *op. cit.*, p 4.

¹⁹³⁵ *Op. cit.*

jurisprudentielles sont néanmoins en nombre plus limité. L'arrêt du 23 juin 1995 *Ministre de la Culture C/ Association de défense des Tuileries*¹⁹³⁶ fait partie des décisions les plus intéressantes. L'interprétation de certains arrêts, et notamment ceux relatifs aux autorisations d'utilisation des fréquences hertziennes, se révèle malgré tout plus délicate qu'il n'y paraît.

On peut souligner que, dans la plupart des hypothèses, le juge ne requalifie pas expressément les accords négociés en actes unilatéraux. Seule une analyse précise des arrêts et des textes permet d'affirmer qu'une requalification implicite est intervenue. Tel est le cas de certains actes soumis au Code de l'urbanisme dont le cahier des charges des lotissements ainsi que ceux portant sur l'organisation et le fonctionnement des services publics. Dans cette dernière catégorie sont notamment visés les actes relatifs au recrutement des agents et les accords conclus entre un ministère et un groupement de fonctionnaires. Le cas des concessions de service public laisse beaucoup plus perplexe du fait de l'absence de véritable analyse globale de la nature juridique de ces actes.

L'étude des conventions intervenant en matière sanitaire et sociale est en revanche plus intéressante car les exemples sont les plus nombreux. Ce sont surtout les conventions médicales qui ont retenu notre attention. Mais il faut une nouvelle fois rappeler que la jurisprudence demeure très incertaine pour certains des actes. Pour quelles raisons le juge se montre-t-il aussi réticent à requalifier ces actes d'apparence contractuelle en actes administratifs unilatéraux ?

Deux juges distincts peuvent être amenés à examiner certains des actes. Ainsi, les conventions régies par le Code du travail sont toujours, à l'heure actuelle, considérées comme des contrats de droit privé. Le juge administratif ne peut donc pas affirmer purement et simplement que ces actes entrent en réalité dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux. La présence de quelques indices démontre que ce juge semble requalifier de manière très progressive les actes en cause. S'agissant des autres actes et sur un plan plus général, cette réticence peut s'expliquer par les dispositions textuelles. Si, par exemple, le mot "convention" apparaît dans tel ou tel article de loi, le juge se montrera très hésitant à utiliser cette technique ou n'en fera usage qu'avec d'infinies précautions.

Même si la méthode d'analyse varie, un point commun unit la requalification expresse et implicite. Le juge administratif use de ces techniques afin de ne pas intégrer l'acte en cause dans la catégorie des contrats. Pourquoi préfère-t-il requalifier un acte apparemment contractuel en acte unilatéral ?

¹⁹³⁶ *Op. cit.*

Les justifications traditionnellement énoncées par les auteurs sont en nombre relativement limité et souvent identiques. Raphaël Romi affirme pourtant, dans son article précité, que si l'existence d'hypothèses de requalification ne fait de doute, "les explications de ce phénomène prêtent beaucoup plus à débat"¹⁹³⁷. Les motifs avancés pour justifier le recours à cette technique ont été regroupés en deux ensembles. Une partie de la doctrine argue du fait qu'un lien existe entre le recours à la requalification et l'exercice du pouvoir réglementaire. Dans la plupart des arrêts étudiés, on constate que, postérieurement à la conclusion de l'accord, un acte unilatéral réglementaire¹⁹³⁸ est édicté. Ce dernier a été appelé, pour reprendre la formule d'André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, "acte d'accompagnement". Les effets d'un tel acte ne sont pas neutres puisqu'il s'incorporerait les stipulations de l'accord. Cependant, l'incorporation ne ferait pas disparaître les négociations qui seraient intervenues au moment de l'élaboration. Cela expliquerait donc que les actes reçoivent l'appellation d'"actes administratifs unilatéraux négociés". Aussi séduisante que puisse paraître cette explication, elle est à elle seule insuffisante pour justifier toutes les hypothèses de requalification. Les auteurs précités soulignent notamment que, dans l'arrêt du 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure*¹⁹³⁹, "c'est l'accord qui établit directement les prix sans que soit prévu un arrêté d' « entérinement » dans lequel les engagements des entreprises pourraient être censés « s'incorporer »"¹⁹⁴⁰. De même, la présence d'actes d'"accompagnement" n'est pas propre aux actes administratifs unilatéraux négociés. L'administration en édicte aussi postérieurement à la conclusion d'accords considérés par le juge comme des contrats.

On a tenté d'approfondir l'analyse et de voir si la requalification n'était pas opérée en raison du caractère réglementaire des dispositions même de l'accord. La jurisprudence apparaît sur ce point imprécise et ambiguë. En outre, et comme l'indique très clairement Raphaël Romi, lorsqu'on évoque le caractère réglementaire d'une convention, "sont en cause ses effets et non sa nature, qui demeure conventionnelle: il y a bien négociation et engagement..."¹⁹⁴¹. Cela signifie qu'on ne peut déduire du caractère réglementaire de l'acte sa nature unilatérale.

Les auteurs ont trouvé d'autres explications. Le fait que ces actes interviennent dans des domaines où il ne peut théoriquement y avoir de contrat justifierait, selon certains, le recours à cette technique. Nombre des actes administratifs unilatéraux négociés relèvent

¹⁹³⁷ *Op. cit.*, p 12.

¹⁹³⁸ Cet ensemble forme ce que nous avons appelé un acte administratif unilatéral négocié dit "complexe" en opposition aux actes administratifs unilatéraux négociés dits "simples" dans lesquels aucun acte unilatéral d'accompagnement n'intervient.

¹⁹³⁹ *Op. cit.*

¹⁹⁴⁰ A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 66.

de domaines que l'on peut qualifier de régaliens. Tel est le cas par exemple des activités de police. Cependant, comme on a pu l'analyser, toute conclusion de contrat n'est pas prohibée dans ces matières régaliennes. Sont notamment interdits les contrats opérant un transfert de compétence. Or, aucun des actes requalifiés ne renferme un tel objet.

Même si l'hypothèse de l'incorporation dans l'acte dit d'"accompagnement" se révèle intéressante, aucune des explications avancées ne semble vraiment pertinente. Cela ne signifie pas pour autant que le juge use de la requalification quand bon lui semble.

Nous avons essayé de déterminer quels pouvaient être les fondements réels. L'interdiction ou l'autorisation de recourir au contrat découlerait non de la nature des matières mais de certaines dispositions législatives ou constitutionnelles. Certes, on pourrait être tenté de dire que les deux sont liées. En effet, si le législateur prohibe la conclusion de contrats, c'est parce que la nature des matières empêche que des contrats soient conclus. Il semble qu'en réalité le fondement textuel apparaisse comme la justification première et que la nature des matières ne soit qu'une justification dérivée de celle-ci. Or, on ne peut uniquement s'appuyer sur le contenu des textes pour expliquer les différentes hypothèses de requalification. Les lois peuvent être, dans certains cas, relativement imprécises quant à leur formulation. Nous avons pu remarquer que le législateur utilise assez fréquemment le terme de "convention" ou "accord" pour désigner les actes soumis par le juge à la technique de requalification. Il en est ainsi en matière médicale où de tels actes sont implicitement requalifiés en actes administratifs unilatéraux négociés. Néanmoins, il est difficile de déterminer la signification précise des mots "convention" ou "accord". Il est, de ce fait, tentant de les considérer comme des synonymes de "contrat". Xavier Prétot adopte ce raisonnement puisqu'il souligne, s'agissant des accords et conventions médicales, que "le Conseil d'Etat se résout à requalifier *contra legem* un acte institué par la loi"¹⁹⁴². Selon cet auteur, le législateur avait conféré aux termes de "convention" et d'"accord" le même sens que celui de contrat.

Il est préférable d'admettre qu'à partir du moment où les auteurs d'un texte n'utilisent pas le terme de "contrat", l'acte peut faire l'objet d'une requalification. La pertinence de cette justification est toute relative étant donné que les risques de divergences d'interprétation existent. C'est pourquoi, nous avons recherché quels pouvaient être les autres éléments justifiant le recours à cette technique en nous plaçant cette fois du côté du juge administratif.

¹⁹⁴¹ *Op. cit.*, p 13.

¹⁹⁴² X. Prétot, note sur CE 17 décembre 1993 *Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privée et autres* et CE 10 juin 1994 *Confédération française des syndicats de biologistes et autres*, D 1995, SC, p 31.

Par l'intermédiaire de ce procédé, il protège non seulement ses propres intérêts mais aussi ceux des administrés. Depuis le début du XX^{ème} siècle, le juge de l'excès de pouvoir cherche à étendre son domaine d'intervention. La théorie des actes détachables lui a permis de s'infiltrer dans le contentieux contractuel. En outre, il peut, par l'intermédiaire du déféré préfectoral, examiner la légalité du contrat en tant que tel. Il existe de nombreux points communs entre la requalification et ces techniques. Mais l'utilisation de ces dernières se révèle contraignante. Les actes pouvant faire l'objet d'un déféré sont en nombre très limité. Quant à la théorie des actes détachables, elle ne permet pas d'atteindre l'acte principal.

Finalement, il apparaît que l'usage de la requalification est plus avantageux pour le juge de l'excès de pouvoir car il concerne, comme on l'a vu, de nombreux domaines. Par cette technique, le juge précité peut examiner des actes qui, s'ils étaient intégrés dans la catégorie des contrats, devraient être examinés par le juge de plein contentieux. On peut en déduire qu'il souhaite aussi qu'un nombre plus important de personnes puissent le saisir. En requalifiant un acte conventionnel en acte unilatéral, le juge ouvre aux personnes totalement extérieures à ce dernier la possibilité d'exercer un recours à son encontre. Or, tel ne serait pas le cas si l'acte était qualifié de contrat. Il ne pourrait être contesté que par les parties. On peut donc dire que cette volonté du juge de protéger les intérêts de personnes étrangères à l'acte justifie l'usage d'une telle technique. Mais ce n'est pas tout.

Les effets de l'annulation et de la requalification sont totalement différents. Dans le premier cas, le juge cherche à faire disparaître l'acte de l'ordonnement juridique. Dans le second cas, en revanche, il valide en quelque sorte un acte qui, s'il était qualifié de contrat, serait sans aucun doute déclaré nul. Ainsi, comme l'indiquent André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, "en ce qui concerne au moins cette matière des accords de prix, on échappe difficilement à l'impression d'un « repêchage » de la légalité de mesures qui, sans le secours de cette qualification, eussent dû être annulées (...)»¹⁹⁴³. Pourquoi le juge voudrait-il "sauver" ces différents actes ?

Les textes n'accordent que très rarement la possibilité aux destinataires des décisions de participer à leur élaboration. En utilisant la procédure de requalification, le juge souhaite donc tout simplement légitimer et encourager ces nouvelles formes d'action de l'administration plutôt que d'annuler l'acte.

Le fait que la requalification intervienne dans de nombreux domaines et que son utilisation soit justifiée, pose un problème de taille. Théoriquement, on ne distingue que

¹⁹⁴³ A de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, *op. cit.*, p 66.

deux catégories principales d'actes en droit administratif: l'acte unilatéral et le contrat. De ce fait, nous avons dû déterminer quelles sont les conséquences de l'apparition des actes administratifs unilatéraux négociés au regard de la classification traditionnelle. Ces actes spécifiques tendraient à altérer la distinction traditionnelle entre l'acte unilatéral et le contrat et cela se manifeste à différents points de vue.

Bien qu'ils soient qualifiés d'actes unilatéraux, on constate qu'au moins deux personnes participent à leur élaboration de la même manière qu'en matière contractuelle. Il serait logique de qualifier ces personnes d'auteurs et de coauteurs car ces notions sont propres au domaine des actes administratifs unilatéraux. Cependant, il est parfois très difficile de savoir si des participants peuvent se voir reconnaître l'une de ces qualités. En effet, dans certaines hypothèses d'actes administratifs unilatéraux négociés dits "simples", il n'est pas sûr que la participation de toutes les personnes soit véritablement déterminante. En outre, l'intervention d'une autorité supplémentaire dans le cadre des actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes" augmente la difficulté et ne permet pas de répondre avec certitude. Dans cette deuxième hypothèse, la dissociation des coauteurs des simples co-acteurs ou perfecteurs de l'acte est délicate.

Ces difficultés nous ont amenés à déterminer s'il ne serait pas préférable d'appliquer une distinction propre au domaine des contrats. S'agissant de ces actes, les auteurs distinguent traditionnellement les parties des tiers. Certes, toutes les personnes n'interviennent pas forcément au même moment notamment dans le cadre de ces actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes". Or, rien n'empêche d'admettre que la notion de partie puisse s'appliquer non seulement aux personnes ayant conclu l'accord mais également aux organes intervenant postérieurement à celui-ci. Les personnes ne prenant part, à aucun moment, à l'élaboration de ces actes seraient intégrées dans la catégorie des tiers. L'application d'une telle distinction à des actes administratifs unilatéraux négociés n'ayant pas la nature de contrat peut sembler surprenante. Ces actes engendreraient donc une confusion des notions d'acte unilatéral et de contrat.

L'examen de l'acte en tant que tel et non plus des personnes participant à sa confection confirme-t-il cette assertion ? L'une des caractéristiques principales du contrat demeure l'intervention d'un accord de volontés au moment de sa formation. Celui-ci n'est en rien exclusif au contrat car on le retrouve dans la phase d'élaboration des actes administratifs unilatéraux négociés. Selon André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, des accords peuvent intervenir dans le cadre des actes unilatéraux, mais ils seraient d'une nature différente de ceux que l'on rencontre en matière contractuelle¹⁹⁴⁴. Ces

¹⁹⁴⁴ Ces auteurs précisent qu'un accord peut intervenir dans le cadre des actes unilatéraux. Ils soulignent néanmoins qu'il "a un sens différent de celui qu'a l'accord contractuel, le terme « accord » faisant alors partie du vocabulaire même des actes administratifs unilatéraux", *id.*, p 59.

auteurs n'indiquent pas précisément l'élément permettant de les distinguer. En réalité, il apparaît que l'accord de volontés permettant la formation des actes administratifs unilatéraux négociés est similaire à celui des contrats.

Mais si l'accord a les mêmes caractéristiques, tel ne semble pas être le cas du contenu même des actes. Bien avant l'apparition des actes administratifs unilatéraux négociés, des auteurs ont démontré que les actes administratifs unilatéraux et les contrats ont un élément en commun. Ces deux actes revêtent apparemment un caractère normatif. Plus précisément, une partie de la doctrine a tenté d'établir un lien entre le caractère réglementaire d'un acte et la nature contractuelle. Une telle théorie est éminemment contestable car elle remet totalement en cause la définition même du contrat. Le recours à la technique de requalification et donc la consécration des actes administratifs unilatéraux négociés permettrait de clarifier les choses. Nous avons pu voir que nombre de ces actes spécifiques avaient un caractère réglementaire ou étaient, tout du moins, liés à l'exercice d'un tel pouvoir. Nous avons certes démontré que l'exercice du pouvoir réglementaire ne pouvait, à lui seul, justifier le recours à la technique de requalification. Dans le cadre d'une distinction entre l'acte unilatéral et le contrat, l'analyse prend une toute autre ampleur. On ne se place plus au niveau des justifications de la requalification mais de ses conséquences sur le plan de la théorie générale des actes administratifs. Etant donné qu'un lien très étroit est établi entre la nature unilatérale de l'acte et le caractère réglementaire, le juge, grâce aux actes administratifs unilatéraux négociés, redonne indirectement au contrat ses lettres de noblesse. Ce dernier ne peut donc pas avoir, dans son ensemble, un caractère réglementaire¹⁹⁴⁵. En outre, il découle de l'analyse des actes administratifs unilatéraux négociés réglementaires mais aussi non réglementaires que le contrat doit uniquement avoir pour objet la création de droits subjectifs.

Contre toute attente, ces actes unilatéraux spécifiques permettraient de bien distinguer les deux catégories classiques d'actes.

Si on s'en tient à leur appellation, les actes objets de notre étude sont intégrés dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux. Est-ce réellement le cas ? Ces actes ne doivent-ils pas être totalement dissociés des catégories classiques ? Nous avons tenté de répondre à ces questions en confrontant ces actes administratifs unilatéraux négociés à différentes catégories dites "intermédiaires" consacrées par certains auteurs telles que l'acte collectif, l'acte-union et enfin l'acte mixte. On aurait pu penser que cette dernière englobe les différentes hypothèses d'actes administratifs unilatéraux négociés. Il est vrai

que parmi les exemples d'actes mixtes cités par Yves Madiot, on retrouve notamment les accords passés entre les syndicats de médecins et les caisses de sécurité sociale. Raphaël Romi intègre d'ailleurs la thèse de cet auteur parmi les études consacrées aux actes unilatéraux négociés¹⁹⁴⁶. Il précise néanmoins que "le propos d'Yves Madiot ne porte qu'en partie sur les actes ici étudiés"¹⁹⁴⁷. Celui-ci refuse par exemple d'intégrer les accords de libération de prix dans cette catégorie des actes mixtes¹⁹⁴⁸. Les actes administratifs unilatéraux négociés et les actes mixtes ne peuvent être confondus car Yves Madiot part du principe que ces derniers sont, à la base, de véritables contrats. Cela ne signifie pas que les actes administratifs unilatéraux négociés n'ont aucun point commun ni avec ces actes mixtes ni avec les autres catégories intermédiaires. L'analyse révèle qu'ils se rapprochent des actes-union. Ces confrontations permettent d'affirmer que ces actes unilatéraux spécifiques peuvent difficilement être intégrés dans l'une des deux catégories classiques et devraient, dans ce cas, constituer à eux seuls une catégorie intermédiaire. Cependant, s'agirait-il pour autant d'une catégorie autonome ? Les catégories intermédiaires précitées sont de pures créations doctrinales. Le juge administratif ne les a jamais considérées comme des catégories autonomes totalement distinctes de l'acte unilatéral et du contrat. Il existe toujours un lien avec l'une ou l'autre des catégories traditionnelles. Les actes administratifs unilatéraux négociés ne dérogent pas à ce principe puisque leur régime juridique n'a rien d'original. Les règles relatives à la formation, la modification et l'extinction de ces actes sont dépourvues de spécificités par rapport à celle applicables en matière contractuelle et aux actes administratifs unilatéraux classiques. Il en est de même sur le plan contentieux. L'analyse des règles de recevabilité des recours, du contrôle opéré ainsi que des décisions prises par le juge confirme que les actes administratifs unilatéraux négociés sont considérés comme des actes unilatéraux à part entière. De ce fait, on peut affirmer que les actes objets de notre étude ne constituent pas une troisième catégorie d'actes qui s'insérerait entre le contrat et l'acte administratif unilatéral. Ils doivent nécessairement être rattachés à l'une des deux catégories classiques. En l'occurrence, il s'agit de celle regroupant les actes administratifs unilatéraux. Il faut toutefois tenir compte de leurs spécificités. On parviendrait donc à la même conclusion qu'Anne-Laure Pastré-Boyer concernant l'acte collectif en droit privé. Ce dernier ne peut plus, selon elle, "être envisagé comme constituant une catégorie autonome d'actes juridiques, mais doit nécessairement être

¹⁹⁴⁵ Seules certaines clauses et non l'intégralité du contrat peuvent avoir, comme on l'a vu, un caractère réglementaire.

¹⁹⁴⁶ *Op. cit.*, p 9.

¹⁹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁹⁴⁸ Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, *op.cit.*, pp 252 et ss.

réduit à un type classique d'acte juridique dont il ne peut être qu'une sous-catégorie"¹⁹⁴⁹. Mais cet auteur évoque, dans ses développements, l'existence de cette sous-catégorie en utilisant l'expression "acte collectif" au singulier. Nous nous refusons à faire de même s'agissant des actes administratifs unilatéraux négociés en raison notamment de leur hétérogénéité.

Le fait de ne pas consacrer une troisième catégorie d'actes semble tout à fait logique car nous avons pu voir que les auteurs ainsi que le juge restent attachés à la structure binaire du droit administratif. En effet, le juge administratif préférera intégrer les actes quels qu'ils soient dans l'une des catégories traditionnelles et ce, au prix de fictions plutôt que de créer une nouvelle catégorie. Il ne peut donc exister que deux catégories principales d'actes auxquels correspondent deux types de recours contentieux.

Doit-on approuver ou non le fait de maintenir cette distinction binaire ? Des évolutions sont-elles envisageables ?

Si le juge refuse de considérer les actes administratifs unilatéraux négociés comme formant une nouvelle catégorie d'actes, il semble se servir de ces derniers comme d'un "terrain d'expérimentation". Ainsi, le Conseil d'Etat admet dans un arrêt du 11 mai 2004 *Association AC!*¹⁹⁵⁰ que les effets de l'annulation des arrêtés agréant la convention d'assurance chômage devaient être modulés dans le temps. L'annulation n'a plus nécessairement un effet rétroactif. Sont non seulement concernés par cette solution les arrêtés sus-évoqués mais aussi, et par ricochet, la convention. Ce nouveau principe, appliqué pour la première fois à une convention considérée comme un acte administratif unilatéral négocié, peut être utilisé à l'égard d'actes n'ayant pas ce caractère¹⁹⁵¹. Bien que les actes administratifs unilatéraux négociés soient utiles sur le plan contentieux, le fait de ne pas les rattacher à une catégorie autonome peut être à l'origine de certaines dérives. Ces actes spécifiques se rapprochent, par certains aspects, du contrat mais ils ne sont pas considérés comme tels. Ils pourraient ainsi permettre de contourner l'application des règles contraignantes propres aux contrats. On se trouverait alors face à un détournement de procédure.

Une affaire portée devant la Cour de justice des communautés européennes illustre bien ce problème¹⁹⁵². Cette juridiction a dû déterminer si la directive Travaux pouvait s'appliquer à un acte de droit italien dit "d'administration consensuelle". Ce dernier peut

¹⁹⁴⁹ A-L. Pastré-Boyer, *L'acte juridique collectif en droit privé français*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p 37.

¹⁹⁵⁰ *Op. cit.*

¹⁹⁵¹ CE 25 février 2005 *France Télécom*, JCP A 2005, n°15, p 632, note E. Saulnier-Cassia, n°28, p 1101, note E. Breen – AJDA 2005, p 997, chron C. Landais et F. Lenica – RFDA 2005, p 802, concl E. Prada-Bordenave – RDP 2005, p 1643, note P. Idoux – LPA 10 octobre 2005, n°201, p 8, note F. Melleray – DA 2005, n°57, note M. Bazex et S. Blazy.

se définir, selon les dispositions de l'ordonnance de renvoi, comme "un mode d'action dans lequel les pouvoirs publics abandonnent ou atténuent les aspects d'autorité et le caractère unilatéral de leur intervention pour négocier directement avec un particulier le contenu des actes administratifs qui le concernent". Il s'agit d'actes comparables aux actes administratifs unilatéraux négociés du droit français. L'argumentation de la défenderesse et des intervenants au principal n'a pas été suivie par les juges de la Cour. Ces derniers estiment que l'acte en cause est bien un contrat. Les dispositions de la directive Travaux doivent donc s'appliquer. Comme l'indiquent Antoine Tabouis et Aymeric Hourcabie, la décision de la Cour était motivée par la volonté de "prévenir tout risque de détournement de procédure"¹⁹⁵³. Les actes administratifs unilatéraux négociés ne doivent pas devenir un instrument aux mains de certaines entités dont les intentions pourraient être plus ou moins louables.

Outre ce risque d'abus, on peut se demander si la consécration d'actes spécifiques, mais qui ne sont pas rattachés à une catégorie autonome, ne va pas à l'encontre du principe de sécurité juridique¹⁹⁵⁴. Comme on l'a vu, la distinction des recours contentieux reste encore très étroitement liée à la nature des actes contestés. Compte tenu de leurs particularités, il peut être difficile pour certains administrés de déterminer quel juge sera compétent pour statuer sur la légalité de ces actes administratifs unilatéraux négociés.

Face à ces difficultés et malgré l'attachement du juge et des auteurs à la structure binaire du droit administratif, il semble nécessaire de consacrer l'existence d'une troisième catégorie d'actes aux côtés du contrat et de l'acte unilatéral.

Dans son rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations datant du 22 septembre 2005, Pierre Catala propose une classification tripartite des actes juridiques. Selon la nouvelle rédaction de l'article 1101-1 du Code civil, l'acte juridique conventionnel ou convention devrait être distingué de l'acte juridique unilatéral et de l'acte juridique collectif¹⁹⁵⁵. Rien ne s'oppose à ce qu'il en soit de même en droit administratif. Néanmoins, la troisième catégorie n'aurait pas pour nom l'acte juridique collectif mais l'acte administratif unilatéral négocié.

¹⁹⁵² CJCE 12 juillet 2001 aff C-399/98, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi et a C/ Comune di Milano et a*, Rec CJCE, I, p 5409, concl P. Léger.

¹⁹⁵³ A. Tabouis et A. Hourcabie, "Notion et régime de la délégation unilatérale de service public", *Contrats et marchés publics* juin 2005, p 10.

¹⁹⁵⁴ CE 24 mars 2006 *Société KPMG*, AJDA 2006, p 684, note F. Aubert, p 897, chron F. Melleray, p 1028, chron C. Landais et F. Lénica – JCP G 2006, II, 10113, note J-M Belorgey – RJDA 2006, p 545, concl Y. Aguila – D 2006, p 1190, chron P. Cassia – BJCP 2006, p 173, concl Y. Aguila – *Revue du marché commun et de l'Union européenne* 2006, p 457, note F. Chaltiel.

¹⁹⁵⁵ *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (article 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (article 2234 à 2281 du Code civil)*, p 73.

BIBLIOGRAPHIE

I - MANUELS, TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ALLAND Denis et RIALS Stéphane (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige, Lamy/PUF, 2003, 1650p
- ANTONMATTEI Paul-Henri, *Les conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Dalloz, 1996, 105p
- ANZILOTTI Dionisio, *Cours de droit international*, Paris, Editions Panthéon, LGDJ, 1999, 534p
- AUBY Jean-Marie, *Droit public*, Paris, Sirey, 11^{ème} édition, 1993, tome 1, 339p
- AUBY Jean-Marie, AUBY Jean-Bernard, DIDIER Jean-Pierre, TAILLEFAIT Antony, *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, 5^{ème} édition, 2005, 758p
- AUBY Jean-Marie et BON Pierre, *Droit administratif des biens*, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 2003, 634p
- AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 1984, 1014p et 718p
- AUBY Jean-Marie et DUCOS-ADER Robert, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 1970, 949p
- AYOUB Eliane, *La fonction publique en vingt principes*, Paris, Editions Frison-Roche, 2^{ème} édition, 1998, 295p
- BECHILLON Denys (de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Editions Odile Jacob, 1997, 302p
- BENOIT Francis-Paul, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, 897p
- BEN SALAH Tabrizi, *Droit de la fonction publique*, Paris, Armand Colin, 2003, 276p
- BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, 408p
- BLOCH-LAINE François, *A la recherche d'une économie concertée*, Paris, les éditions de l'Epargne, 3^{ème} édition, 1964, 23p
- BONNARD Roger:
 - *Précis de droit public*, Paris, Sirey, 4^{ème} édition, 1937, 503p
 - *Le contrôle juridictionnel de l'administration – Etude de droit administratif comparé*, Paris, Dalloz, 2006 (réimpression de l'édition de 1934), 266p
- BRAIBANT Guy, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 7^{ème} édition, 2005, 652p
- BURDEAU François, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, PUF, 1995, 494p
- CHAPUS René:
 - *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001, 2 tomes, 1427p et 797p
 - *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 12^{ème} édition, 2002, 1489p
- CHEVALLIER Jacques:

- *Science administrative*, Paris, PUF, 3^{ème} édition, 2002, 633p
 - *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, Série politique, 2003, 225p
- CHEVALLIER Jacques et LOCHAK Danièle, *Science administrative - L'administration comme organisation et système d'action*, Paris, LGDJ, 1978, tome 2, 697p
- CHRISTIEN Robert, *Les institutions de participation et la concertation dans les trois fonctions publiques*, Paris, Editions Berger-Levrault, 1997, 331p
- COLSON, Jean-Philippe, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 2001, 551p
- CORNU Gérard (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7^{ème} édition, 2005, 970p
- DABIN Jean:
- *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, Bruxelles et Paris, Sirey, 1935, 367p
 - *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, 313p
- DEBBASCH Charles:
- *Droit de l'audiovisuel*, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 1995, 749p
 - *Institutions et droit administratif*, Paris, PUF, 4^{ème} édition, 1998, tome 2, 707p
- DEBBASCH Charles et COLIN Frédéric, *Administration publique*, Paris, Economica, 6^{ème} édition, 2005, 1117p
- DELVOLVE Pierre, *L'acte administratif*, Paris, Sirey, 1983, 294p
- DEMICHEL André, *Le droit administratif - Essai de réflexion théorique*, Paris, LGDJ, 1978, 220p
- DESPAX Michel, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 1989, tome 7, 596p
- DRAGO Roland, *La participation des citoyens à l'activité des organes administratifs*, Société de législation comparée, 2^{ème} rencontre juridique franco-soviétique (Moscou-Léningrad-Tbilissi, 8-20 juillet 1969), 31p
- DUPEYROUX Jean-Jacques, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Précis Dalloz, 15^{ème} édition, 2005, 1245p
- DUEZ Paul et DEBEYRE Guy, *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952, 984p
- DUGUIT Léon:
- *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. Boccard, 3^{ème} édition, 1930, 5 tomes, 856p
 - *Leçons de droit public général*, Paris, La mémoire du droit, 2000 (réimpression de l'édition de 1926), 340p
 - *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003 (réimpression de l'édition de 1901), 623p
- DUPEYROUX Jean-Jacques, BORGETTO Michel, LAFORE Robert, RUELLAN Rolande, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 15^{ème} édition, 2005, 1245p

- DUPUIS Georges, GUEDON Marie-José, CHRETIEN Patrice, *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, 9^{ème} édition, 2004, 682p
- DUPUIS Georges, *Recherches sur le régime juridique de l'acte administratif unilatéral*, Paris I, 1980-1981, 238p
- DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 7^{ème} édition, 2004, 811p
- DUSSAULT René et BORGEAT Louis, *Traité de droit administratif*, Laval, Les Presses de l'Université de Laval, 2^{ème} édition, 1984-1986, 2 tomes, 955p et 1393p
- EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1983, 2 tomes, 786p et 908p
- FLAMME Maurice-André, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 4^{ème} édition, 1989, 1363p
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Eric, *Droit civil – Les obligations – 1^o L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, 11^{ème} édition, 2004, 417p
- FONTAINE Marcel et GHESTIN Jacques (sous la direction de), *Les effets du contrat à l'égard des tiers – Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1992, 464p
- FORGES Jean-Michel (de):
 - *Droit de la fonction publique*, Paris, PUF, 2^{ème} édition, 1997, 379p
 - *Droit administratif*, Paris, PUF, 6^{ème} édition, 2002, 416p
- FORSTHOFF Ernst, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1969, 753p
- FRAISSEIX Patrick, *Précis de droit public*, Paris, PUF, 2000, 498p
- GAUDEMET Yves:
 - Traité de droit administratif – Droit administratif général*, Paris, LGDJ, 16^{ème} édition, 2001, 918p
 - Traité de droit administratif – Droit administratif des biens*, Paris, LGDJ, 12^{ème} édition, 2002, tome 2, 543p
- GAUDEMET Yves, STIRN Bernard, DAL FARRA Thierry, ROLIN Frédéric, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, 490p
- GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat: formation*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 1993, 976p
- GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe et BILLIAU Marc, *Traité de droit civil – Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 2001, 915p
- GOHIN Olivier, *Institutions administratives*, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, 2002, 782p
- GUETTIER Christophe:
 - *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} édition, 2000, 255p
 - *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, 2004, 514p
- HAURIOU Maurice:
 - *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Librairie de la société du recueil J-B Sirey et du journal du Palais, 2^{ème} édition, 1916, 828p

- *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits*, Paris, Editions La Mémoire du Droit, 2000 (réimpression de l'édition de 1929), 3 tomes, 743, 764 et 846p
 - *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 2002 (réimpression de l'édition de 1933), 1150p
- JANIN Patrick, *Cours de droit administratif*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1994, 267p
- JEZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif – La technique juridique du droit public français*, Paris, Dalloz, 2005 (réimpression de l'édition de 1925), tome 1, 443p
- KESSLER Francis, *Droit de la protection sociale*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 2005, 663p
- LABORDE Jean-Pierre, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, PUF, 2005, 551p
- LAFERRIERE Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, réédition, LGDJ, 1989 (réimpression de l'édition de 1887), 2 tomes, 670p et 675p
- LANGROD Georges (sous la direction de), *La consultation dans l'administration contemporaine*, Paris, Cujas, 1972, 973p
- LANVERSIN Jacques (de), *Les grands arrêts du droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 1996, 995p
- LAUBADERE André (de), *Traité de droit administratif - L'administration de l'économie*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 1977, 454p
- LAUBADERE André (de) et GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif – La fonction publique*, Paris, LGDJ, 12^{ème} édition, 2000, tome 5, 229p
- LAUBADERE André (de), MATHIOT André, RIVERO Jean, *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, 2 tomes, 607p et 544p
- LAUBADERE André (de), MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1983, 2 tomes, 808p et 1124p
- LAUBADERE André (de), VENEZIA Jean-Claude, GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 17^{ème} édition, 2002, 459p
- LEBRETON Gilles, *Droit administratif général*, Paris, Armand Colin, 3^{ème} édition, 2004, 508p
- LECLERCQ Claude et CHAMINADE André, *Droit administratif*, Paris, Litec, 3^{ème} édition, 1992, 739p
- LOMBARD Martine, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 6^{ème} édition, 2005, 562p
- LINOTTE Didier et ROMI Raphaël, *Service public et droit public économique*, Paris, Litec, 5^{ème} édition, 2003, 535p
- LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVE Pierre, GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 15^{ème} édition, 2005, 974p
- MACERA Bernard-Franck, *Les "actes détachables" dans le droit public français*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2002, 135p

- MAILLARD DESGREES DU LOU Dominique, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, Paris, PUF, 2000, 567p
- MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, *Droit civil – Les obligations – Les sources*, Paris, Sirey, 2^{ème} édition, 1988, tome 1, 826p
- MASPETIOL Roland et LAROQUE Pierre, *La tutelle administrative*, Paris, Les presses modernes, 1930, 403p
- MAURER Hartmut, *Droit administratif allemand*, Paris, LGDJ, 1995, 421p
- MAZEAUD Antoine, *Droit du travail*, Paris, Montchrestien, 4^{ème} édition, 2004, 588p
- MELLERAY Fabrice, *Droit de la fonction publique*, Paris, Economica, 2005, 365p
- MESCHERIAKOFF Alain-Serge, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^{ème} édition, 1997, 413p
- MICHOUUD Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 1998 (réimpression de l'édition de 1924), 2 tomes, 513p et 527p
- MOREAU Jacques:
 - *Droit administratif*, Paris, PUF, 1989, 569p
 - *Droit public – Théorie générale de l'Etat et droit constitutionnel - Droit administratif*, Paris, Economica, 3^{ème} édition, 1995, tome 1, 572p
- PELISSIER Jean, SUPIOT Alain, JEAMMAUD Antoine, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 22^{ème} édition, 2004, 1353p
- PELLETIER David, *La nature juridique: référence, fondement... ?*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 117p
- PEQUIGNOT Georges, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Editions A. Pédone, 1945, 625p
- PLANTEY Alain, *La fonction publique – Traité général*, Paris, LITEC, 2^{ème} édition, 2001, 826p
- POLI Jean-François, *Droit administratif des biens*, Paris, Ellipse, 2003, 192p
- PRETOT Xavier, *Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 1998, 707p
- RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, 2004, 677p
- RIVERO Jean, WALINE Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 20^{ème} édition, 2004, 623p
- ROLLAND Louis, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 7^{ème} édition, 1938, 652p
- ROUBIER Paul, *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 2^{ème} édition, 2005 (réimpression de l'édition de 1951), 337p

- ROUGEVIN-BAVILLE Michel, DENOIX DE SAINT-MARC Renaud, LABETOULLE Daniel, *Leçons de droit administratif*, Paris, Hachette Supérieur, 1989, 639p
- SAYAGUES LASO Enrique, *Traité de droit administratif*, Paris, Centre français de droit comparé, 1964, 2 tomes, 688p et 640p
- SEILLER Bertrand:
 - Droit administratif – Les sources et le juge*, Paris, Flammarion, 2001, 329p
 - Droit administratif – L'action administrative*, Paris, Flammarion, 2001, 345p
- SERVOIN François, *Droit administratif de l'économie*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2^{ème} édition, 2001, 342p
- STASSINOPOULOS Michel, *Traité des actes administratifs*, Athènes, Collection de l'institut français d'Athènes, 1954, 315p
- TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, *Droit civil – Les obligations*, Paris, Dalloz, 9^{ème} édition, 2005, 1474p
- TERRE François, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 6^{ème} édition, 2003, 609p
- TIMSIT Gérard, *Archipel de la norme*, Paris, PUF 1997, 240p
- TROTABAS Louis et ISOART Paul, *Droit public*, Paris, LGDJ, 24^{ème} édition, 1998, 532p
- VAN LANG Agathe, GONDOUIN Geneviève, INSERGUET-BRISSET Véronique, *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1995, 4^{ème} édition, 354p
- VEDEL Georges et DELVOLLE Pierre, *Droit administratif*, Paris, PUF, 12^{ème} édition, 1992, 2 tomes, 716p et 802p
- VEDEL Georges, *Cours de droit administratif - 1967-1968*, Paris, Cours de droit, 1967, 835p
- WALINE Marcel:
 - *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 4^{ème} édition, 1946, 566p
 - *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 5^{ème} édition, 1950, 603p
 - *Droit administratif*, Paris, Sirey, 7^{ème} édition, 1957, 892p
 - *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1969, 610p

II - THÈSES ET MÉMOIRES

- ALIBERT Raphael, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926, 391p
- ALIPRANTIS Nikitas, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Paris, LGDJ, 1980, 363p

- AMSELEK Paul, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit-Essai de phénoménologie juridique*, Paris, LGDJ, 1964, 464p
- ASENSIO Stéphane, *La disqualification en droit privé interne*, Bordeaux IV, 1999
- AUBERT Jean-Luc, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, LGDJ, 1970, 416p
- BACACHE-GIBEILI Mireille, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Paris, LGDJ, 1996, 360p
- BELRHALI Hafida, *Les coauteurs en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2003, 391p
- BERLIOZ Georges, *Le contrat d'adhésion*, 2^{ème} édition, LGDJ, 1976, 222p
- BERNARD-DOUCHEZ Marie-Hélène, *Recherche sur la coopération entre personnes publiques*, Toulouse I, 1979
- BERTRAND Christine, *L'agrément en droit public*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de droit – Université d'Auvergne, LGDJ, 1999, 295p
- BEZIN Guillaume (de), *Des autorisations et approbations et matière de tutelle administrative*, Toulouse, 1906, 432p
- BIENVENU Jean-Jacques, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois: sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, Paris II, 1979
- BLANCPAIN Frédéric, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Paris II, 1979
- BLEHAUT Valérie, *Réflexion sur la distinction des contentieux au regard de l'évolution du rôle du juge de l'excès de pouvoir en matière contractuelle*, mémoire, Lille II, 1999
- BLUMANN Claude, *La renonciation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1974, 498p
- BRETHER Jean, *De la nature juridique de la convention collective de travail*, Bordeaux, 1921, 199p
- CABRILLAC Rémy, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1990, 415p
- CALOGEROPOULOS André, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, Paris, LGDJ, 1983, 390p
- CHAMPAGNE Gilles, *Les sanctions de l'inexécution des décisions administratives concertées à caractère économique*, Poitiers, 1979, 762p
- CHARLES Hubert, *"Actes rattachables" et "actes détachables" en droit administratif français – contribution à une théorie de l'opération administrative*, Paris, LGDJ, 1968, 242p
- COLLET Martin, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 2003, 397p

- COSTA Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2000, 614p
- COUMAROS Nicolas, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique (Etude critique de la conception classique)*, Paris, Recueil Sirey, 1931, 333p
- CROUZATIER-DURAND Florence, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, Paris, L'Harmattan, 2003, 434p
- DAUXERRE Nathalie, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 581p
- MARDIERE Christophe (de la), *Recours pour excès de pouvoir et contentieux administratif de l'impôt*, Paris, LGDJ, 2002, 343p
- DELAUNAY Bénédicte, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés – Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Paris, LGDJ, 1993, 1003p
- DELMAS SAINT-HILAIRE Philippe, *Le tiers à l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 2000, 571p
- DELVOLVE Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969, 468p
- DOUENCE Jean-Claude, *Recherche sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, Paris, LGDJ, 1967, 534p
- DREYFUS Jean-David, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, Paris, L'Harmattan, 1997, 525p
- DUFAU Valérie, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif – L'administration sous la contrainte*, Paris, L'Harmattan, 2000, 415p
- DUPUIS Georges, *Les privilèges de l'administration*, Paris, 1962, 649p
- ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1996, 551p
- FABRE Pierre, *La politique conventionnelle des prix. Les engagements de stabilité et les contrats de programme*, Toulouse, 1972, 563p
- FARDET Christophe, *L'homologation en droit administratif*, Paris II, 1996
- FLEURIET Michel, *Les techniques de l'économie concertée*, Paris, Editions Sirey, 1974, 223p
- FOLLIOU Laurence, *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, Paris II, 1994
- FOULQUIER Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés – Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, 2003, 805p
- FOURNIE François, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, Paris, LGDJ, 2005, 629p

- GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, 321p
- GHELLAL Amine, *Recherches sur la notion d'effet impératif des actes administratifs unilatéraux*, Montpellier, 1973, 373p
- GUERRIERO Marie-Antoinette, *L'acte juridique solennel*, Paris, LGDJ, 1975, 520p
- GUIGNARD Didier, *La notion d'uniformité en droit public français*, Paris, Dalloz, 2004, 727p
- HAUSER Jean, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique – Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339p
- HAÿ Henri, *Des effets de la convention collective de travail*, Rennes, Imprimeurs Réunies, 1924, 110p
- HECQUARD-THERON Maryvonne, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, LGDJ, 1977, 287p
- HOSTIOU René, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, LGDJ, 1974, 353p
- HOUX Nicolas, *L'extinction du contrat par les tiers. Contribution à la recherche d'une distinction entre les tiers et les parties au contrat*, Rouen, 2000, 691p
- HUBRECHT Hubert Gérald, *Les contrats de service public*, Bordeaux, 1980, 611p
- IBOS Lionel, *La concertation dans la prise de décision administrative en France*, Paris I, 1975, 173p
- IMBERT Louis, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir, 1872-1900*, Paris, Dalloz, 1952, 214p
- ISAAC Guy, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, 1968, 732p
- ISRAEL Jean-Jacques, *La régularisation en droit administratif français – Etude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, Paris, LGDJ, 1981, 268p
- IZORCHE Marie-Laure, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, 499p
- JACQUE Jean-Paul, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, 511p
- JANVILLE Thomas, *La qualification juridique des faits*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, 745p
- LACHAUME Jean-François, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, Paris, LGDJ, 1966, 343p
- LANDON Pierre, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Paris, Sirey, 1942, 274p
- LAROQUE Pierre, *Les usagers des services publics industriels (transports, distribution d'eau, de gaz et d'électricité) en droit français*, Paris, Sirey, 1933, 237p

- LAVIALLE Christian, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1974, 345p
- LE BROUSSOIS Nicolas, *L'acte unilatéral négocié*, mémoire, Paris II, 2003
- LE NOAN Christine, *La concertation en droit administratif français*, Paris I, 1995, 444p
- LEROYER Anne-Marie, *Les fictions juridiques*, Paris II, 1995
- LIMBACH Francis, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales – De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, 2004, 362p
- MADIOT Yves, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, LGDJ, 1971, 390p
- MAILLARD DESGREES DU LOU Dominique, *Police générale, polices spéciales: recherches sur la spécificité des polices générales et spéciales*, Rennes I, 1988
- MANSON Stéphane, *Police administrative et contrat*, mémoire, Paris II, 1991, 66p
- MARTIN DE LA MOUTTE Jacques, *L'acte juridique unilatéral – Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Paris, Sirey, 1951, 343p
- MELLERAY Fabrice, *Essai sur la structure du contentieux administratif français – Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, 2001, 466p
- MOCKLE Daniel, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, LGDJ, 1984, 623p
- MONIOLLE Carole, *Les agents non titulaires de la fonction publique d'Etat – Entre précarité et pérennité*, Paris, LGDJ, 1999, 303p
- NEGRIN Jean-Paul, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, Paris, LGDJ, 1971, 363p
- PAQUES Michel, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story Scientia, 1991, 450p
- PASTRE-BOYER Anne Laure, *L'acte juridique collectif en droit privé français*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, 447 p
- PEQUIGNOT Georges, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Perpignan, Imprimerie du Midi, 1945, 627p
- PERRIN Jean-François, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Librairie Droz, 1979, 177p
- PERROT Roger, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Paris, Sirey, 1953, 215p
- PICARD Étienne, *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, 1984, 926p
- POUYAUD Dominique, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1991, 598p
- PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003, 878p

- PY Pierre, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, Paris, LGDJ, 1976, 180p
- RAINAUD Jean-Marie, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Paris, LGDJ, 1966, 210p
- REDEUILH Henri, *Nature juridique de la concession de service public*, Bordeaux, Imprimeries Delmas, Chapon, Gounouilhou, 1925, 110p
- REGOURD Serge, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1982, 539p
- ROLIN Frédéric, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, Paris II, 1997
- RONGERE Pierrette, *Le procédé de l'acte-type*, Paris, LGDJ, 1968, 319p
- ROUHETTE Georges, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, 1965
- ROUJOU DE BOUBEE Gabriel, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Paris, LGDJ, 1961, 329p
- ROUSSET Michel, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Grenoble, Imprimerie Allier, 1960, 269p
- RUZIE David, *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français*, Paris, LGDJ, 1960, 309p
- SANDEVOIR Pierre, *Etude sur le recours de pleine juridiction: L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, Paris, LGDJ, 1964, 465p
- SAVAUX Eric, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Paris, LGDJ, 1997, 382p
- SEILLER Bertrand, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Paris II, 1995
- SFEZ Lucien, *L'administration prospective*, Paris, Armand Colin, 1970, 431p
- STAUB Materne, *L'indivisibilité en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1999, 1049p
- STORCK Michel, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, 1982, 270p
- TERRE François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, LGDJ, 1956, 588p
- TOURNIE Gérard, *Les agréments fiscaux*, Paris, Pédone, 1970, 341p
- VIER Charles-Louis, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, Paris, 1972, 406p
- WEBER Yves, *L'administration consultative*, Paris, LGDJ, 1968, 327p
- WEIL Prosper, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, A. Pédone, 1952, 275p

- WICKER Guillaume, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1997, 441p
- WINTGEN Robert, *Etude critique de la notion d'opposabilité – Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Paris, LGDJ, 2004, 402p
- YANNAKOPOULOS Constantin, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1997, 604p
- ZAGHLOUL Mohammed, *La participation des administrés à l'acte administratif unilatéral*, Toulouse, 1986

III – ARTICLES

- ALBERT Jean-Luc, "La requalification d'une convention de restructuration laitière en une décision unilatérale à caractère réglementaire", *Revue de droit rural* 1989, n°173, p 227
- AMSELEK Paul:
 - "Réflexions autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique", *RDP* 1978, p 5
 - "L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann", *Archives de philosophie du droit* 1987, p 305
 - "Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen", *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 1999-1, p 37
 - "Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen", *in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques - Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p 33
- ANDRE Jean-Marc, "La responsabilité de la puissance publique du fait de diverses formes d'engagements non contractuels de l'administration", *AJDA* 1976, p 20
- D'ARCY FRANÇOIS PRATS Yves, "La notion de concertation dans la loi d'orientation foncière et dans son application", *AJDA* 1969, p 336
- ARRIGHI DE CASANOVA F, "Les quasi-contrats de plan", *DS* 1965, p 341
- AUBERT Jean-Luc, "A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers", *RTDC* 1993, p 263
- AUBY Jean-Marie:
 - "Le régime juridique des avis dans la procédure administrative", *AJDA* 1956, p 53
 - "Sur une pratique excessive: les validations législatives", *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 1977-1, p 12
- BARLOY François, "Quelques observations sur la présence du contrat en droit de l'urbanisme", *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 2, p 47
- BARTHELEMY Jacques:

- "L'agrément des accords collectifs", *DS* 1987, p 623
- "La négociation collective d'entreprise, consensualisme ou formalisme", *DS* 1988, p 401
- "La nature juridique des accords de retraite complémentaire", *DS* 2003, p 513
- BARTHELEMY Jacques et LOUVARIS Antoine, "Exception d'illégalité", *Jurisclasseur Droit administratif*, Fasc 1160
- BATAILLER Francine, "Une nouvelle technique d'économie concertée: les "quasi-contrats" pour l'exécution du plan", *RSF* 1964, p 365
- BATIFFOL Henri, "La crise du contrat et sa portée", *Archives de philosophie du droit* 1968, p 13
- BECHILLON Denys (de):
- "Le contentieux administratif de l'annulation en matière contractuelle: une présentation graphique", *LPA* 14 mai 1990, n°58, p 10
- "Le contrat comme norme dans le droit public positif", *RFDA* 1992, p 15
- BECHILLON Denys (de) et TERNEYRE Philippe, "Contentieux des contrats administratifs", *Répertoire de contentieux administratif Dalloz*, 2000
- BELTRAME Pierre:
- "La fiscalité de l'aménagement du territoire, ses modalités, ses incidences politiques", *RSF* 1967, p 280
- "le contrôle des prix et le juge", *RA* 1967, p 670
- BENTZ Jacques, "Le tiers à l'acte administratif", *RPDA* 1958, p 164 et *RPDA* 1959, p 1
- BERGEAL Catherine, "La nouvelle politique contractuelle", *DS* 1997, p 788
- BERGERES Maurice-Christian, "Les actes non réglementaires", *AJDA* 1980, p 3
- BLEHAUT-DUBOIS Valérie, "A « l'école des chartes »", *AJDA* 2004, p 2431
- BONNARD Roger, "Les droits publics subjectifs des administrés", *RDP* 1932, p 695
- BOURGOIS Joël-Luc, "A propos des règles d'urbanisme d'un cahier des charges approuvé en 1956", *JCP N* 1998, p 1650
- BRACONNIER Stéphane, "Formation du contrat administratif", *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc 610
- BRECHON-MOULENES Christine:
- "Une technique juridique explosive: « l'autorisation conventionnelle » d'occupation du domaine public", in *Mélanges offerts à Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, p 753
 - "La liberté contractuelle des personnes publiques", *AJDA* 1998, p 643
- BRENET François, "La théorie du contrat administratif – Evolutions récentes", *AJDA* 2003, p 919
- BRENNER Claude, "Acte", *Répertoire civil*, Dalloz, 1999
- BRODERICK J-A, "La notion d' « institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français", *Archives de philosophie du droit* 1968, p 143
- BROUSSOLE Denis, "Conventions entre personnes publiques et décentralisation. L'exemple des dessertes ferroviaires", *AJDA* 1989, p 747
- BRUERE Jean-Claude, "le consensualisme dans les contrats administratifs", *RDP* 1996, p 1715
- BRUN André, "L'extension des conventions collectives de travail en jurisprudence", *DS* 1960, p 644

- BRUNOT Max, "Les régimes de prix concertés", *DS* 1974, p 69
- BURON Claude, "Les contrats d'aménagement conclus entre l'Etat et les villes moyennes", *AJDA* 1976, p 510
- CAFAGGI Fabrizio, "Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation: participation, autorégulation et régulation privée", *RFAP* 2004, p 23
- CAILLOSSE Jacques:
 - "Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration", in *Le droit contemporain des contrats. Bilan et perspectives*, Economica, 1987, p 89
 - "Interrogations méthodologiques sur le "tournant" contractuel de l'action publique – Les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 2, p 469
- CAMBIER Cyr, "Les contrats de programme", in *Mélanges W.J Ganshof Van der Meersch*, Centre interuniversitaire de droit public et de l'Université libre de Bruxelles, 1972, p 435
- CAMBOT Pierre, "Critique de la contractualisation des règles d'urbanisme par le cahier des charges de lotissements", *RFDA* 2000, p 384
- CASSIN Isabelle, "La concertation en matière d'aménagement: l'introuvable concept", *BJDU* 1/1997, p 2
- CECCALDI Dominique, "Organisation – Personnel des organismes du régime général de sécurité sociale", *Jurisclasseur Protection sociale*, fasc 607
- CHAMPAGNE Gilles, "Les chartes intercommunales de développement et d'aménagement", *Revue de droit rural* 1987, n°156, p 357
- CHAPAL Philippe, "Recherche sur la notion et le régime des actes juridiques à caractère prospectif", *AJDA* 1968, p 323
- CHAPELARD René, "L'usager du téléphone", *RDP* 1984, p 1599
- CHAPERON Elisabeth, "La participation à l'élaboration de l'acte administratif unilatéral", in *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif - Etudes coordonnées par Georges Dupuis*, Paris, Economica, 1979, p 112
- CHAPPEZ Jean, "Le contrat de programme entre l'Etat et l'ORTF", *AJDA* 1972, p 565
- CHAUCHARD Jean-Pierre, "Conventions et accords collectifs de travail – Régime juridique: conclusion, application, sanctions", *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 1997
- CHEVALLIER Jacques:
 - "La participation dans l'administration française: Discours et pratique (I) et (II)", *Bulletin de l'IIAP* 1976, p 85 et 497
 - "Le droit administratif, droit de privilège ?" *Pouvoirs* 1988, n°46, p 57
 - "L'obligation en droit public", *Archives de philosophie du droit* 2000, p 179
- CLAMOUR Guylain, "Esquisse d'une théorie générale des contrats publics", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 2, p 637

- COCATRE-TILGIEN André "Recours pour excès de pouvoir et contrat dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français", *Revue internationale des sciences administratives*, 1956, p 87
- COLLIARD Claude-Albert, "La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", in *L'évolution du droit public - Etudes offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p 115
- COLSON Jean-Philippe, "Interventionnisme et participation", *L'interventionnisme économique de la puissance publique - Etudes en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, Montpellier, Université de Montpellier I, 1984, tome 1, p 107
- CONSTANS Louis, "Une fiction juridique: La commune intention des parties", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 1, p 19
- COLSON Aurélien, "Contrat et négociation", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 1, p 13
- CORAIL Jean-Louis (de), "Les actes administratifs dans la pensée de Charles Eisenmann", in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, 1986, p 187
- CORBEL Michel Pierre, "L'annulation partielle des actes administratifs", *AJDA* 1972, p 138
- CORNILLE Patrice, "Caractère contractuel des règles d'urbanisme dans les lotissements: les apports de la loi SRU", *JCP N* 2001, p 1065
- CRISTINI René, "Règles applicables à l'intérieur des lotissements", *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, fasc 1229
- CRUCIS Henry-Michel, "Notion d'acte administratif", *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc 106-10
- DARCY Gilles:
 - "La décision exécutoire – Esquisse méthodologique", *AJDA* 1994, p 661
 - "Variations sur l'acte détachable du contrat", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 1, p 503
- DEBEYRE Guy, "Le recours pour excès de pouvoir et le contrat", *RDP* 1938, p 215
- DEHAUSSY Jacques, "Les actes juridiques unilatéraux en droit international public: à propos d'une théorie restrictive", *JDI* 1965, p 41
- DELACOUR Eric, "L'interdiction de déléguer le pouvoir de police administrative", *La Gazette des communes* 27 septembre 1999, p 40

- DELAUNEY Anne, "Y-a-t-il un droit de la concertation en urbanisme ?", *Etudes foncières* 2005, n°118, p 33 et *Etudes foncières* 2006, n°119, p 27
- DELMAS-MARSALET Jacques, "Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat", *EDCE* 1969, p 133
- DENOIX DE SAINT MARC Renaud, "La question de l'administration contractuelle", *AJDA* 1993, p 970
- DEREUX Georges, "La nature juridique des "contrats d'adhésion", *RTDC* 1910, p 503
- DJUVARA Mircea, "L'idée de convention et ses manifestations comme réalités juridiques", *Archives de philosophie du droit* 1940, p 110
- DOMERGUE Jean-Paul, "Chômage – Aspects institutionnels", *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2002
- DOUENCE Jean-Claude, "Les conventions entre personnes publiques", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p 113
- DRAGO Roland:
 - "Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique", in *Mélanges W.J Ganshof Van der Meersch*, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit public et de l'Université libre de Bruxelles, 1972, p 455
 - "Paradoxes sur les contrats administratifs", in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, *Répertoire du Notariat Defrénois*, 1979, p 151
- DUBOIS Jean-Pierre, "L'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales", in *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, p 103
- DUBOS Olivier et MELLERAY Fabrice, "La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif", *DA* août/septembre 2004, chron 15, p 8
- DUBOUIS Louis, "Le contentieux administratif des rapports entre les médecins et la sécurité sociale", *EDCE* 1980-1981, p 75
- DUCAMIN Bernard, "Le nouveau régime des conventions entre le corps médical et la sécurité sociale d'après les décrets du 7 janvier 1966", *D* 1966, chron, p 75
- DUFAU Jean:
 - "Domaine public – Protection juridique", *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc 406-10
 - "La nature juridique de la concession de service public", in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p 147
- DUGUIT Léon:
 - "L'acte administratif et l'acte juridictionnel", *RDP* 1906, p 413
 - "Théorie générale de l'acte juridique", *RDP* 1919, p 313
- DUMONT Hugues, "Droit public, droit négocié et para-légalité", in *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publication des Facultés Universités de Saint-Louis, 1996, p 457

- DUPUIS Georges, "Définition de l'acte unilatéral", *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, 1975, p 205
- DUPEYROUX Jean-Jacques, "La sécurité sociale et les médecins, analyse d'une réforme", *D* 1960, chron, p 183
- DURAND Paul:
 - "Le dualisme de la convention collective de travail", *RTDC* 1939, p 353
 - "Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives: les effets de l'arrêté d'extension", *DS* 1956, p 214
 - "Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale", *DS* 1960, p 43
- DUTHEIL DE LA ROCHERE Jacqueline, "Le régime conventionnel des prix: engagements de stabilité et contrats de programme", *AJDA* 1967, p 579
- EBRARD Pierre, "Les avantages fiscaux sur agrément administratif", *RSF* 1967, p 41
- EISENMANN Charles:
 - "Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin", *RDP* 1954, p 753
 - "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique", *Archives de philosophie du droit* 1966, p 25
- EUDE-GUIAS Catherine, "Ediction de l'acte administratif. Auteurs, forme, procédure", *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc 107-20
- FARDET Christophe, "La notion d'homologation", *Droits*, n°28, 1999, p 181
- FATOME Etienne:
 - "L'urbanisme contractuel", *AJDA* 1993, n°spécial, p 63
 - "Les avenants", *AJDA* 1998, p 760
- FATOME Etienne et MOREAU Jacques, "Les relations contractuelles entre collectivités publiques. L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation", *AJDA* 1990, p 142
- FATOME Etienne et REDOR Marie-Joëlle, "Le juge administratif et le développement du partenariat", *in Le juge administratif à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p 93
- FAVOREU Louis, "Un contrat administratif d'un type nouveau ? Les conventions de recherche de la DGRST et de la DRME", *AJDA* 1965, p 443
- FERAL François, "Contrat public et action publique: au cœur d'une administration régulatrice", *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 2, p 527

- FERRARI Pierre, "Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français", in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, 1975, p 215
- FERRIER Jean-Pierre, "La participation des administrés aux décisions de l'administration", *RDP* 1974, p 663
- FLOGAÏTIS Spyridon, "Contrat et acte administratif unilatéral", in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p 229
- FOLLIOU-LALLIOT Laurence, "Exécution du contrat administratif – Pouvoirs de l'administration", *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc 614
- FORNACCIARI Marc, "Contribution à la résolution de quelques paradoxes", *EDCE* 1988, p 93
- FOUQUET Olivier, "Les agréments fiscaux", *JCP E* 1991, p 441
- FOURNIER Pierre, "L'extension des conventions collectives", *DS* 1952, p 242
- FRIER Pierre-Laurent, "Vice de forme", *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2004
- FRISON-ROCHE Marie-Anne:
 - "Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats", *RTDC* 1995, p 573
 - "Unilatéralité et consentement", in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, p 21
- FRITZ-LEGENDRE Myriam, "Les hésitations de la jurisprudence face à la notion de concertation", *RFDA* 2000, p 154
- GARBAR Christian-Albert, "Les conventions d'objectifs et de gestion: nouvel avatar du "contractualisme", *DS* 1997, p 816
- GARTNER Fabrice, "Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général", *RFDA* 2006, p 19
- GAUDEMET Yves:
 - "Existe-t-il une "catégorie" d'agents publics contractuels de l'administration ? (Sur le degré d'originalité de recrutement par contrat dans la fonction publique)", *AJDA* 1977, p 614
 - "Les contrats de solidarité (aspects de droit public)", *DS* 1982, p 335
 - "Les actions administratives informelles", *Revue internationale de droit comparé* 1994, p 645
- GENEVOIS Bruno, "A propos des pouvoirs du juge du contrat", *RFDA* 1984, p 39
- GEORGEL Jacques, "L'agrément administratif", *AJDA* 1962, p 467
- GHESTIN Jacques:

- "La notion de contrat", *D* 1990, chron, p 147
 - "La distinction entre les parties et les tiers au contrat", *JCP G* 1992, I, 3629
 - "Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers", *RTDC* 1994, p 777
- GODCHOT Jacques E, "La participation des citoyens à l'urbanisme et à l'aménagement de l'environnement urbain", *Bulletin de l'IIAP* 1971, p 641
- GOHIN Olivier, "Le renouveau de la détachabilité des dispositifs unilatéraux", *Droit et Patrimoine* 2005, n°141, p 51
- GONAND Benjamin, "Le contentieux des actes détachables de la procédure de conclusion du contrat: la consécration d'un contentieux post-contractuel efficace", *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 2003-1, p 425
- GONIDEC Pierre-François, "Contrat et recours pour excès de pouvoir", *RDP* 1950, p 58
- GONOD Pascale, "Détournement de pouvoir et de procédure", *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2000
- GOURDOU Jean et TERNEYRE Philippe, "Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle", *CJEG* 1999, p 249
- GROPPALI Alessandro, "Le rôle de la volonté dans la formation des actes juridique", *Archives de philosophie du droit* 1940, p 195
- GROS Manuel, "Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir", *RDP* 1997, p 1237
- GUELFUCCI-THIBIERGE Catherine, "De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif", *RTDC* 1994, p 275
- GUEZ Julien, "La normalisation du recours pour excès de pouvoir contre les circulaires et instructions administratives", *AJDA* 2005, p 2445
- GUGLIELMI Gilles J, "Habilitation unilatérale, délégation contractuelle et consistance du service public", *RFDA* 2001, p 353
- GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, "Les actes juridiques de la COB", *AJDA* 1982, p 683
- HAURIOU Maurice et BEZIN Guillaume (de), "La déclaration de volonté dans le droit administratif français", *RTDC* 1903, p 543
- HAURIOU Maurice, "La théorie de l'institution et de la fondation", *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n°4, p 2
- HAURIOU André, "Le droit administratif de l'aléatoire", in *Mélanges offerts à Louis Troabas*, Paris, LGDJ, 1970, p 197
- HEBRAUD Pierre, "Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques", in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, tome 2, p 419

- HECQUARD-THERON Maryvonne, "La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention", *AJDA* 1993, p 451
- HELIN Jean-Claude, "Le citoyen et la décision d'aménagement", in *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p 91
- HEMERY Véronique, "Le partenariat, une notion juridique en formation", *RFDA* 1998, p 347
- HERNANDEZ-ZAKINE Carole, "De l'affichage au droit: l'analyse juridique des contrats agri-environnementaux", *Revue de droit rural* 1998, p 275
- HOLLEAUX André, "Vers un ordre juridique conventionnel", *Bulletin de l'IIAP* 1974, p 667
- HUGLO Christian et CASSIN Isabelle, "La concertation en matière d'aménagement", *LPA* 18 mars 1994, n°33, p 9
- JACQUE Jean-Paul:
 - "A propos de la promesse unilatérale", in *Mélanges offerts à Paul Reuter, Le droit international: unité et diversité*, Paris, A. Pédone, 1981, p 327
 - "Acte et norme en droit international public", *RCADI* 1991 – II, tome 227, p 357
- JEAMMAUD Antoine:
 - "Les contrôles de la légalité du règlement intérieur", *DS* 1983, p 520
 - "La règle de droit comme modèle", *D* 1990, p 199
- JEZE Gaston:
 - "Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'Etat sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et recours de pleine juridiction", *RDP* 1908, p 671**
 - "L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux", *RDP* 1909, p 667**
 - "L'entrée au service public", *RDP* 1927, p 387**
 - "Le statut des fonctionnaires publics", *RDP* 1929, p 243**
 - "Théorie générale des contrats de l'administration", *RDP* 1930, p 82
- JOSSERAND Louis:
 - "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats", *RTDC* 1937, p 1
 - "L'essor moderne du concept contractuel", in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Liechtenstein et Paris, Topos Verlag AG Vaduz et Librairie Edouard Duchemin, 1977, p 333
- KELSEN Hans, "La théorie juridique de la convention", *Archives de philosophie du droit* 1940, p 33
- KLOEPFER Wilfried:
 - "Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle", *AJDA* 2003, p 585
 - "L'acte unilatéral et le consentement", *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 2004-2, p 937
- KORNPORST Emmanuel:
 - "Agréments fiscaux – Procédure et contentieux", *Jurisclasseur Procédures fiscales*, fasc 770
 - "La compétence liée", *RDP* 1961, p 935
- KOUBI Geneviève:
 - "L'acte administratif unilatéral conjoint", *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 1985-1, p 297
 - "L'exercice conjoint du pouvoir de police en matière de circulation routière – Réflexions à propos de l'article 3 du décret du 14 mars 1986", *RFDA* 1986 p 912

- LANGLOIS Philippe, "Contrats individuels de travail et convention collective: un nouveau cas de représentation", *DS* 1975, p 284
- LATOURNERIE Roger, "Essais sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat", in *Le Conseil d'Etat - Livre jubilaire pour commémorer son cinquantième anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, p 177

- LAUBADERE André (de):
 - "Administration et contrat", in *Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gressaye*, Bordeaux, Editions Brière, 1967, p 453
 - "L'administration concertée", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p 407
- LEAUTE Jacques, "Les contrats-types", *RTDC* 1953, p 429
- LEBRETON Jean-Pierre, "Les occupations du domaine public", *AJDA* 1978, p 618
- LEFOULON Joelle, "Contribution à l'étude de la distinction des contentieux – Le problème de la compétence du juge du contrat en matière administrative", *AJDA* 1976, p 396
- LEMOYNE DE FORGES Patricia, "Ordre public et réglementation des prix", *RTD comm* 1976, p 415
- LESCUYER Georges, "Le contrat de programme d'EDF", *CJEG* 1971, p 31
- LE NEOUANNIC Guy, "La pratique des organismes paritaires – Le conseil supérieur de la fonction publique, la négociation", *RA* 1996, p 30
- LEWANDOWSKI Vincent, "Le contrat local de sécurité est-il un véritable contrat administratif ?", *DA* janvier 2002, p 9
- LEVY Michel J, "Vers de nouvelles régulations dans le secteur social et médico-social: décision unilatérale ou contrat ?", *RDSS* 1998, p 717
- LIBAULT Dominique, "Réformer à l'intérieur de la Sécurité sociale: les conventions d'objectifs et de gestion", *DS* 1997, p 800
- LIET-VEAUX Georges, "Les lotissements", *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc 455
- LIGNEAU Philippe, "La coopération verticale dans le secteur social et la santé", *Cahiers CNFPT* 1994, p 148
- LINOTTE Didier, "L'évolution récente du régime administratif des prix", *RDP* 1979, p 1425
- LLORENS François, "Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public", *CJEG* 2002, p 571
- LOMBARD Martine, "Les accords collectifs applicables aux catégories de personnels soumises à un statut législatif ou réglementaire", *AJDA* 1990, p 605
- LONG Marceau, "Le Conseil d'Etat et la fonction consultative: de la consultation à la décision", *RFDA* 1992, p 787
- LYON-CAEN Gérard, "Un agrément, des désagréments...", *DS* 2001, p 377
- MADIOT Yves:
 - "Les aides au développement régional", *AJDA* 1977, p 227
 - "Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales", *RFDA* 1996, p 964
- MAÏA Jean, "L'agrément fiscal: instrument d'intervention économique ou de sécurité juridique ?", *RJF* 2001, p 99

- MAILLARD DESGREES DU LOU Dominique, "La Commission nationale du débat public et la participation du public", *RGCT* 2003, p 505
- MAMONTOFF Catherine, "Le rapprochement des régimes de l'autorisation et du contrat d'occupation du domaine public", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 1, p 517
- MARIE Léon, "De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative", *RDP* 1901, pp 265 et 476
- MASSOT Jean, "Validation législative", *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 1995
- MAUGÛE Christine:
 - "Les délégations de service public et le juge administratif", *AJDA* 1996, p 597
 - "Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative – L'exemple des contrats locaux de sécurité", *AJDA* 1999, n° spécial, p 36
- MAZERES Jean-Arnaud, "De quelques problèmes dominants de la planification française", *AJDA* 1968, p 203
- MEGRET Jean, "Système contractuel et intégration en agriculture", *D* 1965, chron, p 15
- MELLERAY Fabrice:
 - "Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir", *RDP* 1998, p 1089
 - "L'exorbitance du droit administratif en question(s)", *AJDA* 2003, p 1961
 - "La distinction des contentieux est-elle un archaïsme", *JCP A*, 25 juillet 2005, p 1233
- MESCHERIAKOFF Alain-Serge, "Ordre intérieur administratif et contrat", *RFDA* 1997, p 1129
- MESTRE Jean-Louis, "Une justification théorique de l'arrêt *Cayzeele*", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 1, p 545
- MICHEL Clément, "L'évolution du régime des conventions entre les médecins et l'assurance maladie", *DS* 1977, p 50
- MIGNON Jean, "Les décrets du 7 janvier 1966 sur les rapports entre la sécurité sociale et le corps médical – La réforme du régime conventionnel par le décret du 7 janvier 1966", *DS* 1966, p 434
- MIGNOT Gabriel, "L'élaboration du plan – La concertation dans la préparation des plans", *DS* hors série 1972, p 10
- MODERNE Franck:
 - "Proposition et décision", in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, tome 2, p 595
 - "La nature juridique des conventions tarifaires nationales passées entre la CNAM et les organisations syndicales les plus représentatives des médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes et auxiliaires médicaux", *DS* 1975, p 335
 - "Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix", *DS* 1975, p 505
 - "Sur la concertation entre l'Etat et les collectivités locales dans l'élaboration des documents d'urbanisme", *D* 1977, p 265
 - "Les arrêts et le contentieux de la concession de service public", *RFDA* 1987, p 11
- MORAND-DEVILLER Jacqueline, "La concertation: une simple reconnaissance ou une nouvelle obligation ?", *RA* 1986, p 323
- MORANGE Georges, "La nature juridique des actes d'imposition", *Revue de science et de législation financière* 1950, p 540
- MOREAU Jacques:
 - "De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel", *AJDA* 1965, p 3
 - "A la recherche de l'acte complexe: l'exemple du droit public français", *Revue Droits* 1988, n°7, p 75

"Les contrats de plan Etat-région, technique nouvelle d'aménagement du territoire", *AJDA* 1989, p 737

"La nature juridique des contrats de plan", *Revue européenne de droit public* 1989, p 225

"Les « matières contractuelles »", *AJDA* 1998, p 747

- MOREAU Jean-Louis, "Faut-il abroger le statut général des fonctionnaires", *AJDA* 1986, p 491

- MOREAU Luc, "La contractualisation de l'exercice de la police administrative", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 2, p 171

- NICINSKI Sophie, "Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 1, p 45

- OST François, "Le rôle du droit: de la vérité révélée à la réalité négociée", in *Les administrations qui changent - Innovations techniques ou nouvelles logiques ?*, Paris, PUF, 1996, p 73

- OVERNEY Sophie, "L'expert, coauteur des décisions d'hospitalisation d'office des malades mentaux", *DA* juin 2002, chron 12, p 11

- PACTEAU Bernard:

"Quel retentissement de l'annulation d'un acte détachable sur la validité et l'exécution du contrat auquel cet acte se rapporte ?", *CJEG* 1991, p 115

"Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ?", *RA* 1999, n° spécial, p 51

- PAVAGEAU Stéphanie, "Le Conseil d'Etat est-il encore le protecteur des prérogatives de l'administration ?", *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif* 2005-1, p 309

- PAYRE Jean-Paul, "Recherche sur la notion d'indivisibilité du contrat administratif", in *Mélanges offerts à Pierre Montané de la Roque*, Toulouse, Presses de l'institut d'études politiques de Toulouse, 1986, tome 1, p 505

- PECYNA Alfred, "Les mécanismes juridiques de transformation des conventions collectives", *DS* 1984, p 345

- PEIGNE Jérôme, "Les conventions régissant le prix des médicaments remboursables", *DS* 2002, p 199

- PELLET Rémi, "Les conventions médicales, contrats de droit public paradoxaux", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 2, p 87

- PETIT Bruno, "Contrats et obligations – Définition et classification des contrats", *Jurisclasseur Code civil*, art 1101-1108-2, fasc 1-2

- PETIT Jacques:

"Les circulaires impératives sont des actes faisant grief", *RFDA* 2003, p 510

"Nouvelles d'une antinomie: contrat et police", in *Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p 345

- PIQUEMAL-PASTRE Catherine, "Une expérience d'acte économique: le contrat de programme", *RDP* 1974, p 317

- PLESSIX Benoît, "La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs", *RFDA* 2006, p 12

- POIROT-MAZERES Isabelle, "Les décisions d'espèce", *RDP* 1992, p 443

- PONTIER Jean-Marie:

- "Les contrats de plan Etat-région et l'aménagement du territoire", *AJDA* 1989, p 743

- "Contractualisation et planification", *RDP* 1993, p 641

- POULET-GIBOT LECLERC Nadine, "La contractualisation des relations entre les personnes publiques", *RFDA* 1999, p 551
- POUYAUD Dominique:
 - "Contentieux des contrats administratifs", *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc 1126
 - "Contrats entre personnes publiques", *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc 675
 - "Recours pour excès de pouvoir des tiers et contrats publics", *BJCP* 1999, p 238
- PRATS Yves, "Réflexions sur la participation des administrés à l'aménagement urbain", *AJDA* 1973, p 59
- PRETOT Xavier:
 - "La tutelle de l'Etat sur les organismes de sécurité sociale: aspects juridiques", *DS* 1985, p 592
 - "La nature juridique de la convention d'assurance chômage", *RDSS* 1986, p 535
 - "La réforme de l'organisation et du fonctionnement de la sécurité sociale", *D* 1996, chron, p 219
 - "Le contentieux des conventions nationales conclues entre l'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux", *TPS* février 1996, p 8
 - "l'évolution du régime juridique des conventions médicales: du contrat doué d'effets réglementaires au règlement à élaboration concertée", *DS* 1997, p 845
 - "De la convention du 1^{er} janvier 2001 et de son agrément par la puissance publique – Quelques réflexions", *DS* 2001, p 364
- RAINAUD Jean-Marie, "Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public ?", *RDP* 1985, p 1183
- REBECQ Geneviève, "Assurances sociales – Assurance maladie – Prestations en nature: conventions avec les professions de santé", *Jurisclasseur Protection sociale*, fasc 430-30
- REGLADE Marc, "La place de la convention dans une classification des actes juridiques", *Archives de philosophie du droit* 1940, p 159
- RICHER Laurent:
 - "La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques", *AJDA* 1993, p 973
 - "Présence du contrat", *AJDA* 1999, n^o spécial, p 34
- RIGAUT Aloys, "Acte unilatéral et contrat", www.aloys.rigaut.free.fr/fiches/aucontrat.htm
- RIPERT Henri, "Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles", *RDP* 1905, p 5
- RIVERO Jean:

- "Action économique de l'Etat et évolution administrative", *Revue économique* 1962, p 886
- "A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration", in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p 821
- ROBLIN Christian, "Les avis conformes", in *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif - Etudes coordonnées par Georges Dupuis*, Paris, Economica, 1979, p 80
- ROLLAND Patrice, "les contrats de pays", *RDP* 1979, p 1315
- ROMI Raphaël, "La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux", *AJDA* 1989, p 9
- ROUAST André, "La nature et l'efficacité de la convention collective de travail", *DS* 1960, p 639
- ROUHAUD Jean-François, "Les plans de développement durable du point de vue juridique", www.inra.fr/Internet/Produits/dpenv/rouhc38.htm
- ROUHETTE Georges, "L'extension à des tiers des effets d'un accord de volonté (Les accords collectifs en droit français)", Société de législation comparée – XIII^{ème} journée juridique franco-yougoslave, Paris, Clermont-Ferrand, 4-9 mai 1979
- ROUX Jérôme, "La Constitution comme contrat", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 2, p 447.
- SAINT-JOURS Yves:
 - "Réflexions sur la politique de concertation dans la fonction publique", *DS* 1975, p 227
 - "De la nature juridique des actes unilatéraux accomplis et des conventions conclues par les organismes de sécurité sociale", *JCP G* 1983, I, 3113
- SAINT PULGENT Maryvonne (de), "Le droit français des agréments fiscaux", *EDCE* 1989, p 185
- SANTULLI Carlo, "Les droits acquis", *RFDA* 2001, p 87
- SAVATIER Jean, "La portée de l'exigence d'un agrément administratif des conventions collectives applicables aux établissements médico-sociaux", *DS* 1994, p 394
- SAVY Robert, "Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration", *AJDA* 1972, p 3
- SEILLER Bertrand:
 - "Acte administratif", *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2003
 - "L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux", in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Paris, LGDJ, 2004, p 107 et *RDP* 2004, p 481
 - "L'illégalité sans annulation", *AJDA* 2004, p 963
- SFEZ Lucien, "La décision n'existe pas", *Le Monde-Dimanche* 23 mai 1982, p IX

- SIMMONET Maurice-René:

- "Le contrôle juridictionnel des incitations fiscales", *AJDA* 1968, p 275
- "Les incitations fiscales et le Plan", *RSF* 1968, p 89

- SINKONDO Marcel. H, "La notion de contrat administratif: acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ?", *RTDC* 1993, p 239

- SOTO Jean (de), "Le conseil d'Etat et le recours pour excès de pouvoir en 1944", *RDP* 1946, p 339

- STIRN Bernard, "Le juge administratif et les contrats entre collectivités publiques", *AJDA* 1990, p 139

- STRUILLLOU Jean-François:

"Nature juridique des mesures agro-environnementales: adhésion volontaire à un statut ou situation contractuelle ?", *Revue de droit rural* 1999, p 510

"Participation du public aux procédures d'urbanisme", *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, fasc 1022

- SUEUR Jean-Jacques, "Développement local et droit négocié des chartes intercommunales de développement et d'aménagement", *RDP* 1988, p 199

- TABOUIS Antoine et HOURCABIE Aymeric, "Notion et régime de la délégation unilatérale de service public", *Contrats et marchés publics* juin 2005, p 5

- TAURAN Thierry, "Les distinctions en droit privé", *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2000-2, p 489

- TERCINET Josiane, "Le retour de l'exception de recours parallèle", *RFDA* 1993, p 705

- TESOKA Laurent, "Les conventions entre collectivités territoriales", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 2, p 101

- TERNEYRE Philippe:

"Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs", *EDCE* 1988, p 69

"Avis émis par un conseil municipal à la demande du maire. Régime contentieux", *RA* 1988, p 444

"La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ?", *AJDA* 1998, p 667

- THERON Sophie, "Les catégories en droit administratif", *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 2005-4, p 2399

- TIMSIT Gérard:

"Les contrats fiscaux", *D* 1964, p 115

"Pour une nouvelle définition de la norme", *D* 1988, p 267

- TROPER Michel, "La pyramide est toujours debout! Réponse à Paul Amselek", *RDP* 1978, p 1523

- TRUCHET Didier:

"Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés", in *Le droit contemporain des contrats. Bilan et perspectives*, Paris, Economica, 1987, p 185

"Les nouveaux problèmes juridiques", in *Maîtrise des dépenses de santé en Europe et en Amérique du Nord: Etats-Unis, GB, Canada, France, Allemagne, Italie*, Bordeaux, LCF éditions, 1996, p 375

"La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? A propos des catégories juridiques en droit administratif", in *Clés pour le siècle - Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Paris, Dalloz, 2000, p 443

- TURION Xavier, "Le principe de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les avis", in *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif - Etudes coordonnées par Georges Dupuis*, Paris, Economica, 1979, p 97
- UBAUD-BERGERON Marion, "Le juge, les parties et les tiers: brèves observations sur l'effet relatif du contrat", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 1, p 575
- VASSEUR Michel:
 - "Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres – Contribution à la théorie générale des actes juridiques", *RTDC* 1949, p 173
 - "Un nouvel essor du concept contractuel – Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle", *RTDC* 1964, p 5
- VEAUX D, "Contrats et obligations – Effets des conventions à l'égard des tiers – Règles générales", *Jurisqueur Droit administratif*, fasc 37-1
- VENEZIA Jean-Claude:
 - Analyse de la thèse d'Yves Madiot, "Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral", *RDP* 1972, p 739
 - "Sur le degré d'originalité du contentieux économique", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p 147
 - "Réflexions sur le rôle de la volonté en droit administratif", in *Etudes offertes à P. Kayser*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, tome 2, p 383
- VIROLE Jean, "Identification du contrat administratif en cas d'approbation par l'autorité de tutelle", *RFDA* 1985 p 502
- VLACHOS Georges, "La jurisprudence administrative et constitutionnelle en matière d'agrément fiscal", *LPA* 25 mai 1992, n°63, p 7
- VOISSET Michèle:
 - "L'expérience des contrats de programme dans les entreprises publiques", *DS* 1974, p 262
 - "Concertation et contractualisation dans la fonction publique", *AJDA* 1990, p 388
- WACHSMANN Patrick, "La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats. Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*", *RFDA* 2006, p 24
- WALINE Jean:
 - "La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif", in *Etudes offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p 965
 - "Les contrats entre personnes publiques", *RFDA* 2006, p 229
- WALINE Marcel:
 - "Vers un reclassement des recours du contentieux administratif ?", *RDP* 1935, p 205
 - "Les avis peuvent-ils faire grief ?", *RDP* 1958, p 290
- WEBER Yves, "Les acteurs des contrats de l'administration", in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p 521
- WEIL Prosper:
 - "Le renouveau de la théorie du contrat administratif", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p 217
 - "Le droit international en quête de son identité", *RCADI* 1992 – VI, p 151
- WOEHRLING Jean-Marie:

- "La redécouverte du plein contentieux", in *Le juge administratif à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p 248
 - "Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ?", in *L'Etat de droit - Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p 777
- ZEGHBIB Hocine, "Le contrat dans l'action publique – Retour sur une pratique établie", in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal - Contrats publics*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, tome 2, p 605

IV - CHRONIQUES, NOTES ET CONCLUSIONS

- ARRIGHI DE CASANOVA Jacques, concl sur CE 23 juin 1995 *Ministre de la Culture C/ Association de défense des Tuileries*, CJEG 1995, p 376
- AUBY Jean-Bernard, note sur CE 1^{er} avril 1994 *Commune de Menton*, RDP 1994, p 1825
- AUBY Jean-Marie, note sur CE 24 avril 1985 *Département de l'Eure C/ Pinauld*, RDP 1985, p 1687
- AZIBERT Michel et FORNACCIARI Marc, observations sur CE 16 avril 1986 *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres*, AJDA 1986, p 284
- AZIBERT Michel et DE BOISDEFFRE Martine:
note sur CE 17 décembre 1986 *Syndicat de l'Armagnac et des vins du Gers*, AJDA 1987, p 80
note sur CE 23 septembre 1987 *Société Sadev*, AJDA 1987, p 587
note sur CE 2 février 1987 *Société TV6*, AJDA 1987, p 314
- BACQUET Alain, concl sur CE 9 octobre 1981 *Syndicat des médecins de la Haute Loire*, RDSS 1982, p 106
- BENOIT-CATTIN Philippe:
 - note sur l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 8 février 1984 *Epoux Guyon*, AJPI 1984, p 334
 - note sur CE 20 mars 1985 *Association pour la sauvegarde du paysage rural de Saint Martin du Vivier et de ses environs*, RFDA 1985, p 909
- BERGEAL Catherine, concl sur CE 9 juillet 1997 *Société des eaux de Luxeuil-les-Bains et Ville de Cannes*, RFDA 1998, p 535
- BERTRAND M, concl sur CE 13 juillet 1968 *Société établissements Serfati*, AJDA 1968, p 582
- BLUM Léon, concl sur CE 11 mars 1910 *Ministre des travaux publics C/ Compagnie générale des tramways*, S 1911, III, p 2
- DU BOIS DE GAUDUSSON Jean, note sur TC 28 juin 1968 *Ursot*, D 1969, J, p 416
- BOISSARD Sophie:
concl sur CE 11 juillet 2001 *MEDEF et CGPME*, DS 2001, p 841
concl sur CE 11 juillet 2001 *Syndicat Sud Travail et autres*, DS 2001, p 857
concl sur CE 12 juin 2002, *Syndicat interdépartemental de la protection sociale Rhône-Alpes CFDT*, AJDA 2002, p 848
- BONICHOT Jean-Claude, note sur CE 14 janvier 1998 *Syndicat départemental Interco 35 CFDT*, LPA 18 décembre 1998, n°151, p 20
- BOUTELET Pierre, note sur CE 30 octobre 1998 *Ville de Lisieux*, AJFP 1999, p 4
- BRAIBANT Guy, concl sur CE 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, AJDA 1973, p 323
- BRARD Yves, note sur CE 29 juin 1979, *Veuve Bourgeois*, AJDA 1980, p 304

- BRUNET Pierre, note sur CE 3 mai 2004, *Société Les Laboratoires Servier, Revue des contrats* 2005, p 434
- CALDERARO Norbert, concl sur TA de Nice 11 juin 1987 Syndicat des commerçants non sédentaires des Alpes-Maritime, MM Bueno, Pineau et Suissa, AJDA 1988, p 538
- CAMBY Jean-Pierre, note sur CC n°2005-512 DC du 21 avril 2005, RDP 2005, p 849
- CHAUVAUX Didier, concl sur CE 25 novembre 1998 Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, AJDA 1999, p 54
- CHAUVAUX Didier et GIRARDOT Thierry-Xavier, note sur CE 10 juillet 1996 M. Cayzeele, AJDA 1996, p 732
- COURRECH Jean, note sur CE 10 mars 1989 *Commune de Reichstett, LPA* 21 juillet 1989, n°87, p 21
- DAËL Serge, concl sur CE 8 janvier 1988 *Ministre chargé du Plan et de l'aménagement du territoire C/ Communauté urbaine de Strasbourg et autres, RFDA* 1988, p 25
- DELELIS Philippe, note sur CE 13 novembre 2002 *Commune de Ramatuelle, Contrats et marchés publics* janvier 2003, p 24
- DELMAS-MARSALET Jacques, concl sur CE 16 février 1972 *Compagnie X..., AJDA* 1973, p 257
- DELON Francis, concl sur CE 28 février 1986 Syndicat national des associations et institutions sociales et médico-sociales et autres, AJDA 1986, p 255
- **DELVOLVE Pierre:**
note sur CE 10 juillet 1996 M. Cayzeele, RFDA 1997, p 89
note sur CE 14 mars 1997 *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne, RFDA 1997, p 349*
- **DELVOLVE Pierre, MODERNE Franck, note sur CE 6 mai 1985 *Ministre chargé de PTT C/ M. Ricard, RFDA 1985, p 697***
- DENOIX DE SAINT MARC Renaud, concl sur CE 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public, AJDA* 1979, n°1, p 37
- DONDOUX Philippe, concl sur CE 18 février 1977 *Hervouët, Rec*, p 98
- DONNEDIEU DE VABRES Jean, concl sur CE 25 juin 1954 *Syndicat national de la meunerie à seigle, D* 1955, p 49
- DOUENCE Jean-Claude, note sur CE 30 janvier 1987 *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine C/ Commune de Rheu, RFDA* 1987, p 221
- DUBOUIS Louis, note sur CE 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres, RDSS* 1999, p 520
- DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, concl sur CE 16 avril 1986 *Compagnie luxembourgeoise de Télédiffusion et autres, RDP* 1986, p 857
- FORNACCIARI Marc, concl sur CE 31 mars 1989 *Département de la Moselle, RFDA* 1989, p 466
- GALAN Pierre, note sur CE 6 mai 1983 *Association syndicale des lotissements d'Anthéor* et CE 6 juillet 1983 *Mme Ploton, AJDA* 1984, p 48
- GENEVOIS Bruno:

- concl sur CE 25 mai 1979 *Mme Rabut*, Rec, p 231
 - note sur CC n°89-269 DC du 22 janvier 1990, *RFDA* 1990 p 406
- GLASER Emmanuel, concl sur CE 3 mai 2004 *Fondation assistance aux animaux*, BJCP 2004, p 464
- GODFRIN Philippe, note sur CE 21 avril 1971 *Ville de Paris C/ Sieurs Ribette et Manoury*, AJDA 1972, p 164
- GUETTIER Christophe, note sur CE 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres*, RDP 2000, p 343
- GUIHEUX Gilles:
note sur CE 3 juillet 1998 *Syndicat des médecins de l'Ain*, JCP G 1999, II, 10012
note sur CE 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres*, JCP G 1999, II, 10140
- GUILLAUME Gilbert, concl sur CE 26 juillet 1978 *Christian Bonnefond*, RA 1979, p 149
- HAÏM Victor, note sur CE 30 octobre 1998 *Ville de Lisieux*, JCP G 1999, II, 10045
- HAURIUO Maurice:
- note sur CE 21 décembre 1906 *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey Tivoli*, S 1907, III, p 33
 - note sur CE 23 mars 1906 *Demoiselle Chauvin*, S 1908, III, 17
- HEN Christian, note sur CE 23 octobre 1974 *Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*, D 1976, p 429
- HENNION-MOREAU Sylvie, note sur CE 4 janvier 2000 *UOSR C/ Delphine*, RDSS 2000, p 597
- HEUMANN M, concl sur CE 10 avril 1959 *Fourré-Cormeray*, D 1959, p 210
- HUBAC Sylvie, concl sur CE 8 avril 1998 *Société Serc Fun Radio*, Rec, p 138
- JARNEVIC Jean-Pierre, note sur CC n°83-160 DC du 19 juillet 1983, AJDA 1984, p 28
- JEANNENEY Pierre-Alain, concl sur CE 8 mars 1985 *Association Les Amis de la terre*, RFDA 1985, p 363
- JEZE Gaston, note sur CE 29 janvier 1947 *Michaux*, RDP 1948, p 259
- JOSSE M, concl sur CE 17 juin 1932 *Ville de Castelnaudary*, DP 1932, III, p 26
- KAHN M, concl sur CE 3 mars 1969 *Préfet de Paris C/ Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés "Interlait"*, AJDA 1969, p 307
- LABETOULLE Daniel, concl sur CE 2 décembre 1993 *Confédération des syndicats médicaux français*, DS 1984, p 144
- LAMBERT Christian, concl sur CAA Paris 7 juillet 1999 *M. Secail*, AJDA 2000, p 157
- LASSERRE Bruno, concl sur CE 20 mars 1985 *Fédération générale des services-livre CFDT*, RFDA 1986, p 131
- LEBRETON Jean-Pierre, note sur CE 29 juin 1979 *Veuve Bourgeois*, D 1981, p 74
- LE CHATELIER Gilles:
concl sur CE 17 décembre 1993 *Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privée*, AJDA 1994, p 61
concl sur CE 10 juin 1994 *Confédération française de syndicats de biologistes et autres* et "Confédération française des syndicats de biologistes et Conseil national de l'Ordre des médecins", RFDA 1995, p 645

- LEGAL Hubert, concl sur CE, Section, 28 juillet 1991 Commune de Sainte Marie La Réunion, RFDA 1991, p 966
- LLORENS François, note sur CE 31 mars 1989 Département de la Moselle, RDP 1989, p 1171
- MAUGÜE Christine:
 - concl sur CE 20 décembre 1995 Collectif national Kiné-France, Rec, p 443
 - concl sur CE 17 mars 1997 Syndicat des médecins d'Aix et région, RFDA 1997, p 1139
 - concl sur CE 27 avril 1998 Confédération des syndicats médicaux français et autres, RFDA 1999, p 97
 - concl sur CE 14 avril 1999 Syndicat des médecins libéraux et autres, RFDA 1999, p 1190
- MODERNE Franck:
 - note sur CE 2 mars 1973 Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages, Gaz. Pal. 1973, 1, p 376
 - note sur CE 18 octobre 1974 Confédération nationale des auxiliaires médicaux et paramédicaux, DS 1975, p 335
- NICOLAY M, concl sur CE 4 mars 1960 SA Le peignage de Reims et autres, DS 1960, p 275
- PAUTI Jean-Marie, concl sur CE 2 juillet 1982 *Conseil national de l'Ordre des architectes et autres*, AJDA 1983 p 30
- PETIT Jacques:
 - note sur CE 14 janvier 1998 *Syndicat départemental Interco 35 CFDT*, AJDA 1999, p 164
 - note sur CE 10 juillet 1996 *Cayzeele*, JCP G 1997, I, 4019
- PORTAIL Philippe, concl sur TA de Strasbourg 16 février 1996 *Préfet de la Moselle, Assos Bitche Expansion C/ Ville de Bitche*, RFDA 1997, p 100
- PRETOT Xavier:
 - note sur CE 29 avril 1987 *Commune d'Elancourt*, AJDA 1987, p 543
 - note sur TA Versailles 16 mars 1989 *Préfet du Val-d'Oise C/ Département du Val d'Oise*, AJDA 1989, p 481
 - note sur CE 23 mars 1990 Centre hospitalier d'Orsay, AJDA 1990, p 653
 - note sur CC n°89-269 DC du 22 janvier 1990, DS 1990, p 352
 - note sur CE 10 juin 1994 Confédération française des syndicats de biologistes et autres, D 1995, SC, p 30
 - note sur TC 23 octobre 2000 M. Gaucher, DS 2001, p 38
 - note sur TGI de Paris, 2 juillet 2002, DS 2002, p 881
 - note sur CE 11 juillet 2001 *Mouvement des entreprises de France et Syndicat Sud travail*, JCP G 2002, II, 10058
- QUESTIAUX Nicole, note sur CE 12 novembre 1965 *Compagnie marchande de Tunisie*, AJDA 1966, p 167
- RAYMOND Jean, concl sur TA Strasbourg 5 décembre 1985 "Communauté urbaine de Strasbourg", RFDA 1986 p369
- ROMIEU Jean:
 - concl sur CE 2 mars 1877 *Institut catholique de Lille*, Rec, p 224
 - concl sur CE 4 août 1905 *Martin*, Rec, p 749
 - concl sur CE 30 novembre 1906 *Sieur Jacquin et autres*, Rec, p 863
- ROUX M, concl sur CE 13 janvier 1988 *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*, Rec, p 6
- SABOURIN Paul, note sur CE 19 juin 1981 *Syndicat viticole de Margaux*, D 1982, p 71

- SCHWARTZ Rémy et MAUGÜE Christine, note sur CE 13 février 1991 *Société « Ile-de-France Média et autres »*, AJDA 1991, p 353
- SOULEAU M, concl sur tribunal civil de la Seine 15 avril 1959, *Syndicat national des notaires*, JCP G 1959, II, 11320
- **STAHL Jacques-Henri:**
 concl sur CE 25 octobre 1996 *Association Estuaire-Ecologie*, RFDA 1997, p 339
 concl sur CE 26 mars 1999 *Société EDA, Hertz France et autres*, AJDA 1999, p 427
 concl sur CE 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, RFDA 1999, p 128
- STIRN Bernard, concl sur CE 17 mars 1989 *Syndicat des psychiatres français et autres*, RFDA 1991, p 267
- STRUILLLOU Yves, concl sur CE 19 juin 2006 *Syndicat national unifié des impôts*, DS 2006, p 890
- TERNEYRE Philippe:
 note sur CE 21 octobre 1988 *SARL CETRA C/ Port autonome de Nantes-Saint Nazaire*, RA 1988, p 529
 note sur CE 31 mars 1989 *Département de la Moselle*, RA 1989, p 341
- THIELLAY Jean-Philippe, note sur CE 27 mars 2003 Conseil supérieur de l'audiovisuel et Société Télévision française 1, AJDA 2003, p 1454
- TRUCHET Didier:
 note sur CE 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres*, DS 1999, p 600
 note sur CE 26 février 2001 *SA Janssen-Cilag*, JCP G 2001, II, 10550
- VIER Charles-Louis:
 note sur CE 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, AJDA 1973, p 326
 note sur CE 23 octobre 1974 *Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*, AJDA 1975, p 363
- VIGOUROUX Christian, concl sur CE 19 décembre 1988 *M. Marthiens et M et Mme Armani*, AJDA 1989, p 124
- WILLMAN Christophe, note sur CE 11 juillet 2001 *Syndicat SUD Travail et autres*, RDSS 2001, p 867

INDEX ALPHABÉTIQUE

- A -

- **Abrogation:** 71, 163, 433, 455, 461, 463 et s,
- **Accord**
 - collectif: 153, 154, 157, 158, 163, 169, 331, 332
 - interprofessionnel: 74 et s, 304
 - tripartite: 178 et s, 293, 300, 469
- **Acte**
 - collectif: 396, 397 et s, 429, 433, 434, 440, 446, 447, 486, 528, 529, 531
 - condition: 84, 128, 133, 148, 385, 390, 406, 415, 419, 420, 423, 431, 432, 485, 499
 - conjoint: 31, 199, 292, 336, 397, 407 et s, 463, 464
 - d'accompagnement: 51, 102, 186, 187, 189, 191, 184 et s, 230, 280, 282, 302 et s, 329 et s, 336, 339, 353, 355, 451, 452, 466, 471, 497, 509, 523, 524
 - d'autorité: 320, 500
 - décisoire: 68, 288
 - de gestion: 500
 - détachable: 48, 87, 101, 129, 138, 249, 252 et s, 274, 281, 316, 328, 442, 444, 467, 469, 474 et s, 480, 493 et s, 502 et s, 513, 525
 - de tutelle: 191 et s, 255, 279, 282, 302 et s
 - d'import/export: 74, 78
 - juridique: 11 et s, 24, 26, 47, 57, 68, 139, 298, 279, 281 et s, 294, 305, 311 et s, 328, 340 et s, 348 et s, 358, 366 et s, 386, 398, 402, 406, 425, 439, 448, 450, 510, 529, 531
 - matériel: 13, 14
 - mixte: 35, 76, 120, 144 et s, 357, 396, 424 et s, 528,
 - préparatoire: 109, 110, 225
 - règle: 155, 406, 419, 485, 128, 133, 155, 423, 429
 - union: 39, 396, 397, 404, 412 et s, 434, 446, 447, 485, 518, 528
- **Activités régaliennes:** 186, 208 et s, 241, 248, 275, 524
- **Adhésion:** 60, 76, 119, 311, 335, 336, 342, 344, 400, 401 et s, 409, 411
- **Agence régionale d'hospitalisation:** 204, 206, 242, 403, 491, 506
- **Agent public**
 - non titulaire: 98, 124, 126, 127, 130, 131, 133, 135, 165, 202, 203, 206, 245, 253, 261, 376, 382, 384, 385, 468
 - titulaire: 123, 124, 136 et s, 150, 165
- **Agrément**
 - des conventions: 46, 154, 160, 161, 164 et s, 187 et s, 195, 198, 267, 302 et s, 310, 331 et s, 347, 428, 451
 - fiscal (contrat fiscal): 80 et s, 104, 105, 209, 238, 239, 382 et s, 410, 436, 437
- **Analogie:** 484, 489 et s, 493 et s
- **Aides:** 54, 74, 77, 78, 246, 430
- **Aménagement:** 35, 54, 56, 95, 102, 106, 121, 122, 183, 184, 213, 271
- **Approbation:** 68, 87, 114 et s, 120, 122, 146, 149, 170 et s, 187, 188 et s, 267, 291, 302 et s, 329 et s, 336, 427 et s, 432, 436, 439, 451, 464, 473, 478, 479
- **Autonomie de la volonté:** 83 et s, 119, 232, 246, 428
- **Autorisation**

- conventionnelle d'occupation du domaine public: 89 et s
 - d'utilisation des fréquences hertziennes: 94 et s, 215, 222, 242, 247, 259, 303, 361, 382, 384, 390, 411, 455, 462, 469, 515, 522
 - **Avenant:** 67, 92, 96, 163, 165, 175 et s, 300, 301, 382, 453, 455 et s, 480, 481
 - **Avis**
 - conforme: 30, 31, 289, 360, 406
 - facultatif: 29
 - obligatoire: 29
- B -**
- **But:** 12, 35, 89, 137, 148, 155, 254, 266, 345, 355 et s, 398, 399, 401, 403 et s, 426, 433, 446, 512, 513
- C -**
- **Cahier des charges:** 65, 102 et s, 114, 131, 142 et s, 189, 190, 193, 199, 200, 210, 211, 215, 216, 248, 293, 295, 296, 299, 300, 303, 309, 310, 328, 360, 435, 442, 449, 453, 456, 476, 497, 522
 - **Caisse d'assurance maladie:** 169, 170 et s, 176, 177, 180, 181, 196, 204, 234, 242, 243, 264, 267, 301, 310, 311, 331, 333 et s, 357, 361, 411, 469, 478, 503
 - **Cause:** 354, 417, 418
 - **Charte de l'environnement:** 72
 - **Clause réglementaire:** 121, 131, 144, 147, 168, 203, 206, 207, 238, 375, 376, 391, 421, 427, 428, 432, 439, 442, 443, 444, 496, 508
 - **Coaction:** 309
 - **Coauteur:** 158, 279 et s, 339, 394, 412, 452, 526
 - **Comité économique des produits de santé:** 72, 73, 497, 508
 - **Comité économique du médicament:** 72
 - **Concertation:** 30, 32, 33 et s, 40, 101, 108, 111 et s, 140, 141, 172, 191, 272, 273, 289, 290, 338, 407
 - **Concession**
 - de service public: 142 et s, 167, 184, 420, 421, 425, 433, 435, 438, 439, 442, 522
 - de plage: 92, 93, 298, 515
 - de voirie: 88 et s
 - funéraire: 93, 94, 298, 382, 383, 470
 - **Concours de volontés:** 25, 122, 137, 138, 207, 398, 399, 403, 404, 407, 409 et s, 434, 443, 446, 505
 - **Consensus:** 42, 59
 - **Consentement:** 17, 18, 23 et s, 39, 60, 77, 82, 86, 87, 94, 138, 139, 155, 188, 189, 282, 283, 285, 286, 290, 294, 298, 300, 303, 308, 325, 332, 333, 348, 354, 359, 377, 378, 400 et s, 417, 425, 428, 436, 451, 478
 - **Consultation:** 28 et s, 112, 286, 289, 425
 - **Contractualisation:** 40, 41, 120, 140, 240
 - **Contrat**
 - collectif: 332, 399
 - d'abonnement: 127, 128, 132, 133, 384, 286
 - d'adhésion: 26, 83, 85, 122, 297, 298, 344 et s, 354, 389, 396, 400
 - de droit privé: 17, 76, 115, 119, 121, 128, 133, 156, 158, 159, 162 et s, 183, 194, 195, 206, 232, 261, 276, 316, 335, 421, 426, 429, 450, 455, 522
 - de programme: 55, 56, 58, 59, 61, 63, 65, 436, 460
 - de solidarité: 126, 150
 - de stabilité: 59, 60
 - et effet relatif: 120, 154, 158, 315, 324, 370, 378, 440
 - et interdiction (prohibition): 87, 190, 201, 208 et s, 218 et s, 231 et s, 246, 267, 524
 - fiscal: V. **Agrément**
 - local de sécurité: 237
 - **Convention**
 - collective: 15, 153 et s, 168, 169, 183, 188, 191, 195, 310, 320, 331 et s, 357, 421, 434, 435, 437, 453

- d'assurance chômage: 15, 153, 158 et s, 183, 190, 195, 198, 199, 261, 310, 331, 333 et s, 347, 436, 453, 459, 470 et s, 481, 514, 516, 530
 - de restructuration: 74, 75, 189, 196, 304, 312
 - d'objectif et de gestion: 182, 244
 - médicale: 170 et s, 310, 311, 361, 457 et s, 464, 472, 478 et s, 487, 522, 524
 - réglementaire: 120, 130, 419
 - sur l'accès à l'information: 271
- **CSA:** 95 et s, 303, 327, 411, 456, 462, 469, 481, 497, 509

- D -

- **Déféré préfectoral:** 249 et s, 274, 507, 512, 525
- **Délégation:** 42, 46, 92, 212, 219 et s, 238, 266, 413, 452, 531
- **Dénaturation** (contrôle de -): 271
- **Détournement de pouvoir:** 266, 267
- **Détournement de procédure:** 530
- **Disqualification:** 45, 269
- **Divisibilité:** 73, 474 et s
- **Domaine public:** 54, 88 et s, 99, 102 et s, 122, 184, 199, 200, 209, 210, 214, 215, 222, 242, 259, 303, 382, 383, 422, 469, 492, 521
- **Double nature** (théorie de la -): 92, 119, 143
- **Droit**
 - acquis: 192, 229, 236, 320
 - objectif: 12, 233, 281, 318, 349, 351, 368, 369, 386, 387, 511
 - subjectif: 58, 155, 324, 349 et s, 368, 369, 380, 385 et s, 413, 500, 528

- E -

- **Echange compensé:** 80
- **Effet obligatoire:** 314, 315, 318, 320, 324 et s, 330 et s

- **Egalité:** 23, 35, 86, 163, 195, 269, 270, 298, 300, 304, 305, 308, 346, 355, 408, 412, 472
- **Elargissement:** 154, 157, 161, 164, 168, 187, 334, 336
- **Emprunt de régime:** 495
- **Etablissement**
 - d'enseignement: 227, 246, 265, 426, 439
 - de soins: 199
 - public: 53, 165, 176, 451, 488
- **Exception**
 - de recours parallèle: 258, 501, 503
 - d'illégalité: 146, 162, 163, 167, 168, 195, 472, 514
- **Extension:** 76, 154 et s, 187, 303, 310, 331 et s, 427 et s, 439

- F -

- **Fait juridique:** 12, 13, 325, 341, 402
- **Fiction:** 106, 134, 169, 253, 386, 484, 489 et s, 503, 513, 517, 529
- **Fusion:** 66, 67, 70, 285, 305, 352 et s, 393, 401, 402, 414, 428, 433, 435, 439

- G -

- **Gesamtakt:** 398, 414, 415

- H -

- **Homologation:** 68, 74 et s, 187 et s, 196, 309, 312, 175

- I -

- **Incorporation (ou intégration):** 61, 65, 67, 68, 70, 71, 75, 96 et s, 109 et s, 122, 141, 149, 153, 161 et s, 175 et s, 189 et s, 225, 230, 255, 302 et s, 310, 329, 330, 334, 338, 351, 357, 358, 402, 471, 497, 521 et s
- **Institution** (théorie de l'-): 400 et s, 410, 433

- **Intérêt:** 113, 231, 313, 314, 322 et s, 337, 338, 345, 348 et s, 357, 359, 387, 410, 411, 446
 - **Intérêt général:** 89, 103, 116, 120, 121, 148, 200, 217, 225, 262, 269, 270, 320, 352, 356, 357, 410, 411, 440, 515, 516
- L -**
- **Laboratoire d'analyse médicale:** 177, 180
 - **Légalité**
 - externe: 31, 265, 288, 289
 - interne: 44, 69, 266, 288, 472
 - **Libération des prix:** 36, 40, 41, 54 et s, 82, 86, 88, 96, 104, 106, 111, 122, 141, 175, 178, 183, 184, 189, 194, 212 et s, 226 et s, 241, 247, 253, 267, 276, 286 et s, 299, 303, 306, 307, 312, 334, 336, 338, 353, 356, 360, 386, 409, 410, 419, 422, 435, 436, 441, 452, 454, 460, 463, 471, 482, 494, 495, 497, 521, 523, 526, 528
 - **Liberté contractuelle:** 60, 232, 233, 388, 390, 391
 - **Liberté publique:** 101, 215
 - **Lotissement:** 107, 114 et s, 131, 184, 189, 193, 216, 218, 248, 303, 309, 456, 522
- M -**
- **Médicament:** 56, 63, 72 et s, 243, 496, 497
 - **Mesures agri-environnementale:** 77, 78
 - **Modification**
 - conventionnelle: 145, 455 et s
 - unilatérale: 128, 129, 229, 460 et s
- N -**
- **Nomination:** 123, 124, 127, 136 et s, 245, 253, 384, 401, 415, 418, 420
 - **Norme:** 14, 18, 21 et s, 31, 39, 40, 57, 160, 191, 231 et s, 267, 279, 282 et s, 288, 290 et s, 298, 301, 307, 308, 320, 340, 344, 347, 354, 358, 359, 362 et s, 393, 394, 406, 408, 409, 441, 472, 488, 513 et s, 461
- O -**
- **Opposabilité:** 119, 314, 324 et s, 334, 335, 369
 - **Ordre public:** 85, 129, 212, 213, 216 et s, 229, 237, 453, 477
- P -**
- **Pacte sur décision future:** 110, 223 et s, 247, 266
 - **Parallélisme**
 - des compétences: 455, 462, 463, 465, 466
 - des formes: 462
 - **Perfection:** 309
 - **Permis de construire:** 108 et s, 115, 116, 119, 224, 225, 247, 325, 326
 - **Permission de voirie:** 88 et s
 - **Plan:** 33, 37, 55, 57, 61, 81, 242, 348, 429
 - **Police**
 - de la conservation: 199, 210, 214, 215
 - des ondes: 216
 - des services publics: 217, 218
 - économique: 83, 212 et s, 221, 267
 - générale: 212 et s, 216, 223, 241
 - spéciale:
 - **Pouvoir(s)**
 - discrétionnaire: 58, 78, 188, 224, 324
 - équivalence des - : 411
 - **Principe**
 - d'autonomie: 372, 373, 379
 - d'hétéronomie: 372, 373, 378, 379
 - général du droit: 248, 250, 457, 472
 - **Protocole d'accord:** 178, 179, 195, 242, 243
 - **Publication:** 65, 136, 283, 470, 471
- Q -**

- **Quasi-contrat:** 61, 62, 342, 343, 429 et s, 433, 434

- R -

- **Ratification:** 268, 305
- **Recours de plein contentieux:** 38, 86, 100, 125, 193, 249, 250, 255 et s, 263, 264, 443, 448, 466 et s, 477, 479, 490, 498, 500, 504 et s, 509, 511, 512, 515, 525
- **Recours pour excès de pouvoir**
 - et action individualiste: 512 et s
 - et action holiste: 512 et s
 - recevabilité du - : 31, 43, 44, 64 et s, 75, 86, 96 et s, 106, 126 et s, 138, 145, 150, 178, 179, 184, 202, 206, 207, 245, 252 et s, 265, 316, 391, 442 et s, 467 et s, 474, 493, 494, 501 et s, 529
- **Régulation:** 40 et s
- **Requalification *contra legem*:** 182, 243, 524
- **Réseaux câblés:** 95, 100 et s, 289, 327, 360, 361, 382, 383, 468, 469
- **Résiliation:** 99, 125, 128, 130, 260, 261, 316, 321, 336, 462 et s, 468, 470, 496, 504
- **Responsabilité:** 12, 13, 342, 345, 482, 511, 512
- **Retrait:** 86, 89, 90, 99, 455, 461, 462

- S -

- **Sanitaire et social:** 107, 152 et s, 165, 183, 190, 198 et s, 204, 242, 303, 310, 328, 333, 356, 419, 422, 453, 456, 497, 522

- Service public

- organisation du - : 37, 123 et s, 141, 143, 144, 148, 150, 152, 183, 197, 200 et s, 216, 218, 235, 238, 383 et s, 392, 420, 427, 439, 441, 468, 490, 491, 507, 522
- **Signature:** 73, 102 et s, 110, 156, 180, 199, 258, 291 et s, 300, 301, 328, 452 et s, 497
- **Sujet:** 22 et s, 279, 281, 283, 294, 314, 319 et s, 332, 359, 369, 373, 379, 388, 513

- T -

- **Transaction:** 38, 239, 240

- U -

- **Usager:** 28, 33, 89, 123 et s, 132 et s, 142 et s, 261, 293, 298, 382, 427, 468, 493

- V -

- **Validation législative:** 268, 269
- **Vereinbarung:** 414 et s, 421, 423

- Z -

- **Zone d'aménagement concerté:** 108, 112, 114, 222, 248, 289

INDEX DE LA JURISPRUDENCE

I – Jurisprudence administrative

- **1825**
 - CE 6 juillet 1825 *De Wagram*: 37
- **1863**
 - CE 12 février 1863 *Grelleau*: 38
- **1877**
 - CE 2 mars 1877 *Institut catholique de Lille*: 255
- **1897**
 - CE 7 mai 1897 *Sieurs Cimetière de la Boutresse et autres*: 192
 - CE 21 décembre 1897, *Le Buc*: 151
- **1902**
 - CE 14 février 1902 *Blanleuil*: 142
- **1903**
 - CE 24 juillet 1903 *Commune de Massat*: 513
 - CE 7 août 1903 *Chabot et autres*: 513
 - CE 11 décembre 1903 *Commune de Gorre*: 192, 194
- **1905**
 - CE 4 août 1905 *Martin*: 255
- **1906**
 - CE 30 novembre 1906 *Sieur Jacquin et autres*: 500
 - CE 21 décembre 1906 *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*: 143
- **1909**
 - CE 7 août 1909 *Winkell et Rosier*: 136
 - CE 24 décembre 1909 *Commune de la Bassée*: 221
- **1910**
 - CE 11 mars 1910 *Ministre des travaux publics C/ Compagnie française des tramways*: 143
- **1912**
 - CE 8 mars 1912 *Lafage*: 501
- **1918**
 - CE 12 juillet 1918 *Lefebvre*: 256
 - CE 13 décembre 1918 *Commune de Vitry-le-François*: 145
- **1920**
 - CE 16 juillet 1920 *Chirac*: 124
- **1924**
 - CE 20 février 1924, *Brandstetter*: 136
- **1926**
 - CE 19 novembre 1926 *Decuty*: 467
- **1928**
 - CE 17 février 1928 *Laurent*: 139
- **1929**
 - CE 14 juin 1929 *Legris*: 125
- **1932**
 - CE 17 juin 1932 *Ville de Castelnaudary*: 219 et s, 236, 266
- **1934**
 - CE 19 janvier 1934 *Ville de Nœuds-les-Mines*: 477
 - CE 19 octobre 1934 *Association des usagers de l'énergie électrique de Saint-Omer*: 476
 - CE 9 novembre 1934 *Chambre de commerce de Tamatave*: 258, 495, 505

- **1936**
 - CE 7 février 1936 *Jamart*: 202
 - CE 7 février 1936 *Département de la Creuse*: 256, 258
- **1937**
 - CE 22 février 1937 *Michel*: 220
 - CE 22 octobre 1937 *Dlle Minaire*: 137
- **1938**
 - CE 13 mai 1938 *Caisse primaire "Aide et protection"*: 201
- **1939**
 - CE 3 mars 1939 *Confédération nationale des coiffeurs de France et des colonies*: 163
 - CE 12 octobre 1939 *Dame Richez*: 163
- **1942**
 - CE 31 juillet 1942 *Monpeurt*: 15
- **1943**
 - CE 2 avril 1943 *Bouguen*: 201
 - CE 5 novembre 1943 *Sieur Leneveu*: 224
- **1946**
 - CE 18 mars 1946, *Sieur X*: 239
- **1947**
 - CE 29 janvier 1947 *Michaux*: 125
- **1948**
 - CE 25 juin 1948 *Société du journal l'Aurore*: 143
 - CE 8 décembre 1948 *Pasteau*: 125
- **1949**
 - CE 9 décembre 1949 *Chami*: 477
- **1950**
 - CE 15 février 1950 *Philippon*: 129
 - CE 17 février 1950 *Dame Lamotte*: 250
 - CE 18 décembre 1950 *Ardillier*: 220
- **1954**
 - CE 29 janvier 1954 *Etablissements M. Pelletier*: 477, 478
 - CE 25 juin 1954 *Syndicat national de la meunerie à seigle*: 62
 - CE 26 novembre 1954 *Syndicat de la raffinerie de Soufre français*: 261
- **1955**
 - CE 4 février 1955 *Ville de Saverne*: 467
 - CE 4 mars 1955 *Drillet*: 163
 - CE 6 mai 1955 *Société des grands travaux de Marseille*: 504
 - CE 30 septembre 1955 *Vilmain*: 129
 - CE 21 octobre 1955 *Dlle Méline*: 93
- **1956**
 - CE 3 février 1956 *Sieur de Fontbonne*: 125
 - CE 9 mars 1956 *Sieur Cochard*: 473
 - CE 23 mars 1956 *Société Léon Claeys et sieur Claeys*: 461
 - CE 11 mai 1956 *Lesieur Afrique*: 266
- **1957**
 - CE 20 mars 1957 *Société Soblanefa*: 100
 - CE 20 décembre 1957 *Société nationale d'éditions cinématographiques*: 103
- **1958**
 - CE 28 mars 1958 *Banque de l'Afrique occidentale*: 261
 - CE 2 mai 1958 *Distillerie de Magnac-Laval*: 462
- **1959**

- CE 23 janvier 1959 *Mayer et Waitz*: 305
 - CE 10 avril 1959 *Fourré-Cormeray*: 465
 - CE 25 novembre 1959 *Sieurs Jeanjean et di Mayo*: 115
- **1960**
- CE 4 mars 1960 *SA Le peignage de Reims et autres*: 156
 - TA Clermont-Ferrand 1^{er} juillet 1960, *Dame Geneix*: 223, 237
 - CE 5 octobre 1960 *CNC C/ Gauthier*: 125
 - TA Paris 22 novembre 1960 *SA des établissements Lick et Brevets Paramount*: 108, 110, 224, 225
- **1961**
- CE 11 janvier 1961 *Sieurs Barbaro et de la Marnière*: 64, 203, 205
 - CE 13 janvier 1961 *Magnier*: 15
 - CE 25 janvier 1961 *Entreprise des Travaux publics des Hautes-Vosges C/ Association syndicale de remembrement et de reconstruction de la Bresse*: 212
 - CE 15 février 1961 *Alfred-Joseph*: 452
 - CE 5 mai 1961 *Ruais*: 109
 - CE 28 juin 1961 *Compagnie générale*: 229
- **1962**
- CE 9 mars 1962 *Ordre des avocats au barreau de Nice*: 478
 - CE 13 juillet 1962 *Conseil national de l'ordre des médecins*: 475
- **1963**
- CE 10 mai 1963 *Société coopérative agricole de la Prospérité fermière*: 490
 - CE 28 juin 1963 *Narcy*: 212
 - CE 6 novembre 1963 *Association syndicale libre des propriétaires du Cabellon et des environs*: 116
- CE 13 décembre 1963 *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du Nord*: 170
- **1964**
- CE 24 avril 1964 *SA de Livraisons Industrielles et Commerciales*: 135
 - CE 24 avril 1964 *Société des huileries de Chauny*: 266, 482
 - CE 7 octobre 1964 *Nickel*: 115
 - CE 13 novembre 1964 *SA Lantrua*: 478
- **1965**
- CE 4 juin 1965 *OPHLM de la Seine*: 478
 - CE 6 octobre 1965, *Denis*: 132
 - CE 8 octobre 1965 *Renard*: 371
 - CE 22 octobre 1965 *Giraudon*: 456
 - CE 12 novembre 1965 *Compagnie marchande de Tunisie*: 80
- **1966**
- CE 25 mars 1966 *Sieur Bezieu et ministre de la construction*: 116
 - CE 29 avril 1966 *Société d'affichage Giraudy*: 200
 - CE 6 mai 1966 *Ville de Bagneux*: 119
 - CE 29 juin 1966 *Société pour le traitement industriel du bois et l'équipement de la montagne*: 468
 - CE 9 décembre 1966 *Société Provence-Logis*: 116
- **1967**
- CE 10 mars 1967 *Ministre de l'Economie et des Finances C/ Société Samat et compagnie*: 86
 - CE 13 octobre 1967 *Debar*: 115

- CE 10 novembre 1967 *Société Union française d'entreprises*: 478
- **1968**
 - CE 23 février 1968 *Picard*: 149 et s, 439
 - CE 13 juillet 1968 *Société établissements Serfati*: 470
- **1970**
 - CE 6 novembre 1970 *SA touristique et hôtelière de la vallée du Lautaret*: 260
- **1971**
 - CE 8 janvier 1971 *URSAFF des Alpes-Maritimes*: 191
 - TA Paris 21 avril 1971 *Ville de Paris C/ Sieurs Ribette et Manoury*: 93
 - CE 20 juillet 1971 *SCI du Domaine du Bernet*: 109, 225
- **1972**
 - CE 12 janvier 1972, *Caisse des dépôts et Consignations C/ Picot*: 31
 - CE 16 février 1972 *Compagnie X...*: 84, 384
 - CE 9 juin 1972 *Syndicat national des ingénieurs et cadres supérieurs des mines et de la recherche pétrolière FO et autres*: 151
 - CE 27 octobre 1972 *Commune du Vésinet*: 116
- **1973**
 - CE 19 janvier 1973 *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*: 270, 449
 - CE 2 mars 1973 *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*: 47, 63, 213, 221
 - CE 23 mars 1973 *Fédération du personnel de la défense nationale CFDT*: 140
 - CE 5 octobre 1973 *Dame Gilles*: 132
- **1974**
 - CE 18 octobre 1974 *Confédération nationale des auxiliaires médicaux et paramédicaux*: 171, 175
 - CE 23 octobre 1974 *Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*: 66, 68, 69, 70, 75, 96, 104, 105, 213, 228, 259, 312, 338, 352, 358, 471, 497, 509, 521
- **1975**
 - CE 4 juillet 1975 *Syndicat national du commerce de la chaussure*: 47, 70, 71, 75, 99, 102, 104, 228, 276, 299, 361, 463, 465, 469, 471, 523
 - CE 12 novembre 1975 *Rodes*: 475
 - CE 28 novembre 1975 *ONF C/ Sieur Abamonte*: 492
- **1976**
 - CE 23 juin 1976 *Latty*: 325
- **1977**
 - CE 18 février 1977 *Hervouët*: 171, 175
 - CE 18 mars 1977 *Chambre de commerce de la Rochelle et autres*: 150 et s, 200
- **1978**
 - CE 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement agricole public*: 104, 105
 - CE 20 janvier 1978 *Ep Roehn-Beretta*: 121
 - CE 24 mars 1978 *Société "La Quinoleine et ses dérivés"*: 206
 - CE 14 juin 1978 *SCI du Val-Roger*: 108, 225
 - CE 26 juillet 1978 *Christian Bonnefond*: 333
- **1979**
 - CE 23 février 1979, *Tolub*: 135
 - CE 25 mai 1979 *Mme Rabut*: 126, 129, 261, 468, 493, 502
 - CE 29 juin 1979 *Veuve Bourgeois*: 128, 134, 261, 468, 493

- **1980**
 - CE 9 mai 1980 *Commune de Champagne-de-Blanzac*: 408
 - CE 17 octobre 1980, *Société assistance technique de coordination et Solvet*: 146
- **1981**
 - CE 23 janvier 1981 *Siméon*: 224
 - CE 9 avril 1981 *Etablissement Fine-Frères*: 476
 - CE 19 juin 1981 *Syndicat viticole de Margaux*: 76
 - CE 9 octobre 1981 *Syndicat des médecins de la Haute-Loire et autres*: 171
 - CE 20 novembre 1981 *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye*: 475
- **1982**
 - CE 14 avril 1982 *Fédération nationale des syndicats professionnels radio-électronicien télévision électricien ménagiste*: 67
 - CE 3 mai 1982 *Mme Vidy*: 125
- **1983**
 - CE 2 février 1983 *Union des transports publics urbains et régionaux*: 129, 460
 - CE 28 septembre 1983 *Société Etablissements Prévost*: 239
 - CE 2 décembre 1983, *Confédération des syndicats de France*: 146
 - CE 9 décembre 1983 *Ville de Paris*: 126, 258, 260
- **1984**
 - CE 4 mai 1984 *Maternité régionale A. Pinard*: 194
 - CE 19 décembre 1984 *Automobile Club de Monaco*: 222
- **1985**
 - CE 8 mars 1985, *Association Les amis de la Terre*: 147, 226 et s, 240, 248, 265
 - CE 24 avril 1985 *Département de l'Eure C/ Pinauld*: 252, 262, 384
 - CE 6 mai 1985 *Ministre chargé des PTT C/ M. Ricard*: 128, 261, 460, 468
- **1986**
 - TA Versailles 17 janvier 1986 *Commissaire de la République de Seine-et-Marne*: 241
 - TA Nice 4 février 1986 *Mme Monique Descamps*: 126, 150, 151
 - CE 16 avril 1986 *Compagnie luxembourgeoise de Télédiffusion et autres*: 145, 442 476
 - TA Amiens 7 octobre 1986 *Commissaire de la République de Picardie*: 129
- **1987**
 - CE 30 janvier 1987 *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine C/ Commune de Rheu*: 253
 - CE 2 février 1987 *Société TV6*: 258, 504, 505
 - CE 20 février 1987 *SARL Omnium de prévoyance d'étude et de gestion*: 163
 - CE 27 février 1987 *Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante C/ Mme Pistol*: 251
 - CE 13 mai 1987 *Syndicat national professionnel des médecins du travail*: 186
 - CE 27 mai 1987 *Raphaël Simon*: 206
 - CE 23 septembre 1987 *Société Sadev*: 389
 - CE 7 octobre 1987 *Société des casinos du Touquet*: 325
 - CE 23 décembre 1987 *Cazelles*: 128
- **1988**
 - CE 8 janvier 1988 *Ministre chargé du Plan C/*

- Communauté urbaine de Strasbourg*: 65, 151
- CE 13 janvier 1988 *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*: 252
 - CE 5 février 1988 *Commune de Mouroux*: 165, 331
 - CE 19 février 1988 *SARL Pore Gestion*: 248
 - TA Clermont-Ferrand 13 octobre 1988 *Fédération des syndicats d'Exploitants agricoles du Puy-de-Dôme C/ Préfet de la région d'Auvergne*: 74, 189, 196, 304, 312, 453, 508
 - CE 21 octobre 1988 *SARL CETRA C/ Port autonome de Nantes-Saint-Nazaire*: 90
 - CE 2 novembre 1988 *Commissaire de la République des Hauts-de-Seine C/ OPHLM de Malakoff*: 251, 252
 - CE 18 novembre 1988 *Centre hospitalier de Lille*: 129
- **1989**
- CE 10 mars 1989 *Commune de Reichstett*: 117
 - CE 31 mars 1989 *Département de la Moselle*: 193, 196, 203, 208, 242, 392, 490, 493
 - CAA Paris 13 juin 1989 *Commune de Bois d'Arcy*: 224, 267
 - CE 26 juin 1989, *Mme Duprez-Wacrenier*: 165
- **1991**
- CE 13 février 1991 *Société « Ile-de-France Média et autres »*: 216
 - CE 1^{er} mars 1991 *Pabion*: 325
 - CE 26 juillet 1991 *Commune de Sainte-Marie*: 251, 502, 508
- **1992**
- CE 3 février 1992 *SA « La Rivière »*: 367
 - CE 17 février 1992 *Association hôtellerie et liberté*: 69, 70, 305, 312, 358, 452, 472
 - CE 23 mars 1992 *M. Martin*: 146
 - CE 10 avril 1992 *SNCF C/ Ville de Paris*: 371
 - CE 24 avril 1992 *Syndicat mixte pour la géothermie à la Courneuve C/ Société Laurent Bouillet*: 371
 - CE 13 mai 1992 *Commune d'Ivry-sur-Seine*: 204, 392
 - CE 25 mai 1992 *Département de l'Hérault*: 204, 392
 - CE 10 juillet 1992 *Confédération des syndicats médicaux français et autres*: 453, 479
 - CE 2 octobre 1992 *Commune de la Chapelle-en-Serval*: 109, 225
 - CE 18 novembre 1992 *Commune de Pantin*: 450
- **1993**
- CE 24 février 1993 *M. Roncari*: 113
 - CAA Paris 29 mars 1993, *Association pour l'Information et la Défense de l'Environnement et de l'Urbanisme*: 147
 - TA Clermont-Ferrand le 30 mars 1993 *Préfet de l'Allier C/ Commune de Vichy*: 45
 - CAA Paris 24 septembre 1993 *M. Halloufi*: 500
 - CE 1^{er} octobre 1993 *Société Le Yacht-Club International de Bormes-les-Mimosas*: 262
 - CE 2 décembre 1993 *Confédération des syndicats médicaux français*: 478
 - CE 3 décembre 1993 *Ville de Paris*: 112
 - CE 10 décembre 1993 *Ministre du travail C/ Ghion*: 166
 - TA Lyon 14 décembre 1993 *Chomat*: 476
 - CE 17 décembre 1993 *Groupement national des établissements de gérontologie*: 456, 473, 479

- **1994**
 - CE 18 mars 1994 *Copropriété Le Melchior*: 113
 - CE 1^{er} avril 1994 *Commune de Menton*: 219, 222, 236
 - CE 1^{er} avril 1994 *Philippe Gouaut*: 471
 - CE 10 juin 1994 *Confédération française des syndicats de biologistes et autres*: 178, 179, 181, 243, 244, 469
 - CE 29 juillet 1994 *Assemblée nationale et fédérale d'associations de sous-officiers de carrière de l'armée française*: 159, 166
 - CE 7 octobre 1994 *Epoux Lopez*: 262
 - CE 4 novembre 1994 *Département de la Sarthe*: 252, 508
 - CE 25 novembre 1994 *Société Aticam*: 45
- **1995**
 - CE 24 mai 1995 *Ville de Meudon*: 113
 - CE 23 juin 1995 *Ministre de la Culture C/ Association de défense des Tuileries*: 102, 199, 208, 210, 215, 220, 222, 248, 273, 293, 295, 328, 360, 452, 497, 522
 - CE 28 juillet 1995 *Préfet de la région Ile-de-France C/ Société de gérance Jeanne d'Arc*: 459
 - CE 20 décembre 1995 *Collectif national Kiné-France*: 173
- **1996**
 - CE 20 mars 1996 *Commune de Saint-Céré*: 246
 - CE 6 mai 1996 *Association Aquitaine Alternatives*: 112
 - CE 17 juin 1996 *Ministre de la défense*: 129
 - CE 17 juin 1996 *Vion*: 138
 - CE 26 juin 1996 *Association « Radio Alpes Info »*: 95
 - CE 10 juillet 1996 *Cayzeele*: 145, 207, 443, 444
- CE 30 octobre 1996 *Mme Wajs et M. Monnier*: 145, 146, 444
- CE 8 novembre 1996 *Syndicat national FO des cadres des organismes sociaux*: 195
- **1997**
 - CE (avis) 30 janvier 1997: 132
 - CE 14 mars 1997 *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne*: 467
 - CE 17 mars 1997 *Syndicat des médecins d'Aix et région*: 174, 458
 - TA Dijon 7 octobre 1997 *M. Segaud C/ Commune de Châlon-Sur-Saône*: 145
 - CE 3 novembre 1997 *Société Million et Marais*: 147
 - CE 17 novembre 1997 *Idlas et autres*: 311
 - CE 17 décembre 1997 *M. Desmots*: 200
 - CE 29 décembre 1997 *Commune d'Ostricourt*: 221, 248
- **1998**
 - CE 14 janvier 1998 *Syndicat départemental Interco 35 CFDT*: 204 et s, 242, 392, 470, 491, 494, 507
 - CE 28 janvier 1998 *Société Borg Warner*: 232, 391
 - CE 8 avril 1998 *Société Serc Fun Radio*: 96, 382, 456
 - CE 27 avril 1998 *Confédération des syndicats médicaux français et autres*: 174, 464, 465, 468, 496, 504, 505
 - CE 18 mai 1998 *Union nationale de coordination des associations militaires et autres*: 167
 - CE 3 juillet 1998 *Syndicat des médecins de l'Ain*: 479
 - CE 8 juillet 1998 *Fédération des chirurgiens-dentistes de France*: 480

- CE 29 juillet 1998 *Centre national des biologistes*: 179
 - CE 30 octobre 1998 *Ville de Lisieux*: 98, 127, 131, 133, 203, 207, 208, 245, 253, 487, 494
 - CE 25 novembre 1998 *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*: 100, 468, 497
 - CE 30 décembre 1998 *Syndicat des coiffeurs aquitains*: 163
- **1999**
- CE 14 avril 1999 *Syndicat des médecins libéraux et autres*: 264, 472, 480 et s
 - CE 7 mai 1999 *Fédération nationale des médecins radiologues et autres*: 311
 - CE 7 juin 1999 *Syndicat des producteurs indépendants*: 456
 - CE 17 mai 1999, *Fédération générale agroalimentaire CFDT*: 195
 - CE 6 octobre 1999 *Fédération nationale des industries chimiques CGT*: 163
 - CE 29 novembre 1999 *Mlle Richaud*: 31
 - CE 29 décembre 1999 *Syndicat national des médecins biologistes*: 179
 - CE 29 décembre 1999 *Commune de Port-Saint-Louis du Rhône*: 143
- **2000**
- CE 29 mars 2000 *Association des officiers dans les carrières civiles et autres*: 459
 - CE 21 juin 2000 *SARL Plage "Chez Joseph"*: 92
 - CE 7 juillet 2000 *Centre médico-chirurgical et obstétrical d'Evry-CMCO*: 180, 293, 301, 453
 - CE 28 juillet 2000 *Association nationale des courses pédestres hors-stade*: 304
- CE 6 octobre 2000 *M. Jouanine*: 190, 165, 167
- **2001**
- CE 26 février 2001 *SA Janssen-Cilag*: 72
 - CE 11 juillet 2001 *MEDEF et CGPME*: 160
 - CE 11 juillet 2001 *Syndicat Sud Travail et autres*: 165, 167, 470, 472, 473, 481
 - CE 24 octobre 2001 *Conseil national de l'ordre des médecins*: 472
 - CE 3 décembre 2001 *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*: 404
 - CE 28 décembre 2001 *Syndicat national de défense pour l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*: 176
- **2002**
- CE 16 janvier 2002 *Syndicat national des entreprises d'esthétique et de coiffure à domicile*: 163, 169
 - CE 3 avril 2002 *Caisse d'allocations familiales d'Eure-et-Loire*: 182
 - CE 12 juin 2002, *Syndicat interdépartemental de la protection sociale Rhône-Alpes CFDT*: 195
 - CE 29 juillet 2002 *Conseil national de l'ordre des médecins*: 176, 481
 - CE 13 novembre 2002 *Commune de Ramatuelle*: 92
- **2003**
- CE 10 janvier 2003 *Union professionnelle des cadres administratifs supérieurs des services extérieurs du ministère de l'équipement*: 140
 - CE 3 février 2003 *Syndicat national de défense pour l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*: 176
 - CE 5 mars 2003 *Union syndicale des producteurs audiovisuels*: 97

- CE 19 mars 2003 *Société Canal Antilles*: 97, 259, 469, 481
 - CE 27 mars 2003 *Conseil supérieur de l'audiovisuel et Société Télévision française 1*: 98
 - CE 12 mai 2003 *Société TF1*: 99
 - CE 28 mai 2003 *Conseil national de l'ordre des médecins*: 481
 - CAA Marseille 26 juin 2003 *Compagnie générale de stationnement C/ Ville de Toulon*: 219
 - CE 23 juillet 2003 *Syndicat national du personnel navigant commercial*: 481
 - CE 21 novembre 2003 *Société suisse de radiodiffusion et télévision*: 101, 473
 - CE 10 décembre 2003 *Institut de recherche pour le développement*: 262
 - CE 30 décembre 2003 *SA Labo Serono France*: 72
 - CE 30 décembre 2003 *Association AC !*: 481
 - CAA Marseille 31 décembre 2003 *M. Pierre X... C/ Commune de Flayosc*: 94, 383
- **2004**
- CAA Marseille 9 février 2004 *M. Y C/ Maire d'Allauch*: 93
 - CE 28 avril 2004 *Association pour le respect du site du Mont Blanc et autres*: 238
 - CE 11 mai 2004 *Association AC!*: 516, 530
- CE 3 mai 2004 *Fondation assistance aux animaux*: 45, 46
 - CE 3 mai 2004, *Société Les Laboratoires Servier*: 73, 497, 509
 - CE 23 juin 2004 *Commune d'Hautmont*: 289
 - CE 7 juillet 2004 *Fédération des syndicats des autonomes PTT Midi-Pyrénées*: 141
 - CE 1^{er} octobre 2004 *Fédération nationale des infirmiers*: 481
 - CE 8 décembre 2004 *Société Eiffel Distribution et Société Levallois Distribution*: 467
- **2005**
- CE 25 février 2005 *France Télécom*: 530
 - CE 18 octobre 2005 *Mme Béatrice X...*: 405
 - CE 30 novembre 2005 *Syndicat des médecins d'Aix et région*: 472, 481
- **2006**
- CE 15 février 2006 *M. Jean-Louis A*: 364
 - CE 24 mars 2006 *Société KPMG*: 531
 - CE 26 avril 2006 *Syndicat des autonomes Midi-Pyrénées Roussillon FNSA PTT*: 141

II – Jurisprudence judiciaire

- Cass 13 mars 1895 *Dreyfus frères et Compagnie C/ Enregistrement*: 85
- Cass civ, 25 juin 1924: 145
- Cass 14 juin 1946 *Administration de l'enregistrement C/ Société Brasserie Argentine Quilniès*: 239
- Cass crim 3 mars 1955: 118

- Tribunal civil de la Seine 15 avril 1959 *Syndicat national des notaires*: 161
- CA Paris 4 juillet 1962 *Syndicat national des notaires C/ Fédération nationale du personnel des professions judiciaires CFTC et autres*: 162, 332
- Tribunal d'instance de Briançon 26 février 1963 *Syndicat CGT C/ Comité d'établissement de l'usine Péchiney*: 162
- Cass civ 2^{ème} 12 juillet 1963 *L'usine de la cellophane de Saint Priest-Isère C/ Syndicat CGT*: 156
- Cass civ 3^{ème} 18 décembre 1967: 117
- Cass civ 3^{ème} 29 janvier 1974: 117
- CA Rennes 7 février 1978: 121
- Cass civ 1^{ère} 19 janvier 1982: 345
- Cass civ 1^{ère} 24 janvier 1984: 117
- CA Rouen 8 février 1984 *Epoux Guyon*: 121
- Cass civ 4^{ème} 22 octobre 1991: 324
- Cass civ 3^{ème} 12 février 1997: 118
- Cass soc 18 mai 2000: 175
- Cass soc 8 janvier 2002 *Association pour la réadaptation et la formation professionnelle de Mulhouse*: 453
- Cass plén, 24 janvier 2003, *Mme Anger C/ Association Promotion des handicapés dans le Loiret*: 165

III – Jurisprudence du Tribunal des conflits

- TC 29 janvier 1955 *Naliato*: 486
- TC 12 juin 1961 *Rolland*: 75
- TC 28 février 1966, *Saubeste C/ OPHLM de Toulouse*: 132
- TC 24 juin 1968 *Société Distilleries bretonnes et Société d'approvisionnements alimentaires*: 53, 79, 99
- TC 28 juin 1968 *Ursot*: 132
- TC 3 mars 1969 *Préfet de Paris C/ Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés "Interlait"*: 79, 223
- TC 3 juillet 2000 *Syndicat des pilotes d'Air France*: 139

IV – Décisions du Conseil constitutionnel

- CC n°72-73 L, 29 février 1972: 306
- CC n°78-95 DC, 27 juillet 1978: 190
- CC n°83-160 DC, 19 juillet 1983: 238, 269
- CC n°83-164 DC, 19 janvier 1984: 190, 198
- CC n°86-217 DC, 18 septembre 1986: 190
- CC n°88-248 DC, 17 janvier 1989: 172, 190
- CC n°89-257 DC, 25 juillet 1989: 191
- CC n°89-260 DC, 28 juillet 1989: 190
- CC n°89-269 DC, 22 janvier 1990: 172, 175, 190, 234, 427, 451
- CC n°92-307 DC, 25 février 1992: 240
- CC n°94-348 DC, 3 août 1994: 233
- CC n°2000-437 DC, 19 décembre 2000: 233
- CC n°2005-512 DC, 21 avril 2005: 364

V – Jurisprudence étrangère

- CE belge 12 avril 1989: 168
- CJCE 12 juillet 2001 aff C-399/98, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi et a C/ Comune di Milano et a*: 530

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	9
INTRODUCTION GÉNÉRALE	12
PREMIÈRE PARTIE: L'EXISTENCE DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX NÉGOCIÉS RÉVÉLÉE PAR LA TECHNIQUE DE REQUALIFICATION	51
TITRE PREMIER: LA DÉTERMINATION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA PROCÉDURE DE REQUALIFICATION	53
CHAPITRE PREMIER: LE CARACTÈRE DUEL DE LA REQUALIFICATION DANS CERTAINS DOMAINES	54
Section 1: La requalification en matière d'administration économique et fiscale	54
§ 1: Les actes de libération des prix	54
A – Les dispositions applicables en matière de fixation des prix	55
B – L'existence de divergences doctrinales quant à la nature juridique de ces actes	56
C – L'apport de la jurisprudence	62
1 – Les accords de libération des prix intervenant dans le cadre de l'ordonnance du 30 juin 1945	63
2 – Les actes relatifs au prix de vente des médicaments	71
§ 2: L'octroi par voie d'actes unilatéraux d'avantages divers à certaines professions	73
A – L'attribution d'aides	74
1 – Les conventions de restructuration laitière	74
2 – Les mesures dites "agro-environnementales"	76
B – Les actes en matière d'import/export	78
§ 3: Le cas particulier des actes en matière fiscale	80
A – La thèse contractuelle	80
B – La thèse de l'acte unilatéral défendue par une majorité d'auteurs	83
Section 2: La requalification des actes relatifs à l'occupation et à la gestion du domaine public	88
§ 1: Les rapprochements opérés entre les actes unilatéraux d'occupation du domaine public et les concessions	88
A – Les permissions de voirie face aux concessions de voirie	88
B – Un rapprochement source d'hésitations pour le juge administratif	91
§ 2: La qualification contractuelle expressément rejetée par le juge administratif	94
A – Les autorisations d'utilisation des fréquences hertziennes	94
B – Les actes en matière d'aménagement du domaine public terrestre	101
Conclusion du chapitre premier	105
CHAPITRE SECOND: L'ABSENCE DE REQUALIFICATIONS EXPRESSES DANS CERTAINS SECTEURS D'ACTIVITÉS	106
Section 1: Les actes soumis au Code de l'urbanisme	106
§ 1: L'existence de négociations préalables à l'adoption de décisions relevant du droit de l'urbanisme	107
A – Les conventions précédant l'édition de décisions individuelles	107
B – La concertation prévue à l'article L 300-2 du Code de l'urbanisme: une forme de négociation ?	110
§ 2: La nature juridique du cahier des charges des lotissements objet de controverses jurisprudentielles et doctrinales	113
A – Une jurisprudence fluctuante	113
B – Les divergences doctrinales concernant la nature juridique du cahier des charges des lotissements	117
Section 2: Les actes administratifs portant sur l'organisation et le fonctionnement des services publics	122

§ 1: Les liens unissant le service public à son personnel et ses usagers	122
A – Les agents publics contractuels et les usagers soumis à un régime légal et réglementaire	123
1 – Un régime favorisant l'application de règles contentieuses particulières	123
2 – Les incidences sur la nature juridique réelle des actes en cause	128
B – L'absence d'actes contractuels dans le recrutement et l'organisation du statut des agents publics titulaires	134
1 – La nature des liens existant entre les fonctionnaires et l'administration	135
2 – Les accords portant sur les droits syndicaux	138
§ 2: Les actes relatifs aux concessions de service public	141
A – L'acte de concession	141
B – Les accords conclus au cours de la concession	148
Section 3: Les actes d'apparence contractuelle en matière sanitaire et sociale	151
§ 1: Les conventions régies par le Code du travail	152
A – La nature juridique incertaine des conventions collectives de travail et d'assurance chômage	152
1 – Les divergences doctrinales concernant la nature juridique des conventions collectives de travail	152
2 – L'identité d'objet entre une convention d'assurance-chômage et un acte unilatéral	157
B – L'incorporation implicite de ces conventions dans les actes administratifs unilatéraux de la puissance publique	159
§ 2: Les conventions relatives au domaine médical	168
A – Les conventions passées entre les praticiens et divers organismes	168
B – Les conventions passées entre certains établissements à caractère médical et les caisses d'assurance maladie	176
Conclusion du chapitre second	182
Conclusion du titre premier	183

TITRE SECOND: LE RECOURS PARTIELLEMENT JUSTIFIABLE A LA TECHNIQUE DE REQUALIFICATION 184

CHAPITRE PREMIER: LE CARACTÈRE CONTROVERSÉ DES FONDEMENTS TRADITIONNELS DE LA REQUALIFICATION 185

Section 1: Le refus de qualification de contrat justifié par l'exercice du pouvoir réglementaire 185

§ 1: L'exercice du pouvoir réglementaire par l'intermédiaire des actes dits "d'accompagnement" 186

A – Typologie des actes d'accompagnement 186

B – Le caractère réglementaire de l'acte d'accompagnement: une justification improbable de la requalification 190

§ 2: L'environnement réglementaire des actes administratifs unilatéraux négociés 195

A – La caractérisation de l'environnement réglementaire 196

B – Une justification incertaine 200

Section 2: Le domaine dit "régalien" et l'interdiction du recours au contrat 207

§ 1: L'opacité de la notion de matière régaliennne excluant par nature le contrat 208

A – L'activité de police en tant que fondement global de la requalification ? 209

B – Le problème du lien unissant les notions de règlement et de police 215

§ 2 – La comparaison des actes administratifs unilatéraux négociés aux différents types de contrats prohibés dans les matières régaliennes 217

A – La délégation des activités régaliennes 217

B – Les accords relatifs à l'exercice d'un pouvoir régalien 222

1 – Les pactes sur décisions futures 222

2 – Les contrats stipulant une prescription de police 224

Conclusion du chapitre premier 229

CHAPITRE SECOND: TENTATIVE DE DÉTERMINATION DES FONDEMENTS RÉELS DE LA REQUALIFICATION 230

Section 1: L'importance relative du fondement textuel 230

§ 1: Le caractère multiforme de l'interdiction de recourir au contrat 230

A – Le principe de non renonciation au contenu d'une compétence en tant que prohibition implicite du contrat 231

B – L'interdiction ou l'autorisation de recourir au contrat découlant de dispositions textuelles 235

§ 2: Le contenu des textes source d'incertitudes 240

A – L'indétermination des textes 240

B – Le silence des textes 244

Section 2: La protection simultanée d'intérêts distincts par la technique de requalification 248

§ 1: Une technique élargissant efficacement le champ d'application du recours pour excès de pouvoir 248

A – La technique de requalification au regard du déféré préfectoral 248

B – La technique de requalification face à la théorie des actes détachables 253

1 – La poursuite d'un but identique dans les deux cas 253

2 – La technique de requalification dotée d'avantages supérieurs par rapport à la théorie des actes détachables 255

§ 2: La requalification en tant qu'instrument de légitimation de ces nouveaux modes d'action 263

A – La légalité présumée de l'acte requalifié 263

B – Une volonté de consécration de la participation des administrés à la prise de décisions 269

Conclusion du chapitre second 273

Conclusion du titre second 274

Conclusion de la première partie 275

SECONDE PARTIE: LES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX NÉGOCIÉS AU REGARD DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DES ACTES ADMINISTRATIFS 276

TITRE PREMIER: DES ACTES ALTÉRANT LA DISTINCTION TRADITIONNELLE ENTRE L'ACTE UNILATÉRAL ET LE CONTRAT 278

CHAPITRE PREMIER: UNE ALTÉRATION PROVOQUÉE PAR LA MULTIPLICITÉ DES PARTICIPANTS A L'ACTE 279

Section 1: Une application délicate des notions d'auteur et de coauteur aux actes administratifs unilatéraux négociés 280

§ 1: Les différentes conceptions doctrinales des notions d'auteur et de coauteur de l'acte 281

A – La conception étroite 281

B – Une conception large contestée 284

§ 2: Les notions d'auteur et de coauteur appliquées aux hypothèses d'actes administratifs unilatéraux négociés dits "simples" 287

A – La prise en compte des différentes formes de participation 288

B – L'application des notions d'auteur et de coauteur révélée par différents indices 292

1 – Compétence et signature de l'acte 292

2 – Le caractère déterminant de l'intervention 297

§ 3: L'intervention d'un acte d'accompagnement et ses incidences sur l'application des notions d'auteur et de coauteur 301

A – Une application inadéquate de la théorie de l'incorporation 302

B – Le rôle des différents intervenants 307

Section 2: Les participants envisagés au travers de la distinction entre les notions de partie et de tiers 313

§ 1: Les différentes conceptions des notions de partie et de tiers 313

A – Les notions de partie et de tiers au regard des actes de nature contractuelle	313
B – Une application aux actes administratifs unilatéraux source de confusions	319
§ 2: La distinction des notions de partie et de tiers partiellement applicable aux actes administratifs unilatéraux négociés	326
A – Les problèmes posés par l'application de cette distinction	327
1 – Le cas des actes administratifs unilatéraux négociés dits "complexes"	327
2 – Des actes s'appliquant à des personnes n'ayant pas participé à leur confection	330
B – La distinction des parties et des tiers doit-elle être soumise à des ajustements ?	332
Conclusion du chapitre premier	339

CHAPITRE SECOND: VERS UNE REMISE EN CAUSE DES CARACTÉRISTIQUES FORMELLES ET MATÉRIELLES DES DEUX CATÉGORIES TRADITIONNELLES ?

340

Section 1: L'accord de volontés source de confusions	341
§ 1: L'accord de volontés: caractéristique du contrat	341
A – Une caractéristique fondamentale ?	341
B – Accord de volontés et intérêts divergents	347
§ 2: Un accord de volontés dépourvu de spécificités en matière d'actes administratifs unilatéraux négociés	351
A – L'absence de fusion des volontés	351
B – La participation du destinataire de l'acte à son élaboration	358
Section 2: Le contenu des actes: un critère de distinction dénué d'effectivité ?	361
§ 1: Le caractère normatif de l'acte unilatéral et du contrat	361
A – Le lien entre la normativité et la nature juridique de l'acte	362
B – Le problème de la compatibilité entre la nature contractuelle de l'acte et le caractère général des normes	370
§ 2: Comparaison du contenu des actes administratifs unilatéraux négociés non réglementaires à celui des contrats	378
A – Des actes individuels	378
B – L'absence de création de droits subjectifs dans le cadre des actes administratifs unilatéraux non réglementaires	383
Conclusion du chapitre second	390
Conclusion du titre premier	391

TITRE SECOND: L'EXAMEN DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX NÉGOCIÉS EN TANT QUE CATÉGORIE AUTONOME

392

CHAPITRE PREMIER: LA CONFRONTATION DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX NÉGOCIÉS AUX DIFFÉRENTES CATÉGORIES INTERMÉDIAIRES

393

Section 1: Les actes à prédominance unilatérale ou conventionnelle	394
§ 1: Les actes à prédominance unilatérale: l'acte collectif et l'acte conjoint	394
A – Définitions de ces notions	394
1 – L'acte collectif	395
2 – L'acte conjoint	404
B – Des actes administratifs unilatéraux négociés distincts des actes collectifs et des actes conjoints	406
§ 2: Les actes administratifs unilatéraux négociés face à l'acte-union	409
A – Les caractéristiques de l'acte-union	409
B – Les actes administratifs unilatéraux négociés apparemment revêtus des mêmes caractéristiques que l'acte-union	415
Section 2: La combinaison d'éléments contractuels et réglementaires: le cas de l'acte mixte	421
§ 1: Caractérisation de la notion d'acte mixte	421
A – Les différentes formes de l'acte mixte	421
B – L'acte mixte au regard des autres catégories intermédiaires	426

§ 2: Les actes administratifs unilatéraux négociés confrontés à la notion d'acte mixte	
431	
A – Des actes dissociables sur le fond	431
B – Des actes aux conséquences similaires ?	435
1 – L'absence d'atteinte à la notion de contrat	435
2 – L'acte mixte: une notion favorisant l'éclatement des actes ?	439
Conclusion du chapitre premier	443

CHAPITRE SECOND: L'ABSENCE DE RECONNAISSANCE D'UNE TROISIÈME CATÉGORIE D'ACTES 444

Section 1: Des actes dotés d'un régime juridique aux spécificités limitées	444
§ 1: Les règles applicables de la formation à l'extinction des actes	445
A – La formation des actes	447
B – La modification des actes	451
1 – La modification conventionnelle	451
2 – La modification unilatérale	457
C – La disparition des actes	458
§ 2: L'absence de réelle originalité du régime contentieux	463
A – Les règles relatives à la recevabilité du recours	464
B – L'examen de la légalité de l'acte	468
C – Le contenu de la décision rendue par le juge	470
1 – La règle de la divisibilité	471
2 – L'application de cette règle aux actes administratifs unilatéraux négociés	475
Section 2: La structure binaire du droit administratif en tant qu'obstacle à l'émergence d'une nouvelle catégorie d'actes	479
§ 1: Une structure binaire favorisant les fictions	480
A – L'acte administratif unilatéral et le contrat: deux catégories dites "ouvertes"	481
B – La fiction distincte de l'analogie	485
C – Les actes administratifs unilatéraux négociés en tant que fiction juridique	489
§ 2: Le réaménagement des recours: condition <i>sine qua non</i> à la consécration d'une nouvelle catégorie juridique ?	495
A – Une distinction des recours fondée principalement sur la nature des actes	495
1 – L'approche formelle	495
2 – Une approche délaissée ?	502
B – L'adoption d'un nouveau critère	506
Conclusion du chapitre second	513
Conclusion du titre second	514
Conclusion de la seconde partie	515
CONCLUSION GÉNÉRALE	516
BIBLIOGRAPHIE	533
INDEX ALPHABÉTIQUE	567
INDEX DE LA JURISPRUDENCE	572
TABLE DES MATIÈRES	591