

CHAPITRE 3 : QUELQUES ELEMENTS DE DROIT ADMINISTRATIF

Section 1 : Les juridictions administratives¹

Les juridictions administratives sont chargées de régler les litiges entre les particuliers et les administrations, à la différence des juridictions judiciaires qui doivent trancher les litiges entre particuliers et sanctionner les infractions à la loi pénale.

La procédure contentieuse devant le juge administratif est écrite (sauf en matière de reconduite à la frontière et de référés), inquisitoriale (le juge reçoit les mémoires et les communique, demande pièces complémentaires et régularisations) et contradictoire (jusqu'à la clôture de l'instruction).

Cependant, on note une réelle volonté de rendre le procès administratif accessible aux justiciables et plus conforme à l'idée qu'ils s'en font à travers le procès judiciaire qui leur est généralement plus familier.

Enfin, depuis quelques années², un chapitre du Code de justice administrative est consacré à la médiation, que l'on peut définir comme une procédure non contentieuse de règlement des conflits, alternative au contentieux et visant à trouver une solution plus rapide et plus durable dans un contexte apaisé.

La médiation préalable obligatoire est ainsi expérimentée³ en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux. Le bilan après trois ans d'expérimentation est globalement encourageant : 5516 demandes effectuées auprès des médiateurs (dont 82 % concerne les contentieux sociaux), 4810 médiations engagées et 4364 terminées, dont 3312 (76 %) ont abouti à un accord⁴. Globalement, la MPO a donc eu un impact positif : elle permet de trouver une solution de manière plus rapide (30 jours en moyenne) que devant le juge et renforce l'accès au droit.

La justice administrative est organisée à travers trois échelons de juridictions.

§ 1 : Le Conseil d'État

A - L'organisation du Conseil d'État

C'est l'héritier du Conseil du roi (XIII^e siècle) auprès duquel le roi prenait conseil, et plus directement du Conseil d'État qui réglait sous Louis XIV les problèmes administratifs et de contentieux. C'est la Constitution de l'an VIII qui institue le Conseil d'État dans sa forme actuelle et lui donne une double mission : administrative (participer à la rédaction des textes les plus importants) et contentieuse (résoudre les litiges liés à l'administration).

B - La composition du Conseil d'État

1 - Le Vice-président du Conseil d'État

Nommé par décret du Président de la République parmi les conseillers d'État ou les présidents de sections, c'est le véritable président du Conseil (et non le Premier ministre

¹ Voir en introduction à cette section les documents 14 et 15

² La loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 dite de « modernisation de la justice du XXI^e siècle », dans le droit fil de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 « relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative », complétée par le décret 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétences du juge administratif, introduit dans le Code de justice administrative (au titre 1er du livre 1er), un chapitre IV intitulé « La médiation ».

³ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, décret n° 2020-1303 du 27 octobre 2020 pour une expérimentation jusqu'au 31 décembre 2020, repoussé au 31 décembre 2021 par le décret du 27 octobre 2020

⁴ Rapport sur l'expérimentation de la médiation préalable obligatoire (MPO) - Bilan final, Conseil d'État, 21 juin 2021, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/experimentation-de-la-mediation-prealable-obligatoire-bilan-et-perspectives>

qui en a théoriquement la charge, ou son suppléant, le Garde des Sceaux). Le Vice-président préside l'Assemblée du contentieux, la formation contentieuse la plus solennelle, ainsi que l'Assemblée générale et la commission permanente, compétentes en matière consultative. Par ailleurs, il est de droit président du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel CSTACAA)⁵.

2- Les membres du Conseil d'État

Le recrutement des membres du Conseil d'État se fait essentiellement par concours (cinq à sept postes d'auditeurs étaient jusqu'à présent proposés chaque année aux élèves de l'ENA, généralement choisis par les premiers au concours. Avec la disparition de l'ENA et la création de l'Institut du service public –ISP-, les recrutements s'effectueront probablement plus tard dans la carrière puisque les lauréats auront désormais l'obligation d'acquérir une expérience de terrain sur des fonctions opérationnelle) et par le tour extérieur (un maître des requêtes sur quatre est nommé par le gouvernement, parmi des personnes de plus de 30 ans ayant accompli 10 ans de service public), sur avis du Vice-président du Conseil d'État.

C - Le rôle du Conseil d'État

1- La mission première : juge suprême des juridictions administratives

Le Conseil d'État rend environ 11 000 décisions juridictionnelles par an. Pour faire face à l'explosion du contentieux et afin de réduire les délais de la justice administrative, l'organisation de la justice administrative a profondément évolué avec les créations successives des tribunaux administratifs et des cours d'administratives d'appel.

De cette construction progressive et au regard des actes sur lesquels il a conservé sa fonction de contrôler la légalité, le Conseil d'État occupe une place singulière, cumulant trois rôles usuellement dévolus chacun à une juridiction.

Il est ainsi conduit à intervenir :

- en tant que juge de cassation, pour juger les pourvois formés contre les arrêts rendus par les cours administratives d'appel et contre les décisions juridictionnelles des juridictions administratives spécialisées. En cassation, le Conseil juge en droit : il vérifie que dans la décision qui lui est soumise, les juges de première instance et d'appel ont fait une bonne application de la loi.

Comme la Cour de Cassation dans l'ordre judiciaire, le Conseil d'État assure donc l'unité de la jurisprudence.

- en tant que juge d'appel, pour connaître des appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs rendus en matière d'élections municipales et cantonales, de reconduite à la frontière et en appréciation de légalité ;

- en tant que juge de premier et dernier ressort, pour juger les requêtes formées notamment contre les décrets, les actes réglementaires des ministres, les décisions prises par des organismes collégiaux à compétence nationale, le contentieux des élections régionales ou européennes.

Les décisions rendues par le Conseil d'État statuant au contentieux sont souveraines et ne sont donc susceptibles d'aucun recours. Elles sont rendues par la section du contentieux qui, selon l'importance de l'affaire, peut se réunir en quatre formations de jugement différentes : l'assemblée, la plus solennelle, les sections réunies, la section ou les sous-sections réunies. Par ailleurs, certaines décisions peuvent être rendues par ordonnance du président de la section ou des présidents des sous-sections (requêtes irrecevables, désistements, etc.).

⁵ Instance qui a un rôle consultatif général pour les questions concernant les magistrats des juridictions administratives de droit commun.

Dans la forme, les décisions du Conseil d'État, à la rédaction elliptique et émaillée de certains termes désuets ou techniques⁶, étaient souvent signalées comme complexes à comprendre pour le justiciable non spécialiste. Elles font aujourd'hui l'objet d'une réelle simplification, entamée depuis une dizaine d'années, tendant à les rendre facilement lisibles et par là, plus accessibles⁷. Ainsi, le fameux « considérant » est abandonné depuis le 1^{er} janvier 2019, les décisions étant désormais rédigées en style direct. Plus généralement, l'objectif est désormais de rendre la décision intelligible au citoyen, avec le souci de son autorité et de son acceptabilité par les parties, tout en préservant une dimension de lecture autre pour la « communauté des juristes».

Cette simplification d'expression doit s'accompagner d'un enrichissement de la motivation des décisions, afin d'exposer « *le plus clairement possible, de façon convaincante et sans perdre aucun lecteur dans des détours inutiles, les raisons qui justifient la solution retenue, sans digressions ni détails superflus* »⁸.

C'est également dans le déroulé du procès que la volonté de rénover et d'enrichir le procès administratif s'est manifestée. Ainsi, ce n'est plus le Rapporteur public qui prend la parole en dernier à l'audience, mais les parties. Elles peuvent ainsi, et en dépit du caractère écrit de la procédure, présenter de brèves observations orales en réponse aux conclusions. De plus, le sens de ces dernières doit leur être communiqué en amont de l'audience⁹. Cette communication, dont l'objet est de permettre aux parties, tout à la fois, de mesurer l'opportunité d'assister à l'audience publique, de préparer si elles le souhaitent des observations orales, et de les mettre en mesure de produire une note en délibéré postérieurement à l'audience, va dans le sens d'une justice administrative plus lisible et plus simple pour les justiciables.

2 - L'autre mission du Conseil d'État : conseiller du gouvernement

Le Conseil d'État joue un rôle de conseiller du gouvernement à travers ses sections administratives. Sa consultation par le gouvernement est obligatoire ou facultative.

→ La consultation obligatoire du Conseil d'État :

- article 39 de la Constitution : il est saisi de tous les projets de loi, avant leur adoption par le Conseil des ministres et leur dépôt devant le Parlement.
- article 38 de la Constitution : il est saisi des projets d'ordonnance avant leur adoption par le Conseil des ministres
- enfin, les décrets en Conseil d'État ne peuvent être pris ou modifiés qu'après la saisine du Conseil d'État.

Depuis 1992¹⁰, il est également saisi de tout projet d'acte communautaire adressé au gouvernement français par la Commission européenne, afin d'indiquer si les dispositions envisagées relèvent du domaine de la loi au sens de l'article 34. Si tel est le cas, le projet d'acte est transmis au Parlement français pour avis.

⁶ « *Interjeter appel* », auquel est désormais préféré « *faire appel* », « *infra* » et « *ultra petita* », dont le guide de rédaction n'explique pas par quelles expressions les remplacer mais auxquels peut être simplement préférée une traduction littérale telle que « *en-deçà de la requête* », « *au-delà de la requête* », etc.

⁷ Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la justice administrative, à l'usage des rédacteurs des décisions, Conseil d'État, décembre 2018

⁸ Ibidem

⁹ Il est vrai avec l'aiguillon de la cour européenne des droits de l'homme (*CEDH, 7 juin 2001, n°39594/98, Kress c/ France*), d'abord sur demande des parties (*CE, 26 avril 2006, n°265039, Daubernard, Lebon, tables, p.1004*) puis en vertu du décret n°2009-14 du 7 janvier 2009

¹⁰ Révision de la Constitution du 25 juin 1992, article 88-4 de la constitution

→ La consultation facultative du Conseil d'État

Hors ces hypothèses, le gouvernement peut toujours soumettre un texte au Conseil d'État afin qu'il donne son avis. Par ailleurs, le gouvernement peut soumettre au Conseil d'État une question qui pose un problème juridique particulier afin qu'il l'éclaire.

§ 2 : Les Cours administratives d'appel

Les cours administratives d'appel ont été créées par la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, pour régler les problèmes d'engorgement et de retard de la justice administrative.

A - L'organisation des cours administratives d'appel

Elles sont au nombre de 8 et siègent à Douai, Bordeaux, Lyon, Nancy, Nantes, Marseille Versailles et Paris. La cour compétente est celle dans le ressort (territoire) duquel se trouve le tribunal administratif dont il est contesté le jugement.

B - Le rôle des cours administratives d'appel

Elles ont pour mission de juger en appel une grande partie des jugements des tribunaux administratifs de leur ressort. Elles sont ainsi compétentes pour les recours de plein contentieux (par exemple le contentieux de la responsabilité, celui des contrats et des marchés) et les recours pour excès de pouvoir contre une décision non réglementaire. En revanche, elles ne sont pas compétentes pour les appels concernant les litiges relatifs aux élections cantonales et municipales, aux arrêtés de reconduite à la frontière, aux recours en appréciation de légalité, et aux recours pour excès de pouvoir contre les actes réglementaires, qui relèvent du Conseil d'État.

§ 3 : Les tribunaux administratifs

Les tribunaux administratifs ont été créés en 1953, succédant aux conseils de préfecture qui avaient été créés dans chaque département par la loi du 28 pluviôse an VIII. Ce sont les juges administratifs de droit commun, en premier ressort, des litiges entre les particuliers et les administrations, que ce soit sous forme de recours pour excès de pouvoir (contentieux de l'annulation) ou de recours de pleine juridiction (contentieux de la réparation, des contrats et des marchés, etc.).

On en compte 42 dont 31 en métropole (5 en Ile-de-France) et 11 outre-mer.

Ils sont compétents pour l'ensemble du contentieux des actes des collectivités locales : ils interviennent sur déféré préfectoral¹¹, dans le cadre du contrôle de légalité des actes des collectivités locales, ou sur saisine de toute personne ayant intérêt à agir (particulier, entreprise, associations, autre personne publiques, etc.).

En plus de leur fonction juridictionnelle, les tribunaux administratifs peuvent être appelés, à titre consultatif, à donner leur avis sur les questions qui leur sont soumises par les préfets de leur ressort.

Section 2 : Le principe de légalité

Dans un État de droit, l'administration est soumise au respect du droit. Le droit se décline en textes qui constituent les sources de la légalité et forment un ensemble hiérarchisé en fonction de l'autorité dont elles émanent.

Le principe veut que la norme inférieure respecte les normes qui lui sont supérieures. Le degré du respect auquel est astreinte la règle inférieure varie, en fonction notamment de la précision de la norme supérieure, allant d'un rapport de conformité (forme la plus astreignante) à un rapport de compatibilité. En toute hypothèse, on retiendra que la norme inférieure ne peut pas être en contradiction avec la norme supérieure.

¹¹ C'est-à-dire sur saisine du Préfet

§ 1 : Les sources de la légalité

Les règles juridiques au respect desquelles l'administration¹² est tenue sont essentiellement écrites ; cependant, certains principes non écrits¹³ peuvent s'imposer à elle.

A- La hiérarchie des normes

1 – La constitution

Elle se situe tout en haut de la pyramide. On parle ici du corps même de la constitution¹⁴. Mais le Conseil d'État a peu à peu admis la valeur également constitutionnelle des dispositions du Préambule, au fur et à mesure de ses saisines, leur reconnaissant une force juridique égale à celle du corps du texte¹⁵.

Cette position est, ainsi qu'on l'a déjà évoqué, reprise par le Conseil Constitutionnel, qui reconnaît à partir de 1971¹⁶ l'existence de « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* »¹⁷, dont le Conseil d'État fait lui-même une application directe en matière d'extradition en 1996, reconnaissant au passage la supériorité de la norme constitutionnelle sur les normes internationales¹⁸.

Les « *principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps* », énoncés et énumérés dans le préambule de la constitution de 1946¹⁹ ont aussi été consacrés par le Conseil constitutionnel qui les a intégrés dans le bloc de constitutionnalité depuis sa décision du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse (droit à la santé).

Enfin, depuis quelques années, le Conseil constitutionnel assujettit la transposition d'une directive ou d'un règlement au respect d'un « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »²⁰. C'est dire que la transposition d'une directive ou l'adaptation du droit interne à un règlement ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à

¹² Comme tout sujet de droit, personne morale ou physique, publique ou privée

¹³ Voir chapitre 2 : Le conseil constitutionnel

¹⁴ A l'occasion des saisines, le Conseil d'Etat dans le cadre de son contrôle de la légalité des règlements et le Conseil constitutionnel dans son examen de la constitutionnalité des lois, y compris en QPC, affirment la valeur législative (pour le CE) et constitutionnel (pour le CC) des principes figurant dans le corps de la constitution. Ainsi, en 2018 le CC (n° 2018-770 DC, § 103/104), rappelant les termes de l'article 2 de la constitution « *La devise de la République est Liberté, égalité, fraternité* » -, et la référence figurant dans le Préambule et dans l'article 72-3 à « *l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* », constate la valeur constitutionnelle du principe de fraternité.

¹⁵ CE, 12 février 1960, Sté Eky, Lebon p. 101, et pour la Charte de l'environnement, CE, Assemblée, 3 octobre 2008, Ville d'Annecy, req. n° 297931 et CE, 24 juillet 2009, Comité de recherche et d'information indépendante sur le génie génétique, AJDA 2008 p.1614, qui précise l'application de la Charte de l'environnement, reconnaissant l'abrogation implicite d'une loi par la Charte.

¹⁶ CC, 16 juillet 1971, n° 71-44, GDCC n° 19 : principe de la liberté d'association. Pour une application récente, voir Décision n° 2021-823 DC du 13 août 2021, loi confortant le respect des principes de la République.

¹⁷ Réunissant trois critères :

- une règle suffisamment importante dans son contenu, présentant un degré suffisant de généralité et portant sur des domaines essentiels de la vie de la Nation (CC, 18 janvier 1999, n°98-407 DC, §9),
- une base textuelle dans une ou plusieurs lois intervenues sous un régime républicain antérieur à 1946 (CC, 23 janvier 1987, n°86-224 DC, §15)
- un principe appliqué à compter de son institution et sans discontinuité sous les régimes républicains successifs (CC 20 juillet 1988, n°88-244 DC, §12).

¹⁸ CE, Ass, 3 juillet 1996, Koné, Lebon p. 255, RFDA 1996, p.878

¹⁹ Égalité homme/femme, droit d'asile, liberté syndicale, droit de grève, etc.)

²⁰ Formulation qu'on retrouve dans les décisions n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, loi relative à la protection des données personnelles ou n° 2021-905, QPC, du 7 mai 2021, Section française de l'observatoire international des prisons

l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti. La première application concerne le principe d'*interdiction « de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits. »*²¹.

2 – Les traités internationaux

2-1- Cas général

Conformément à l'article 55 de la Constitution, la ratification ou l'approbation des traités et accords est la condition de leur insertion dans la pyramide des normes. Pour s'assurer de la réciprocité, le juge administratif ne renvoie plus au Ministre des affaires étrangères²² mais, en accord avec la jurisprudence européenne, contrôle lui-même l'application du principe de réciprocité²³.

Depuis 1990, le Conseil d'État s'estime compétent pour interpréter les dispositions obscures d'un traité²⁴. S'il y a divergence entre le traité et la loi, le traité même antérieur prime sur la loi postérieure : cette solution est acquise depuis 1975 pour la Cour de Cassation et depuis 1989 pour le Conseil d'État²⁵. Mais en cas de contrariété entre le traité et la constitution sur des dispositions de nature constitutionnelles, la deuxième l'emporte sur le premier²⁶.

Ainsi le Conseil d'État a-t-il jugé que la hiérarchie des normes juridiques qui découle en France des articles 54 et 55 de la Constitution fait de la Constitution la norme suprême, les normes internationales étant des normes subordonnées.

2-2- Cas particulier du droit communautaire

Il présente une très grande spécificité, par son ampleur et par sa construction.

➤ Rappel général

Il y a trois grands traités (1951, CECA ; 1957, les traités de Rome fondant la communauté européenne de l'énergie atomique-EURATOM et la communauté économique européenne-CEE), et trois grandes modifications (l'Acte unique européen, traité de Luxembourg et La Haye, 1986 ; l'Union européenne, traité de Maastricht, 1992 et Amsterdam, 1997, et ses deux nouveaux objectifs : l'emploi et la défense des droits fondamentaux du citoyen).

L'ensemble avait été mis en ordre et complété par le « *Traité établissant une constitution pour l'Europe* », qui n'a pas été adopté en France.

À la suite de l'échec du référendum français (mai 2005), puis du rejet des Pays-Bas, une conférence intergouvernementale ouverte à Bruxelles en juillet 2007 a abouti en décembre 2007 à la signature par les dirigeants européens du Traité de Lisbonne. À la différence du Traité de Rome, qui refondait l'ensemble des traités antérieurs dans un acte unique, le Traité de Lisbonne modifie les traités de la Communauté européenne et de l'Union européenne, mais ne les remplace pas.

Actuellement donc, l'Europe n'a ni personnalité ni organes propres. Elle est encore organisée autour des institutions des trois communautés initiales : Conseil des ministres, Commission, Parlement, Cour de justice des communautés.

²¹ Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, Société Air France, validant l'obligation pour les transporteurs aériens de réacheminer les étrangers dont l'entrée en France est refusée.

²² CE, 29 mai 1981, Lebon p. 220

²³ CE, Ass., 9 juillet 2010, Madame Cheriet-Benseghir

²⁴ CE, 29 juin 1990, GISTI, AJDA 1990, p. 621

²⁵ CE, 20 octobre 1989, Nicolo, GAJA, n° 106

²⁶ CE, 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, GAJA n° 117 : « *la suprématie conférée aux engagements internationaux par l'article 55 de la Constitution ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle* ». Voir aussi Cour de Cassation, 2 juin 2000, Fraisse

Certaines de ces institutions peuvent créer du droit. Il est dit dérivé, car ce droit est issu des institutions communautaires (Conseil de ministres, Parlement...), par opposition au droit des traités, dit initial. C'est le droit dérivé qui explique l'ampleur du droit communautaire.

➤ Hiérarchie des normes

Le principe est celui de la primauté du droit communautaire sur le droit interne. Cette primauté est très forte, fondée sur le caractère supranational de l'Union. Pour son respect, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)²⁷ joue un rôle essentiel, étant à la fois juge judiciaire, administratif et constitutionnel.

Son rôle est de veiller à ce que les normes européennes soient interprétées et appliquées uniformément dans tous les pays de l'Union.

Pour cela, elle possède :

- **le pouvoir d'apprecier la validité des actes** communautaires ;
- **le monopole de l'interprétation du droit** communautaire. Lorsque la juridiction suprême d'un Etat a un doute sur le sens d'une règle communautaire, elle doit renvoyer la question à la CJUE pour interprétation²⁸. La CJUE précise alors le sens et la portée de la disposition communautaire et le juge de renvoi doit en tirer les conséquences.

Le Conseil d'Etat français, qui a résisté longtemps à cette obligation de renvoi en prétendant que toutes les dispositions communautaires étaient claires²⁹, s'est plié au renvoi pour interprétation à la CJUE depuis une vingtaine d'années³⁰.

- **le pouvoir de sanction contre les États.** La CJUE peut être saisie des recours en manquement contre les États qui violent le droit communautaire³¹. La condamnation de l'État peut s'accompagner d'amendes et d'astreintes. Cette sanction reste encore peu employée.

L'existence de ces recours conduit à écarter le principe de réciprocité tel qu'il résulte de l'article 55 de la Constitution de 1958, car les violations du droit communautaire relèvent de la CJUE et non des États eux-mêmes. Tous ces pouvoirs permettent à la CJUE d'affirmer la suprématie du droit communautaire³², accentuée depuis le traité d'Amsterdam qui consacre des droits fondamentaux et des principes politiques (libertés, démocratie, respect des droits de l'homme, principe d'un État de droit).

➤ L'application du droit communautaire en droit interne

Aux termes du Traité sur l'Union européenne, les États ont un devoir de collaboration dans la bonne application du droit communautaire. C'est dans le droit dérivé que des problèmes d'application peuvent surgir.

²⁷ Anciennement Cour de justice des communautés européennes -CJCE

²⁸ Art 177 du traité de Rome : question préjudiciale

²⁹ Théorie dite de l'acte clair.

³⁰ A propos du maïs génétiquement modifié, CE, 11 décembre 1998, Greenpeace France, RFDA 1999, p.250

³¹ art 169 du traité de la communauté économique, art 226 après ratifications

³² CJCE, 15 juillet 1964, Costa c. E.N.E.L., affaire numéro 6/64 ; CJCE, 9 mars 1978 ,Simmenthal, affaire numéro 106/77.; «*le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il y ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.* »

Les institutions communautaires peuvent prendre cinq types d'actes³³ :

- Trois d'entre eux sont régi par l'article 288 du Traité de fonctionnement de l'UE (Traité de Rome) constituent les **actes législatifs de l'UE**
- **règlement** : il a une portée générale, est obligatoire dans tous ses éléments et est directement applicable dans tout État membre³⁴. En application de la jurisprudence Nicolo³⁵, le Conseil d'État estime que la législation nationale ne peut faire obstacle à l'application d'un règlement communautaire³⁶,
- **directive** : c'est l'acte qui a posé le plus de problèmes juridiques. La directive est, pour les États membres, obligatoire dans ses buts mais pas dans ses moyens³⁷. Elle n'a pas d'effet direct, et nécessite donc un acte de transposition³⁸ qui l'intègre en droit interne. Si les États manquent à cette obligation, la CJUE et/ou les juges nationaux peuvent les sanctionner,
- **décision** : acte individuel concernant des personnes privées (le plus souvent des entreprises) ou des États, elle est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle vise³⁹. Elle s'impose en principe en droit interne comme un règlement.

- A ces actes s'ajoutent, depuis le Traité de Lisbonne, des **actes délégués**

Ce sont des actes législatifs à portée générale et à force obligatoire. Selon l'article 290 du TFUE, le législateur européen (c'est-à-dire le Parlement et/ou le Conseil) peut en effet déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter ces actes non législatifs complétant ou modifiant « *certaines éléments non essentiels de l'acte législatif* ».

Ces actes, dont le recours est strictement encadré⁴⁰, sont intervenus dans un souci de simplifier instruments et procédures européennes, l'excès de détail ayant souvent été critiqué comme entraînant une perte de sens des actes et empêchant leur adaptation à un environnement changeant.

On en trouve par exemple en matière de protection de données personnelles, de réglementation financière ou de fonds structurels.

- Enfin, il y a des **décisions d'orientation sans valeur obligatoire**

- **avis ou recommandations** émanant du Conseil ou de la Commission européenne, constituant des incitations pour les États membres. Sans valeur obligatoire ils peuvent pourtant conduire à l'évolution des droits des États auxquels ils sont adressés. Ils interviennent souvent en matière de politique économique et monétaire.

- **orientations à caractère sectoriel**, comme en matière de Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) : en dehors des décisions, instrument de droit commun de la PESC adoptées à l'unanimité dans cette matière relevant de la souveraineté des États membres, des orientations générales et lignes stratégiques sont définies par le Conseil européen sur la base desquelles le Conseil prend les décisions nécessaires à la définition et à la mise en œuvre de cette politique.

³³ Art 189 du traité de la CEE, art 249 du traité d'Amsterdam

³⁴ Article 288, alinéa 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)

³⁵ CE, Assemblée, 20 octobre 1989 req. n° 108243, Nicolo, Rec. Lebon p. 190 : reconnaissance de la supériorité des traités sur les lois

³⁶CE, 24 septembre 1990, Boisdet, AJDA 1990, p.906

³⁷ ARTICLE 288, alinéa 3, TFUE : « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens »

³⁸ Par exemple, une loi

³⁹ Depuis le Traité de Lisbonne, elle peut cependant avoir une portée générale

⁴⁰ Article 290 TFUE : L'acte délégué ne peut porter que sur des « *éléments non essentiels* ». Le Parlement et le Conseil peuvent s'opposer à un projet d'acte délégué (*droit d'objection*). La délégation est provisoire et peut être reprise à tout moment (*droit de révocation*).

Pour contrôler ces différents actes, les juges peuvent utiliser diverses techniques :

- **l'interprétation compatible** : le juge national interprète le texte national antérieur à la directive selon la logique de la directive.

→ C'est la technique la moins brutale, car le texte national est conservé. Mais elle suppose que le texte national est susceptible d'être interprété dans le bon sens et elle favorise l'inertie des autorités nationales.

- **l'exclusion** : l'acte administratif interne incompatible avec la directive est écarté⁴¹.

→ Dans le cas le plus simple, il est annulé par le juge administratif car il a été contesté dans le délai normal de recours, soit en France dans les 2 mois de sa publication⁴².

→ Mais le plus souvent, le délai de recours est dépassé.

S'il s'agit d'un acte réglementaire, il peut faire l'objet d'une exception d'illégalité : l'administré attaque un acte individuel pris sur le fondement d'un règlement qui n'a pas été contesté dans les 2 mois de la publication. Si le juge estime le règlement irrégulier, il annule l'acte individuel.

L'acte peut aussi être abrogé, à la demande de l'administré⁴³ : il disparaît pour l'avenir.

Enfin, l'acte peut être rendu inopposable, c'est-à-dire qu'il est simplement écarté dans l'espèce en question. C'est l'application de la jurisprudence Nicolo qui écarte la loi incompatible⁴⁴.

Cette jurisprudence renforce la dévalorisation de la loi au regard du droit communautaire. En contrepartie, la Constitution de 1958 a été révisée : désormais, le parlement doit être associé aux propositions d'actes communautaires⁴⁵.

- **la réparation** : la responsabilité de l'État est engagée pour non-application de la règle communautaire et il doit indemniser la victime⁴⁶. Mais l'État peut préférer payer sans modifier son droit.

- **l'effet direct de la directive** : Le juge décide que la directive s'applique directement en droit interne. Cette technique suppose que la directive contienne des dispositions « *claires, complètes, précises et inconditionnelles* », ce qui correspond non à la définition d'une directive au sens du Traité, mais à celle d'un règlement.

C'est pourtant devenu une pratique courante dans la rédaction des directives, conséquence probablement de l'attention portée à tout ce qui pourrait porter atteinte à la libre concurrence dans le cadre du marché unique. Il en résulte que ce qui apparaissait jusqu'alors comme la sanction la plus brutale pour un État, est adoucie par la constatation que les textes de transposition en droit interne recopient désormais assez fidèlement le texte de la directive.

Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation, contrairement au Conseil d'État, a très vite reconnu cet effet direct des directives.

Quant au Conseil d'État, après avoir longtemps estimé nécessaire un texte intermédiaire⁴⁷, puis avoir reconnu l'existence de règles intermédiaires non écrites, issues de la

⁴¹ CJCE, 9 mars 1978 ,Simmenthal, affaire numéro 106/77,: «*le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il y ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.* »

⁴² CE, 7 décembre 1984 : Fédération française des sociétés de protection de la nature

⁴³ CE Ass, 3 février 1989, Compagnie Alitalia

⁴⁴ CE, Ass, 28 février 1992, Rothmans International France et Philip Morris

⁴⁵ article 88-4 de la Constitution introduit en 1992 avec le traité de Maastricht

⁴⁶ 32 CJCE, 19 novembre 1991, Andréa Francovich

⁴⁷ CE, Ass, 22 décembre 1978. Arrêt Cohn-Bendit

jurisprudence⁴⁸, il s'est finalement totalement rangé à cette analyse⁴⁹, reconnaissant même depuis « *l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne* »⁵⁰.

Dernières précisions :

- si un règlement européen, portant d'application directe et ne nécessitant pas d'acte de transposition en droit interne, nécessite cependant une adaptation de la législation nationale, il incombe au législateur de respecter ce règlement et le Conseil constitutionnel s'estime compétent pour opérer alors sur cette loi un contrôle identique à celui qu'il exerce sur les lois de transposition d'une directive européenne⁵¹.
- le juge national ne se voit reconnaître que de très faibles marges de manœuvre en matière de contrôle de la transposition d'une directive par l'État membre. Ainsi l'article 288 TFUE fait-il obstacle, selon la Cour, à ce qu'une juridiction nationale puisse faire abstraction de l'obligation mise à la charge de l'État membre dont elle relève de transposer une directive, au motif du présumé caractère disproportionné de cette transposition qui pourrait s'avérer coûteuse ou inutile au vu de l'abrogation future de cette directive. Il appartient donc à la juridiction de renvoi de prendre toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer que le résultat prescrit par ladite directive soit atteint et d'adopter, par conséquent, la déclaration demandée. Et seule la CJUE (et non le juge national) pourra, à titre exceptionnel et pour des considérations impérieuses de sécurité juridique, accorder une suspension provisoire des effets d'une règle du droit de l'Union à l'égard du droit national contraire à celle-ci⁵².

3 – Les lois

C'est la source de droit par excellence, la loi promulguée constituant la norme de référence, en haut de l'édifice. Les lois sont classées dans l'ordre suivant :

- les lois organiques, qui précisent l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics en application d'articles de la constitution,
- les lois référendaires, adoptées après l'approbation d'un projet de loi soumis au peuple par voie de référendum,
- les lois ordinaires de l'article 34,
- enfin les ordonnances de l'article 38⁵³.

Il faut ici signaler une nouvelle fois⁵⁴ que l'on s'interroge de plus en plus fréquemment sur la qualité des lois. Leur prolifération, leur manque de clarté et leur instabilité, sources d'insécurité juridique et de risque d'arbitraire des autorités publiques sont constamment dénoncés alors par le Conseil d'État⁵⁵ et l'ensemble des observateurs⁵⁶.

⁴⁸ CE, Ass, 6 février 1998, Tête

⁴⁹ CE, Ass, 30 octobre 2009, Dame Perreux : « *tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaire* »

⁵⁰ CE, Ass , 23 décembre 2011, Kandyrine de Brito Païva

⁵¹ Cons. Const. 112 juin 2018, n°2018-765 DC, à propos de la mise en conformité de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 avec le Règlement général sur la protection des données (RGPD)

⁵² CJUE, 17 mars 2021, off. C-64/20, UH/An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara, Éire agus An tArd-Aighne

⁵³ Voir annexe dédiée au chapitre précédent

⁵⁴ Voir chapitre 2 et les documents annexés

⁵⁵ Rapports annuels d'alerte en 1991, avec des propositions en 2006 et en 2016 (Qualité du droit et prolifération législative)

⁵⁶ Voir quelques articles ci-après dans l'annexe « A propos de la loi », Moysan, « *La loi en quelques maux* », JCP G 2018, p. 438. Plus largement sur l'inflation normative, voir aussi Labetoulle, *Réflexions sur les outils juridiques de la lutte contre l'inflation normative*, RJEP 2013, repère 8, Lambert et Boulard, *Rapport de la mission pour la simplification des normes applicables aux collectivités territoriales*, septembre 2018, voir enfin la circulaire du 26

Dans le cadre du mouvement jurisprudentiel de « *renouveau de la loi* », qui pointe l'hypertrophie de la loi, utilisée comme « *rite incantatoire* », la décision du Conseil constitutionnel sur la loi d'orientation et de programmation sur l'avenir de l'école⁵⁷ opère une avancée significative sur deux points. Elle déclare non conformes à la constitution les dispositions dépourvues de portée normative⁵⁸. D'autre part, elle procède à un déclassement préventif des dispositions réglementaires incluses dans la loi.

4 – Les principes généraux du droit

Ce sont des règles dégagées par le juge et qui s'imposent à l'autorité réglementaire. Le Conseil d'État les dégage à partir de 1944⁵⁹.

C'est en s'inspirant de cette construction que le Conseil constitutionnel constituera à partir de 1971 le bloc de constitutionnalité (PFRLR et PESPNNT). Le juge ne prétend pas créer ces principes, très divers (égalité devant la loi⁶⁰ et toutes ses déclinaisons – égalité des sexes, égalité devant le service public, devant les charges publiques -, droits de la défense, non rétroactivité des actes administratifs, interdiction de licencier une femme enceinte, etc.). Il les dégage des textes existants et les érige au rang de principes généraux du droit.

5– Les règlements

Ce sont les actes de portée générale et impersonnelle édictées par les autorités administratives. Le pouvoir réglementaire doit être prévu expressément par un texte. Cependant, la jurisprudence a établi que le Premier ministre « *en vertu de ses pouvoirs propres* », était compétent pour édicter les mesures de police applicables à l'ensemble du territoire⁶¹. D'autre part, elle reconnaît à tout ministre la capacité de prendre « *les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous (son) autorité* », alors même qu'aucun texte ne l'organise⁶².

Le classement des règlements est fonction de l'autorité qui les édicte : décret en conseil des ministres, en conseil d'État, décret simple, arrêté interministériel, ministériel, préfectoral, du Président du Conseil départemental et du Maire (au même niveau).

6 – Les délibérations des assemblées locales

Elles se situent à la base de la pyramide, et sont donc astreintes au respect de l'ensemble des normes supérieures. Ainsi, le caractère unitaire de l'État est-il garanti.

juillet 2017 « *relative à la maîtrise des textes réglementaires et de leur impact* », aux termes de laquelle tout projet de décret autonome créant une contrainte administrative nouvelle doit être compensé par l'adoption simultanée de deux mesures d'abrogation ou de deux mesures de simplification, disposition ayant donné lieu à 50 compensations au 1er juillet 2019 – pour 21 décrets comportant des obligations nouvelles, 9 abrogations et 41 simplifications -, et, pour une analyse critique des résultats obtenus, par exemple <https://blog.landot-avocats.net/2020/07/09/inflation-normative-debats-mythes-et-realites-video-de-5-min-en-partenariat-avec-weka-2/>

⁵⁷ DC, n°2005-512 DC, 21 avril 2005

⁵⁸ Par exemple l'article 7 affirmant que « *compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents* », tenu pour un objectif politique, non pour une règle de droit

⁵⁹ CE, Ass, 5 mai 1944, Veuve Trompier-Gravier, GAJA, n° 61 : droits de la défense

⁶⁰ Pour une application récente CE, 26 décembre 2018, n°420104, à propos de l'attribution de l'allocation de rentrée scolaire soumise à une évaluation forfaitaire des revenus de certains foyers introduisant une différence de traitement entre les ménages sans rapport avec l'objet de la norme établie

⁶¹ CE, 8 août 1919, Labonne, Lebon p. 737

⁶² CE, 7 février 1936, Jamart, Rec. Lebon p. 172

En marge de cette hiérarchie, la question des **actes para ou infra-réglementaires** doit être abordée. Réunis sous le vocable de « droit souple », ils se définissent comme des documents de portée générale émanant d'une autorité publique, matérialisé ou non et quel que soit la forme qu'ils prennent : circulaire, instruction⁶³, recommandation, guides éclairant une procédure ou une compétence, présentation, note, interprétation de droit positif, lignes directrices⁶⁴.

Émanant du supérieur hiérarchique, chef de service voire ministre, ces actes s'imposent aux agents publics. Leur régime est désormais unifié⁶⁵, le Conseil d'État reconnaissant la possibilité de les déférer au juge, dans le cadre d'un recours en annulation (recours pour excès de pouvoir), qu'ils aient un caractère impératif ou non, s'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur la situation de personnes⁶⁶ autres que les agents qui les appliquent.

Cette jurisprudence accompagne le mouvement entrepris par le législateur⁶⁷ qui a renforcé l'accès et l'invocabilité des circulaires et instructions, même si le décret d'application⁶⁸ nuance le principe d'une publication de toutes les circulaires sur un site unique⁶⁹ et impose, pour qu'elles soient applicables et opposables aux administrés, qu'elles soient publiées dans un délai de 4 mois à compter de leur signature⁷⁰. Faute de quoi elles ne sont pas applicables et leurs auteurs ne peuvent s'en prévaloir à l'égard des administrés.

Selon une jurisprudence constante⁷¹, le recours contre les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire est accueilli si, dans le silence des textes, elles fixent une règle nouvelle illégale, ou si les mesures ou l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter méconnaissent le sens et la portée des lois et règlements qu'elles entendent mettre en œuvre ou expliciter, enfin si elles réitèrent une règle contraire à une norme supérieure.

B : La jurisprudence

Comme tout juge, le juge administratif interprète le droit écrit sur la base duquel il doit statuer.

Mais, le droit administratif n'est pas codifié au sens du droit civil : la loi n'a jamais déterminé ses notions fondamentales et ses principes dominants. Ils ont été dégagés par le juge, qui a fait véritablement œuvre de création en la matière. Ainsi, le juge a défini l'acte administratif, le contrat administratif, le service public, le travail public, l'agent public, le domaine public, etc., et a défini les régimes correspondant à ces notions (régime général de l'action administrative, des conditions de sa légalité et de l'action en annulation devant le juge –recours pour excès de pouvoir-, de la responsabilité, de l'exécution des contrats, etc.). Le droit administratif est de ce fait originairement un droit jurisprudentiel.

⁶³ Acte ayant pour objet d'expliquer aux agents d'une administration une disposition légale, une procédure ou une jurisprudence

⁶⁴ Acte pris dans le cadre d'une compétence discrétionnaire de l'administration, qui balise l'action administrative en codifiant les motifs à invoquer pour accorder ou refuser une autorisation par exemple

⁶⁵ CE 12 juin 2020, GISTI, n° 418142

⁶⁶ CE, Ass, 19 juillet 2019, req.426389 ? O COMPARER AVE ce 21october 2019, re. N°419996 et 419997

⁶⁷ Loi du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance (ESSOC)

⁶⁸ Décret n°2018-1047 du 28 novembre 2018 pris en application de l'article 20 de la loi, autorisant certains ministères à publier leurs instructions sur leurs propres sites

⁶⁹ <http://circulaires.legifrance.gouv.fr>

⁷⁰ Toutes les circulaires et instructions signées avant le 1er janvier 2019 et non publiées ont disparu de l'ordonnancement juridique le 1er mai 2019

⁷¹ CE, 18 décembre 2002, Duvignères n° 233618, et pour une application plus récente sur la circulaire du Premier ministre relative aux règles de féminisation et de rédaction des textes publiés au Journal officiel, CE 28 février 2019, Association « Groupement d'information et de soutien sur les questions sexuées et sexuelles »

§ 2 : La mise en œuvre du principe de légalité

L'administration étant soumise au droit, elle sait que ses actes peuvent être annulés par le juge. La question revient à déterminer ce qui peut affecter la légalité d'un acte administratif. On se situe alors dans le cadre d'un contentieux original, le recours pour excès de pouvoir ou recours en annulation. Ce recours est dirigé contre un acte et non son auteur.

Pour contester la légalité de cet acte, la personne qui s'estime lésée développe des arguments juridiques, appelés « *moyens* » ou « *cas d'ouverture* » du recours pour excès de pouvoir.

Pour intenter ce recours, il faut :

- être capable, c'est-à-dire pouvoir agir en justice.
- avoir un intérêt à agir contre la décision. L'intérêt doit être direct, personnel et actuel (non futur).

C'est, par exemple, l'intérêt de la personne à agir contre le permis de construire délivré sur le terrain voisin du sien ; l'intérêt du syndicat à l'encontre d'un acte portant atteinte de son point de vue aux intérêts de ces adhérents, etc.

Par ailleurs, le recours doit être dirigé contre un acte « faisant grief » c'est-à-dire exécutoire, ce qui exclut les actes préparatoires à une décision, les avis et consultations qui ne lient pas celui qui prend la décision, les actes confirmatifs et les rappels⁷².

Enfin, afin que l'action de l'administration ne soit pas perpétuellement entravée par des contentieux en annulation de ses actes, le délai du recours est enfermé dans un délai très court : deux mois à compter de la publication ou de la notification de la décision.

A- Les sources d'illégalité d'un acte

Ce sont toujours les mêmes. Bien que cette présentation soit un peu perturbée par de récents développements jurisprudentiels⁷³, on conserve ci-après la classification classique des vices de la légalité, qui a le mérite de la simplicité.

1- La légalité externe de l'acte

1-1 - l'incompétence de son auteur

L'autorité administrative prend un acte sans avoir qualité pour le faire. Ce moyen est d'ordre public, c'est-à-dire qu'il peut être soulevé d'office par le juge, tant l'illégalité est grave.

Elle se décline en trois hypothèses : l'incompétence dans le temps, dans l'espace, sur la matière. L'incompétence aboutit obligatoirement à une annulation.

1-2 - Le vice de forme ou de procédure

L'auteur était compétent, mais une formalité ou une règle fixée pour l'élaboration de l'acte n'a pas été accomplie ou a été mal accomplie.

Le juge distinguait traditionnellement entre la formalité « substantielle » (destinée à protéger l'administré, à éclairer l'administration), dont le manquement aboutissait à l'annulation de l'acte (sauf si l'administration disposait d'une « compétence liée », cad si elle ne pouvait que prendre l'acte qu'elle a pris), et la formalité « non substantielle », dont

⁷² Sont également exclus du champ du recours les « actes de gouvernement », c'est-à-dire les « *actes qui se rattachent aux relations internationales de la France* ». Voir par exemple CE, ordonnance en référé, 23 avril 2019 qui qualifie ainsi le refus du gouvernement de rapatrier de Syrie des françaises ayant répondu à l'appel de Daesch et leurs enfants retenus dans un camp de détention en Syrie.

⁷³Voir Benjamin DEFOORT, Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents, RFDA novembre-décembre 2018, p. 1071

l'omission n'entraînait pas l'annulation car la forme omise, si elle avait été accomplie, n'aurait pas modifié le résultat⁷⁴.

La loi du 17 mai 2011 « *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit* » consacre par son article 70⁷⁵ l'abandon de cette distinction, obligeant le juge à évaluer de façon très concrète l'influence de la règle violée sur la décision qui a été prise. Aussi a-t-il rapidement précisé les contours de cette disposition dans un arrêt d'assemblée⁷⁶.

Une nouvelle décision d'assemblée⁷⁷ a largement été commentée car le juge arguant de « *l'équilibre entre sécurité juridique et principe de légalité, dans le souci de renforcer la première* »⁷⁸ pose que les vices de forme et de procédure d'un acte réglementaire ne pourront être invoqués dans le cadre d'un recours formé ni contre un refus d'abroger l'acte ni à l'occasion de sa contestation par voie d'exception.

Dans les faits, ce ne sont pas les voies de recours qu'empruntent le plus souvent les plaigneurs, bien loin de là et la décision s'explique par la volonté de promouvoir la sécurité juridique et de lutter contre un formalisme souvent dénoncé pour son utilité et sa lourdeur. Mais les commentateurs s'en sont émus⁷⁹, les formalités constituant aussi des bornes du pouvoir de l'administration et des garanties pour les administrés.

En conclusion, on retiendra que la violation d'une règle de forme ou de procédure n'entraîne pas nécessairement l'annulation de l'acte par le juge.

2 - La légalité interne de l'acte

C'est le contrôle des motifs et des buts de l'acte.

2-1- Le détournement de pouvoir

C'est le but de l'acte qui est ici contrôlé. L'autorité avait le pouvoir de prendre la décision, mais il a utilisé ce pouvoir à des fins autres que celles pour lesquelles il lui a été confié, soit à des fins privées⁸⁰, soit dans un intérêt public autre que celui pour lequel le pouvoir de prendre l'acte ont été donné à son auteur⁸¹.

⁷⁴ CE, 3 juillet 1998, requête n° 162464, Association de défense de l'environnement de Saint Come d'Olt, Lebon p.283

⁷⁵ « Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à une consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au sens de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre d'une décision ».

⁷⁶ CE, Ass, Danthony 23 décembre 2011 requête n°335033 : « *si les actes administratifs doivent être pris selon des formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'ilégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie* ». En résumé, dès lors qu'il constate qu'une irrégularité entache la procédure d'élaboration d'un acte administratif, le juge administratif doit se poser trois questions, qui relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond : la procédure administrative préalable à l'édition de la décision était-elle constitutive d'une garantie ? Si oui, les personnes au bénéfice desquelles cette garantie a été instituée en ont-elles été privées en raison du vice constaté ? Si non, le vice a-t-il été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ?

⁷⁷ CE, Assemblée, 18 mai 2018, req. n°414583, CFDT Finances

⁷⁸ Communiqué de presse accompagnant la décision

⁷⁹ Par exemple, Fabrice MELLERAY, Requiem pour le vice de procédure ? AJDA 2018, p.1241

⁸⁰ CE, 17 septembre 1999, requête n° 176174, Nasica et autres : travaux de création d'une route, déclarée d'utilité publique pour accéder à un château d'eau, mais dont la réalisation a été limitée au désenclavement d'une propriété privée d'un habitant de la commune.

⁸¹ CE, 3 juillet 1998, Commune de la Bruguière, requête n° 197525 : arrêté municipal interdisant la circulation et le stationnement des véhicules lourds sur les voies communales non pour des motifs de sécurité mais pour faire obstacle à la réalisation d'une ligne électrique à haute tension déclarée d'utilité publique.

2-1- La violation de la loi

Le terme est peu explicite en ce sens que tous les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir se résument à des violations des règles de règles de droit (sur la compétence, la forme, la procédure, etc.). Ici, le juge sanctionne la violation directe, frontale de la hiérarchie des normes : la norme édictée dans l'acte contredit une ou plusieurs normes qui lui sont hiérarchiquement supérieures.

Ce peut également être une illégalité des motifs ou de l'objet de l'acte :

- **soit par une erreur de droit**, l'acte se référant par exemple à une norme supérieure, régulière et applicable, mais sur l'interprétation de laquelle l'auteur de l'acte s'est trompé, lui donnant une portée inexacte⁸²;
- **soit par une erreur de fait**, lorsque l'exactitude matérielle des faits pris en compte pour justifier la décision prise -qui auraient pu juridiquement fonder la décision-, ne sont pas établis⁸³.
- **soit par une erreur dans la qualification juridique des faits** à l'origine de la décision de l'administration, qui ne sont pas de nature à justifier juridiquement la décision⁸⁴.

B- Le degré de contrôle du juge

Il dépend du degré d'autonomie reconnu à l'administration, et concerne l'étendue du contrôle du juge sur les motifs de l'acte administratif, donc la qualification juridique des faits.

Si l'administration dispose d'une compétence liée, c'est-à-dire si les textes l'obligent à agir d'une certaine manière, limitant ainsi sa possibilité de choix, le juge effectuera un contrôle normal : légalité externe (compétence, vice de forme), et légalité interne (violation de la loi, erreur de fait, erreur de droit, détournement de pouvoir).

Lorsqu'il s'agit de concilier les intérêts généraux dont la personne publique a la charge avec le respect dû aux libertés publiques, et notamment à la liberté d'expression, le juge se livre à une analyse plus poussée.

Ainsi, dans la jurisprudence très fournie des visas d'exploitation de films, le Conseil d'État juge de cassation opère-t-il un contrôle sur les appréciations « où entrent en compte le degré d'immoralité du film, l'état d'esprit local et les risques à l'ordre public ». Ce contrôle *in concreto* relève du contrôle normal⁸⁵.

Dans le cas particulier où des libertés fondamentales sont en cause et depuis 1933⁸⁶, il opérera même un contrôle très poussé, dit maximum, portant sur la proportionnalité de la mesure prise aux motifs justifiant son action.

⁸² CE, 28 mai 1954, Barel, GAJA n° 126 : le ministre commet une erreur de droit en estimant qu'il lui faut écarter de la liste des candidats à l'ENA, « dans l'intérêt du service », certains d'entre eux en se fondant exclusivement sur leurs opinions politiques

⁸³ CE, 14 janvier 1916, Camino, Lebon p. 15: annulation de la révocation d'un maire, la décision ayant été prise au motif qu'il n'aurait pas veillé à la décence d'un convoi funèbre par ressentiment à l'égard du mort, alors que ces faits sont matériellement inexacts.

⁸⁴ CE, 4 avril 1914, Gomel, Lebon p.488 : refus d'un permis de construire fondé sur le fait que la place Beauvau est une « perspective monumentale » au sens de la loi, ce que n'estime pas le CE après visite des lieux.

⁸⁵ CE, ass. 24 janvier 1975, Ministre de l'Intérieur c/ Sté Rome-Paris Film, p. 57, RDP 1975, p. 286

⁸⁶ CE, 19 mai 1933, Benjamin : l'interdiction par le maire de Nevers d'une conférence sur « Deux auteurs comiques : Courteline et Sacha Guitry », au motif de risques de troubles à l'ordre public est une atteinte disproportionnée à la liberté de réunion. Pour une application récente, voir TA Lille, ordonnance, 4 septembre 2018, Association L214 et autres, req. n° 1807923 : la décision du maire d'annuler le « Calais Vegan Festival » constitue une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales d'expression, de réunion, du commerce et de l'industrie. En effet, d'une part, les tensions entre commerçants de produits d'origine animale, chasseurs et festivaliers sont restées circonscrites à des propos critiques dont la presse s'était faite l'écho. D'autre part, d'autres festivals de même type ont pu se dérouler sans anicroche en France. Enfin, les organisateurs ont prévu de faire appel aux services d'agents de surveillance privés.

Si l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire si les textes lui reconnaissent une certaine liberté d'action, d'appréciation de la situation, le juge s'en tiendra à un contrôle minimum de l'acte. Il contrôlera la compétence de l'auteur de l'acte, vérifiera que l'acte a bien été pris dans un but d'intérêt public (et non d'intérêt privé ou partisan) et examinera si les motifs allégués existent bien (Erreur de fait, erreur de droit). En revanche, il n'opèrera pas le contrôle habituel sur la qualification juridique des faits, relevant seulement, s'il y a lieu, l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation qui aurait été commise par l'administration, l'erreur manifeste d'appréciation étant une erreur grossière, décelable à l'issue d'un examen peu poussé des motifs et de leur qualification⁸⁷.

On terminera ce bref exposé en signalant une importante décision du Conseil d'État⁸⁸ par laquelle, tempérant le principe – qu'il rappelle expressément - selon lequel le juge dispose de la faculté d'opter pour le motif d'annulation de son choix, le contraint à tenir compte de la priorité exprimée par le requérant dans ses prétentions, lui impose un ordre dans l'examen des moyens de sa requête. Sans entrer dans la technique juridique un peu compliquée, c'est ainsi l'enjeu concret du litige pour le justiciable qui est pris en compte. C'est affirmer clairement que le juge de l'excès de pouvoir est au service du justiciable et non seulement au service de la légalité.

Section 3 : Les administrations

§1 : L'administration de l'État

A. L'administration centrale⁸⁹

Il résulte de l'article 20 de la constitution que l'administration est subordonnée au gouvernement. Le Président de la République signe les ordonnances, les décrets pris en Conseil des ministres et nomme aux emplois civils et militaires les plus importants⁹⁰.

Le Premier Ministre assure l'exécution des lois, exerce le pouvoir réglementaire de droit commun sur le territoire national⁹¹ et nomme aux emplois civils et militaires autres que ceux relevant du Président de la République⁹². Il appartient aux ministres de « prendre toutes mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité »⁹³. Les circulaires, directives, instructions qu'ils émettent doivent être appliquées par tous les agents placés sous leur autorité (car le ministre dispose du pouvoir hiérarchique et exerce également le pouvoir disciplinaire sur ces agents). Illustration du principe selon lequel « on peut gouverner de loin, mais on n'administre bien que de près »⁹⁴. Certains ministres disposent d'un pouvoir réglementaire plus étendu, bien que n'étant pas de droit commun (celui du Premier Ministre) : ministre des transports, dans les gares, aéroports, etc.

B. L'administration territoriale de l'Etat

⁸⁷ CE, 19 février 2010, Ordre des avocats du Barreau de Moulins, AJDA 2010 p. 357 : le juge retient l'erreur manifeste d'appréciation de supprimer les différents tribunaux de Moulins, chef-lieu du département de l'Allier, par le décret du 30 octobre 2008 portant réorganisation des tribunaux et modification de la carte judiciaire

⁸⁸ CE, section, 21 décembre 2018 Société Eden, n°409678

⁸⁹ Voir Chapitre 3

⁹⁰ Article 13, al 2 et 3

⁹¹ Article 21

⁹² Article 13, alinéa 4

⁹³ Conseil d'Etat, 7 février 1936, Jamart, précité

⁹⁴ René CHAPUS

Elle représente l'État localement, selon le mode d'organisation de la déconcentration, classique dans un État unitaire moderne. Il y a déconcentration lorsque, « *au sein d'une même institution, le pouvoir de décision détenu par les autorités les plus élevées est transféré à des autorités moins élevées dans la hiérarchie interne de l'institution* »⁷⁵.

La déconcentration présente plusieurs avantages : on désengorge le niveau supérieur sans modifier les compétences de l'institution ; leur mise en oeuvre est rapprochée des administrés, donc sera plus rapide et plus efficace⁷⁶. De plus, on préserve la cohérence d'ensemble de l'action administrative, le supérieur hiérarchique conservant tous ses pouvoirs.

1 – Les services déconcentrés

Le cadre principal d'implantation des services déconcentrés de l'État était traditionnellement le département. La réforme de l'État, dite « révision générale des politiques publiques », a consisté à remonter au cran de la Région les organisations, pour les adapter aux évolutions de société (notamment des méthodes de travail) et aux décisions de réduction des effectifs.

Certaines autorités déconcentrées disposent d'une compétence générale sur un territoire donné (le préfet de région dans la région). D'autres se voient reconnaître une compétence spéciale (Recteur d'académie pour l'Éducation nationale ; Directeur de l'Agence régionale de Santé dans le secteur de l'action sanitaire et sociale).

La loi du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions entraîne la réforme de l'État régional puisque, l'exécutif ayant souhaité que la circonscription régionale de l'État reste identique à celle de la région collectivité territoriale et la loi ayant ramené le nombre de régions à 13, le nombre de Préfets de régions passe de 22 à 13. Mais la véritable nouveauté dans l'organisation de l'État territorial apparaît avec la loi de Modernisation de l'action publique territoriale et affirmation des métropoles, dite loi MAPTAM du 27 janvier 2007, qui met fin, avec la Métropole de Lyon, à la correspondance exacte entre la circonscription départementale de l'État et celle de la collectivité territoriale : le Préfet du Rhône est en effet confirmé à la tête d'une circonscription administrative constituée du département du Rhône et de la métropole de Lyon. Cette première encoche dans le système ouvre la voie à d'autres exceptions. Par exemple, à compter du 1^{er} janvier 2018, la collectivité de Corse, à statut particulier remplace la collectivité territoriale de Corse et les départements de Corse du Sud et de Haute-Corse. Pour les services de l'Etat, deux préfets sont confirmés, alors même qu'il n'y a plus de collectivité départementale correspondant à leur circonscription.

2 – Le préfet

C'est l'autorité déconcentrée par excellence. Créé en l'an VIII (1800), il est nommé par décret du Président de la République en conseil des ministres, sur proposition du Premier ministre.

Sa mission est constitutionnellement définie⁹⁵ : il a « *la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* ». Représentant de l'État dans le département, il est le dépositaire de son autorité, et est le délégué du gouvernement, « *représentant de chacun des membres du Gouvernement* ».

Il exerce le contrôle de légalité sur les collectivités décentralisées, dispose des pouvoirs de police générale (ordre, sécurité et salubrité publique), lorsque la mesure dépasse la circonscription communale ; détient la police des routes nationale hors agglomération, exerce la police de la tranquillité (manifestations, etc.) dans les communes où la police est étatisée, les polices spéciales (exemple : police des immeubles insalubres). Il a des attributions en matière de défense, de sécurité civile, notamment lorsque l'état d'urgence est institué. Surtout, il dirige l'ensemble des services des administrations civiles de l'Etat.

⁹⁵ Article 72, dernier alinéa

§2 : Une administration territoriale décentralisée depuis 1982

De tradition jacobine, c'est-à-dire centralisatrice, la France a opéré à partir de 1982 une profonde réforme de décentralisation au bénéfice des collectivités territoriales. Elle répond à une revendication ancienne de meilleure adaptation du service public à la demande des usagers.

La réforme de 2003 inscrit la décentralisation dans le texte même de la constitution⁹⁶ et précise le cadre d'intervention des collectivités territoriales⁹⁷. Sa mise en œuvre en est assurée par la loi du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales, présentée comme l'acte II de la décentralisation (l'Acte 1 étant donc la réforme de 1982-1985).

Enfin, de profondes réformes des collectivités territoriales sont intervenues successivement par les lois des 16 décembre 2010, 27 janvier 2014⁹⁸, 16 janvier 2015⁹⁹ et 7 août 2015¹⁰⁰. Cet ensemble constitue l'Acte III de la décentralisation et affiche pour ambition d'adapter l'organisation administrative aux nouveaux enjeux, en réduisant les échelons décentralisés et en clarifiant les prérogatives de chaque niveau d'administration. La décentralisation est donc un mode d'organisation de l'administration dans un État unitaire (qui peut être combiné avec la déconcentration), par transfert d'attributions de l'État vers des collectivités territoriales. Elle consiste à confier à des collectivités plus proches des personnes, donc plus à l'écoute de leurs besoins, la responsabilité des secteurs de l'activité administrative où elles sont la sphère d'intervention la plus pertinente, la mieux adaptée. C'est le principe de subsidiarité¹⁰¹, qui va permettre à l'État de se consacrer aux tâches supra locales (nationales, européennes, internationales) qui se développent. La dernière réforme a été entamée par la loi du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, municipaux et communautaires et modifiant le calendrier électoral. Les objectifs de ce texte étaient de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats locaux et de renforcer la légitimité démocratique de l'intercommunalité.

Au fil des lois, les dispositions suivantes ont été adoptées :

- Les élections municipales ont lieu (depuis mars 2014) au scrutin de liste dans toutes les communes de plus de 1000 habitants (au lieu de 3500 habitants). L'élection des conseillers communautaires se fait par fléchage sur les listes des candidats aux élections municipales, en instaurant le principe « un bulletin, deux listes ». Enfin, dans les communes de moins de 1000 habitants, les conseillers communautaires sont les membres du conseil municipal désignés dans l'ordre du tableau ;
- L'intercommunalité est généralisée à l'ensemble du territoire national (loi du 27 janvier 2014) et le seuil minimum de population pour former une structure est relevé à 15 000 habitants (au lieu de 5000 habitants) –sauf exceptions, notamment en zone de montagne– (Loi du 7 août 2015).

La création d'un nouveau statut pour les métropoles amorce un vrai bouleversement de l'organisation territoriale française, au-delà de l'objectif de clarification de l'exercice des compétences au niveau local. En effet, une nouvelle carte de France se dessine avec les trois métropoles à statut particulier (Lyon créée au 1er janvier 2015, Aix-Marseille-

⁹⁶ Article 1, alinéa1 : « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ».

⁹⁷ Titre XII : Des collectivités territoriales

⁹⁸ Loi de « modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles », dite Maptam

⁹⁹ Loi relative « à la délimitation des régions »

¹⁰⁰ Loi portant « Nouvelle organisation territoriale de la République », dite loi NOTRe

¹⁰¹ Article 72, 2ème alinéa : « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon»

Provence et le Grand Paris au 1^{er} janvier 2016 et qui assume l'ensemble de ses compétences depuis le 1^{er} janvier 2017) et une dizaine d'autres métropoles de droit commun, dont les compétences varient au-delà du bloc obligatoire en fonction des conventions passées avec les autres collectivités territoriales.

Quant à la Métropole de Lyon, seule métropole à avoir le statut de collectivité territoriale, elle récupère l'ensemble des compétences jusqu'alors exercées par le Département du Rhône (voirie départementale, collèges, aide sociale et solidarité, etc.), lequel a disparu dans les limites géographiques de l'ancien Grand Lyon.

Des schémas comparables préexistaient¹⁰², mais le mouvement s'accélère et les freins passés, notamment liés au caractère unitaire de l'État, commencent à être levés, même si le modèle lyonno-rhodanien ne paraît pas promis à une modélisation pour d'autres territoires¹⁰³.

Le chantier de la décentralisation, et plus largement celui de l'organisation territoriale de la République est bien un mouvement brownien. Il y a toujours au moins un projet en discussion¹⁰⁴, une réforme annoncée. Après le gel, sinon l'abandon du projet de loi constitutionnelle présenté au Conseil des ministres le 28 août 2019, dont l'examen devait être reprogrammé au cours du deuxième trimestre 2020, madame Jacqueline GOURAULT, ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, a présenté en mai 2021 un projet de loi *relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale* qui vise à "construire une nouvelle étape de la décentralisation"¹⁰⁵.

Cette nouvelle ambition passe par des mesures tendant :

- à favoriser la différenciation territoriale,
 - en développant les possibilités de délégation de compétences aux collectivités territoriales pour réaliser des projets spécifiques. Poursuivant un mouvement déjà bien enclenché¹⁰⁶, les départements et régions d'outre-mer seraient autorisés à fixer eux-mêmes plus simplement les règles applicables sur leur territoire dans certaines matières, sous le contrôle final du Parlement¹⁰⁷.
 - et en élargissant le champ d'action du pouvoir réglementaire local,
- à développer la démocratie locale participative, en facilitant le recours à la consultation des électeurs dans les décisions publiques locales.
- à achever la décentralisation, par le transfert de certains blocs de compétences (notamment dans les domaines de la transition écologique, du logement social, de la

¹⁰² Paris exerce à la fois les compétences d'une commune et d'un Département, les collectivités territoriales de Guyane et de Martinique exercent les compétences d'un département et d'une région. Depuis lors, la loi n° 2019-816 du 2 août 2019 donne à la Collectivité européenne d'Alsace, fruit de la volonté des conseils départementaux du Bas et du Haut-Rhin, les compétences d'un département, étendues à une partie de la gestion du tourisme sur son territoire, à la promotion du bilinguisme, avec l'allemand et des dialectes alsaciens, notamment au sein du système éducatif.

¹⁰³ Rapport d'information de MM. Charles GUENÉ et Claude RAYNAL, fait au nom de la commission des finances, Sénat, n° 442 (2018-2019) - 10 avril 2019

¹⁰⁴ Et même plusieurs ! Après l'adoption de la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique, sont actuellement en la loi de finances pour 2021 dont les dispositions notamment fiscales impactent directement les collectivités territoriales et le projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution

¹⁰⁵ Voir

http://www.senat.fr/espace_presse/actualites/202105/differenciation_decentralisation_deconcentration_et_simplification.html#c664541

¹⁰⁶ Voir par exemple la Loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique

¹⁰⁷ Pour mémoire, par ailleurs, si ce texte était adopté, la spécificité de la Corse serait reconnue via le nouvel article 72-5 de la Constitution

cohésion sociale et de la santé) et la clarification de leur répartition entre collectivités. Ces ajustements de compétences intéressent

- à mettre en cohérence la déconcentration par un renforcement des services territoriaux de l'État et de leur capacité d'appui aux collectivités territoriales.

- enfin à simplifier l'action publique, notamment à travers des dispositions simplifiant le fonctionnement des institutions locales et permettant des expérimentations de projets innovants en faveur des territoires.

Il est prévu d'instituer un droit à la différenciation entre collectivités locales pour permettre à certaines collectivités d'exercer des compétences -en nombre limité-, dont ne disposent pas les autres collectivités de la même catégorie. Les collectivités et leurs groupements peuvent aussi déroger, lorsqu'un texte l'a prévu, aux dispositions fixant leurs compétences.

A. Les collectivités territoriales

1 – Définition

La collectivité territoriale est une personne morale de droit public ayant une volonté propre qu'elle exprime par l'intermédiaire d'un conseil d'élus.

La constitution en énumère cinq catégories (commune, département, région, collectivité à statut particulier, collectivités d'outre-mer) et précise que « *Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi* ». Relève par exemple de cette dernière catégorie la métropole de Lyon, seule collectivité de son espèce, la collectivité unique de Corse créée par la loi du 7 août 2015, la collectivité européenne d'Alsace, issue du rapprochement des Départements du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, qui verra le jour en 2021.

Les collectivités locales agissent en vue de satisfaire l'intérêt général dans les affaires qui leur sont confiées. Elles disposent d'un pouvoir de décision puisque dans leurs domaines de compétences, elles prennent des actes exécutoires créant des situations juridiques nouvelles.

Pour respecter la forme unitaire de l'État, le préfet doit être en position de remplir la mission qui lui est confiée par la constitution¹⁰⁸. C'est pourquoi, les décisions prises par les collectivités décentralisées sont exécutoires de plein droit seulement lorsqu'elles ont été publiées et transmises au préfet. Si ce dernier les estime illégales, il les défère au juge administratif, qui examine leur conformité.

Ainsi la portée de la décentralisation est conservée : les actes des collectivités ne sont pas soumis à une tutelle administrative de l'État. Il s'agit d'un contrôle *a posteriori* (et non *a priori*), de la légalité (et non de l'opportunité) et juridictionnel (confié au juge administratif).

2– Les principes

En France, la décentralisation de 1982 s'appuyait sur quelques principes, pas toujours exprimés dans la loi elle-même : pas de tutelle d'une collectivité locale sur une autre, pas de transfert d'une collectivité à une autre mais de l'État vers les collectivités, transfert corrélatif de moyens en personnel, en matériel et financier.

Au fil du temps, ces principes étaient de moins en moins respectés : tutelles insidieuses liées notamment au « pouvoir d'expert » ; dans certains domaines (logement) enchevêtrement et superposition des compétences entre différentes collectivités entraînant opacité, absence de lisibilité et dilution des responsabilités ; transferts nouveaux ou nouvelles compétences non compensées financièrement (RMI, RSA, APA).

¹⁰⁸ Article 72, 6ème alinéa

La réforme constitutionnelle de 2003 a inscrit dans la Constitution ces principes, afin qu'ils s'imposent à la loi : article 72, 5ème alinéa¹⁰⁹ et article 72-2¹¹⁰.

La réforme de 2010, dans la ligne de celles de 1982 et de 2003, visait à renforcer la démocratie locale (élection au suffrage universel direct des nouveaux conseillers territoriaux et des conseillers communautaires des intercommunalités) et à rapprocher l'action publique locale des citoyens (clarification des compétences et des financements, achèvement de la construction intercommunale et développement de la mutualisation des moyens des collectivités).

La loi Maptam¹¹¹ se proposait également de clarifier les responsabilités des collectivités territoriales et de l'État, notamment en instituant des collectivités-chefs de file. La loi NOTRe du 7 août 2015 procède au renforcement d'une part, des 13 régions aux nouveaux contours et d'autre part, des intercommunalités, tout en redéfinissant une nouvelle fois les compétences dévolues aux régions, départements, intercommunalités et communes.

Plus récemment, avec la loi Engagement et proximité du 27 décembre 2019, le législateur met l'accent sur la lutte contre la fracture territoriale, tirant là les conséquences de la crise des gilets jaunes et, pour répondre à la crise de vocation des élus locaux -, sur l'amélioration des conditions d'exercice des mandats locaux, l'extension des libertés locales en confortant le rôle du maire pour trouver un meilleur équilibre avec son intercommunalité, et sur la simplification de certaines règles pour les adapter aux réalités du terrain.

3 – Les compétences transférées

➤ **La suppression de la clause générale de compétence** pour les régions et les départements.

L'article 72, 2ème alinéa de la constitution dispose : « *Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon* ».

Dès la décentralisation de 1982, ce principe était repris dans la loi¹¹². L'idée était de laisser la collectivité libre d'intervenir –à condition qu'elle n'empêtre pas sur des compétences expressément transférées à d'autres- dans les matières qu'elle définissait comme présentant un intérêt local, sous le contrôle du juge.

Cependant, tirant les enseignements des conflits de compétence entre collectivités, la réforme territoriale de 2010 avait supprimé cette clause pour les départements et les régions, sauf exception (notamment dans les domaines de la culture, du sport et du tourisme, ce qui couvrait la part la plus importante des secteurs dans lesquels la clause de compétence générale était jusqu'alors actionnée), tout en la maintenant pour les communes. Mais sous la pression des élus locaux, elle avait été rétablie par la loi du 27 janvier 2014. Elle disparaît à nouveau pour les régions et les départements avec la promulgation de la loi du 7 août 2015, laquelle leur reconnaît cependant toujours la capacité d'exercer des compétences partagées en matière de culture, sports, tourisme et langues régionales.

¹⁰⁹ « Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre » et notion de collectivité « chef de file » pour « organiser les modalités de leur action commune ».

¹¹⁰ Compensation financière garantie des transferts de compétence 45 Par exemple, article 59 de la loi du 2 mars 1982 : « Le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région.»

¹¹¹ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles

¹¹² Par exemple, article 59 de la loi du 2 mars 1982 : « Le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région.»

En dépit de ces exceptions, il faut retenir que département et région ne peuvent désormais légalement intervenir dans un domaine que dans la mesure où leur intervention est prévue par un texte ou peut être rattachée à un texte leur donnant compétence.

A noter : cette suppression de la clause de compétence générale a bien été tenue par le Conseil constitutionnel comme conforme au principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales¹¹³.

➤ Des compétences précises dans des domaines déterminés.

Jusqu'à présent, le législateur cherchait à confier à chaque catégorie de collectivité les compétences qu'elle était le plus efficacement à même d'exercer.

Exemple : pour les communes : l'urbanisme, les écoles ; pour les départements : la voirie, les collèges, l'action sociale ; pour les régions, les lycées, la planification en lien avec l'Etat et les interventions économiques.

Dans l'acte II de la décentralisation, il clarifie et remet en ordre certains secteurs (RMI, logement, interventions économiques, infrastructures de communication, etc.). Sans doute insuffisamment, puisque c'est également l'objectif affiché par les réformes de 2010, de 2014 et de 2015 qui visent à définir un nouveau régime de compétences plus clair et plus lisible, propre à rationaliser l'efficacité administrative.

La notion de « chef de filat », introduite par la loi d'orientation du 4 février 1995 comme un moyen d'aboutir à une clarification de l'exercice des compétences, est reprise par la loi Maptam : le chef de file est chargé d'organiser les modalités de l'action commune des collectivités territoriales et de leurs établissements publics dans un domaine donné.

Aujourd'hui, conformément aux dispositions de la loi NOTRe :

- La Région est compétente en matière de développement économique, d'aménagement du territoire, de formation professionnelle, de gestion des lycées et d'organisation des transports hors agglomération (transports interurbains par car, TER et transports scolaires),
- Le Département conserve ses compétences sociales, les collèges et les routes,
- Les intercommunalités gèrent la collecte et le traitement des déchets, la promotion touristique, les aires d'accueil des gens du voyage, et, à terme (seulement en 2020), l'eau et l'assainissement.

Globalement jusqu'à présent, le législateur avait relativement respecté le principe de l'homogénéité des compétences par catégorie de collectivités territoriales.

En inscrivant en 2003 le droit à l'expérimentation dans la constitution, il leur reconnaît (ainsi qu'à l'Etat) cependant le droit de déroger à une loi ou à un règlement, durant un temps déterminé. Les collectivités se sont saisies de ce droit¹¹⁴ qui constitue une source réelle d'innovation au service des politiques publiques.

¹¹³ Décision n° 2016-565 QPC du 16 septembre 2016 <https://www.conseil-constitutionnel.fr>

¹¹⁴ Plus de 300 expérimentations depuis 2003, dont près d'une centaine intervenant dans des politiques sociales (RSA, garantie Jeunes, Pass culture,) et une soixantaine dans les politiques environnementales et de transport (introduction d'espèces protégées, etc.).

Pour assurer cette position, le Conseil d'État a tout récemment proposé une rationalisation de la méthodologie présidant à ces expérimentations, afin d'en garantir les chances et l'évaluation qui en est faite¹¹⁵.

Il a été entendu et un projet de loi organique est actuellement en discussion au Parlement en vue de simplifier leurs conditions de mise en œuvre¹¹⁶, d'élargir les options à leur terme et ainsi d'illustrer le principe de différenciation territoriale¹¹⁷.

B – L'intercommunalité

Trois données « objectives » ont conduit au développement de l'intercommunalité en France : l'impossibilité de réduire le nombre de communes, l'accroissement des compétences dans des domaines très techniques et la recherche d'une cohérence de gestion des intérêts communs.

Aujourd'hui toutes les communes sont regroupées en établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), à fiscalité propre, qui assurent des compétences essentielles dans la vie quotidienne. Du fait de l'importance de leurs budgets, de leur financement par l'impôt, ils détiennent un véritable pouvoir local. L'Acte III de la décentralisation, par les lois de 2010 (dont 62 articles sur 90 traitent de l'intercommunalité), de 2014 et d'août 2015 (dont un tiers -plus de cinquante articles- lui est consacré), parachève le mouvement de modernisation et de rationalisation de ce secteur de l'activité publique.

1 – Définition

L'établissement public est une personne morale dotée de l'autonomie financière et administrative. Il a donc un budget propre, emploie ses personnels et définit ses modes d'intervention.

Il est soumis au principe de spécialité, c'est-à-dire qu'il exerce son activité dans les domaines de compétences que lui définit la loi. Il est rattaché à une collectivité publique, territoriale par exemple, qui le contrôle.

L'assise territoriale des EPCI est devenue de plus en plus importante au fil du temps et leurs compétences se sont étendues malgré le maintien de la condition de spécialité. Avec l'achèvement de l'Acte III de la décentralisation, la suppression de la clause de compétence générale aux départements et régions et l'affirmation du titre exclusif des attributions de compétences aux collectivités -et en dépit du fait que la loi NOTRe a renoncé à l'engagement d'aboutir en 2020 au suffrage universel direct des assemblées

¹¹⁵ Les expérimentations, comment innover dans la conduite des politiques publiques, Dutheillet de Lamothe et Janicot, Conseil d'État, Étude, 3 octobre 2019

¹¹⁶ Par exemple, en supprimant le régime d'autorisation préalable qui impose que la liste des collectivités expérimentatrices soit, au terme d'une procédure longue et complexe, arrêtée par décret en conseil d'État. Si le test est adopté, une simple délibération de la collectivité suffira. De même, le régime de contrôle de légalité sera allégé

¹¹⁷ Dans le projet de loi constitutionnelle « *pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace* » dont l'examen a été suspendu en juillet 2018, c'est le droit à la différenciation qu'il était proposé d'introduire pour les collectivités territoriales, d'une part, par une différenciation des compétences, certaines collectivités pouvant alors exercer des compétences dont ne disposent pas toutes celles de leur catégorie (comme c'est déjà le cas pour l'ensemble des outre-mer, les collectivités à statut particulier - Paris, Lyon, la Corse, l'Alsace), les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) et la région Île-de-France, et par une différenciation des normes, les collectivités pouvant “*déroger, pour un objet limité, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences*”, à l'instar du droit depuis la révision constitutionnelle de 2003, aux départements et régions d'outre-mer (DROM) et aux autres collectivités dans le cadre d'expérimentations. Ces dispositions étaient reprises dans le projet de loi constitutionnelle “*pour un renouveau de la vie démocratique*” présenté par le gouvernement le 28 août 2019, lui aussi à l'arrêt.

intercommunales-, la différence entre intercommunalité et collectivité territoriale s'amenuise encore.

2– Effort de simplification et de rationalisation de l'intercommunalité

Depuis 1992¹¹⁸, de nombreux textes visent cet objectif de simplification et de rationalisation¹¹⁹.

Au fil de ces réformes, on est passé d'une intercommunalité de circonstances (gestion l'intérêt communal) à une intercommunalité de projet. Mais la rationalisation de l'intercommunalité n'était pas acquise pour autant. C'est l'ambition des dernières réformes de la réaliser, particulièrement des lois MAPTAM et NOTRe, notamment par l'intermédiaire des schémas départementaux de coopération intercommunale (SDCI) établis par les préfets pour constituer des ensembles cohérents (spatialement, mais aussi autour d'un projet commun) de plus de 15 000 habitants tout en supprimant les structures qui font doublon.

3– La nouvelle carte de l'intercommunalité

La carte de l'intercommunalité a été achevée fin 2011, déterminant les projets de fusion, de création ou d'extension de communautés puisqu'elle devait inclure toutes les communes de France dans une intercommunalité.

De fait, depuis le 1er janvier 2014, toutes les communes de France faisaient effectivement partie d'une intercommunalité. Mais la loi du 7 août 2015 est allée plus loin : ayant constaté à l'usage que les regroupements de tailles différentes ne permettaient pas de porter des projets d'envergure, elle amplifie le processus d'intégration en relevant le seuil des intercommunalités à fiscalité propre de 5 000 à 15 000 habitants, organisées autour d'un bassin de vie.

Ces intercommunalités, parfois constituées sous la pression et conduisant à des ensembles XXL, ont été dénoncées comme opaques et de nature à confisquer la démocratie locale¹²⁰. L'une des ambitions de la loi Engagement et proximité du 27 décembre 2019 a justement été de répondre à ces critiques en restaurant le rôle des communes au sein de l'intercommunalité.

Est-ce un signe d'un retour en arrière ? Pour la première fois en juillet 2019, un Tribunal administratif a annulé un arrêté portant création d'une communauté de communes qui réunissait 43 communes, pour une population de 25 000 habitants, jugeant l'arrêté de fusion des trois communautés de communes préexistantes insuffisamment motivé¹²¹.

4- Les formes d'intercommunalité

La loi du 16 décembre 2010 avait créé deux formes nouvelles d'intercommunalité, la métropole et le pôle métropolitain. Les lois successives, et singulièrement celle du 27 janvier 2014, ont poursuivi l'objectif de rationalisation de l'organisation.

a/ La métropole

Les EPCI qui forment un ensemble de plus de 500 000 habitants et les communautés urbaines peuvent obtenir le statut de métropole. La continuité territoriale n'est pas exigée

¹¹⁸ Loi du 6 février relative à l'administration territoriale de la République

¹¹⁹ Loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, dite loi Chevènement, loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, loi de finances pour 2005 modifiant le régime financier des dotations de l'État aux EPCI, etc.

¹²⁰ Exprimé au cours du Grand débat et, moins formellement dans le cadre du mouvement des Gilets jaunes, mais aussi directement par les élus locaux, singulièrement ceux des petites communes, qui l'ont vécu comme une négation de leur rôle et de la portée de leur élection.

¹²¹ TA Limoges, requêtes n°1601509,1601669, CC du Pays Dunois et commune de Dun,-le-Palestel et autres, <https://www.lagazettedescommunes.com/telechargements/2019/10/dissolution-dune-cdc.pdf>

pour créer une métropole dont le périmètre intègre celui d'une communauté d'agglomération créée avant le 1er janvier 2000¹²²₁₀₁.

En ce qui concerne les compétences, toutes celles acquises par l'EPCI d'origine sont transférées de plein droit à la métropole, qui exerce de plus, de plein droit, six blocs de compétences obligatoires, en lieu et place des communes membres :

➤ En matière de **développement et d'aménagement économique, social et culturel** :

- Création, aménagement et gestion des zones d'activité industrielle, commerciale, tertiaire, artisanale, touristique, portuaire ou aéroportuaire,
- Actions de développement économique ; participation au co-pilotage des pôles de compétitivité et au capital des sociétés d'accélération du transfert de technologie,
- Construction, aménagement, entretien et fonctionnement d'équipements culturels, socioculturels, socio-éducatifs et sportifs d'intérêt métropolitain,
- Promotion du tourisme, dont la création d'offices de tourisme,
- Programme de soutien et d'aides aux établissements d'enseignement supérieur et de recherche et aux programmes de recherche, en tenant compte du schéma régional de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation.

➤ En matière de **d'aménagement de l'espace métropolitain** :

- Schéma de cohérence territoriale et schéma de secteur ; plan local d'urbanisme et documents d'urbanisme en tenant lieu ; définition, création et réalisation d'opérations d'aménagement d'intérêt métropolitain ; actions de valorisation du patrimoine naturel et paysager ; constitution de réserves foncières ;
- Organisation de la mobilité ; création, aménagement et entretien de voirie ; signalisation ; abris de voyageurs ; parcs et aires de stationnement et plan de déplacements urbains ;
- Création, aménagement et entretien des espaces publics dédiés à tout mode de déplacement urbain ainsi qu'à leurs ouvrages accessoires ;
- Participation à la gouvernance et à l'aménagement des gares situées sur le territoire métropolitain ;
- Établissement, exploitation, acquisition et mise à disposition d'infrastructures et de réseaux de télécommunications.

➤ En matière de **politique locale de l'habitat** :

- Programme local de l'habitat ; Politique du logement ; aides financières au logement social ; actions en faveur du logement social ; actions en faveur du logement des personnes défavorisées ;
- Amélioration du parc immobilier bâti, réhabilitation et résorption de l'habitat insalubre ;
- Aménagement, entretien et gestion des aires d'accueil des gens du voyage

➤ En matière de **politique de la ville** :

- Dispositifs contractuels de développement urbain, de développement local et d'insertion économique et sociale ;
- Dispositifs locaux de prévention de la délinquance et d'accès au droit ;

➤ En matière de **gestion des services d'intérêt collectif** :

- Assainissement et eau ;
- Création, gestion, extension et translation des cimetières et sites cinéraires d'intérêt métropolitain, ainsi que création, gestion et extension des crématoriums ;
- Abattoirs, abattoirs marchés et marchés d'intérêt national ;

¹²² Une métropole peut comporter une enclave ou une discontinuité composée de plusieurs communes si ces communes sont regroupées dans un EPCI à fiscalité propre.

- Services d'incendie et de secours, Service public de défense extérieure contre l'incendie;

➤ En matière de **protection et de mise en valeur de l'environnement et de politique du cadre de vie** :

- Gestion des déchets ménagers et assimilés ;
- Lutte contre la pollution de l'air ; lutte contre les nuisances sonores ;
- Contribution à la transition énergétique ; Soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie ; Élaboration et adoption du plan climat-énergie territorial, en cohérence avec les objectifs nationaux en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre, d'efficacité énergétique et de production d'énergie renouvelable ;
- Concession de la distribution publique d'électricité et de gaz ; Création, aménagement, entretien et gestion de réseaux de chaleur ou de froid urbains Création et entretien des infrastructures de charge nécessaires à l'usage des véhicules électriques ou hybrides rechargeables ;
- Gestion des milieux aquatiques et prévention des inondations,
- Autorité concessionnaire de l'État pour les plages.

Lorsque l'exercice de ces compétences est subordonné à la reconnaissance de leur intérêt métropolitain, celui-ci est déterminé à la majorité des deux tiers du conseil de la métropole. Il est défini au plus tard deux ans après l'entrée en vigueur du décret prononçant la création de la métropole. À défaut, la métropole exerce l'intégralité des compétences transférées. La métropole peut exercer, en lieu et place du département et par convention passée avec ce dernier, tout ou partie des compétences dans le domaine de l'action sociale, en matière de construction et de fonctionnement des collèges, de développement économique, de tourisme, en matière culturelle et d'équipements sportifs, des compétences en matière de gestion des routes, de zones d'activités et de promotion à l'étranger du territoire.

La métropole peut assumer, en lieu et place de la région et par convention passée avec cette dernière, la construction, d'aménagement, d'entretien et de fonctionnement des lycées, et en matière de développement économique.

La métropole est substituée, de plein droit, aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre inclus en totalité dans son périmètre.

b/ Le pôle métropolitain

C'est un établissement public constitué entre EPCI à fiscalité propre formant un ensemble de plus de 300 000 habitants et dont l'un compte plus de 150 000 habitants. Il intervient en matière de développement économique, de promotion de l'innovation, de la recherche, de l'université, de la culture, d'aménagement de l'espace, de développement des infrastructures et de transports. Lors de la création, les départements et les régions dont font partie les communes concernées sont saisis pour avis. Le pôle métropolitain est régi par les règles du syndicat mixte.

Il en existe 25 en France, comme celui constitué depuis avril 2012 entre la Métropole de Lyon, la Métropole de Saint-Etienne, Vienne Condrieu Agglomération, la CAPI Porte de l'Isère, la communauté d'agglomération de Villefranche (CAVBS) et la communauté de communes de l'est lyonnais (CCEL)¹²³.

c/ Les communautés de communes

C'est le droit commun en milieu rural, forme la plus simple d'EPCI à fiscalité propre. La loi du 7 août 2015 exige un ensemble démographique de 15 000 habitants pour les constituer en instaurant des dérogations pour les zones à densité inférieure à la moyenne nationale

¹²³ Son but principal est l'amélioration de la qualité de vie de ses habitants à travers quatre objectifs : favoriser l'emploi, améliorer la mobilité, préserver les espaces naturels et agricoles et un développement territorial équilibré, proposer une offre culturelle diversifiée, et accessible à tous.

et zones de montagne. Elle regroupe plusieurs communes d'un seul tenant et sans enclave qui s'associent ainsi en vue de l'élaboration d'un projet commun de développement et d'aménagement de l'espace.

La loi lui donne des compétences obligatoires : aménagement de l'espace et actions de développement économique.

Sur ce dernier point, la loi de 2015 a renforcé leurs compétences, qui incluent désormais notamment la création, l'aménagement, l'entretien et la gestion de zones d'activité industrielle, commerciale, tertiaire, artisanale, touristique.

Le même texte rend également obligatoires les compétences suivantes : aménagement, entretien et gestion des aires d'accueil des gens du voyage ; collecte et traitement des déchets des ménages et déchets assimilés.

De nouvelles compétences optionnelles peuvent également être exercées : équipements culturels et sportifs et équipements de l'enseignement préélémentaire et élémentaire d'intérêt communautaire ; l'assainissement collectif et non collectif ; l'eau ; la création et la gestion de maisons de services publics.

A compter du 1er janvier 2020, les compétences eau et assainissement devaient devenir obligatoires pour les communautés de communes. Mais la loi *relative à la mise en œuvre du transfert des compétences eau et assainissement aux communautés de communes* du 5 août 2018 assouplie sur ce point la Loi NOTRe en repoussant au plus tard .. à 2026 le cap d'un transfert obligatoire de ces compétences.

d/ Les communautés urbaines

Les communautés urbaines ont été imposées en 1966 à certaines grandes agglomérations (Lyon, Bordeaux, Lille, Strasbourg, etc.). Depuis 1999, un seuil de population (au moins 500 000 habitants) a été instauré, mais les communautés urbaines préexistantes demeurent.

Toutes les compétences énumérées à l'article L 5215-20¹²⁴ sont exercées de plein droit par la communauté urbaine. Jusqu'à la création des métropoles, c'était la forme la plus aboutie, la plus intégrée d'intercommunalité, dotée d'organes propres (conseil de communauté et Président).

e/ Les communautés d'agglomération

Leur nombre ne cesse de croître, dans l'esprit même des lois Maptam et NOTRe. Cette forme est réservée aux ensembles constitués de plus de 50 000 habitants autour d'une commune-centre comprenant au moins 15 000 habitants.

La communauté d'agglomération est investie de compétences obligatoires : aménagement de l'espace et actions de développement économique intéressant l'ensemble de la communauté, auxquelles la loi NOTRe ajoute la création, l'aménagement, l'entretien et la gestion de zones d'activité industrielle, commerciale, tertiaire, artisanale, touristique ; politique du logement ; politique de la ville et, depuis la loi NOTRe, aménagement, entretien et gestion des aires d'accueil des gens du voyage ; collecte et traitement des déchets des ménages et déchets assimilés.

Les communes doivent lui attribuer au moins trois compétences supplémentaires, parmi les sept blocs proposés : Création ou aménagement et entretien de voirie d'intérêt communautaire ; Eau ; Assainissement¹²⁵, Protection et de mise en valeur de

¹²⁴ Développement et d'aménagement économique, social et culturel de l'espace communautaire ; aménagement de l'espace communautaire ; équilibre social de l'habitat sur le territoire communautaire ; politique de la ville dans la communauté ; gestion des services d'intérêt collectif ; protection et mise en valeur de l'environnement et de politique du cadre de vie

¹²⁵ Dont il est précisé que la compétence est exercée en totalité par l'EPCI lorsqu'elle lui est transférée. Su l'obligation de transférer cette compétence, attendre l'adoption du projet de loi Engagement et proximité actuellement en discussion



l'environnement et du cadre de vie ; Construction, aménagement, entretien et gestion d'équipements culturels et sportifs d'intérêt communautaire ; Action sociale d'intérêt communautaire ; Création et gestion de maisons des services publics.

