

Les alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration

Gérard Marcou, Arnauld Noury

▶ **To cite this version:**

Gérard Marcou, Arnauld Noury. Les alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration. 98.17, Mission de Recherche Droit et Justice - MRDJ. 2019, pp.204. ⟨hal-05201942⟩

HAL Id: hal-05201942

https://hal.science/hal-05201942v1

Submitted on 6 Aug 2025

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

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



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC 4.0 - Attribution - Non-commercial use - International License

Institut Fédératif de Recherche sur les Economies et les Sociétés Industrielles

CENTRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES POLITIQUES ET SOCIALES

CRAPS

Upresa 8026

CNRS CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

Noury 98.17

LES ALTERNATIVES AU REGLEMENT PAR LES JURIDICTIONS ETATIQUES DES LITIGES INTERESSANT L'ADMINISTRATION

Etude réalisée par Arnauld Noury, sous la direction scientifique de Gérard Marcou

Recherche soutenue par le Groupement d'intérêt public " Mission de Recherche Droit et Justice "

Avril 2001

UNIVERSITE LILLE 2
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales
1, Place Déliot - BP 629 - F - 59024 Lille Cedex
Tél : 33 (0)3 20 90 74 51 - Fax : 33 (0)3 20 90 77 00
http://www.univ-lille2.fr/droit/CRAPS
mel : craps@hp-sc.univ-lille2.fr

Institut Fédératif de Recherche sur les Economies et les Sociétés Industrielles

CENTRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES POLITIQUES ET SOCIALES

CRAPS

Upresa 8026

CNRS CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

LES ALTERNATIVES AU REGLEMENT PAR LES JURIDICTIONS ETATIQUES DES LITIGES INTERESSANT L'ADMINISTRATION

Etude réalisée par Arnauld Noury, sous la direction scientifique de Gérard Marcou

Recherche soutenue par le Groupement d'intérêt public " Mission de Recherche Droit et Justice "

Avril 2001

UNIVERSITE LILLE 2
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales
1, Place Déliot - BP 629 - F - 59024 Lille Cedex
Tél : 33 (0)3 20 90 74 51 - Fax : 33 (0)3 20 90 77 00
http://www.univ-lille2.fr/droit/CRAPS
mel : craps@hp-sc.univ-lille2.fr

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche financée par le G.I.P. " Mission de Recherche Droit et Justice " (subvention n° 9901180202). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord du G.I.P.

INTRODUCTION

Dans les deux dernières décennies, la recherche de modes alternatifs de règlement des litiges a suscité un intérêt croissant de la part de l'ensemble des milieux juridiques, qu'il s'agisse notamment de la doctrine, du Conseil d'Etat ou du Parlement. Que s'agit-il d'éviter par la mise en œuvre de telles alternatives ? A l'évidence, ce sont les juridictions étatiques qui sont ici visées. Sous l'appellation de modes alternatifs, la doctrine regroupe en effet habituellement la médiation, la conciliation, la transaction et l'arbitrage. Encore faut-il ajouter à cette énumération, en ce qui concerne plus précisément le droit administratif, les recours administratifs.

Tous ces modes de règlement des litiges sont fondamentalement différents de l'exercice de la fonction juridictionnelle par les juridictions étatiques. Le Conseil d'Etat a clairement dégagé cette opposition entre le règlement des litiges par les juridictions étatiques et par des procédés alternatifs : « le règlement des litiges en matière administrative obéit normalement à des règles bien connues, qui accordent une place prépondérante aux juridictions administratives et une place exceptionnelle, pour certaines catégories de litiges, à l'autorité judiciaire, compétente en vertu de critères législatifs (par exemple pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigées contre une personne morale de droit public : c'est la loi n° 57-1424 du 31 décembre 1957) ou en vertu de critères jurisprudentiels (par exemple pour régler le contentieux des contrats de droit privé passés par des personnes publiques). Dans le cas normal comme dans l'hypothèse exceptionnelle, les litiges en matière administrative sont donc réglés suivant des *modes classiques* : il s'agit d'un règlement juridictionnel, par des instances juridictionnelles étatiques. Et ce règlement tranche ordinairement le litige de façon binaire : ou bien il accueille le recours de la partie privée, en lui donnant satisfaction, ou bien il rejette ce recours et déboute son auteur. La notion de *modes ''nouveaux''* correspond à l'idée qu'en dehors de ces moyens normaux, traditionnels, qu'il est évidemment hors de question de supplanter, il peut y avoir place, dans certaines hypothèses et pour tenir compte de certaines préoccupations, pour des moyens autres de règlement des litiges »[1].

Cela étant, ce n'est pas la qualité de juridiction qui est ici mise en cause. Si la conciliation, la médiation ou les recours administratifs n'ont aucune dimension juridictionnelle, tel n'est le cas ni de la transaction ni de l'arbitrage. En vertu de l'article 2052, alinéa 1er, du Code civil, « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ». Les transactions sont donc des contrats produisant des effets comparables à ceux d'un acte juridictionnel doté de l'autorité relative de la chose jugée[2]. Quant à l'arbitrage, l'article 1476 du nouveau Code de procédure civile dispose que « la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ». Par voie de conséquence, l'arbitrage constitue en lui-même un mode juridictionnel de règlement des litiges, même si la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur émanant d'une juridiction étatique. C'est donc bien l'absence de dimension consensuelle du règlement des litiges par les

[1] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 13. C'est l'auteur qui souligne.

[2] Voir par exemple Cass. Civ. 3e, 21 mars 1990, *Bull. civ.* III, n° 82 : rejet comme étant sans objet d'un pourvoi en cassation formé par une personne s'étant engagée dans une transaction à se désister de son action, dans la mesure où elle ne contestait la régularité de cette transaction ni pour erreur de droit, ni pour lésion, comme le prévoit le second alinéa de l'article 2052 du Code civil.

juridictions étatiques - et non la nature juridictionnelle de certains des modes alternatifs - qui les distingue des modes alternatifs.

Ces modes dits alternatifs de règlement des litiges sont caractérisés par leur dimension consensuelle. Ils reposent tous d'une manière ou d'une autre sur le consentement des litigants. Une médiation, une conciliation ou une transaction ne peuvent atteindre leur objectif, c'est-à-dire épuiser le litige, qu'avec l'accord des parties. Ils désignent alors soit une procédure destinée à permettre leur dialogue, soit le produit de la résolution amiable du litige. Même en ce qui concerne l'arbitrage, la concordance des volontés des parties est fondamentale, puisqu'elle est le préalable indispensable à la saisine de l'arbitre. L'arbitre est véritablement institué / constitué en tant que tel par les parties au litige. Certes, cet arbitre peut ensuite leur imposer sa solution. Mais il ne peut le faire que dans la mesure où les parties sont présumées consentir préalablement à cette solution, en s'engageant dans la clause compromissoire ou dans le compromis. Ces modes alternatifs sont donc bien radicalement différents des modes juridictionnels classiques.

S'appuyant sur cette dimension consensuelle, Laurent Richer a défini les modes alternatifs comme « des modes de règlement des litiges juridiques qui ne peuvent être utilisés que si les parties y consentent et qui aboutissent à une solution qui n'est pas imposée par l'une des parties. Il s'agit de modes de règlement consentis et égalitaires »[3]. Aussi n'est-il pas étonnant qu'on leur ait fréquemment associé le qualificatif de « nouveaux ». Dans le cadre d'une définition aussi étroite, on vise à restreindre la question à l'utilisation par l'administration de techniques qui étaient considérées, en fait sinon nécessairement en droit, comme relevant essentiellement du droit privé. Les Codes de droit civil et de procédure civile réglementent depuis leur origine la transaction, la conciliation et l'arbitrage. Leur réservant la qualité de modes alternatifs, on envisage alors leur transposition en droit administratif. Compte tenu du caractère fondamentalement jurisprudentiel du droit administratif et du rôle que les juridictions administratives y jouent, on mesure ici l'ampleur des changements induits par cette conception des modes alternatifs des litiges, les déceptions étant évidemment susceptibles d'être, elles aussi, proportionnelles aux attentes.

Cette conception stricte des modes alternatif de règlement des litiges est critiquable. Elle l'est notamment en elle-même. Le caractère égalitaire censé caractériser les modes alternatifs de règlement des litiges ne résiste pas à la réflexion. Il suffit de prendre l'exemple de la transaction. Interprétant de manière constructive les articles 2044 et suivants du Code civil, la jurisprudence judiciaire réserve cette qualification et les effets qui en découlent aux seuls contrats comportant des concessions réciproques. Mais les juridictions judiciaires refusent expressément d'apprécier l'ampleur de ces concessions et leur importance relative[4],

---

[3] Laurent Richer, " Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif ", *A.J.D.A.* 1997, p 4. Cette définition constitue une rationalisation des modes alternatifs reconnus en droit américain (alternative means of dispute resolution). Suite aux travaux préparatoires de l'Administrative Conférence of the United States, la loi du 28 novembre 1990 et un executive order signé par le président Clinton le 5 février 1996 ont permis aux agences fédérales d'utiliser de manière privilégiée la médiation, la conciliation, l'arbitrage, etc. Selon Laurent Richer, la loi américaine ne donne pas de définition générale des modes alternatifs, seulement une énumération : " alternative means of dispute resolutions means any procedure that is used in lieu of an adjudication as defined in section 551 of this title, to resolve issues in controversy including, but not limited to, settlement negociations, conciliation, facilitation, mediation, fact-finding, minitrials and arbitration, or any combinaison thereof (5 USC, § 571) " (*ibidem.*).

[4] Cass. Soc., 17 mars 1982, *Bull. Civ.* V, n° 180 ; Cass. Soc., 13 mai 1992, *Bull. Civ.* V, n° 307, *R.T.D. civ.* 1992, p 783, obs. Gautier. La jurisprudence judiciaire ne vérifie que l'existence des concessions réciproques (Cass. Civ. 1ère, 4 mai 1976, *Bull. Civ.* I, n° 157 ; Cass. Soc., 18 mai 1999, *Bull. Civ.* V, n° 223.

sous réserve de les considérer comme pratiquement inexistantes. Dans ce cadre, la dimension égalitaire de la transaction est apparente, elle ne peut être considérée comme absolue, loin s'en faut. La démonstration pourrait être poursuivie à propos de l'arbitrage et de la conciliation. Par voie de conséquence, il est abusif de caractériser les modes alternatifs de règlement des litiges par un prétendu caractère égalitaire.

Cette conception stricte, qui a pour conséquence d'exclure *a priori* les recours administratifs de l'énumération des « nouveaux » modes alternatifs de règlement des litiges, doit faire l'objet d'un examen attentif. Cela étant, il reste nécessaire d'examiner les arguments à l'appui desquels Laurent Richer estime que les recours administratifs doivent *a priori* être exclus de l'énumération des modes alternatifs de règlement des litiges intéressant l'administration. Cet auteur invoque d'une part le fait que « le règlement par voie de décision administrative se singularise [...] par le déséquilibre et par l'absence d'accord entre les parties », d'autre part le fait que « l'autorité administrative peut, dans certains cas, régler un litige qui ne porte pas sur des prétentions juridiques »[5]. En d'autres termes, les recours administratifs ne constitueraient ni de véritables substituts aux règlement des litiges par les juridictions étatiques, ni des alternatives comparables à celles précitées - transaction, médiation, conciliation, arbitrage - dans la mesure où, d'une part ils ne seraient revêtus d'aucune dimension consensuelle, d'autre part ils ne porteraient pas nécessairement sur des litiges juridiquement constitués, enfin ils ne seraient pas nécessairement réglés en fonction du droit[6].

En ce qui concerne la prétendue absence de dimension consensuelle des recours administratifs quant au choix du mode de règlement du litige, le procédé des recours administratifs revêt en lui-même une dimension consensuelle, indépendamment de son résultat ponctuel. Il s'agit, on l'a dit, d'une simple faculté ouverte au requérant qui peut, dans le délai du recours juridictionnel, soit saisir directement le juge administratif, soit saisir l'autorité administrative d'un recours. Le simple fait qu'un citoyen adresse une réclamation à l'administration au lieu d'en saisir le juge suffit à en démontrer le principe. Comme la médiation, la conciliation, la transaction et l'arbitrage, les recours administratifs constituent donc intrinsèquement des modes consensuels de règlement des litiges.

Certes, ce choix n'appartient qu'à la personne privée et pas à l'administration. Bénéficiant d'une prérogative de puissance publique fondamentale, le privilège de la décision préalable[7], l'autorité administrative est en contrepartie soumise à des sujétions exorbitantes

---

[5] Laurent Richer, " Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif ", *A.J.D.A.* 1997, p 4. Sous réserve du dernier des trois points cités, on ne s'attachera pas aux nuances par lesquelles cet auteur minore son appréciation. D'une part, " la décision sur recours administratif ne relève pas nécessairement de l'autorité qui est partie au litige ; elle peut être confiée à une autorité indépendante, par exemple la commission nationale d'équipement commercial ". D'autre part, " la définition proposée laisse de côté l'institution importante qu'est le médiateur de la République, qui ne statue pas nécessairement sur des litiges juridiques, et dont l'intervention n'implique pas le consentement des parties " (*ibidem.*, p 4-5). Rappelons par ailleurs que le médiateur dispose de la faculté d'adresser aux administrations *lato sensu* des recommandations susceptibles de régler en équité la situation du requérant.

[6] Comme l'a précisé Laurent Richer, " en cas de recours administratif, il faut distinguer entre les situation dans lesquelles l'autorité compétente peut se prononcer en opportunité et celles où elle ne peut se fonder que sur des motifs de légalité » (« Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *A.J.D.A.* 1997, p 4.).

[7] Maryvonne Hecquard-Théron, « De la prérogative de puissance publique à la prérogative de décision », *Mélanges Mourgeon*, Bruylant, 1998, pp. 671-686.

du droit commun[8]. Contrairement à la doctrine dominante[9], on doit admettre que l'inégalité qui caractérise fondamentalement le droit administratif ne bénéficie pas qu'à l'administration et que les prérogatives de puissance publique ne résument pas le droit administratif, loin s'en faut. Car si les administrations peuvent satisfaire l'intérêt général en utilisant ces procédé inconnus du droit privé, elles sont par ailleurs soumises à des obligations qui n'ont strictement aucun équivalent pour les personnes privées. Ce sont les sujétions exorbitantes du droit commun que l'on peut définir « comme toute obligation étrangère à celles qu'on trouve dans les rapports juridiques entre particuliers et qui est imposée à l'Administration ou à ceux qu'elle se substitue dans un but d'intérêt général »[10]. Même les prérogatives de puissance publique se révèlent ambivalentes : si l'administration dispose par exemple du privilège de l'action unilatérale, elle ne peut y renoncer en demandant au juge d'exercer un pouvoir qu'elle détient elle-même[11].

En ce qui concerne les recours administratifs, l'autorité administrative a l'obligation de répondre aux réclamations qui lui sont adressées[12]. Elle ne peut renoncer à exercer ce pouvoir. L'autorité administrative a encore et surtout l'obligation de mettre fin aux effets des décisions illégales qui lui sont ainsi soumises[13]. Comme l'a précisé Guy Isaac, « le champ d'application de cette obligation qui pèse sur l'administration de réformer les décisions

---

[8] Jean Rivero, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *R.D.P.* 1953, pp. 279-296, repris in *Pages de doctrine*, L.G.D.J., 1980, p 194. : « si l'administration, en effet, dans le rapport de droit administratif, apparaît le plus souvent, soit comme dotée d'un pouvoir supérieur à celui des particuliers dans leurs relations, soit comme protégée vis-à-vis d'eux avec une particulière énergie, il n'en est pas moins vrai que, avec toute une autre série de règles, l'administration apparaît, tout à l'opposé, infiniment moins libre, dans l'exercice de sa volonté, que les particuliers. La règle de droit administratif attache souvent, à cette volonté, des effets beaucoup plus puissants qu'à celle du particulier, et c'est la puissance publique qui joue alors ; mais parfois, à l'inverse, elle l'enserre dans des limites ignorées des particuliers ; ce n'est plus l'administration impérieuse, c'est l'administration ligotée ; c'est, à côté de la puissance publique, la servitude publique ».
Selon cet auteur, les procédés de gestion publique - prérogatives de puissance publique et sujétions exorbitantes du droit commun - « se caractérisent par les dérogations au droit commun qu'exige l'intérêt public, soit dans le sens d'une majoration, au profit des personnes publiques, des droits reconnus aux particuliers dans leurs relations, soit dans le sens d'une réduction de ces droits » (Jean Rivero, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *R.D.P.* 1953, p 279-296, repris in *Pages de doctrine*, L.G.D.J., 1980, p 199).

[9] Voir toutefois Francis-Paul Bénoit pour lequel « en réalité, le droit administratif n'est pas un droit de privilèges ; c'est un droit de soumission ... Depuis que cette soumission est devenue totale, les autorités administratives ne peuvent plus agir sans que la loi les y autorise. Même en e cas, l'idée de privilège demeure fondamentalement fausse. Bien loin d'instaurer des privilèges, la nécessité qu'une loi intervienne pour accorder une compétence est au contraire la marque même de sa soumission » (*Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p 76).
Cette opinion est l'exact inverse des conceptions doctrinales selon lesquelles les sujétions exorbitantes du droit commun n'existent pas et les prérogatives de puissance publique résument le droit administratif. Excessivement inverse, elle est tout aussi critiquable.

[10] Valérie Dufau, *Les sujétions exorbitantes du droit commun : l'administration sous la contrainte*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2000, p 374.

[11] C.E., 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, *S.* 1915.3.9, note Hauriou.

[12] C.E. Sect., 30 juin 1950, *Sieur Quéralt*, *Rec. Leb.* 413, *Dr. soc.* 1951, p 248, concl. Jean Delvolvé.

[13] C.E., 4 décembre 1959, *Geoffroy*, *R.D.P.* 1959, p 132, note Waline : « considérant qu'en l'absence de toute disposition soumettant à des règles particulières, avant le décret du 7 janvier 1959, le contrôle hiérarchique appartenant au ministre du travail à l'égard des décisions prises par les inspecteurs du travail en vertu de l'article 16 de la loi du 16 avril 1946 sur les demandes d'autorisation de licenciement de délégués du personnel, le ministre ne disposait d'un entier pouvoir d'annulation et de réformation desdites décisions que dans le cas où celles-ci n'avaient pas créé de droits ; qu'à l'égard des décisions ayant fait naître des droits, le ministre ne pouvait annuler que les décisions entachées d'illégalité et ayant fait l'objet d'un recours contentieux ou contre lesquels les délais du recours contentieux n'étaient pas expirés ; d'ailleurs, saisi d'un recours hiérarchique, le ministre avait même l'obligation en pareil cas de prononcer cette annulation ».

illégales qui lui sont déférées tend à s'élargir et à devenir tout à fait général [...] Il s'agit bien, en pareille hypothèse, de compétence liée »[14].

L'obligation de statuer sur les recours administratifs conformément au droit constitue à l'évidence pour l'administration à la fois une sujétion exorbitante du droit commun[15] et une prérogative de puissance publique. Car l'autorité administrative dispose aussi et inséparablement du pouvoir de régler unilatéralement la réclamation qui lui est soumise, même si elle ne peut pas le faire de manière définitive[16]. Il est certain que la réponse faite par une autorité administrative à une réclamation qui lui est adressée par un citoyen consiste en un acte administratif unilatéral, c'est-à-dire d'une « décision dont la valeur juridique est indépendante du consentement de ses destinataires »[17]. S'ils n'ont par voie de conséquence aucune dimension contractuelle, les recours administratifs peuvent toutefois présenter, le cas échéant, une véritable dimension consensuelle. Il suffit pour cela que l'autorité administrative satisfasse la réclamation présentée par le citoyen ou que ce citoyen soit convaincu par la réponse que l'autorité administrative lui a faite, qu'il s'agisse d'une décision de rejet ou d'une décision ne satisfaisant que partiellement sa réclamation.

En ce qui concerne la décision prise par l'administration sur le recours qui lui est adressé, elle est donc susceptible de régler les litiges de manière consensuelle. En effet, « ce n'est pas parce que la clôture officielle d'un litige prend la forme d'une décision administrative qu'elle doit seulement s'analyser juridiquement comme une manifestation du pouvoir unilatéral de l'administration. Elle peut fort bien constituer le résultat d'une entente mutuelle des parties au litige établie en amont dans le cadre de procédures aptes à remplir cette fonction et engagées à l'initiative des administrés, mais à la condition que l'administration accepte de ''jouer le jeu'' en exprimant sa volonté expresse de se prêter à une négociation »[18]. Cette dimension consensuelle, est-il besoin de le préciser, est fondamentalement étrangère au règlement des litiges par les juridictions étatiques. Elle constitue un caractère commun aux recours administratifs et aux modes alternatifs de règlement des litiges que sont la conciliation, la médiation, la transaction et l'arbitrage.

Paradoxalement, ce sont les juridictions administratives qui garantissent la dimension potentiellement consensuelle des recours administratifs. Car les requérants qui ne seraient pas satisfaits de la décision rendue par l'autorité administrative sur leur recours peuvent, sous les réserves précitées tenant au délai, en saisir le juge administratif. En tant que modes de règlement des litiges, les recours administratifs bénéficient donc de la protection que leur accorde le juge. Compte tenu de cette épée de Damoclès, c'est-à-dire sachant que le litige pourra être réglé de manière impérieuse, il est souhaitable à la fois pour l'administration et

---

[14] Guy Isaac ; *La procédure administrative non contentieuse*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome LXXIX, 1968, n° 654, p 633. Et de préciser à propos de cette compétence liée que, « établie de longue date pour l'utilisation du pouvoir de tutelle, elle s'impose désormais dans le cadre de tous les recours administratifs, tant pour les décisions entachées d'illégalités initiales que pour les actes devenus illégaux postérieurement à leur émission » (*ibid.*, n° 654, p 634).

[15] On peut toutefois ne pas partager l'opinion de Valérie Dufau selon laquelle, « plus que de pouvoir hiérarchique, c'est plutôt d'obligation hiérarchique qu'il faudrait parler » (*Les sujétions exorbitantes du droit commun : l'administration sous la contrainte*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2000, p 319).

[16] Le requérant peut toujours saisir le juge administratif de la décision rendue sur le recours administratif et de la décision litigieuse initiale, dans la mesure où il a engagé son recours administratif dans le délai du recours juridictionnel.

[17] Georges Dupuis, "Définition de l'acte unilatéral", *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1975, p 205.

[18] Jean-Pierre Gousseau, « Administrés et procédés facultatifs de règlement non juridictionnel des litiges administratifs », *L.P.A.* 19 octobre 1987, n° 125, p 12.

pour les requérants de le résoudre dans de meilleures conditions : en ce sens, « l'institution de recours largement ouverts est favorable à la fois aux administrés et à l'Administration. Grâce aux recours, individus ou groupements qui subissent le poids de sujétions ou se croient victimes de préjudices ont à leur disposition des procédés pour obtenir redressement des injustices et réparation des dommages ; l'Administration, si elle est exposée à ne pouvoir persévérer dans ses attitudes, trouve une facilité pour s'améliorer, dès lors que sont constatées ses fautes, et surtout elle a l'avantage que les irritations nées de ses actes se transforment en réclamations, que ces réclamations sont canalisées dans des voies juridiques, offrant à qui s'y engage un espoir, que le temps exigé par les étapes à parcourir apaise les colères et qu'ainsi ne s'accumulent pas des exaspérations sans issue, instigatrices de révoltes. L'existence de recours en matière administrative est élément d'ordre et de paix »[19].

En d'autres termes, du point de vue de l'administration, les recours administratifs présentent l'avantage de constituer un exutoire pour les insatisfactions que génère son action et les attentes qu'elle suscite. En tant que tels, ils constituent une manière de maintenir l'ordre, en cantonnant les réclamations dans un cadre qui présuppose une volonté de dialogue entre l'administration et les administrés, la maintient dans le cadre de l'instruction de la réclamation et est susceptible de permettre le règlement de leurs difficultés, leurs incompréhensions et la restauration de la confiance. Par ailleurs, les recours administratifs permettent aux autorités administratives d'établir un contrôle sur leur action – ou en cas de recours hiérarchique sur l'action des subordonnés – et constituent par voie de conséquence un moyen de maintenir la cohérence et, on l'espère, la rationalité de l'action administrative. Du point de vue des réclamants, le choix d'engager un recours devant l'autorité administrative manifeste à la fois la confiance que le requérant accorde *a priori* à l'administration et sa volonté d'obtenir un règlement rapide du litige. Le recours administratif présente ensuite l'avantage de voir l'autorité administrative capable de régler le différend en vertu de pouvoirs sensiblement plus étendus que ceux dont dispose le juge : « s'adresser à l'administration active plutôt qu'au juge permet de faire valoir des arguments qui ne peuvent être retenus par un juge mais qui font partie des éléments d'opportunité dont l'auteur de l'acte tient compte lorsqu'il prend une décision. Puisque c'est un pouvoir de même nature que celui qui a édicté la décision attaquée qui est sollicité sur recours administratif, il doit être aussi étendu qu'il l'était lors de l'exercice de la compétence initiale »[20].

« Mode de protection des administrés »[21], les recours administratifs sont aussi et indissociablement un mode de contrôle par l'administration de son activité. Par voie de conséquence, on doit admettre que « la fonction des recours administratifs est, par essence, ambivalente : autant l'administration que les administrés sont en effet susceptibles de tirer

---

[19] Henry Puget, « Les recours quasi-contentieux en droit comparé », *R.I.D.C.* 1953, p 255-256.

[20] Gilles Pelissier, « Pour une revalorisation de la spécificité des recours administratifs : réflexions sur la fonction des recours administratifs dans l'ordre juridique français », *R.F.D.A.* 1998, n° 2, p 19.

[21] Henry Puget, Georges Maleville, « Les recours purement administratifs mode de protection des administrés », *Rev. adm.* 1953, pp. 111-116. Selon ces auteurs, « l'Administration, toujours et partout, fait naître des mécontentements, des plaintes. Ses agissements ou ses inactions sont motifs de doléances, d'autant plus abondantes que ses tâches deviennent constamment plus nombreuses et sans cesse la mettent en contact davantage avec les particuliers, les usagers, le public. Des administrés réclament en se prétendant lésés dans leurs intérêts, atteints dans leurs droits ; ils brandissent des textes légaux qu'ils prétendent méconnus. Il faut donner aux protestations une issue, organiser leur examen, faute de quoi les rancoeurs accumulées aboutiraient non seulement, dans un Etat libéral, à des déplacements de majorité aux élections, mais en s'exaspérant, quel que soit le système politique, à des révoltes » (*ibid.*,p 111).

profit de cette technique »[22]. Cette ambivalence est-elle étrangère aux autres alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration ? Nous ne le pensons pas. Quel que soit le mode de règlement du litige, le simple fait qu'il repose sur une base consensuelle lui permet, à titre incident, d'être un instrument du contrôle de l'administration sur elle-même.

Dès lors, il n'est pas de raison d'exclure les recours administratifs de l'énumération des modes alternatifs de règlement des litiges intéressant l'administration. Dans toutes ses études, le Conseil d'Etat a d'ailleurs systématiquement placé sur le même plan d'une part la conciliation, la médiation, la transaction et l'arbitrage, d'autre part les recours administratifs. La dimension consensuelle caractérisant ces instruments est d'ailleurs leur principal, voire leur seul, caractère commun. Au-delà, le problème essentiel tient précisément « à la grande diversité des situations, des secteurs composant la matière administrative et des modes de règlements eux-mêmes [...] tout cela se distingue certes d'un règlement juridictionnel classique, mais cette communauté de différences ne fonde pas pour autant une homogénéité des catégories »[23]. Seule la dimension consensuelle de ces modes alternatifs leur est inhérente, ce qui permet de les distinguer radicalement des conditions d'exercice de la fonction juridictionnelle par les juridictions étatiques.

Plan - C'est dans ce cadre que la recherche a été menée. Il s'est agi d'apprécier concrètement la mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des litiges. La recherche a été circonscrite à la région Nord-Pas de Calais, dans la mesure où sa dimension territoriale devait être à la fois suffisamment étendue pour être significative et suffisamment réduite pour être opérationnelle.

Des questionnaires ont donc été envoyés systématiquement aux services déconcentrés de l'Etat dans la région Nord-Pas-de-Calais, à la Région, aux Départements du Nord et du Pas-de-Calais et aux communes de plus de 10 000 habitants du département du Nord[24]. Après dépouillement des réponses, des entretiens ont été réalisés avec des agents de ces services, de grade et d'emploi différent. Au-delà du faible taux de réponses aux questionnaires - notamment en ce qui concerne les services de l'Etat[25], la véritable difficulté a consisté en la fréquence du refus de la part de ces administrations de délivrer des informations concrètes. Sans doute n'existe-t-il par exemple guère de statistique sur le nombre des recours administratifs et sur leurs résultats. Plus profondément encore, on peut relever une évidente réticence à communiquer des informations relatives aux transactions conclues par ces administrations : si elles affirment clairement en conclure, elles refusent par contre d'en divulguer les termes, soit d'elles-mêmes, soit sur réponse de leurs hiérarchies. Cette attitude est d'autant plus dommageable qu'il ressort de l'étude que la transaction est, avec les recours administratifs, la seule technique utilisée couramment par l'ensemble des administrations territoriales. La confidentialité semble donc constituer un élément majeur de ce type de règlement des litiges.

---

[22] Jean-François Brisson, *Les recours administratifs en droit public français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 185, 1996, p 105.

[23] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 10.

[24] Des contacts ont de plus été pris avec des communes d'une population inférieure à 10 000 habitants.

[25] Dans certains cas, malgré l'intérêt expressément porté par le supérieur hiérarchique à notre démarche et les demandes faites par celui-ci auprès de ses services pour qu'ils collaborent activement.

Cela étant, les données empiriques recueilles ont quand même révélé la pertinence d'une approche diversifiée des différents modes alternatifs de règlement des litiges, prenant en compte les catégories de personnes morales de droit public dans leur diversité de leurs actions. Il est ainsi évident que les collectivités locales ne peuvent les mettre en œuvre de la même manière que l'Etat : la proximité d'une part avec les citoyens, d'autre part et surtout avec les élus conduit inévitablement à un usage particulièrement fréquent de ces procédés et des techniques qui peuvent leur être assimilées, telles que la régularisation de situations illégales. La dimension litigieuse est ici particulièrement prise en compte alors qu'elle l'est beaucoup moins par les services déconcentrés de l'Etat.

Il est encore apparu que la nature des activités administratives concernées et le type de rapports qu'elle génère à l'égard des destinataires de cette action - ce que nous avons appelé la situation juridique fonctionnelle - s'avère déterminant à l'égard de l'emploi des modes consensuels de règlement des litiges. Cette situation conditionne la décision d'employer ou non ces modes alternatifs de règlement des litiges et, le cas échéant, le choix d'utiliser l'un de ces modes plutôt qu'un autre. Reste que l'on constate paradoxalement une méconnaissance des régimes juridiques de ces modes alternatifs de règlement des litiges, voire des interrogations directes à leur égard.

Par voie de conséquence, nous dégagerons dans un premier temps les enjeux du règlement alternatif des litiges (**Partie I**), dans la mesure où ils permettent de dresser un état des lieux et une analyse des objectifs poursuivis par cette recherche d'alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration. Nous prendrons ensuite en compte tant les régimes juridiques des modes alternatifs de règlement des litiges que leurs conditions concrètes de mise en œuvre (**Partie II**). en distinguant les modes alternatifs communs au droit privé et au droit administratif et les modes alternatifs propres au droit administratif du fait de l'hétérogénéité de la notion de modes alternatifs. C'est à ce stade que sera d'envisagée l'adéquation de ces modes alternatifs de règlement des litiges, qu'ils soient communs au droit privé et au droit administratif ou propres au droit administratif, aux fonctions caractérisant les diverses situations de l'action administration, les éventuels aménagements de leurs régimes juridiques et les adaptations correspondantes des structures administratives.

SOMMAIRE

Partie I - Les enjeux d'une réforme attendue.....12

Chapitre I – Un constat accablant.....15

Chapitre II - Des tentatives de réforme.....46

Partie II - L'exercice des modes alternatifs de règlement des litiges intéressant l'administration.....58

Chapitre I - La transaction en matière administrative.....61

Chapitre II - La conciliation, la médiation et l'arbitrage en matière administrative.....113

Chapitre III - Les recours administratifs.....169

Conclusion.....198

PARTIE I – LES ENJEUX D'UNE REFORME ATTENDUE

Notre recherche porte sur les alternatives au règlement, par les juridictions étatiques, des litiges intéressant l'administration. Elle présuppose nécessairement d'une part, que les juridictions administratives, compétentes pour l'essentiel en matière administrative, et les procédés qu'elles emploient ne sont pas suffisants pour épuiser les litiges correspondants, d'autre part que le fonctionnement de l'administration est lui-même l'objet des litiges. Ces deux aspects sont liés à l'un à l'autre.

Au nom du droit administratif, les insuffisances les plus flagrantes rencontrées dans le contentieux administratif ont longtemps été occultées, tant par les juges que par la doctrine[26]. Le principe même d'une limitation par le droit des activités administratives étant considéré comme miraculeux, la dimension essentiellement jurisprudentielle du droit administratif a conduit le juge administratif et nombre de publicistes à célébrer inlassablement ce miracle de manière à le légitimer - ce qui n'était pas une mince affaire dans un pays réputé de droit écrit – et à le rendre, par voie de conséquence, irréversible : " né d'un miracle, le droit administratif ne subsiste au surplus que par un prodige chaque jour renouvelé [...] Pour que le miracle se produise et qu'il dure, diverses conditions doivent être remplies, qui tiennent à la forme de l'Etat, au prestige du droit et des juges, à l'esprit du temps "[27].

L'esprit du temps a changé. D'une part, les exigences des justiciables se sont accrues. Les victoires à la Pyrrhus que représentaient l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif, bien après qu'il ait produit ses effets, ou la condamnation d'une personne publique à réparer un préjudice, sans qu'il soit possible de la garantir par de véritables voies d'exécution, ne satisfont plus les justiciables. Ceux-ci n'attendent plus seulement le symbole de leur éventuelle victoire, mais un véritable règlement des litiges les opposant à l'Administration et n'hésitent plus à exprimer leur insatisfaction. D'autre part, l'augmentation considérable du nombre des requêtes a révélé ces insuffisances et a eu pour conséquence inéluctable d'accroître encore l'une d'entre elles, la lenteur de la justice administrative. Enfin, les magistrats administratifs eux-mêmes, par la voix notamment de leur syndicat, ont commencé à exprimer leur frustration vis-à-vis de l'étroitesse des moyens et des pouvoirs qui leurs étaient confiés pour remplir leur mission.

---

[26] Selon Jean-Jacques Bienvenu, " la fidélité au droit positif est un authentique mythe stérilisant la production doctrinale. Le respect du donné est certes une condition première de toute œuvre pédagogique et de toute recherche scientifique mais il ne doit pas absorber toute l'activité doctrinale au point d'en faire une épuisante entreprise de légitimation et de cohésion de l'ordre juridique existant " (" Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif ", *Droits* 1985, n° 1, p 156).
Il ne s'agit évidemment que de tendances. La doctrine n'a jamais été unanime pour célébrer le droit administratif jurisprudentiel : il suffit de lire les textes de MM. Duguit ou Hauriou pour le comprendre. Plus récemment, quelques articles retentissants de Jean Rivero ont démontré les limites du contentieux administratif.

[27] Prosper Weil, *Le droit administratif*, P.U.F., Que Sais-Je ? n° 1152, 2ème éd., 1966, p 8. Voir, à l'appui de cette affirmation, l'appréciation de Gaston Jèze sur le *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* d'Edouard Laferrière, qui fut successivement commissaire du gouvernement, président de la section du contentieux et vice-président du Conseil d'Etat : " enfin vint Laferrière et, le premier en France, essaya d'apporter de l'ordre et de la méthode, d'expliquer les solutions de la pratique ; son immense mérite a été d'apporter les idées générales, les principes généraux qui se trouvent derrière toutes les solutions. Le grave défaut de Laferrière a été de faire l'apologétique des principes, plutôt que d'en présenter l'explication impartiale " (*Principes généraux du droit administratif*, 2ème éd., 1914, volume 1, p VII).

Le prestige du droit administratif a par ailleurs décru. Davantage encore que la justice administrative, c'est l'Administration elle-même qui est critiquée, tant pour sa prétention à définir unilatéralement, dans le secret de ses bureaux, l'intérêt général que pour son incapacité à satisfaire concrètement les attentes des administrés, aussi contradictoires soient-elles. La recherche d'un rapprochement entre l'Administration et les administrés est la solution prônée depuis plus de vingt-cinq ans par les gouvernants successifs pour légitimer leur action et celle de leurs subordonnés[28]. Ce rapprochement s'exprime notamment par la volonté de voir une large part des innombrables conflits s'élevant entre l'Administration et les administrés se régler « autrement »[29] que par la voie juridictionnelle, considérée comme inadaptée dans la mesure où elle cristallise les attentes, les enserre dans un débat désincarné avant de tenter de les résoudre en un langage codé.

Force est toutefois de reconnaître que cet objectif d'un rapprochement entre l'administration et les administrés est loin d'être atteint, d'autant plus qu'il s'accompagne d'un questionnement, à tout le moins, sur l'intérêt général censé guider l'action de l'administration. « La perte de légitimité de la puissance publique - qu'il s'agisse du désaveu devant les " affaires " mettant en cause des hommes politiques ou de l'impression que les pouvoirs publics n'ont plus de capacité pour agir sur une réalité déterminée à l'échelle mondiale – s'accompagne d'un "effritement des croyances'' [...] Il était admis, explicitement ou implicitement, que l'intérêt général était la finalité de toute l'action administrative, qui lui donnait sens. Cette référence automatique ne fonctionne plus tandis que le doute, lui, est devenu systématique. De même que certaines pratiques religieuses se sont effondrées, de même s'effondre la croyance en un intérêt général qui guiderait l'administration et les dirigeants »[30]. La conjonction de cette perte de légitimité de la puissance publique et de la croyance en l'intérêt général réduit sensiblement l'autorité reconnue par les administrés à l'administration, aiguise les critiques à son égard et, le cas échéant, accroît le nombre des requêtes enregistrées devant les juridictions administratives.

En ce qui concerne le droit administratif, la question des modes alternatifs de règlement des litiges se situe donc au croisement de ces deux problèmes, à savoir la piètre capacité du contentieux administratif à épuiser les litiges qui lui sont soumis, c'est-à-dire à les résoudre concrètement, et la perte de légitimité de l'Administration. Contrairement à ce qu'il en est en

---

[28] Pour l'appréciation de la dernière expression solennelle de cette volonté, voir notamment Jacques Chevallier, " La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? (à propos de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) ", *D.* 2000, chron., pp.575-584.

[29] L'expression est reprise dans le titre même de l'ouvrage que la section des études et du rapport du Conseil d'Etat a consacré à la question : *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993.

[30] Jean-Marie Pontier, " L'intérêt général existe-t-il encore ? ", *D.* 1998, chron., p 330. Et cet auteur de préciser que " cette désillusion n'affecte pas seulement les citoyens, mais les agents mêmes des services publics chargés de servir l'intérêt général. Parmi les signes de cet affaiblissement des croyances figurent le ''pantouflage'' bien connu et, de manière plus discrète, la recherche par les hauts fonctionnaires de fonctions valorisantes (à tous les sens du terme) au détriment de fonctions, plus ingrates et plus obscures, de service. Le ''service de l'Etat'' dont parlait M. Debré relève du discours publics et peu des convictions. Comment les citoyens pourraient-ils encore croire si, par leur comportement, les plus hauts serviteurs de l'Etat ''témoignent'' à contresens qu'ils ont perdu la foi ? A ce phénomène subjectif s'ajoute un phénomène objectif, qui est la meilleure connaissance des réalités, politiques et juridiques. Ainsi, pour s'en tenir au droit administratif, l'on sait que la jurisprudence n'obéit pas à la cohérence que certains administrativistes avaient cru pouvoir célébrer : des décisions (non publiées, mais désormais accessibles) sont en discordance avec la jurisprudence ''officielle'', certains revirements ou infléchissements de jurisprudence traduisent plus la perplexité du juge qu'une claire vision de l'intérêt général " (*ibid.*, p 330-331).

matière de droit civil, commercial ou pénal, la recherche de modes alternatifs au règlement des litiges dans le contentieux administratif n'a pas seulement de signification au regard des insuffisances de leur règlement par les juridictions étatiques, mais aussi au regard de ce justiciable singulier qu'est l'Administration[31].

A l'égard de l'Administration et des litiges que son action peut générer, la problématique des modes alternatifs est donc indissociable d'une analyse de la mise en œuvre des procédés caractérisant traditionnellement le contentieux administratif (**Chapitre 1**). Sur la base de ce constat, de cet état des lieux, on envisagera les tentatives de réforme de ces vingt dernières années et les raisons de leur échec ou, à tout le moins, de leur insuffisance (**Chapitre 2**).

[31] Pour Jean Rivero, " la fonction juridictionnelle perd sa dimension normale lorsqu'elle s'exerce à l'encontre de l'administration " (" Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits ", *Mélanges Jean Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 1963, repris in *Pages de doctrine*, L.G.D.J., 1980, n° 23, p 574). Relative à la prétendue interdiction faite au juge de faire acte d'administrateur et d'adresser par voie de conséquence des injonctions à l'administration, cette affirmation dépasse à l'évidence cette seule question, résolue d'ailleurs par la loi n° 95-125 du 8 février 1995.

CHAPITRE I – UN CONSTAT ACCABLANT

La recherche d'alternatives au règlement juridictionnel des litiges n'a *a priori* de sens que par rapport aux insuffisances de ce dernier. La « nouveauté » censée caractériser les modes alternatifs s'explique alors, *a contrario*, par la tradition selon laquelle les litiges doivent être réglés par les juridictions étatiques[32]. En droit administratif, la situation est légèrement différente : il existe depuis longtemps d'autres procédés de règlement des litiges que les recours adressés aux juridictions administratives. En ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir, il est directement né d'une émancipation progressive des recours administratifs adressés aux autorités administratives. En ce qui concerne le recours de pleine juridiction, sa dimension juridictionnelle a été confortée par l'abandon de la théorie du ministre-juge qui reconnaissait à l'autorité administrative la qualité de juge lorsqu'elle statuait sur une telle demande.

Les recours administratifs existent donc depuis longtemps et ont même précédé la naissance de véritables juridictions administratives et des recours ont elles peuvent être saisies. Ces recours administratifs s'insèrent d'ailleurs globalement, sinon toujours harmonieusement, dans le droit administratif. Dès lors, le constat unanimement dressé des insuffisances caractérisant le règlement des litiges doit nécessairement porter à la fois sur la mise en œuvre par l'administration des pouvoirs qu'elle détient traditionnellement, notamment lorsqu'elle est saisie de recours administratifs (**Section 1**), et sur la manière dont les juridictions administratives tranchent les litiges (**Section 2**).

Section 1 : Les insuffisances du règlement amiable des litiges intéressant l'administration

Lorsqu'elle est partie à un litige, l'administration n'est pas dans une situation comparable à celle des autres parties. Eu égard à la nature des intérêts dont elle a la charge, les prérogatives qu'elle détient comme les sujétions auxquelles elle est soumise sont telles qu'un règlement amiable du litige est toujours possible. Telle est d'une part la raison d'être des recours administratifs adressés aux autorités administratives par les personnes qui se considèrent comme étant lésées par des décisions administratives. Ils constituent pourtant à l'heure actuelle davantage une survivance qu'une source réelle de règlement des litiges (**§ 1**).

D'autre part, lorsque le requérant ne conteste pas la seule régularité d'une décision affectant ses intérêts, mais souhaite obtenir la réparation du préjudice que lui aurait causé l'administration par des agissements ou par des actes, il doit impérativement adresser une demande en ce sens à l'administration. Cette demande préalable constitue elle aussi un mode de règlement amiable du litige dont la perception et la mise en œuvre s'avèrent particulièrement décevantes (**§ 2**).

---

[32] Comme l'a synthétisé Jacques Chevallier, « la prise en charge par les pouvoirs publics de l'exercice de la fonction contentieuse est liée étroitement au monopole de la contrainte : dès lors que la fonction contentieuse consiste à trancher des litiges par voie de décisions qui s'imposent aux parties, elle touche à des prérogatives régaliennes que l'autorité publique entend se réserver en propre ; il n'est pas étonnant dans ces conditions que la formation des Etats modernes se soit accompagnée de l'élimination de toute forme de justice privée » (« Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *Mélanges Stassinopoulos*, L.G.D.J., 1974, p 282).

§ 1 : Des recours administratifs léthargiques

La léthargie désigne, selon Littré, « l'état dans lequel on semble mort, étant sans haleine et sans pouls ». En évitant de sombrer dans un quelconque vitalisme juridique, telle est pourtant l'appréciation par laquelle on peut caractériser l'état des recours administratifs de droit commun : ils existent encore, mais leur mise en œuvre s'est raréfiée et est dépourvue de la substance qui semblait leur être inhérente. La doctrine, le Conseil d'Etat et la commission d'enquête sénatoriale sur la justice administrative ont constaté et déploré le peu de cas que les autorités administratives faisaient de ces recours. Au-delà du constat de leur ineffectivité (**B**), il faut s'interroger sur les causes de cette désaffection (**A**).

A) Une fonction contentieuse dénaturée

La fonction des recours administratif, on l'a dit, est ambivalente : « ces recours constituent, d'abord, une protection contre l'arbitraire administratif en permettant aux particuliers de porter directement leurs réclamations devant l'administration. Cette fonction de protection englobe et conditionne la fonction de prévention qui leur est assignée par la jurisprudence : ce n'est que dans la mesure où le recours préalable constituera une technique effective de règlement des litiges administratifs que les particuliers seront dissuadés d'exercer un recours juridictionnel direct. Mais les recours administratifs ont également une fonction post-administrative : ils sont un moyen pour l'administration d'être mieux informée et d'assurer le bon fonctionnement de ses services par le déclenchement de ses pouvoirs de contrôle »[33]. Force est de constater qu'un profond déséquilibre existe entre ces deux fonctions des recours administratifs. Leur conception fait à l'évidence prévaloir la dimension de contrôle administratif sur la recherche d'une protection des administrés et d'un règlement amiable des litiges.

Les pouvoirs que l'autorité administrative peut exercer lorsqu'elle est saisie d'un recours administratif sont à sa disposition indépendamment de ce recours. Les recours administratifs ont par voie de conséquence essentiellement été perçus comme l'un des modes de déclenchement du contrôle interne de l'administration. Le recours administratif n'est dans ce cadre qu'un cas particulier de l'exercice de ce pouvoir de contrôle et, plus particulièrement, du contrôle hiérarchique.

Analysant la notion de pouvoir hiérarchique, Pierre Di Malta n'a ainsi évoqué que subrepticement le recours hiérarchique : le supérieur doit « disposer de moyens efficaces d'investigations sur les actes émis par ses subordonnés. Aussi la loi intervient-elle dans certains cas pour obliger l'inférieur à rendre compte régulièrement [...] Dans l'hypothèse où une décision gouvernementale n'a pas prévu cette procédure, des pratiques administratives y suppléent généralement. Un supérieur peut, par ailleurs, toujours enjoindre à un agent placé sous ses ordres de lui rendre compte. Enfin, dans tous les services, les divers contrôleurs et inspecteurs contribuent efficacement à éclairer l'autorité hiérarchique sur l'activité de ses subordonnés. Ainsi informé, le supérieur peut exercer son contrôle. Mais il peut également agir sur recours hiérarchique intenté devant lui par un administré qui se juge lésé par l'acte de

[33] Jean-François Brisson, *Les recours administratifs en droit public français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 185, 1996, p 105.

l'inférieur. Un tel recours constitue une garantie appréciable pour les intérêts des particuliers. Il contribue également au bon accomplissement des fonctions administratives. C'est pourquoi il doit être largement ouvert à tout intéressé, et cela d'autant plus [...] qu'il se borne à mettre en œuvre une compétence qui aurait pu être exercée spontanément par son titulaire »[34].

Dans la mesure où il n'a constitué que l'un des modes de déclenchement du contrôle de l'administration sur sa propre activité, le recours administratif n'a plus guère été considéré que comme lui étant accessoire. De ce fait, on a refusé de le reconnaître comme un véritable mode de règlement amiable des différends opposant l'administration aux administrés. Si ce règlement amiable pouvait par ailleurs être obtenu en mettant ainsi en œuvre ce contrôle, on pouvait certes s'en réjouir. Mais telle n'était pas – et n'est toujours pas – la logique dans laquelle les recours administratifs sont perçus. L'équilibre susceptible de caractériser l'ambivalence des fonctions des recours administratifs est alors rompu : « la notion de recours administratif est en quelque sorte absorbée par celle de contrôle administratif »[35].

C'est la jurisprudence administrative qui a consacré ce déséquilibre entre les fonctions susceptibles d'être remplies par le recours administratif. Elle reconnaît à l'autorité administrative saisie du recours le pouvoir de statuer au-delà de la réclamation qui lui est adressée, dans l'exacte mesure où cette autorité ne fait que mettre en œuvre un pouvoir qu'elle pourrait exercer spontanément[36]. L'autorité administrative n'est donc pas tenue par les termes de la demande. De plus, si l'autorité administrative saisie du recours est tenue d'y répondre, elle n'est pas obligée de le faire ni par une décision explicite[37], ni *a fortiori* par une décision motivée[38]. Par voie de conséquence, « le recours administratif semble avoir pour effet direct moins d'obliger à un examen du contenu de la demande que de déclencher un second examen de la décision initiale toute entière »[39].

On peut donc considérer, avec les auteurs qui se sont penchés sur la question que, « avec l'effacement de l'idée de recours, c'est l'idée de garantie elle-même qui disparaît »[40]. Dans ces conditions, le recours administratif correspond « à un *droit de pétition*, mais non à

---

[34] Pierre Di Malta, *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, volume XXXVIII, 1961, p 144. Pour Jean-Marie Auby aussi, le recours administratif, - qu'il s'agisse d'un recours gracieux adressé à l'autorité qui a pris la décision contestée ou d'un recours hiérarchique adressé à son supérieur - « ne constitue qu'une demande adressée à l'autorité administrative en vue de l'inciter à mettre en œuvre une compétence qui aurait pu être exercée d'office » (« Les recours administratifs », *A.J.D.A.* 1955, I, p 120).

[35] Jean-François Brisson, *Les recours administratifs en droit public français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 185, 1996, p 124.

[36] Selon les conclusions du commissaire du gouvernement Jean Delvolvé sur la décision *Quéralt* du 30 juin 1950, « le recours hiérarchique, à la différence du recours contentieux, n'enferme pas l'autorité compétente dans les termes de la requête ; il déclenche le contrôle hiérarchique, qui existe de plein droit, et le met en œuvre dans sa plénitude ; l'autorité hiérarchique peut apprécier tous les éléments de l'affaire, les questions d'opportunité comme les questions de droit relèvent de son examen » (concl. sur C.E. Sect., 30 juin 1950, *Quéralt*, *Dr. soc.* 1951, p 249).

[37] Comme le précise Jean-Marie Auby, « à la différence du juge, l'autorité administrative n'est pas tenue de statuer expressément sur le recours. Elle peut s'abstenir de répondre ou refuser de prendre une décision quelconque » (« Les recours administratifs », *A.J.D.A.* 1955, I, p 119). La seule interdiction posée par la jurisprudence est la motivation du rejet du recours par une fin de non-recevoir, comme l'avait fait le ministre dans l'affaire *Quéralt*.

[38] C.E., 23 mai 1947, *Cousty*, *Rec. Leb.* 215.

[39] Guy Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome LXXIX, 1968, n° 659, p 637.

[40] Note Palazzoli sous C.E., 23 avril 1965, *Veuve Ducroux*, *D.* 1965, p 845.

un *droit de recours* véritable »[41]. Dès lors, « en tant que mode alternatif de règlement des litiges, les recours gracieux ou hiérarchique ne constituent qu'une forme particulière du droit de pétition aux autorités publiques. Adressés aux administrateurs actifs uniquement afin qu'ils mettent en œuvre des pouvoirs de contrôle qui auraient pu s'exercer d'office, les recours administratifs ne donnent lieu, en l'absence de dispositions contraires, à aucune détermination juridique susceptible d'en garantir l'examen effectif par l'administration »[42].

B) Une absence d'effectivité substantielle

Si le régime des recours administratifs de droit commun ne permet pas de garantir *a priori* la concrétisation de leur fonction de protection des administratifs qui ne leur est qu'incidemment reconnue par la jurisprudence administrative, force est de reconnaître que l'analyse de la pratique confirme cette appréciation. Dès sa première étude sur la prévention du contentieux, le Conseil d'Etat insistait « sur la nécessité absolue d'instruire très sérieusement les recours gracieux ou hiérarchiques quand l'administré, qui en a toujours le droit, a jugé utile d'en former. En effet, il semble que trop souvent ces recours ne constituent pas pour le service une occasion de réexaminer le dossier dont il est saisi. Son seul effet est alors de conserver le délai du recours contentieux et donc de retarder, mais non d'empêcher, la saisine du juge »[43]. Cette appréciation est aussi celle de la commission d'enquête sénatoriale sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif : « les recours gracieux ou hiérarchiques étaient, le plus souvent, tout simplement ignorés. L'administration laisse alors courir le délai de refus implicite, de quatre mois, qui permet à l'administré de déposer une requête contre la décision négative, résultant, par convention, de ce silence. Le cas le plus exemplaire et le plus dramatique est celui des personnes transfusées contaminées par le sida, dont le ministère de la santé a, dans un premier temps, ignoré le recours gracieux » [44].

Encore ce constat implacable doit-il être rapporté au conseil par lequel Marcel Waline avait conclu une note consacrée au revirement de la jurisprudence administrative sur les décisions confirmatives : « administrés et fonctionnaires, n'essayez plus la voie amiable avec l'administration : elle est trop périlleuse par les risques de forclusion qu'elle entraîne ; formez d'emblée le recours contentieux dès que vous êtes en possession d'une décision, expresse ou implicite, notifiée ou non, permettant de lier le contentieux. Conséquence pratique : si les administrés et les fonctionnaires suivent ce conseil, bien des litiges qui auraient pu recevoir une solution amiable vont être déférés au Conseil d'Etat, y provoquant un surcroît

---

[41] Guy Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome LXXIX, 1968, n° 658, p 637. C'est l'auteur qui souligne.

[42] Jean-François Brisson, *Les recours administratifs en droit public français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 185, 1996, p 137.

[43] Conseil d'Etat, « Etude sur la prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.* n° 32, 1980-1981, p 304. Cette analyse est située dans le droit fil de la jurisprudence qui fait essentiellement du recours administratif un instrument du contrôle de l'administration sur elle-même et non un mode de protection des administrés. Le Conseil d'Etat y déplore en effet l'absence de réexamen du dossier par l'autorité saisie du recours administratif et non l'examen des conclusions et moyens soulevés par le requérant.

[44] Rapport de la commission d'enquête chargée de recueillir tous éléments d'information sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions ainsi que sur les services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 10 décembre 1991, Président Hubert Haenel, Rapporteur Jean Arthuis, *J.O.R.F.* éd. Documents Sénat, 11 juin 1992, n° 400, p 46.

d'encombrement, résultat directement contraire à celui recherché par la haute juridiction »[45]. En d'autres termes, aussi provocants, le recours administratif ne sert à rien d'autre qu'à proroger le délai de recours juridictionnel, c'est-à-dire à rien du point de vue du requérant, si ce n'est prendre le risque de commettre une erreur de computation et d'encourir une forclusion.

Cette absence d'intérêt concret pour les requérants à déposer un recours administratif, avant d'introduire le cas échéant un recours juridictionnel, est depuis longtemps déplorée par la doctrine. L'ineffectivité résulte notamment de l'intransigeance et du conformisme qui caractérisent l'action administrative. Dès 1953, Henry Puget et Georges Maleville avaient analysé les mérites respectifs des recours gracieux et hiérarchiques quant à l'effectivité du règlement des litiges auquel les requérants pouvaient s'attendre. Leur constant était déjà sans appel : « dans l'administration, du haut en bas de l'échelle, une solidarité se constate, et surtout les motifs qui ont fait prendre la décision attaquée sont souvent ceux auxquels l'autorité supérieure est sensible, mieux, ceux qui la guident elle-même, ceux qui ont à leur origine les instructions qu'elle a données. Les recours hiérarchiques permettront de faire rectifier une attitude qui s'écarte de la ligne administrative voulue par les chefs. Pas plus que les recours gracieux, ils ne parviendront à faire abandonner des positions que l'administration toute entière entend défendre ; ils seront impuissants à mettre en échec une politique administrative, à imposer une stricte observation de textes qu'au sommet de la hiérarchie administrative on est décidé à méconnaître »[46].

Cette appréciation a été confirmée par le Conseil d'Etat dans sa deuxième étude sur la prévention du contentieux : « de nombreuses affaires qui aboutissent au contentieux auraient pu être réglées par l'administration si elles avait été mieux étudiées et si les intéressés ne s'étaient pas heurtés à la carence ou à l'obstination des services [...] les élus et les fonctionnaires répugnent à se déjuger ou à désavouer leurs collaborateurs, de sorte que les très nombreux recours adressés à l'administration elle-même ne font souvent l'objet d'aucun examen sérieux et sont généralement rejetés. Cette attitude engendre le contentieux de deux manières : les intéressés préfèrent s'adresser directement au juge, pour gagner du temps, ou sont contraints de le faire parce que l'administration a refusé de reconnaître son erreur [...] L'attention de tous les responsables, à quelque niveau qu'ils se situent, devrait être attirée sur l'idée que le retrait d'un acte illégal n'est pas déshonorant et qu'il est bien préférable, du point de vue même de l'administration, à une annulation contentieuse souvent tardive. A cette fin, il conviendrait de leur recommander l'examen attentif des recours gracieux et hiérarchiques dont ils sont saisis »[47].

---

[45] Note Marcel Waline sous C.E. Sect., 28 mars 1952, *Piteau*, *Martin* et *Lhuillier* (3 espèces) et C.E. Ass., 4 avril 1952, *Gerbaud*, *R.D.P.* 1953, p 497-498.

[46] Henry Puget, Georges Maleville, « Les recours purement administratifs mode de protection des administrés », *Rev. adm.* 1953, pp. 114. Ces auteurs avaient estimé par ailleurs que, « à le comparer avec le recours gracieux, le recours hiérarchique est plus favorable en général aux administrés. Il n'est plus soumis au bon vouloir de l'auteur même de la décision qui est naturellement porté à la maintenir ; une autorité élevée est supposée avoir et possède fréquemment des connaissances, une pondération, une impartialité, une indépendance, qui dépassent l'étendue du savoir, l'équilibre du caractère, la liberté d'action qui existent d'ordinaire aux étages administratifs inférieurs. Pour cette autorité supérieure, l'amour-propre personnel n'est pas en cause et elle trouve parfois plaisir à désapprouver les erreurs de ses subordonnés. Les recours hiérarchiques ont ainsi, aux profits des administrés, des chances de réussite qui excèdent celles qu'il est permis d'attribuer aux recours gracieux » (*ibidem.*).

[47] Conseil d'Etat, « La prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.* n° 39, 1988, p 17.

Une analyse étroitement comparable a été faite par la commission d'enquête sénatoriale sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif : « L'administration, saisie d'un recours gracieux, accepte souvent mal l'idée même de remettre en cause sa propre décision. En l'absence d'instructions, les services extérieurs de l'Etat s'en remettent à leur administration centrale qui est souvent trop occupée pour leur répondre en temps utile. Pourtant, combien de contentieux pourraient être évités si les services concernés avaient fait preuve d'autonomie et de responsabilité, en retirant la décision administrative illégale. Le mauvais fonctionnement des recours pré-contentieux, gracieux ou hiérarchique, conduit directement le demandeur au prétoire »[48].

Dans son étude de 1993 intitulée *Régler autrement les conflits*, le Conseil d'Etat a encore réitéré son appréciation dans des termes sensiblement plus généraux : « le plus souvent, les requêtes gracieuses font l'objet d'un examen superficiel. Elles ne sont pas instruites et, quand elles le sont, l'instruction se fait à un niveau de responsabilité insuffisant pour permettre la recherche d'une solution et selon une routine interne qui fait obstacle à la poursuite en concertation avec l'administré d'une telle solution. La tentation du silence que fait naître la décision implicite de rejet l'emporte alors, en raison de sa facilité, sur ce que devrait être la finalité de la procédure »[49].

Ces analyses méritent toutefois d'être nuancées. D'une part, en ce qui concerne les collectivités locales et les services de l'Etat, les recours gracieux sont instruits par les services qui ont pris la décision contestée, dans la plupart des cas par le même agents instructeur. Compréhensible dans une perspective de rationalisation – ou plus précisément de taylorisation – du travail administratif, cette organisation quasiment systématique ne favorise évidemment pas un revirement complet de l'appréciation de l'administration. Elle connaît toutefois une exception lorsque la demande du requérant bénéficie de l'appui, sous forme d'intervention par lettre ou appel téléphonique, d'un notable politique[50]. Il va de soi que l'attention portée à l'intervention est exactement proportionnelle à l'importance des fonctions exercées par l'intervenant. L'instruction fait alors, dans la plupart des cas, l'objet d'une évocation par le cabinet de l'autorité administrative formellement compétente, c'est-à-dire du préfet ou de l'élu local.

D'autre part, la prétendue absence d'effectivité de l'examen des recours administratifs doit être rapportée au nombre des réclamations dont les services administratifs sont saisis. A

---

[48] Rapport de la commission d'enquête chargée de recueillir tous éléments d'information sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions ainsi que sur les services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 10 décembre 1991, Président Hubert Haenel, Rapporteur Jean Arthuis, *J.O.R.F.* éd. Documents Sénat, 11 juin 1992, n° 400, p 46.

[49] Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 32. Dans sa circulaire du 9 février 1995 relative au traitement des réclamations adressées à l'administration, le Premier ministre reprend presque mot pour mot les termes de cette étude du Conseil d'Etat : « les requêtes gracieuses font le plus souvent l'objet d'un examen superficiel. Elles ne sont pas instruites ou, quand elles le sont, l'instruction se fait à un niveau de responsabilité insuffisant pour permettre la recherche d'une solution et dans un état d'esprit défavorable à l'administré. La tentation du silence que fait naître la décision implicite de rejet l'emporte alors, en raison de sa facilité, sur la raison d'être de la procédure » (Circulaire du Premier ministre du 9 février 1995 relative au traitement des réclamations adressées à l'administration, *J.O.R.F.* 15 février 1995, p 2522).

[50] Voir notamment Henri Déroche, *Les mythes administratifs : essai de sociologie phénoménologique*, P.U.F. 1966, p 221 et suiv.

cette question posée dans l'un de nos questionnaires, un service déconcentré de l'Etat a répondu qu'il rendait plusieurs milliers de décisions par an et que ses décisions ne faisaient, en moyenne annuelle, l'objet que d'une trentaine de recours juridictionnels. Dès lors, il estimait remplir globalement sa fonction de manière suffisante pour prévenir les litiges qui pouvaient l'être, compte tenu notamment de l'attitude des requérants. On ne peut que regretter, comme l'a fait la commission d'enquête sénatoriale[51], l'inexistence de statistiques systématiques quant au nombre de réclamations, à leur objet, au sort qui leur est fait par les services administratif. En l'absence de ces données, il est tout simplement impossible de trancher objectivement entre l'une et l'autre appréciations. Reste qu'il serait extrêmement délicat de réaliser ces statistiques, dans l'exacte mesure où toutes les réclamations adressées à une autorité administrative, on l'a dit, ne remplissent pas nécessairement les conditions pour être qualifiées de recours administratifs. Une indéniable dimension subjective risquerait alors de s'immiscer dans le recueil des données.

Enfin, l'analyse d'ordre psychologique selon laquelle les autorités administratives feraient preuve de rigidité en refusant systématiquement de revenir sur leurs erreurs d'appréciation quant à la régularité de leurs actes présente l'inconvénient d'être ambivalente. Quelle que soit sa vraisemblance, elle est susceptible d'être appliquée tant à l'égard de l'administration qu'à l'égard de certains requérants. Il est d'ailleurs possible de multiplier les illustrations dans un cas - la politique de la terre brûlée est parfois pratiquée délibérément par des autorités administratives, notamment pour des projets sensibles sur le plan politique - comme dans l'autre – il est aussi quelques requérants dont l'ardeur procédurière à l'égard de certains services confine à l'évidence à la paranoïa.

Quoi qu'il en soit, le Conseil d'Etat a solennellement estimé que « cette situation méconnaît un principe général de procédure administrative, selon lequel les administrés ont droit à un examen effectif des demandes qu'ils présentent devant l'administration. Si le principe général ne se trouve proclamé, en tant que tel, ni par un texte, ni par la jurisprudence, il n'en justifie pas moins nombre de règles couramment mises en œuvre, auxquelles il est sous-jacent. Ainsi en va-t-il, par exemple, de la règle selon laquelle le silence vaut décision implicite de rejet, et de la règle qui impose à l'administration de statuer après examen individuel des circonstances particulières du dossier »[52].

Qu'il nous soit permis d'être quelque peu étonné de la mention d'un tel principe général du droit portant sur l'effectivité de l'examen des recours administratifs. Même si une telle exigence d'effectivité a parfois été considérée comme un principe fondamental de la

---

[51] Rapport de la commission d'enquête chargée de recueillir tous éléments d'information sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions ainsi que sur les services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 10 décembre 1991, Président Hubert Haenel, Rapporteur Jean Arthuis, *J.O.R.F.* éd. Documents Sénat, 11 juin 1992, n° 400, p 45.

[52] Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 33. Cette appréciation a été confirmée par le Premier ministre pour lequel il importe que « les réclamations adressées à vos services [*i.e.* aux services ministériels], sous quelque forme que ce soit, ne soient pas considérées comme des démarches inutiles, dont le seul intérêt est de retarder le moment où le juge sera saisi, mais bien comme l'occasion de réexaminer avec attention les considérations et les circonstances qui ont présidé à l'adoption de la mesure contestée » (Circulaire du Premier ministre du 9 février 1995 relative au traitement des réclamations adressées à l'administration, *J.O.R.F.* 15 février 1995, p 2523).

procédure administrative[53], on ose espérer qu'il n'est pas nécessaire de proclamer un quelconque principe d'effectivité pour que des obligations substantielles doivent être concrètement satisfaites par l'administration[54]. Car cela signifierait donc *a contrario* que les obligations qui ne seraient pas couvertes par un tel principe pourraient *a priori* ne pas être remplies par l'administration. On mesure aisément le contresens résultant de l'invocation d'un tel principe et le désarroi qu'il révèle quant à l'attitude du Conseil d'Etat à l'égard des recours administratifs et de la manière dont ils remplissent la fonction de règlement des litiges qui ne leur est qu'incidemment dévolue par sa jurisprudence.

§ 2 : Une demande préalable sous-estimée

Depuis une tradition qui remonte devant le Conseil d'Etat au décret du 22 juillet 1806 et qui a été ultérieurement étendu à toutes les juridictions administratives, le juge administratif ne peut être saisi que d'un litige portant sur une décision : c'est la règle dite de la décision préalable qui prévaut devant les juridictions administratives sauf texte expressément contraire. Comme le précise l'article 1er, alinéa 1er, du décret n° 65-29 du 11 janvier 1965, « sauf en matière de travaux publics, la juridiction administrative ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée »[55]. Pour la doctrine, « la distinction entre recours administratif et demande préalable est [...] délicate : la demande préalable comporte elle aussi l'idée d'un différend et est adressée à une autorité administrative ; la parenté des deux institutions est encore accrue par la similitude de leurs régimes. Il s'agit cependant de deux notions distinctes » [56].

Cette distinction entre la signification de la demande préalable dans le contentieux de pleine juridiction et celle de la décision préalable dans le contentieux de l'excès de pouvoir a longtemps été occultée par la théorie de la liaison du contentieux construite par Maurice Hauriou pour consacrer la dimension juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir. Selon cet auteur, « toute décision exécutoire prise par l'autorité administrative compétente sur une question contentieuse ou susceptible de le devenir, contient d'avance l'acceptation de l'instance qui pourra être engagée sous forme de recours contentieux contre cette

---

[53] Jean-Marie Auby, « La procédure administrative non contentieuse », D. 1956, chron. VII, p 32 : « la procédure, notamment celle qui précède une décision administrative, est destinée à procurer à l'administration une connaissance exacte des circonstances de nature à influer sur sa décision. Il en résulte que la procédure doit comporter un examen sérieux et suffisant de ces circonstances. Ce principe va également dans le sens de l'intérêt des administrés, assurés de n'être pas l'objet de mesures prises à la légère » (*ibidem.*). Cet auteur s'est toutefois ainsi attaché à systématiser la jurisprudence faisant de l'examen particulier des circonstances de l'affaire une condition de la légalité des décisions individuelles. Le terrain sur lequel il s'est placé est donc sensiblement différent de celui sur la base duquel le Conseil d'Etat envisage son principe général d'examen effectif par les autorités administratives des demandes qui leurs sont adressées.

[54] Gabriel Ardant, « La double origine du formalisme », *Rev. adm.* 1952, p 449 ; Jean-François *Lachaume*, « Le formalisme », A.J.D.A. 1995, n° spécial, p 133.

[55] Reprise à l'article L. 421-1 du Code de la justice administrative, cette disposition figurait auparavant à l'article R. 102 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

[56] D'après Didier Truchet, « de deux choses l'une : ou la demande intervient alors qu'aucun acte juridique n'a été pris, et elle se présente alors comme une demande initiale ; ou la demande est dirigée contre un acte juridique : n'ayant plus pour objet de provoquer la décision préalable nécessaire au recours contentieux, elle constitue un recours administratif » (*Répertoire de contentieux administratif*, V° « Recours administratif », n° 27, p 5).

décision »[57]. Considérée comme nécessaire pour que le recours pour excès de pouvoir mérite la qualification de recours contentieux, cette prétendue acceptation implicite de l'instance par la décision administrative dont la légalité constitue l'objet du litige devant le juge de l'excès de pouvoir a été critiquée notamment par Léon Duguit[58]. Selon lui, on peut écarter l'opposition de deux prétentions comme fondement de cette liaison de l'instance et lui substituer l'idée de prétention unilatérale. Conforme à sa conception du recours pour excès de pouvoir comme contentieux objectif, cette autre théorie présente toutefois l'inconvénient d'être caractérisée par une grande abstraction. Même si l'administration n'est pas censée être une partie au regard de l'objet du contentieux de l'excès de pouvoir, elle n'en est pas moins considérée comme telle sur le plan strictement processuel[59]. Plutôt que de se contenter de la prétention unilatérale, on doit admettre que la contestation - au sens large de prétention fondée sur une cause juridique ou de conflit objectif d'intérêts -, est suffisante pour constituer un litige d'ordre contentieux susceptible d'être soumis au juge[60].

Les différences entre ces notions ont conduit la doctrine à ne s'intéresser qu'à la fonction contentieuse des recours administratifs sans la reconnaître pleinement à la demande préalable. La demande préalable est rarement considérée comme constituant dans le contentieux subjectif une voie de règlement amiable du litige comparable aux recours administratifs dans le contentieux objectif. Après avoir démontré l'erreur résultant de la méconnaissance de cette fonction de la demande préalable (**A**), on ne pourra là encore que constater à quel point la pratique correspondant à cette demande est décevante (**B**).

---

[57] Maurice Hauriou, « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, p 87-88, cité par Henry Vizioz, *Etudes de procédure*, éd. Bière, Bordeaux, 1956, p 103. Comme le précise Henry Vizioz, « Hauriou se contente d'une formule très générale, qu'il applique aux deux hypothèses de liaison du contentieux » (*ibid.*, p 104). Voir encore cette autre formule de Maurice Hauriou : « quand l'administration, statuant non pas sur une réclamation, mais de sa propre initiative, et pour assurer la marche des services publics, pose une décision exécutoire, par là-même elle consent d'avance à la voir discutée au contentieux, acceptant ainsi une instance éventuelle. Il est à remarquer, en effet, que toute décision exécutoire engendre immédiatement un recours contentieux contre elle-même, sans que l'intéressé soit obligé de former une réclamation préalable, de telle sorte que la procédure de la réclamation n'est nécessaire que lorsque l'intéressé ne se trouve pas en présence d'une décision exécutoire » (*ibid.*, p 103).

[58] Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., tome II, p 418 et suiv., cité par Roger Bonnard, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Sirey, 1933, réed. Librairie Edouard Duchemin, 1977, p 16-17.

[59] Quelle qu'ait été le débat doctrinal (Bruno Kornprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, volume XIX, 1958), cette qualité de partie est dorénavant susceptible d'être reconnue à l'administration, à l'occasion d'un contentieux en excès de pouvoir et sur le plan strictement processuel, au moins en ce qui concerne la condamnation aux frais irrépétibles. Selon l'article L. 761-1 du Code de la justice administrative, c'est-à-dire l'ancien article L. 8-1 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, « *dans toutes les instances*, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, *la partie perdante*, à payer à l'autre la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation » (c'est évidemment nous qui soulignons).

[60] Henry Motulsky, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, p 6-7. Pour Roger Bonnard, on peut considérer « qu'il y a contestation dès lors que, sans formuler expressément une prétention opposée et sans figurer comme partie au procès, il y a de la part d'un tiers opposition et résistance à la réalisation de la prétention émise. Alors, si on envisage ainsi la contestation, on la trouve dans toutes les opérations juridictionnelles et on ne peut pas ne pas la trouver : car, encore une fois, l'intervention du juge ne se conçoit que si la prétention émise devant lui rencontre une opposition et une résistance » (« La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Sirey, 1933, réed. Librairie Edouard Duchemin, 1977, p 22).

A) Une fonction méconnue

Dans le contentieux des actes administratifs, c'est-à-dire essentiellement celui de l'excès de pouvoir, la règle de la décision préalable s'impose d'évidence. Dans la mesure où il s'agit de statuer sur la légalité d'une décision, il est bien nécessaire que cette décision existe préalablement[61]. Les recours administratifs, qu'ils soient gracieux ou hiérarchiques, sont à l'évidence rattachés à ce contentieux des actes devant les juridictions administratives, auquel il font figure d'alternative. La fonction contentieuse de ces recours administratifs a été démontrée ci-dessus. Cela étant, on est alors conduit à distinguer nettement ce contentieux avec le contentieux subjectif, c'est-à-dire globalement celui regroupé sous la dénomination de contentieux de pleine juridiction. Car dans le contentieux de la responsabilité, c'est la victime qui déclenche le mécanisme juridique en estimant avoir droit à la réparation du préjudice qu'il estime subir du fait de l'administration. Cette action de la victime prend la forme d'une demande qu'elle adresse à l'administration préalablement à la saisine du juge administratif.

En ce sens, sauf texte expressément contraire, le contentieux de la responsabilité satisfait lui aussi à la règle précitée de la décision préalable. Les pouvoirs dont le juge administratif dispose à l'égard de cette décision permettent même de distinguer le contentieux de pleine juridiction du contentieux de l'excès de pouvoir. Statuant en tant que juge de l'excès de pouvoir, c'est-à-dire dans un contentieux objectif portant sur la seule légalité d'un acte administratif, le juge administratif n'a que le pouvoir de l'annuler. Il lui est interdit de faire acte d'administrateur et de substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative compétente. Par contre, dans le contentieux subjectif, le juge administratif dispose tout à la fois du pouvoir d'annuler la décision dont il est saisi et de lui substituer sa propre appréciation. Concrètement, lorsqu'il est saisi d'une décision rejetant une demande d'indemnité, le juge administratif peut annuler cette décision et fixer lui-même le montant des indemnités auxquelles la victime a droit.

Les variations des pouvoirs du juge administratif permettent de distinguer les recours juridictionnels, par-delà l'application dans tous les cas de la règle de la décision préalable[62]. Malgré cette unité apparente des conditions de recevabilité des recours juridictionnels, « la signification profonde de la règle de la décision préalable est très différente selon qu'il s'agit du contentieux de pleine juridiction ou du contentieux de l'excès de pouvoir. En plein contentieux, la règle de la décision préalable joue comme un préliminaire obligatoire de conciliation. Elle oblige les justiciables à soumettre d'abord leur réclamation à l'autorité administrative au lieu de saisir *de plano* la juridiction administrative. En cas d'entente amiable, elle évite un procès, en cas d'échec, elle permet au moins à l'administration de

---

[61] Lorsqu'il s'agit de discuter du refus de l'administration de prendre une décision, le requérant n'est pas dépourvu de toute voie de droit. Depuis la loi du 17 juillet 1900, il lui suffit d'adresser à l'administration une réclamation tendant à ce qu'elle prenne ladite décision. Qu'elle réponde expressément ou non à cette réclamation, le silence de l'administration suffit à faire naître une décision implicite de rejet dont le requérant pourra saisir le juge de l'excès de pouvoir. Initialement de quatre mois, le délai de naissance des décisions implicites de rejet est passé à deux mois depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration.

[62] On peut donc partager avec Raymond Guillien l'idée que la règle de la décision préalable fonctionne « aussi bien dans la procédure de plein contentieux que dans celle de l'annulation ». Mais il n'est pas possible d'admettre avec cet auteur que « la décision préalable [...] contredit, par sa seule existence, l'existence [de la distinction entre contentieux de pleine juridiction et contentieux de l'excès de pouvoir et qu'elle] a donc toujours uni, réuni les deux branches » (« Décision préalable et distinction des contentieux en droit administratif français », *Mélanges Stassinopoulos*, L.G.D.J., 1974, p 260).

prendre position sur la prétention, de la délimiter et de confirmer que celle-ci est contestée Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, la décision préalable ne joue pas ce rôle de conciliation préalable. La décision prise par l'administration existe comme une donnée. Le requérant n'a pas à la provoquer. Il lui suffit de l'attaquer lorsque l'administration l'édicte »[63].

Sur cette base, il est simple de déterminer ce qui unit et ce qui distingue la demande préalable dans le plein contentieux et le recours administratif de droit commun, c'est-à-dire le recours gracieux ou hiérarchique. Ils remplissent tous deux la même fonction contentieuse consistant en une tentative de règlement amiable, par la voie d'une décision administrative, du litige résultant de la contestation par l'administré de l'attitude de l'administration, qu'il s'agisse d'un acte ou d'un agissement. Leur distinction repose notamment, on l'a vu, sur leur objet : la demande préalable porte la réparation d'un préjudice alors que le recours gracieux ou hiérarchique concerne le retrait, l'abrogation ou la réformation d'un acte. Mais leurs régimes juridiques respectifs s'opposent encore sur un point fondamental : la demande préalable est obligatoire alors que le recours administratif de droit commun est, en principe, facultatif.

Ce caractère obligatoire de la demande préalable découle de son origine. Dans le contentieux de pleine juridiction, l'exigence d'une demande préalable est en effet la conséquence de l'abandon de la théorie du ministre-juge par la jurisprudence administrative. Si elle a refusé de reconnaître à la décision ministérielle la qualité d'acte juridictionnel et a fait du Conseil d'Etat le juge de droit commun du contentieux administratif[64], cette jurisprudence n'en a pas moins maintenu l'obligation de saisir l'administration préalablement au dépôt du recours juridictionnel. Alors que cette exigence découlait de la qualité de juge de première instance dont bénéficiait jusqu'alors le ministre, elle est rapidement apparue pour la doctrine comme une survivance de cette théorie du ministre-juge[65]. La substitution à cette théorie de l'obligation d'adresser une demande préalable à l'administration ne peut qu'être justifiée par une substitution de leurs fondements respectifs[66]. Puisque le caractère obligatoire ne repose plus sur la qualité de juge du ministre, la demande préalable ne peut être fondée que sur la volonté d'imposer un « préliminaire de conciliation »[67] avant tout recours relevant du contentieux subjectif de pleine juridiction.

---

[63] Jean-Paul Négrin, *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction : de la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, P.U. Aix-Marseille, Centre de recherches administratives, n° 25, 1975, p 29. Voir encore Charles Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome XXXVIII, 1962, n° 24, p 22. Voir enfin Olivier Gohin, *Contentieux administratif*, Litec, 2ème éd., 1999, n° 253, p 214-215 : « le procès administratif présente deux cas de figure distincts : - soit la décision administrative préexiste et son annulation totale ou partielle est alors l'objet du recours pour excès de pouvoir fondé sur des motifs de droit ; - soit la décision administrative est provoquée par la demande préalable du requérant, ce qui est le principe dans le contentieux subjectif de pleine juridiction, et la requête introductive d'instance vient alors répéter la demande auprès de l'administration, sous réserve d'un éventuel ajustement d'ordre pécuniaire ».

[64] C.E., 13 décembre 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille*, *Rec. Leb.* 1148, concl. Jagerschmidt, *D.* 1891.3.41, *S.* 1892.3.17, note Hauriou, repris in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Voir par ailleurs Jacques Chevallier, « Réflexions sur l'arrêt *Cadot* », *Droits* 1989, n° 9, p 79.

[65] Maurice Hauriou, « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, p 57. Selon Georges Teissier, c'est Edouard Laferrière qui aurait convaincu le Conseil d'Etat d'imposer cette demande préalable, après l'avoir convaincu d'abandonner la théorie du ministre-juge (*Répertoire du droit administratif*, V° « Responsabilité », tome 23, n° 220).

[66] Marcel Waline a parlé d'une « substitution de raison d'être » (*Précis*, 6ème éd., p 102, cité par Bernard Pacteau, *Contentieux administratif*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 5ème éd., 1999, n° 142, p 155.

[67] René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat, 7ème éd., 1998, n° 631, p 444.

La fonction contentieuse dévolue à l'obligation de solliciter une demande préalable se justifie tant à l'égard de l'administration qu'à l'égard des administrés. La demande préalable « protège l'administration. Elle lui assure en quelque sorte une certaine sécurité en l'empêchant d'être traduite en justice avant d'avoir elle-même pris position sur l'attitude à observer vis-à-vis du requérant. La possibilité ainsi offerte à l'administration d'éviter un procès est d'autant plus appréciable que les agissements incriminés peuvent avoir pour auteur un agent public quelconque, alors que [...] les décisions exécutoires n'émanent que d'un petit nombre d'autorités opérant une sorte de concentration de la puissance publique [...] Les justiciables eux-mêmes sont protégés par la règle de la décision préalable, qui leur épargne d'intenter inutilement une action contentieuse si l'administration leur donne satisfaction sans attendre d'être traduite devant le juge, ou justifie son refus par des raisons leur paraissant acceptables »[68].

Obligatoire dans le contentieux subjectif de pleine juridiction, la demande préalable y remplit donc la même fonction contentieuse de règlement des litiges que celle dévolue à titre simplement facultatif aux recours administratifs de droit commun dans le contentieux objectif.

B) Une pratique médiocre

La méconnaissance de la fonction contentieuse de la demande préalable et la surestimation de la capacité des juridictions administratives à régler les litiges est flagrante pour une partie de la doctrine. Refusant même de reconnaître à de telles procédures toute dimension contentieuse, Christian Gabolde affirme ainsi de manière péremptoire que « la meilleure procédure précontentieuse serait dans l'idéal l'absence de toute procédure »[69]. La doctrine dominante ayant pendant des décennies fait preuve d'un tel mépris à l'encontre des modes de règlement des litiges autres que juridictionnels, il n'est guère étonnant que la pratique de la demande préalable en ait été affectée. Elle est encore souvent perçue par les requérants et les administrations comme une étape indispensable ne présentant par elle-même quasiment aucun intérêt substantiel.

Le régime juridique de cette demande préalable lui fait pourtant produire des effets remarquables. Les vices affectant cette demande constituent autant de fins de non-recevoir opposables au recours juridictionnel postérieur. Plus profondément encore, la demande préalable a pour effet de déterminer le cadre juridique de l'instance, tant objectif que subjectif. Par voie de conséquence, si la demande doit évidemment être adressée à la personne morale dont à laquelle le fait dommageable est imputable[70], elle doit encore

---

[68] Henri Bonneau, « La règle de la décision préalable devant les nouveaux tribunaux administratifs », *D.* 1955, chron. III, p 13.

[69] Christian Gabolde, « La procédure administrative précontentieuse », *D.* 1984, chron. XX, p 119.

[70] Au sein d'une même personne morale, la jurisprudence impose une obligation de transmission de la réclamation à l'autorité compétente pesant sur l'autorité saisie par erreur. Cf. C.E., 10 février 1978, *Lejeune*, req. n° 01966, *Rec. Leb. Tables 1975-1984*, tome V, V° « Procédure », n° 187, p 4811. Dans cette affaire, la demande adressée au gouverneur de la Polynésie française tendait à la réparation du préjudice causé par un arrêté gubernatorial interdisant à une personne l'accès et le séjour en Polynésie française. Le gouverneur étant incompétent, il lui incombait de transmettre cette demande au ministre chargé des territoires d'outre-mer, sous l'autorité hiérarchique duquel il était placé et qui était compétent pour en apprécier le bien-fondé.

comporter une évaluation chiffrée du montant des dommages-intérêts sollicités pour réparer le préjudice allégué[71]. De la même manière, un requérant ne peut solliciter directement du juge la réparation d'un chef de préjudice qu'il n'a pas mentionné dans sa demande préalable[72].

Cela étant, la jurisprudence administrative a toutefois pris en compte la perte de signification substantielle de la demande préalable pour les parties. Elle a donc paradoxalement conforté cette dépréciation tout en en maintenant le principe. La jurisprudence admet d'une part que la méconnaissance de l'obligation de ne déposer de recours juridictionnel qu'après avoir vu sa demande préalable rejetée par l'autorité administrative fasse l'objet d'une régularisation. Le requérant peut donc déposer son recours juridictionnel avant d'avoir obtenu la décision préalable. Cette jurisprudence permet donc d'entamer l'instruction de ce recours sans perdre le temps nécessaire pour que l'administration rejette, implicitement ou non, la demande qui lui a été adressée. La jurisprudence admet d'autre part que l'absence de la moindre demande préalable adressée par le requérant à l'administration puisse être couverte par l'administration : tel est le cas lorsque l'autorité administrative renonce, explicitement ou implicitement, à opposer cette fin de non-recevoir et présente une défense au fond dans le cadre de l'instance juridictionnelle[73].

Le régime juridique de la demande préalable devant obligatoirement être déposée devant l'administration avant d'engager un recours relevant du contentieux subjectif de pleine juridiction connaît donc des assouplissements remarquables. Ils sont vraisemblablement justifiés par le peu de cas que l'administration a longtemps fait de leur fonction contentieuse de règlement amiable des litiges. Mais ils ont aussi par là-même contribué à les accentuer.

Quoi qu'il en soit, la portée de cette règle de la décision préalable a été - et est encore - sensiblement réduite du fait que son champ d'application connaît au moins une exception importante[74]. La règle de la décision préalable est inapplicable aux travaux publics. Cette

---

[71] A défaut de demande chiffrée, la demande préalable et le recours juridictionnel introduits ensuite sont irrecevable, le chiffrage étant irrecevable pour la première fois en appel (parmi une jurisprudence constante, voir par exemple C.E., 23 décembre 1987, *M. Chartrousse*, *Rec. Leb.* 422, *A.J.D.A.* 1988, obs. Prétot et C.E., 8 mars 1996, Duval, Rec. Leb. 1127). Si le demandeur s'est contenté de chiffrer le montant d'une provision, le juge ne peut lui allouer davantage que ce montant (C.E. Sect., 19 décembre 1984, *Mlle Boehrer*, *Rec. Leb.* 433, concl. Stirn, *A.J.D.A.* 1985, p 90, chron. Hubac et Schoettl). Lorsque le requérant n'a pas chiffré sa demande en se réservant de le faire après le prononcé d'une expertise, il appartient toutefois au juge de l'inviter à régulariser son recours lorsqu'il considère l'expertise comme étant inutile (C.E. Sect., 6 janvier 1989, *Mlle Guerrault*, *Rec. Leb.* 1, *A.J.D.A.* 1989, p 327, concl. Daël, *J.C.P.* 1989, n° 2134, note Gabolde).

[72] C.E., 28 juillet 1950, *Veuve Claret*, *Rec. Leb.* 472 ; C.E., 19 décembre 1955, *Delgorge*, *Rec. Leb.* 600.

[73] Comme l'a précisé Raymond Odent, la jurisprudence « admet que les observations présentées devant le juge par l'administration au cours de l'instruction contradictoire d'un recours qui n'est pas dirigé contre une décision valent décision de rejet et rendent ce recours rétroactivement recevable si elles en contestent à titre principal le bien-fondé (C.E., 25 mars 1936, *Toussaint*, *Rec. Leb.* 376 ; C.E, 17 janvier 1964, *Moreau*, *Rec. Leb.* 962). Au surplus, si, malgré tout, une requête est rejetée parce qu'il n'est pas justifié de l'existence d'une décision préalable – ce qui advient quelquefois encore – ce rejet n'est pas irrémédiable : le requérant peut encore provoquer une décision administrative expresse ou implicite qu'il restera recevable à contester par la voie contentieuse » (« Le destin des fins de non-recevoir », *Mélanges Waline*, L.G.D.J., 1974, tome II, p 660).
La jurisprudence ultérieure considère même que des conclusions au fond présentées à titre subsidiaire suffisent à lier le contentieux dès lors que la fin de non-recevoir présentée par l'administration défenderesse ne porte pas sur le défaut de décision préalable (C.E., 18 janvier 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, req. n° 51534, *Rec. Leb. Tables 1985-1994*, tome VI, V° « Procédure », n° 197, p 5848).

[74] Jean Roche, « Les exceptions à la règle de la décision préalable devant le juge administrtaif », *Mélanges Waline*, tome II, pp. 733-749.

matière a été rapidement couverte par la loi du 28 pluviôse an VIII, c'est-à-dire du 17 février 1800, qui déterminait tout à la fois des règles de fond et des règles de procédure, au premier rang desquelles la compétence des conseils de préfecture pour statuer sur les litiges portant sur des travaux publics. La loi n'imposant aucune décision préalable, les requérants peuvent saisir directement le juge administratif.

Le désintérêt caractérisant la pratique de la demande préalable et la méconnaissance de sa fonction contentieuse sont tels que l'exception relative aux travaux publics n'a jamais été infirmée. L'article 1er du décret n° 65-29 du 11 janvier 1965 la réaffirme encore expressément. Sachant l'importance quantitative des litiges en matière de travaux publics, du fait de l'effet attractif attaché à cette notion, il est évident que la constance cette exception n'a pas peu contribué à la perte de la signification substantielle de la demande préalable et à la déception caractérisant sa mise en œuvre pratique.

On le voit, les modes alternatifs de règlement des litiges d'ores et déjà existants en droit administratif ne remplissent que très imparfaitement la fonction contentieuse, qui leur est d'ailleurs dans la plupart des cas tout simplement déniée. Aussi ne faut-il pas s'étonner si leur effectivité est réduite comme une peau de chagrin.

Section 2 : Les insuffisances du règlement juridictionnel des litiges intéressant l'administration

Les insuffisances du contentieux administratif ne concernent pas seulement le règlement amiable des litiges par la voie de décisions administratives, sur recours ou demande préalable présentée par un requérant. L'exercice de leur fonction contentieuse par les juridictions administratives révèle aussi de réelles insuffisances. Car le contentieux administratif a longtemps été dominé par « l'esprit du contrôle de légalité, qui est de dire le droit plus encore que le vider un litige »[75].

Certes, les juridictions administratives et le contentieux administratif ont considérablement évolué au cours de ces vingt dernières années. Mais cette évolution était nécessaire pour faire face à ce que Charles Debbasch a évoqué au titre d'un prétendu déclin du contentieux administratif : « les couronnes tressées au juge administratif ont dissimulé, pendant longtemps, que le socle sur lequel était construit ce contentieux avait la fragilité l'argile. La dynamique historique a, elle aussi, favorisé l'interprétation optimiste des décisions juridictionnelles. On n'avait pas confié au juge la sauvegarde d'un équilibre entre la puissance publique et les citoyens mais la charge d'assujettir l'administration au respect du droit. La libéralisation progressive des rapports entre l'administration et les administrés réalisée par le juge était d'autant plus saluée par la doctrine que l'arbitraire administratif se trouvait être, à l'origine, plus répandu, plus absolu. Chaque arrêt était synonyme de progrès. Il était un pas vers la réalisation de la mission assignée au juge. Mais, à ce contentieux de mission a, aujourd'hui, succédé un contentieux qu'on serait tenté de qualifier de gestion. Il ne s'agit plus, aujourd'hui, de bâtir, dans des arrêts de principe, les fondements des relations entre l'administration et les administrés ; il suffit d'appliquer, dans des arrêts d'espèce, les

[75] Françoise Ducarouge, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *R.F.D.A.* 1996, n° 1, p 86.

règles générales dégagées hier »[76]. La doctrine s'est ultérieurement partagée sur le point de savoir s'il s'agissait ou non d'un épuisement de la jurisprudence en tant que source du droit et d'un accroissement de la dimension proprement juridictionnelle, c'est-à-dire focalisée sur le règlement des litiges[77].

Cette prétendue successions des rôles du juge administratif – contentieux de mission portant sur la création du droit administratif dans un premier temps, contentieux de gestion de la singularité des espèces, des affaires lui étant soumises, dans un second temps – ne résiste pas à la réflexion. De tous temps, le juge administratif a été censé régler des litiges. Il n'a jamais pu créer de règles de droit qu'à partir des litiges dont il était saisi. Simplement, cette activité proprement juridictionnelle - de concrétisation du droit dans la diversité des situations conflictuelles - était occultée au profit de la création du droit. Et il était d'autant plus aisé de faire preuve d'audace jurisprudentielle à l'égard de l'administration qu'elle ne risquait guère de déboucher sur des contraintes excessivement concrètes[78].

Cette focalisation de l'attention des juridictions administratives et de la doctrine sur la seule création jurisprudentielle du droit - aussi compréhensible soit-elle au regard de sa portée - n'a pas survécu à un phénomène récurrent dans le contentieux administratif : l'augmentation du nombre des affaires. Malgré les remarquables adaptations dont l'organisation des juridictions administratives, les procédures selon lesquelles elles statuent et leurs pouvoirs ont fait l'objet pour accroître l'effectivité de la dimension proprement juridictionnelle de leur activité (**§ 1**), l'explosion du contentieux administratif continue de produire ses effets, à tel point qu'une prévention du contentieux devant les juridictions administratives commence à apparaître comme une nécessité (**§ 2**) : comme l'a reconnu le Conseil d'Etat, " le problème principal de la justice administrative, et de loin, est donc son encombrement et l'impérieuse nécessité d'y faire face dans des délais raisonnables de

---

[76] Charles Debbasch, " Déclin du contentieux administratif ? ", *D.* 1967, chron. XIV, p 95.

[77] Didier Linotte, " Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif ", *A.J.D.A.* 1980, pp. 632-639 ; Stéphane Rials, " Sur une distinction contestable et un trop réel déclin ", *A.J.D.A.* 1981, PP. 115-118 ; Didier Linotte, Stéphane Rials, " Conclusion d'une controverse ", *A.J.D.A.* 1981, p 202.

[78] Le paroxysme a vraisemblablement été atteint par la jurisprudence relative à la recevabilité des recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs détachables des contrats. Si Jean Romieu a emporté la conviction du Conseil d'Etat, il n'avait pas omis de lui en préciser les conséquences : " nous ne nous dissimulons pas que l'annulation pour excès de pouvoir dans cette catégorie de litige n'aura parfois qu'un caractère platonique : l'Administration, en effet, pourra régulariser aussitôt l'acte entaché de nullité ; ou bien le contrat pourra subsister entre les parties, nonobstant l'annulation des actes qui ont servi à le former, si les contractants (ou, dans les questions communales, le contribuable agissant au nom de la commune avec l'autorisation exigée par l'article 123 de la loi du 5 avr. 1884), ne demandent pas au juge du contrat ou n'obtiennent pas de lui la résolution de leurs obligations réciproques. Mais cette conséquence n'est pas de nature à vous surprendre ou à vous effrayer. Vous savez bien que les annulations pour excès de pouvoir n'ont, dans bien des cas, qu'un caractère purement platonique : le juge de l'excès de pouvoir n'a qu'à examiner si l'acte attaqué doit ou non être annulé en raison du vice qui lui est reproché ; il n'a pas à se préoccuper des conséquences, positives ou négatives, de son jugement. Si l'Administration refait, selon les formes légales, l'acte irrégulier à l'origine, ce sera le meilleur hommage rendu à votre décision. Si, d'autre part, les parties n'entendent pas se prévaloir de l'illégalité constatée, ou si le juge du contrat estime que les liens contractuels peuvent subsister nonobstant cette irrégularité, l'annulation que vous aurez prononcée aura toujours pour effet de dire le droit, de ne pas fermer le prétoire aux citoyens usant de la faculté que la loi leur reconnaît, de censurer l'illégalité, d'éclairer l'opinion publique et de prévenir le retour des pratiques condamnées. C'est là un résultat absolument conforme aux traditions de votre jurisprudence et aux besoins d'une démocratie bien organisée " (concl. sur C.E., 4 août 1905, *Martin*, *Rec. Leb.* 749).

traitement des dossiers [...] C'est dans ce contexte que se pose la question des nouveaux modes de règlement des litiges "[79].

§ 1 : L'adaptation des juridictions administratives

L'ordre des juridictions administratives a longtemps été caractérisé par une remarquable stabilité. Certes, le Conseil d'Etat n'est plus juge de droit commun depuis l'entrée en vigueur du décret-loi du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif. Les tribunaux administratifs, juges de droit commun, ont été substitués aux conseils de préfecture issus de la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800), qui ne disposaient que d'une compétence d'attribution. Certes, la qualité de juge d'appel n'appartient plus, en principe, au Conseil d'Etat depuis qu'elle a été confiée aux cours administratives d'appel, depuis la mise en œuvre progressive de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987. Sous réserve des catégories de litiges qui continuent à être expressément réservées au Conseil d'Etat par des textes spéciaux, que ce soit en tant que juge de première et dernière instance ou en tant que juge d'appel, le Conseil d'Etat n'est plus censé être saisi qu'en tant que juge de cassation des arrêts des cours administratives d'appel.

Mais les pouvoirs des juridictions administratives et la procédure en vertu de laquelle elles pouvaient les exercer n'ont guère été affectés par ces évolutions structurelles. L'interdiction faite au juge de faire acte d'administrateur et la loi du 22 juillet 1889 ont constitué respectivement la limite ultime de leurs pouvoirs et le cadre au sein duquel ces pouvoirs devaient être exercés. Leur décalage par rapport aux préoccupations contemporaines, relatives à l'exercice satisfaisant de la fonction juridictionnelle, a été résorbé par des textes récents. De sorte que l'on peut, enfin, considérer que les juridictions administratives disposent des moyens pour épuiser réellement les litiges qui leur sont soumis.

A) L'extension des pouvoirs du juge administratif des référés

Le référé, on le sait, trouve son origine dans la clameur du "haro" - au secours ! - appliquée au Moyen âge pour permettre, lorsqu'il y avait péril en la demeure, de faire comparaître un adversaire devant le juge sans commandement ni autorisation[80]. Ultérieurement, l'ordonnance de Saint-Germain en Laye d'avril 1667 " établit une véritable procédure de référé en décidant que lorsqu'un officier subalterne rencontre des difficultés dans les fonctions de son ministère, il pourra en une certaine forme se référer au magistrat compétent : ''si les portes de la maison sot fermées, dit l'article 5, l'huissier ou sergent se retirera devant le juge du lieu ...'' L'édit de 1685, portant règlement de la Justice au Châtelet de Paris, introduisit véritablement et d'une manière régulière et légale pour les particuliers le référé devant cette juridiction où il se pratiquait déjà en fait. Cet édit que la jurisprudence des Parlements étendit bientôt à tous les tribunaux de France servit de base à la nouvelle

---

[79] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 24.

[80] "La formule complète était à l'époque "haro, mon prince, on me fait tort"" (Christian Gabolde, *Procédure des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel*, opus cité, n° 824, p 317.

législation du référé "[81]. Dans le contentieux administratif, on ne peut que constater une évidente réticence des pouvoirs publics, de l'administration, voire même du Conseil d'Etat, à l'égard d'un développement de procédures rapides comparables, sinon égales, à celles suivies devant les juridictions judiciaires.

Les procédures rapides, permettant le prononcé de mesures provisoires par un juge unique dans des délais censés être les meilleurs, ont longtemps été indigentes devant les juridictions administratives. Historiquement, l'ancêtre du référé administratif est le constat d'urgence[82]. Créé par l'article 24 de la loi du 22 juillet 1889 sur la procédure devant les conseils de préfecture, le constat d'urgence a d'abord été présenté par la doctrine comme le pendant administratif du référé civil, dans l'exacte mesure où il constituait alors la seule mesure d'urgence susceptible d'être ordonnée par le juge administratif[83]. Les mesures susceptibles d'être ordonnées dans ce cadre étaient toutefois réduite à un embryon d'expertise, dont la mission était strictement limitée à la seule constatation des faits litigieux[84].

Du fait de l'insuffisance de cette procédure s'ensuivit une tentative des juridictions judiciaires et du Tribunal des Conflits en faveur de la compétence des juridictions judiciaires, capables de statuer beaucoup plus rapidement et, par là même, plus efficacement, sur des litiges intéressant l'Administration, plus précisément en matière de réquisitions de logement[85]. Devant la méconnaissance du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, Marcel Waline a alors démontré que « s'il existait devant les juridictions administratives une procédure, notamment pour la constatation de l'illégalité des actes administratifs, aussi rapide que le référé civil, jamais la jurisprudence *Barinstein* n'aurait vu le jour, parce qu'elle n'aurait pas eu sa raison d'être »[86]. André Mathiot a confirmé cette appréciation dans une autre note de jurisprudence : « sur le terrain de la procédure, on n'insistera jamais assez sur l'extrême intérêt que présenterait la création d'un juge des référés en matière administrative. Son

---

[81] Georges Lenotte, *Des expertises devant les Conseils de préfecture*, éd. Marchal & Billard, 1905, tome I, n° 826, p 610 et 611, note 1.

[82] Christian Huglo, *La pratique des référés administratifs devant le tribunal administratif, la cour administrative d'appel et le Conseil d'Etat*, Gazette du Palais ; Litec, n° 224, p 190. Le constat d'urgence a fréquemment été qualifié au début du 20ème siècle de référé administratif. Mais, comme l'a précisé Pierre Pactet, " si l'expression référé administratif peut être acceptée, en raison de sa commodité, il n'en est pas moins nécessaire de préciser qu'elle n'a cours ni dans la loi, ni dans la jurisprudence, et que la procédure à laquelle elle correspond est trop incomplètement organisée pour pouvoir être assimilée au référé civil " (*Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, Pédone, 1952, n° 99, p 164). Cet auteur mentionnait par ailleurs la procédure de référé applicable devant le Conseil d'Etat en application de l'article 34 *in fine* de l'ordonnance du 31 juillet 1945.

[83] La création, par la loi du 28 novembre 1955, d'un véritable référé administratif a conduit momentanément à l'abrogation, " par inadvertance " (Christian Gabolde, *Procédure des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel*, opus cité, n° 837, p 322) du constat d'urgence, qui fut rétabli par le décret du 10 avril 1959. Depuis, ni le Code des Tribunaux administratifs de 1973 ni celui des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel de 1989, ni le Code de la justice administrative (article R . 521-1) n'ont renoncé à l'existence de ce constat d'urgence.

[84] Arnauld Noury, *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, Thèse Nantes, 1996.

[85] Dans une note, André Mathiot s'est élevé, non contre cette jurisprudence du Tribunal des Conflits, mais contre sa cause, l'absence d'une véritable procédure rapide devant les juridictions administratives. Selon lui, il était " absurde, parce que les avantages de la procédure de référé sont considérables et spécialement apparents dans un procès fait à l'Administration, d'en être réduit à attirer devant les tribunaux judiciaires, qui seules, connaissent cette procédure, des procès qui, par leur nature, sont de la compétence administrative et que le juge civil ne peut bien juger " (note sous Trib. confl., 17 juin 1948, *Velvetia* et Trib. confl., 17 mars 1949, *Hôtel du Vieux Beffroi* et *Société immobilière Rivoli-Sébastopol*, *S.* 1950, III, 1).

[86] Marcel Waline, note sous Trib. confl., 30 octobre 1947, *Barinstein*, *R.D.P.* 1948, p 86.

organisation et ses attributions pourraient être déterminées avec toutes les précautions de nature à sauvegarder l'indépendance administrative et à garantir le pouvoir discrétionnaire. Mais on ne fera croire à personne que l'intérêt général s'oppose à ce qu'une décision juridictionnelle ayant au besoin un caractère provisoire intervienne à très bref délai dans les cas d'urgence »[87].

La loi du 28 novembre 1955 n'a que partiellement satisfait à ces propositions doctrinales. En effet, si elle a institué un référé administratif, elle n'a pas reconnu à ce juge le pouvoir de suspendre l'application d'un acte administratif ou d'adresser, fût ce à titre provisoire, des injonctions à l'Administration. Mais les pouvoirs conférés au juge administratif des référés étant quand même sensiblement plus importants que ceux du juge du constat d'urgence, les justiciables utilisèrent de préférence cette nouvelle procédure. En effet, dans le cadre du constat d'urgence, le juge ne peut ordonner qu'une mesure d'instruction limitée à la constatation des faits. Par contre, le juge administratif des référés pouvait dès lors ordonner, lui, " toutes mesures utiles ". De sorte que le constat d'urgence s'estompa encore au profit de ce référé administratif.

Malgré cette avancée, une nouvelle vague de critiques doctrinales fustigea les insuffisances de ce référé administratif. Devant les réticences du Conseil d'Etat à une extension de ce référé, c'est le pouvoir réglementaire, compétent en la matière en vertu des articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui a instauré par le décret n° 89-907 du 2 septembre 1988 trois procédures distinctes de référé, à savoir un référé expertise et / ou mesure d'instruction, un référé-provision et d'un référé mesures utiles. La demande de référé-provision n'est recevable que si une instance au fond a été préalablement introduite. Le référé permettant au juge d'ordonner toutes mesures utiles n'est possible que dans les cas d'urgence. Mais, par contre, une demande d'expertise en référé n'est plus soumise à la condition de l'urgence.

La loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives vient de compléter la gamme des pouvoirs du juge administratif des référés en modifiant le Code de la justice administrative, lui-même issu de l'ordonnance n° 2000-387[88] et les décrets n° 2000-388 et 2000-389 du 4 mai 2000. Minutieusement préparé par un groupe de travail du Conseil d'Etat[89], la loi du 30 juin 2000 vient de préciser, tout en le simplifiant, le régime des référés administratifs et, surtout, de lui reconnaître deux nouveaux pouvoirs.

D'une part, en vertu de l'article L. 521-1 du Code de la justice administrative, il appartient dorénavant au juge des référés d'ordonner le sursis à exécution d'une décision faisant l'objet d'un recours au fond, lorsque l'urgence le justifie et qu'il existe un doute sérieux sur la légalité de cette décision. Au-delà de l'évolution des conditions d'octroi du sursis, la substitution du juge des référés à la formation collégiale de jugement est évidemment de nature à en faciliter le prononcé. La lenteur de l'instruction des sursis à

---

[87] André Mathiot, note sous C.E., 22 juillet et 28 décembre 1949, *S.A. des automobiles Berliet*, *S.* 1951, III, 1.

[88] L'ordonnance n° 2000-387 relative à la partie législative du Code de la justice administrative a été prise en vertu de la loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances de l'article 38 de la Constitution, à des codifications à droit constant. Sur cette loi d'habilitation, voir Cons. Const. 99-421 DC, 16 décembre 1999, *J.O.R.F.* 22 décembre 1999, p 19041.

[89] Voir le rapport de ce groupe de travail sur les procédures d'urgence in *R.F.D.A.* 2000, n° 5, pp. 941-958 et le commentaire de Bernard Pacteau – l'un des deux universitaires membres de ce groupe de travail, avec René Chapus – sur l'ensemble du processus décisionnel (" Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire ", pp. 959-962).

exécution et l'alignement de son régime sur celui de la demande au fond étaient en effet tels que les juridictions administratives, saisies de demandes de sursis, étaient fréquemment réduites à joindre les requêtes. Le transfert de la compétence au juge des référés devrait relancer le sursis à exécution et accroître son effectivité, même si l'on peut craindre que les magistrats exerçant seuls les fonctions de juge des référés ne se révèlent particulièrement exigeants quant à l'appréciation des conditions légales de recevabilité et d'octroi du sursis, compensant par leur exigence à l'égard des requérants les conséquences pour l'administration d'un éventuel sursis à l'exécution de ses décisions[90].

D'autre part, l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative permet au juge des référés d'ordonner en cas d'urgence « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ». Cette disposition a d'ores et déjà été qualifiée de « révolution », dans la mesure où elle autorise « *tout*, au nom de la sauvegarde des libertés fondamentales »[91], sans qu'il soit nécessaire qu'un recours au fond ait été introduit. Malgré l'absence de précision sur les mesures susceptibles d'être ainsi ordonnées, « on songe naturellement à l'exercice d'un pouvoir d'injonction, renforcé s'il y a lieu par le prononcé d'astreintes. Tel est principalement le procédé par lequel les tribunaux judiciaires préviennent l'accomplissement d'une voie de fait ou mettent fin à celle-ci. De façon comparable, le juge administratif de l'urgence aura la faculté d'interdire préventivement à l'administration des agissements tombant sous le coup de la procédure, ou encore de la contraindre à cesser ce type d'agissements, voire même de l'obliger à agir lorsque sa carence entraîne des répercussions sérieuses sur une liberté fondamentale »[92].

Réservant toutefois au juge judiciaire la compétence pour statuer en cas de voie de fait, dans la mesure où cette qualification suppose, elle, que l'administration ait agi de manière manifestement insusceptible de se rattacher à l'un de ses pouvoirs[93], cette disposition constitue l'innovation fondamentale de ce texte et devrait sensiblement réduire le champ d'application de la voie de fait.

En tout état de cause, le juge administratif statuant en référés dispose depuis le décret n° 89-907 du 2 septembre 1988 et la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 des pouvoirs suffisants pour lui permettre d'exercer pleinement sa fonction.

---

[90] Pour les premières applications de cette disposition, voir C.E.Sect., 20 décembre 2000, *M. Ouatah* et C.E. Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, *A.J.D.A.* 2001, n° 2, chronique Mattias Guyomar et Pierre Collin, respectivement p 146 et 150.

[91] Marjolaine Fouletier, " La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives ", *R.F.D.A.* 2000, n° 5, p 971. Les italiques sont de cet auteur.

[92] Roland Vandermeeren, " La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif ", A.J.D.A. 2000, n° 9, p 714.

[93] Trib. confl. 23 octobre 2000, *M. Boussadar c/ Ministre des affaires étrangères*, *A.J.D.A.* 2001, n° 2, p 143, chron. Mattias Guyomar et Pierre Collin. Au-delà de l'hypothèse de la décision manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative, cette jurisprudence confirme par ailleurs le maintien de la seconde hypothèse de voie de fait, celle dans laquelle l'administration fait procéder à l'exécution forcée dans des conditions irrégulières d'une décision, régulière ou non, portant gravement atteinte au droit de propriété ou à une liberté fondamentale.
Le Tribunal des conflits n'a donc pas suivi les propositions de Ronny Abraham, pour lequel la mise en place d'un véritable référé administratif devait logiquement conduire à un abandon de la voie de fait (" L'avenir de la voie de fait et le référé administratif ", *Mélanges Braibant*, Dalloz, 1996).

B) L'exécution de la chose jugée

La force juridique des décisions de la justice administrative découle de la formule exécutoire dont doivent être revêtues les expéditions délivrées aux parties : " la République mande et ordonne [au ministre ou au préfet désigné par le jugement] en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision "[94]. Les parties sont alors censées exécuter spontanément et de bonne foi les obligations découlant de la chose jugée par la juridiction administrative[95].

Les difficultés commencent en cas de refus d'exécution ou de mauvaise exécution de la chose jugée, essentiellement susceptible de provenir, eu égard à la structure du contentieux administratif, des seules personnes publiques. S'il n'est guère possible d'évaluer précisément la fréquence de ces refus[96], on peut quand même remarquer que ce phénomène revêt une importance suffisante pour que le Premier ministre et le ministre de l'intérieur ont, tous deux, éprouvé récemment le besoin de rappeler aux administrations qu'elles avaient l'obligation d'exécuter la chose jugée par les juridictions administratives[97]. En effet, s'il existe des voies d'exécution permettant de contraindre les personnes privées à satisfaire aux obligations découlant de la chose jugée à leur encontre, tel n'est pas le cas en ce qui concerne les personnes publiques. Les voies d'exécution du droit commun ne sont en effet pas applicables aux personnes morales de droit public[98]. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé cette règle en estimant solennellement que l'insaisissabilité des biens des personnes publiques avait la valeur d'un principe général du droit[99]. Les voies d'exécution propres aux personnes publiques ont par voie de conséquence longtemps brillé par leur indigence.

---

[94] Article R. 751-1 du Code de la justice administrative (ancien article R. 209 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ; ancien article 70 de l'ordonnance n° 75-1708 du 31 juillet 1945).

[95] Sur la détermination de ce qui a été jugé, voir Denys de Béchillon, " Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat ", *R.D.P.* 1994, pp. 1793-1824.

[96] Bernard Pacteau, *Contentieux administratif*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 5ème éd., 2000, n° 325, p 358.

[97] Circulaire du ministre de l'intérieur du 23 juin 1987 relative à l'exécution des décisions de justice par les collectivités locales et leurs établissements publics, *D.* 1987, p 462, *J.C.P.* 1987, 60850 ; circulaire du Premier ministre du 13 octobre 1988 relative au respect des décisions du juge administratif par les services de l'Etat, *J.C.P.* 1988, 62008, *R.F.D.A.* 1988, p 932.
Voir par ailleurs la circulaire du Premier ministre du 9 février 1995 relative au respect des décisions du juge judiciaire, *J.O.R.F.* 15 février 1995, p 2522.

[98] Trib. confl., 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, *Rec. Leb.* 731, *S.* 1900, 3, 49, note Hauriou, repris in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Cette jurisprudence est d'abord et avant tout connue parce qu'elle définit de manière particulièrement extensive les critères permettant d'identifier les établissements publics (" par l'obligation imposée aux propriétaires compris dans le périmètre d'une association syndicale autorisée d'y adhérer sous peine d'avoir à délaisser leurs immeubles, par l'assimilation des taxes de ces associations aux contributions directes, par le pouvoir attribué aux préfets d'inscrire d'office à leur budget les dépenses obligatoires, et de modifier leurs taxes de manière à assurer l'acquit de ces charges, lesdites associations présentent les caractères essentiels d'établissements publics "). Mais le Tribunal des conflits tire directement de cette qualification une conséquence : " ne peuvent être suivies [à l'égard des établissements publics] les voies d'exécution instituées par le Code de procédure civile pour le recouvrement des créances sur les particuliers ".

[99] Cass. 1ère civ., 21 décembre 1987, *Bureau de recherches géologiques et ministères (B.R.G.M.) c/ Société Lloyd Continental*, *Bull. civ.* I, n° 348, p 249, *C.J.E.G.* 1988, J, p 107, note Richer, *J.C.P.* 1989, II, 21183, note Nicod, *R.T.D. civ.* 1989, p 145, obs. Perrot, *R.F.D.A.* 1988, p 771, concl. Charbonnier, note Pacteau, repris in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*.

Cela étant, les difficultés d'application de la chose jugée ne sont pas comparables dans le contentieux subjectif, portant sur les rapports entre les parties aux contrats administratifs et la responsabilité administrative extra-contractuelle, et dans le contentieux objectif, dont l'illustration fondamentale est le contentieux de l'excès de pouvoir.

En ce qui concerne le contentieux subjectif, il est *a priori* relativement simple de déterminer les conséquences d'un jugement condamnant l'administration à une obligation essentiellement pécuniaire et celles d'un refus d'exécution ou d'une mauvaise exécution de la chose jugée. D'une part, la somme due est majorée des intérêts moratoires qu'elle produit en vertu de l'article 1153 du Code civil. Le préjudice que l'administration est condamnée à réparer fait donc l'objet d'une actualisation. D'autre part, le retard avec lequel la chose jugée est appliquée peut constituer un préjudice distinct de celui que l'administration a été condamnée à réparer. Le refus ou la mauvaise exécution de la chose jugée peut donc entraîner une nouvelle condamnation de l'administration à des " dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires "[100].

Les sommes dues en vertu d'une décision de justice constituent quand même l'une des catégories de dépenses obligatoires : les crédits nécessaires pour les régler doivent par voie de conséquence être inscrits au budget de la personne concernée et la dépense être mandatée par l'ordonnateur. A défaut d'inscription au budget de crédits suffisants ou de mandatement de la dépense, le préfet peut se substituer à l'autorité budgétaire ou à l'ordonnateur défaillant. Expressément prévue par des textes, cette voie d'exécution concerne les collectivités locales et les établissements publics[101]. L'Etat n'y étant pas soumis, " il n'est pas possible de surmonter le refus d'observer la chose jugée, lorsqu'il est le fait des plus hautes autorités de l'Etat "[102].

En ce qui concerne le contentieux objectif, notamment celui de l'excès de pouvoir, la détermination même des conséquences résultant de l'exécution de la chose jugée n'est pas toujours aisée. On peut toutefois mentionner quelques affaires fameuses dans lesquelles la mauvais foi de l'administration était caractérisée. Tel est le cas lorsque l'autorité administrative prend délibérément des mesures directement contraires à la chose jugée[103]. Tel

---

[100] Par exemple C.E., 2 mai 1962, *Caucheteux et Desmonts*, *Rec. Leb.* 291, *A.J.D.A.* 1962, p 421, chron. Galabert et Gentot, *R.D.P.* 1963, p 279, note Waline. La somme accordée par le juge administratif au demandeur du fait de l'inexécution de la chose jugée par l'administration était dans cette affaire six fois supérieure au montant des dommages-intérêts auquel l'administration avait été initialement condamnée. Dix-huit ans s'étaient en effet écoulés depuis la notification du jugement initial sans que l'administration ait procédé à son exécution.

[101] A l'heure actuelle, voir notamment l'article L. 1612-15 du Code général des collectivités territoriales (inscription d'office au budget local des crédits nécessaires au paiement de la somme saisine de la Chambre régionale des comptes, mise en demeure adressée par celle-ci à la personne publique concernée et, en l'absence de suite à cette mise en demeure, proposition de règlement du budget faite par la Chambre régionale des comptes au préfet qui décide, la décision devant être motivée si elle s'écarte de la proposition précitée) et l'article L. 1612-16 (mandatement d'office de la dépense obligatoire par le préfet, en l'absence de mandatement par l'ordonnateur dans le mois suivant la mise en demeure).

[102] René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat, 7ème éd., 1998, n° 1291, p 945.

[103] Voir l'affaire Fabrègues, garde-champêtre qu'un maire suspendait systématiquement au début de chaque mois, malgré l'annulation des dix premiers arrêtés de suspension par le juge administratif (C.E., 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, *Fabrègues*, *S.* 1911, 3, 121, note Hauriou). Voir, en ce qui concerne l'Etat, l'affaire Bréart de Boisanger : après annulation au fond d'un décret révoquant l'administrateur de la Comédie française (C.E., 27 octobre 1961, *Rec. Leb.* 595, concl. Henry, *A.J.D.A.* 1961, p 613, chron. Galabert et Gentot) et de la nomination de son successeur (C.E., 1er décembre 1961, *Rec. Leb.* 676), annulation pour méconnaissance de la chose jugée du changement de réglementation modifiant les conditions d'exercice de la fonction d'administrateur de la

est encore le cas lorsque l'administration, après que le juge ait statué sur un litige individuel, refuse d'appliquer cette solution à toutes les personnes se trouvant dans la même situation que le premier requérant, les obligeant ainsi à saisir les juridictions administratives de requêtes portant sur le même point de droit[104]. Mais, même en l'absence de mauvaise foi de la part de l'administration, la détermination de la chose jugée et des mesures nécessaire pour l'exécuter n'est pas toujours aisée, compte tenu notamment du caractère rétroactif des annulations pour excès de pouvoir[105]. Il suffit de penser aux reconstitutions de carrière rendues nécessaires par la jurisprudence *Rodière*, après annulation par exemple de tableaux d'avancement[106].

On mesure ici l'importance de la détermination de la chose jugée par les juridictions administratives et des moyens propres à inciter ou à contraindre l'administration à l'exécuter. Or, au nom d'une prétendue interdiction de faire acte d'administrateur[107], le juge administratif a toujours refusé d'adresser de lui-même des injonctions à l'administration. Il a fallu l'intervention progressive de textes pour que l'exécution de la chose jugée par les juridictions administratives bénéficie de garanties.

En premier lieu, le décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 a mis en place une procédure d'aide à l'exécution de la chose jugée. Ne concernant dans un premier temps que l'exécution des décisions rendues par le Conseil d'Etat, elle a été étendue à celles rendues par toutes les juridictions administratives. Lorsque des difficultés sont rencontrées pour exécuter la chose jugée, l'une ou l'autre des parties peut solliciter l'aide de la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat, dont l'autorité est fréquemment suffisante pour les convaincre de la manière dont la difficulté doit être réglée et la chose jugée exécutée[108]. Ce texte n'institue donc qu'une voie de droit permettant, à l'amiable et *a posteriori*, de régler les difficultés d'exécution de la chose jugée.

En deuxième lieu, la loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976 a modifié la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 pour confier au Médiateur de la République le pouvoir d'adresser à l'administration des injonctions pour se conformer à la chose jugée, dans le délai qu'il détermine. Le refus de l'administration d'obéir à une telle injonction ne peut être « sanctionné » que par la publicité donnée à l'affaire. Les rapports annuels du Médiateur mentionnent quelques illustrations de ce pouvoir d'injonction. La possibilité, expressément reconnue par les textes précités, de faire publier au *Journal officiel de la République française* un rapport spécial relatant l'affaire, mentionnant l'injonction faite à l'administration et le refus de cette dernière de s'y conformer n'a toutefois été utilisée pour la

---

Comédie française, dans la mesure où elle remplaçait le mandat de six ans par la possibilité de révoquer à tout moment l'agent exerçant cette fonction (C.E. Ass., 13 juillet 1962, *Rec. Leb.* 484, *A.J.D.A.* 1962, p 549, chron. Galabert et Gentot, *D.* 1962, p 664, concl. Henry).

[104] Voir les concl. Théry, *Rec. Leb.* 1979, p 174, citées par René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat, 7ème éd., 1998, n° 1285, p 941.

[105] Voir la présentation des différents cas de figure par René Chapus in *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat, 7ème éd., 1998, n° 1219 à 1265, pp. 894 à 927 .

[106] C.E., 26 décembre 1925, *Rodière*, *Rec. Leb.* 1025, *R.D.P.* 1926, p 32, concl. Cahen-Salvador, *S.* 1925, 3, 49, note Hauriou, repris in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.*

[107] Parmi une littérature imposante, voir notamment Jacques Chevallier, " L'interdiction faite au jge de faire acte d'administrateur ", *A.J.D.A.* 1972, pp. 67-78 et Franck Moderne, " Etrangère au juge, l'injonction ? ", *R.F.D.A.* 1990, pp. 798-821.

[108] Pour une illustration de ces aides à l'exécution de la chose jugée par la Section du rapport et des études, dont le régime est actuellement défini aux articles R. 931-1 et 931-2 du Code de la justice administrative, voir par exemple *E.D.C.E.* n° 47, Rapport public 1995, pp. 265-273.

première fois qu'en 1994[109]. L'injonction du Médiateur, on le voit, ne constitue elle aussi qu'une voie de droit permettant, à l'amiable et *a posteriori*, de régler les difficultés d'exécution de la chose jugée.

En troisième lieu, la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 a confié au Conseil d'Etat de pouvoir de prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargés d'une mission de service public refusant d'exécuter une décision rendue par une juridiction administrative. Codifié dans les articles L. 911-5 et suiv. du Code de la justice administrative, ces dispositions sont beaucoup plus importantes que celles qui précèdent : en cas d'inexécution totale, partielle ou tardive de la chose jugée, le juge administratif détermine lui-même le taux de l'astreinte journalière et apprécie ultérieurement s'il y a lieu de la liquider. Ces dispositions reconnaissent donc au Conseil d'Etat un véritable pouvoir sur l'administration que la Section du contentieux n'exerce toutefois qu'avec une indéniable parcimonie : de 1981 à 1992, sur 800 demandes d'astreinte déposées devant la Section du contentieux, seules 5 d'entre elles ont été satisfaites au bénéfice des justiciables[110]. La tendance de ces dernières années semble toutefois plus contraignante à l'égard de l'administration, ce qui n'est, il est vrai, pas difficile. Ne pouvant être exercée qu'*a posteriori*, comme les deux précédentes, cette voie de droit est toutefois sensiblement différente dans la mesure où elle fait peser une véritable contrainte sur l'administration refusant d'exécuter spontanément la chose jugée.

En quatrième et dernier lieu, la loi n° 95-125 du 8 février 1995 a considérablement étendu les pouvoirs de la juridiction administrative en matière d'exécution de la chose jugée[111]. D'une part, l'astreinte est dorénavant le corollaire du prononcé d'une injonction, destinée à préciser, le cas échéant, à l'autorité administrative les mesures devant être prises pour exécuter la chose jugée et le délai dans lequel elles doivent être réalisées. Pouvant ordonner l'injonction sur demande d'une partie ou d'office, le juge administratif apprécie s'il y a lieu ou non de l'assortir d'astreinte. D'autre part, la juridiction compétente pour prononcer l'injonction et l'astreinte est désormais celle qui a rendu le jugement considéré, sous réserve de l'exercice des voies de recours. Enfin, les conclusions à fin d'injonction et d'astreinte peuvent être présentées *a priori*, c'est-à-dire avant que le juge ne statue sur l'affaire, ou *a posteriori*, c'est-à-dire après que le litige ait été réglé par la juridiction administrative.

On mesure ici l'évolution caractérisant les juridictions administratives. Des textes récents ont considérablement étendu leurs pouvoirs, à tel point que l'on peut penser qu'elles disposent enfin des pouvoirs suffisants pour exercer correctement leur mission juridictionnelle, en épuisant les litiges qui leurs sont soumis. A ce stade, on pourrait se demander s'il est pertinent de s'interroger sur les alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration. Au-delà de la question de principe portant sur le point de savoir s'il est ou non préférable de voir les litiges réglés de manière impérieuse par un juge ou de manière consensuelle, la simple prise en compte des données

---

[109] Rapport spécial du Médiateur de la République du 20 septembre 1994, *J.O.R.F.* éd. Lois et décrets, 14 octobre 1994, p 14588.

[110] A. Daher, " La faillite *de facto* de la loi sur les astreintes administratives " *Rev. adm.* 1992, p 409, cité par Olivier Gohin, *Contentieux administratif*, Litec, 2ème éd., 1999, p 317.

[111] Insérant dans le Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel des articles L. 8-2 à L. 8-4 et dans la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 un deuxième alinéa à l'article 2 et un article 6-1, ce texte est actuellement codifié aux articles 911-1 et suiv. du Code de la justice administrative.

quantitatives, c'est-à-dire de la fréquence avec laquelle les juridictions administratives sont saisies de litiges, suffit à en démontrer la nécessité.

§ 2 : L'explosion du contentieux administratif

L'encombrement des juridictions administratives n'est pas un phénomène exclusivement contemporain. En pleine première guerre mondiale, Gaston Jèze commentait déjà un débat, en date du 11 février 1916, devant la Chambre des députés dans lequel ces derniers fustigeaient et s'inquiétaient des lenteurs caractérisant l'action du juge administratif[112]. Au-delà du constat, il est nécessaire d'essayer d'en dégager les causes et les perspectives.

A) Un contentieux de masse

Il est des phénomènes qui ne se révèlent jamais plus facilement que dans leur analyse sur une longue période. C'est évident en ce qui concerne l'évolution du nombre des litiges dans le contentieux administratif. On s'attachera d'abord au Conseil d'Etat, dans la mesure où il a été juge de droit commun jusqu'en 1953, les Conseils de préfecture n'exerçant que les compétences qui leur étaient attribuées, même si elles n'ont pas cessé d'augmenter. Devant le Conseil d'Etat, la première série des 100 000 affaires a été réglée sur une période de 94 ans, de 1806 à 1900. La deuxième série de 100 000 affaires n'a demandé que 27 ans, de 1900 à 1927, et la troisième seulement 21 ans, de 1927 à 1948[113]. Le nombre des requêtes, on le voit, a évolué de manière exponentielle.

Dans la période contemporaine, le phénomène s'est encore accentué. En ce qui concerne le Conseil d'Etat, le nombre des requêtes enregistrées chaque année s'est stabilisé pendant la première moitié des années 1980 autour de 8 500[114]. La fin de cette décennie a été caractérisée par une augmentation conséquente, le nombre des requêtes enregistrées atteignant 10 370 en 1988[115]. Le seuil de 10 000 requêtes annuelles a été dépassé presque systématiquement dans la dernière décennie : l'année 1999 constitue d'ailleurs celle dans laquelle le plus grand nombre de requêtes a été enregistré devant le Conseil d'Etat avec rien moins que 12 747 affaires[116].

En ce qui concerne les tribunaux administratifs, juges de droit commun du contentieux administratif depuis leur création en 1953, un phénomène comparable s'est produit. Alors que le nombre des requêtes enregistrées devant les tribunaux administratifs est passé de l'ordre de 40 000 à 50 000 par an au cours de la première moitié des années 1980[117], il a atteint pour la

---

[112] Gaston Jèze, " Les lenteurs de la procédure administrative ", *R.D.P.* 1916, p 65 et suiv.
[113] Marc Gjidara, *La fonction administrative contentieuse. Etude de science administrative*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de science administrative, tome V, 1972, p 80.
[114] *E.D.C.E.* n° 36, 1984-1985, p 220.
[115] *E.D.C.E.* n° 41, Rapport public 1989, p 61.
[116] *E.D.C.E.* n° 51, Rapport public 2000, p 51. En ce qui concerne le nombre des requêtes enregistrées devant le Conseil d'Etat pendant la première moitié de cette décennie, voir *E.D.C.E.* n° 47, Rapport public 1995, p 187.
[117] *E.D.C.E.* n° 36, 1984-1985, p 220.

première fois les 70 000 en 1989[118]. Au cours de la dernière décennie, le nombre des requêtes enregistrées a fréquemment dépassé les 100 000 par an, atteignant même le nombre de 132 918 en 1998[119]. A l'heure actuelle, les tribunaux administratifs enregistrent donc davantage d'affaires en une seule année que le Conseil d'Etat n'en a enregistrées pendant tout le 19ème siècle, c'est-à-dire à l'époque où il était juge de droit commun.

On mesure ici l'ampleur quantitative de l'évolution du contentieux administratif. Il s'agit dorénavant d'un véritable contentieux de masse. Ce phénomène a profondément modifié la manière dont les juridictions administratives exercent leur mission. Le rendement et la productivité sont devenus l'une des préoccupations majeures des présidents de juridiction et l'on n'hésite plus à établir des statistiques sur le nombre d'affaires traitées par magistrat[120]. La lecture des rapports publics les plus récents du Conseil d'Etat illustre l'importance de ce changement culturel : on y parle de gestion des juridictions administratives appréciées par rapport aux niveaux respectifs des " entrées " - les affaires enregistrées - des " sorties " - les affaires réglées - et du " stock " - les affaires en instance.

Car il ne suffit pas de constater l'augmentation considérable du nombre des requêtes enregistrées. Encore faut-il les rapporter au nombre des affaires effectivement jugées qui a lui aussi augmenté – heureusement ! - de manière considérable. Le Conseil d'Etat rend à l'heure actuelle près de 10 000 décisions juridictionnelles par an, les tribunaux administratifs autour de 100 000. Malgré cela, " en tendance longue, sur les dix dernières années, les entrées s'accroissent et les stocks s'alourdissent, en première instance et surtout en appel ". L'explosion du contentieux administratif est donc un phénomène récurrent qui n'est toujours pas réglé.

B) L'adaptation des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse

Phénomène récurrent, l'engorgement des juridictions administratives a essayé d'être maîtrisé de manière elle aussi récurrente. On l'a dit, le Conseil d'Etat a été, pendant tout le 19ème siècle et la moitié du 20ème, juge de droit commun du contentieux administratif. Créés par la loi du 28 pluviôse an VIII, c'est-à-dire du 17 février 1800, les conseils de préfecture ne disposaient que d'une compétence d'attribution portant essentiellement sur les litiges relatifs aux contributions directes, aux travaux publics (loi précitée du 28 pluviôse an VIII) et aux contraventions de grande voirie (loi du 29 floréal an X).

Devant l'augmentation importante du nombre des requêtes déposées devant lui, le Conseil d'Etat a suggéré aux pouvoirs publics un ensemble de réformes destinées à asseoir l'autorité de ces juridictions. Au-delà de la loi du 22 juillet 1889 sur la procédure à suivre

---

[118] *E.D.C.E.* n° 41, Rapport public 1989, p 62.

[119] *E.D.C.E.* n° 51, Rapport public 2000, p 51. En ce qui concerne le nombre des requêtes enregistrées devant le Conseil d'Etat pendant la première moitié de cette décennie, voir *E.D.C.E.* n° 47, Rapport public 1995, p 188.

[120] Voir notamment le *satisfecit* délivré par le Conseil d'Etat dans son rapport public 2000 : " l'augmentation des sorties constatées [*i.e.* des affaires réglées] a diverses causes : le renforcement important des effectifs (235 magistrats et 160 agents de greffe) dû à la loi quinquennale sur la justice, les réformes procédurales mises en œuvre, la modernisation et la généralisation des moyens documentaires et informatiques, ainsi que les efforts considérables accomplis par les membres du corps et les agents de greffe, qui ont permis d'atteindre un niveau record du nombre des affaires traitées par magistrat " (*E.D.C.E.* n° 51, p 183).

devant ces conseils de préfecture, le décret du 6 septembre 1926 modifia profondément leur organisation d'une part en les dotant de commissaires du gouvernement, à l'instar du Conseil d'Etat, d'autre part en substituant à la présidence du préfet celle d'un magistrat[121]. Sur cette base, de nombreux textes confièrent progressivement à ces conseils de préfecture rénovés compétence en première instance pour toute une série de litiges portant essentiellement sur les domaines suivants : établissements dangereux, insalubres et incommodes (loi du 19 décembre 1917), taxes sur le chiffre d'affaires (loi du 25 juin 1920), actions dirigées contre les communes, les départements et les établissements publics locaux (décret-loi du 5 mai 1934) et contrats comportant occupation du domaine public (décret-loi du 17 juin 1938)[122].

La jurisprudence administrative succomba ensuite à la tentation de multiplier les irrecevabilités, de manière à diminuer le nombre des litiges devant être réglés au fond. Dans une décision *Société Intercopie* du 20 février 1953, la Section du contentieux du Conseil d'Etat distingua dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une même décision deux causes juridiques, à savoir la légalité externe et la légalité interne[123]. Elle en tira une conséquence : dans la mesure où le requérant n'a assorti ses conclusions, dans le délai du recours pour excès de pouvoir, que de moyens relevant d'une de ces causes, il est irrecevable à présenter ultérieurement des moyens relevant de l'autre cause juridique, sous réserve des moyens d'ordre public. Dénaturant la notion civile de cause en la transposant dans le contentieux administratif, cette jurisprudence n'a guère eu d'intérêt que ponctuel[124] : elle permit aux juridictions administratives de régler plus aisément un certain nombre d'affaires.

Plus profondément encore, le Conseil d'Etat modifia sa jurisprudence relative aux décisions confirmatives. Jusque là, lorsque le délai de recours pour excès de pouvoir contre une décision expirait sans qu'un tel recours ait été introduit, il était toujours possible à l'administré auquel cette décision faisait grief d'adresser à l'autorité administrative une demande tendant à ce que l'administration annule ou réforme sa décision. Deux cas de figure se présentaient alors. D'une part, si l'administration modifiait ou rapportait sa décision précédente, un recours pour excès de pouvoir était – et est encore – évidemment recevable contre elle. D'autre part, si l'administration maintenait sa décision, la nouvelle décision était alors considérée en principe comme confirmative, le juge opposant une irrecevabilité au recours pour excès de pouvoir dirigée contre elle. La jurisprudence réservait toutefois l'hypothèse dans laquelle la nouvelle décision avait été prise au vu d'une nouvelle instruction : dans cette hypothèse, la décision n'étant pas purement confirmative, un recours

---

[121] Jean Devaux, " La réforme des conseils de préfecture ", *R.D.P.* 1926, p 647.

[122] Pour plus de précision, voir l'énumération exhaustive des textes transférant la compétence en première instance aux conseils de préfecture in Christian Gabolde, *Procédure des tribunaux administratifs et des cours administrtaives d'appel*, Dalloz, 6e éd., 1997, n° 53, p 28-29.

[123] C.E. Sect., 20 février 1953, *Société Intercopie*, *Rec. Leb.* 88, *S.* 1953, 3, 77, 3e espèce, note M.L. Figurent dans la légalité externe les moyens tirés de l'incompétence de l'auteur de l'acte, du vice de procédure et du vice de forme. Figurent dans la légalité interne les moyens tirés de la violation de la loi, des motifs de la décision (à savoir erreur de fait, erreur de droit, erreur manifeste d'appréciation, qualification juridique des faits et contrôle de proportionnalité, en fonction des différents degrés du contrôle juridictionnel) et du détournement de pouvoir.

[124] La plupart des requérants et, on n'en doute pas, leurs conseils, savent depuis qu'il est nécessaire de mentionner dans la requête introductive d'instance ne serait-ce qu'un moyen de chacune de ces causes, dans la mesure où l'on ne peut jamais présager des éléments que l'instruction est susceptible de révéler et qu'il peut être utile de conserver la possibilité de soulever n'importe quel moyen.

pour excès de pouvoir contre elle était recevable[125]. Extrêmement favorable aux administrés, sous réserve de la difficulté éventuelle quant à la preuve de la nouvelle instruction, cette jurisprudence a fait l'objet d'un revirement radical par les décisions *Piteau*, *Lhuillier* et *Martin* du 28 mars 1952. Dorénavant, " lorsqu'un recours gracieux ou hiérarchique a été formé après l'expiration du délai du recours contentieux, la circonstance que la confirmation d'une décision explicite ou implicite par l'autorité compétente interviendrait à la suite d'une nouvelle instruction n'est pas, par elle-même, de nature à ouvrir à nouveau au profit des requérants les délais [de recours juridictionnels] "[126]. Au-delà de sa portée théorique, l'extension de la notion de décision confirmative a sensiblement limité la recevabilité des recours pour excès de pouvoir.

Les transferts de compétence juridictionnelle du Conseil d'Etat aux conseils de préfecture et la multiplication des irrecevabilités étant toutefois insuffisants pour compenser l'afflux des requêtes et l'augmentation du stock des affaires pendantes devant le Conseil d'Etat[127], le législateur adopta la loi d'habilitation du 11 juillet 1953 sur le fondement de laquelle fut pris le décret du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif. L'exposé des motifs de ce décret indiquait clairement l'objectif de cette réforme : " le nombre des pourvois introduits devant le Conseil d'Etat n'a cessé d'augmenter [...] il est aujourd'hui dans l'impossibilité de faire face à sa tâche "[128]. Cette réforme du contentieux administratif substitua aux conseils de préfecture des tribunaux administratifs qu'elle consacra en tant que juges de droit commun du contentieux administratif, le Conseil d'Etat devenant juge d'appel, sous réserve des compétences lui restant expressément attribuées.

Ces tribunaux administratifs réussirent ce qu'avaient raté les conseils de préfecture, à savoir acquérir une véritable autorité[129]. Contrairement aux craintes exprimées immédiatement après la réforme de 1953, la nouvelle répartition des compétences juridictionnelles ne conduisit pas à un simple transfert de la gestion des flux de recours, voire un allongement des procédures juridictionnelles, dans la mesure où un appel pouvait dorénavant être déposé devant le Conseil d'Etat. Du fait de l'autorité reconnue par les justiciables aux tribunaux administratifs, la fréquence des appels interjetés à l'égard des jugements des tribunaux administratifs s'est rapidement - et heureusement ! - révélée faible[130].

---

[125] C.E., 23 février 1918, *Commune de Sernhac*, *Rec. Leb.* 190 ; C.E., 7 novembre 1919, *Compagnie des messageries maritimes* (1ère espèce), *Rec. Leb.* 806 ; C.E., 29 janvier 1932, *Janson*, *R.D.P.* 1933, p 259, concl. Latournerie et note Jèze ; C.E., 18 mars 1949, *Toutée*, *Rec. Leb.* 135.

[126] C.E. Sect., 28 mars 1952, *Piteau*, *Martin* et *Lhuillier* (3 espèces), concl. Jean Donnedieu de Vabres et C.E. Ass., 4 avril 1952, *Gerbaud*, *R.D.P.* 1953, pp. 487-509, note Marcel Waline. Voir encore Christian Debouy, " La notion de décision non confirmative ", *J.C.P.* 1988, I, n° 3340.

[127] Comme l'a rappelé Jean Waline, " les chiffres sont bien connus : au lendemain de la Libération, le Conseil d'Etat enregistrait dix fois plus de recours qu'en 1874 et au moment de la réforme de 1953, 26 000 dossiers étaient en souffrance au Conseil d'Etat, soit l'équivalent de plus de quatre années de jugement " (" La réforme de la juridiction administrative : un tonneau des danaïdes ? ", *Mélanges Auby*, Dalloz, 1992, p 348).

[128] Cité par Bernard Pacteau, *Contentieux administratif*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 5e éd., 1999, n° 49, p 67.

[129] Cette autorité s'est notamment fondée sur l'indépendance des magistrats administratifs, la professionnalisation de leur recrutement et la rigueur de leur fonctionnement. A tel point que le Conseil d'Etat s'est par exemple félicité de la " remarquable stabilité du pourcentage des jugements des tribunaux administratifs intégralement maintenus en appel par le Conseil d'Etat – soit environ 65 % " (*E.D.C.E.* n° 36, 1948-1985, p 212).

[130] Le taux d'appel des jugements des tribunaux administratifs est de l'ordre de 15 % (cf. notamment René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat, 7e éd., 1998, n° 78, p 67).

Cette réforme ne fut cependant pas suffisante, compte tenu de l'augmentation exponentielle du nombre des requêtes déposées devant les juridictions administratives. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, le stock des affaires en attente de leur règlement devant le Conseil d'Etat – de l'ordre de 25 000 en septembre 1987 – et devant les tribunaux administratifs – 98 057 au 15 septembre 1986 – rendit nécessaire une nouvelle réforme[131]. Après l'abandon en cours de procédure législative de deux projets de loi en 1981 et 1985, la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 fut adoptée. Le cœur de cette réforme consistait en la création de cours administratives d'appel ne disposant toutefois que d'une compétence d'attribution. Limitée dans un premier temps au plein contentieux et aux contraventions de grande voirie, la compétence de ces cours a rapidement été étendue par le décret du 17 mars 1992 aux litiges relatifs à la légalité des actes non réglementaires et, en vertu de l'article 75 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 modifiant en ce sens la loi du 31 décembre 1987, des actes réglementaires. Par voie de conséquence, la presque totalité des jugements des tribunaux administratifs doit dorénavant faire l'objet d'un appel devant les cours administratives d'appel, le Conseil d'Etat statuant alors en tant que juge de cassation[132].

Quels qu'aient été les espoirs placés dans cette loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, force est de reconnaître aujourd'hui qu'ils ne se sont guère réalisés.

Cette déception était prévisible en ce qui concerne les difficultés rencontrées par les tribunaux administratifs : les dispositions légales n'avaient guère pour but que d'essayer de résoudre le problème du stock d'affaires du seul Conseil d'Etat. L'encombrement des tribunaux administratifs n'en a absolument pas été affecté : " on ne voit [d'ailleurs] pas par quel miracle il aurait disparu puisque la réforme de 1987 ne s'occupe en aucune manière – ce qui est une grave erreur – des problèmes du juge de première instance "[133]. Malgré un rendement et une productivité sensiblement supérieure imposée aux magistrats administratifs, compte tenu du caractère exponentiel de l'augmentation du nombre des requêtes enregistrées devant les juridictions administratives, le stock global des affaires actuellement en instance devant les tribunaux administratifs reste important. De l'ordre de 250 000 dossiers, il est souvent ancien et le délai théoriquement nécessaire pour le résorber est, en 1999, de 1 an, 10 mois et 11 jours[134].

En ce qui concerne les cours administratives d'appel, elles ont été mécaniquement submergées au fur et à mesure de la réalisation des transferts de compétences. Satisfaisante dans les années suivant immédiatement leur installation, leur situation s'est progressivement dégradée, sans que la création de deux nouvelles cours (Marseille et Douai) en complément des cinq premières (Bordeaux, Lyon, Nancy, Nantes, Paris) ne suffise à freiner cette évolution. Le taux moyen d'appel des jugements de tribunaux administratifs restant stable, autour de 15 %, les cours administratives d'appel ont donc été victimes des carences du

---

[131] Voir les rapports des commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat et, pour plus de précision, Laurence Folliot, *Les débats parlementaires de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif*, L.G.D.J., coll. Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1995, p 2.

[132] Sous réserve, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, des compétences lui restant expressément attribuées par un texte, soit en tant que juge d'appel (appel des jugements des tribunaux administratifs en matière d'élections locales par exemple), soit en tant que juge de première et dernière instance (décrets, actes réglementaires des ministres, etc.).

[133] Jean Waline, " La réforme de la juridiction administrative : un tonneau des danaïdes ? ", *Mélanges Auby*, Dalloz, 1992, p 356.

[134] *E.D.C.E.* n° 51, Rapport public 2000, p 184.

législateur de 1987. Par voie de conséquence, compte tenu du caractère exponentiel de l'explosion du contentieux administratif, " aujourd'hui, aucune cour n'arrive à juger autant d'affaires qu'elle en enregistre dans l'année, de sorte que, mécaniquement, les stocks continuent de s'accroître " : de l'ordre de 34 000 dossiers, ces stocks ne pourraient actuellement être éliminés que dans un délai de 2 ans et 6 mois[135].

Même la situation du Conseil d'Etat ne s'est pas véritablement améliorée. Certes, " le taux moyen de pourvoi en cassation contre les arrêts des cours administratives d'appel n'est que de 14 % "[136], ce qui atteste de l'autorité qui leur est reconnue par les justiciables. Le Conseil d'Etat a par voie de conséquence pu résorber une large partie du stock d'affaires dont le niveau avait constitué la raison d'être de la loi du 31 décembre 1987. Mais les tergiversations qui ont présidé aux transferts de compétence juridictionnelle produisent nécessairement des conséquences sur l'exercice par le Conseil d'Etat de son activité juridictionnelle : en 1999, d'une part 28,2 % des affaires qu'il a enregistrées l'étaient au titre de sa compétence en premier et dernier ressort (3484 dossiers), d'autre part 17,8 % des affaires l'étaient du fait de sa compétence en appel des jugements de tribunaux administratifs (2196 dossiers), enfin 12 % des affaires au titre de sa compétence en tant que juge de cassation des juridictions administratives spécialisées (1469 dossiers)[137]. Il découle de ce qui précède que la réduction du stock des affaires en instance devant le Conseil d'Etat du fait de la mise en œuvre de la loi du 31 décembre 1987 ne pouvait en tout état de cause avoir qu'une portée réduite. L'accroissement exponentiel du nombre des requêtes enregistrées devant les juridictions administratives a encore réduit les effets de ce changement. De sorte qu'après avoir envisagé d'atteindre l'objectif d'un stock d'affaires ramené au niveau de la capacité annuelle de jugement du Conseil d'Etat, on s'en éloigne actuellement[138].

Des textes, inspirés directement par le Conseil d'Etat, ont pourtant encore considérablement étendu la possibilité de statuer par ordonnance rendue par un juge unique en premier lieu, multiplié les irrecevabilités en second lieu. En ce qui concerne les ordonnances rendues par un juge unique, l'article L. 9 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel – actuel article R. 222-1 du Code de la justice administrative - permet en effet par de telles ordonnances de donner acte d'un désistement, de constater un non-lieu à statuer, de statuer sur les frais non compris dans les dépens ou les dépens lorsque les formations collégiales de jugement ont réservé cette question. Mais cet article L. 9 permet encore et surtout d'une part de rejeter une requête ne relevant manifestement pas de la compétence des juridictions administratives, d'autre part de rejeter les conclusions entachées d'une irrecevabilité manifeste non susceptible d'être régularisée, enfin de statuer sur les requêtes sérielles dès lors que le point litigieux a été tranché par une décision passée en force de chose jugée. Ces dispositions ont sensiblement modifié les conditions de travail au sein des juridictions administratives, réservant aux formations

---

[135] *E.D.C.E.* n° 51, Rapport public 2000, p 186.

[136] Marie-Aimée Latournerie, " Réflexions sur l'évolution de la juridiction administrative française ", *R.F.D.A.* 2000, n° 5, p 924.

[137] *E.D.C.E.* n° 51, Rapport public 2000, p 53. A cette présentation de la répartition des affaires devant le Conseil d'Etat d'après le mode de saisine, il faudrait encore ajouter, en premier lieu, 3160 renvois des tribunaux et des cours (compétence et connexité), soit 25,6 % des affaires enregistrées, en deuxième lieu 309 requêtes qualifiées de diverses (autres appels que ceux des jugements de tribunaux administratifs, voies de rétractation), soit 2,5 % des affaires, en troisième et dernier lieu 5 demandes d'avis au titre de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987.

[138] *E.D.C.E.* n° 51, Rapport public 2000, p 18.

collégiales les seules requêtes susceptibles d'être jugées au fond ou présentant à juger une question délicate de recevabilité.

En ce qui concerne les irrecevabilités, le décret n° 97-536 du 29 mai 1997 les a profondément accentuées. On le sait, la jurisprudence administrative avait progressivement admis la régularisation de nombreuses irrecevabilités[139]. Le décret précité n'est certes pas revenu sur cette jurisprudence, mais il en a sensiblement encadré l'exercice[140]. D'une part, l'absence de réponse dans le délai imparti par une demande de régularisation d'un vice susceptible d'être couvert en cours d'instance a dorénavant pour conséquence l'irrecevabilité de la requête, le requérant étant réputé s'être désisté. D'autre part, en cas de rejet d'un sursis à exécution du défaut de l'absence de moyen sérieux, le requérant est dorénavant réputé s'être désisté d'office de sa requête principale s'il ne la confirme pas expressément dans le délai de deux mois à compter de la notification de l'ordonnance rejetant le sursis. Dans les deux cas, le désistement pourra être constaté par ordonnance rendue par un juge unique, dans les conditions précitées. Malgré leur brutalité, ces dispositions ne se sont évidemment même pas révélées à elles seules suffisantes pour résorber le " stocks " des affaires pendantes devant les juridictions administratives.

Malgré les indéniables évolutions caractérisant l'ordre des juridictions administratives, la constance du phénomène de l'explosion du contentieux administratif démontre son caractère récurrent. Il est donc nécessaire d'essayer d'envisager la manière dont ses causes ont été analysées.

C) Les causes de l'explosion du contentieux administratif

L'augmentation considérable des litiges dont les juridictions sont saisies a fait l'objet d'innombrables analyses, parmi lesquelles on ne présentera que celle émanant directement du Conseil d'Etat, eu égard à sa dimension synthétique et à sa portée. Il a distingué les causes concernant les juridictions administratives et les juridictions judiciaires de celles concernant plus spécifiquement le contentieux administratif.

Parmi les causes communes, le Conseil d'Etat a répertorié :

> " - L'élévation générale du niveau d'instruction, qui favorise, chez l'ensemble des français, une meilleure connaissance de leurs droits et de leurs possibilités de recours " ;
> " - L'augmentation de la part de la population tertiaire dans la population générale, évolution qui, au même titre que les progrès de l'instruction et en

[139] Raymond Odent, " Le destin des fins de non-recevoir ", *Mélanges Waline*, L.G.D.J. 1974, p 653 ; Daniel Chabanol, " La régularisation des requêtes devant la juridiction administrative ", *A.J.D.A.* 1993, p 331.

[140] Lire les articles R. 612-1 et suiv. du Code de la justice administrative. Pour des appréciations divergentes de ce décret, voir Marie-Aimée Latournerie, " Brèves réflexions sur le décret n° 97-563 du 29 mai 1997 relatif au fonctionnement des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et à la procédure devant ces juridictions ", *R.F.D.A.* 1997, n° 5, pp. 952-959 ; Didier Chauvaux, " Réforme du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ", *A.J.D.A.* 1997, pp.688-693 ; André Bonnet, " Le décret du 29 mai 1997 : une véritable réforme de la procédure contentieuse administrative ", *L.P.A.* 23 septembre 1999, n° 190, pp. 516. Sur la légalité de ce décret, voir C.E., 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, *A.J.D.A.* 1998, p 1010, concl. Rémy Schwartz.

> relation étroite avec ceux-ci, tend à développer chez nos concitoyens la propension à défendre leurs intérêts par des moyens individuels, notamment juridiques " ;
> " - Les recours croissants des syndicats et des associations de toute nature à des voies d'actions juridiques " ;
> " - Les mesures prises pour faciliter l'accès des juridictions telles que la suppression des frais de justice et l'amélioration de l'information des justiciables " [141].

Parmi les facteurs propres au contentieux administratif, le Conseil d'Etat a mentionné :

> " - L'interventionnisme économique et social croissant de l'Etat et des collectivités locales, avec son corollaire : l'augmentation de la pression fiscale. Cette évolution tend à multiplier les points de contact et donc les occasions de friction entre les administrations et services publics, d'une part, et les citoyens, d'autre part, que ce soit en qualité d'usagers, de bénéficiaires de prestations, de contribuables ou encore de fonctionnaires centraux ou locaux " ;
> " - La prolifération des textes et la complexité croissante des procédures administratives (destinées notamment à mieux garantir les droits des administrés) qui, en multipliant les risques d'illégalité, exercent leur influence dans le même sens " ;
> " - Enfin, les efforts accomplis depuis trente ans pour rapprocher le juge administratif du justiciable – à commencer par la réforme des tribunaux administratifs de 1953 – dans la mesure même où ils ont été efficaces, n'ont pu que favoriser l'augmentation des litiges "[142].

L'accroissement considérable du niveau quantitatif du contentieux administratif a directement amené le Conseil d'Etat à s'interroger sur les alternatives au règlement par les juridictions administratifs des litiges intéressant l'administration. Car il caractérise ce phénomène comme étant " profond et durable ". Tous les facteurs précités sont perçus comme " objectifs " et la plupart d'entre eux comme " durables ". Le Conseil considère par voie de conséquence que " seuls l'aménagement de la justesse juridique de l'action administrative et le développement des mécanismes de règlement pré-contentieux des litiges peuvent en atténuer les effets "[143].

Pour le Conseil d'Etat, il n'existe donc que deux alternatives au règlement juridictionnel des litiges. Il s'agit de l'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés et de l'emploi de modes de prévention ou de règlement des litiges indépendants de la juridiction administrative.

---

[141] *E.D.C.E.* n° 36, 1984-1985, p 212 (les termes mêmes de cette analyse sont expressément repris par le Conseil d'Etat dans l'introduction générale de son étude intitulée " La prévention du contentieux administratif ", *E.D.C.E.* n° 39, 1988, p 15).

[142] *ibidem.* Et le Conseil d'Etat d'ajouter que " la décentralisation, en confiant au juge l'exercice exclusif d'un pouvoir de contrôle antérieurement exercé par l'autorité de tutelle, ne peut qu'ajouter encore à l'augmentation du contentieux " (*ibidem.*). Cette dernière appréciation a été sensiblement infirmée dans les faits, précisément du fait du succès remarquable des recours gracieux exercés par les services préfectoraux chargés du contrôle de légalité. On le verra, la plupart de ces litiges sont réglés de cette manière, sans qu'il soit nécessaire de saisir le juge administratif d'un quelconque déféré.

[143] *ibidem.* Le Conseil d'Etat conclut en estimant qu'il " serait vain d'espérer que ceux-ci [*i.e.* les facteurs précités de l'afflux des litiges devant les juridictions administratives]disparaissent d'eux-mêmes " (*ibidem.*).

CHAPITRE II – DES TENTATIVES DE REFORME

Dans son étude consacrée aux modes alternatifs de règlement des conflits, le Conseil d'Etat a estimé qu'il était " indispensable qu'un recours accru à ces modes favorise les effets quantitatifs et qualitatifs de cette réforme du contentieux, tout en atteignant les objectifs rappelés dans la lettre [de saisine de la Section du rapport et des études] du Premier ministre : la modernisation de l'administration et son rapprochement des usagers "[144]. Les alternatives au règlement par les juridictions administratives des litiges d'ordre l'administratif constituent donc une question à l'exacte intersection des objectifs d'amélioration des rapports entre l'administration et les destinataires de son action (**Section 1**) et de prévention du contentieux administratif, c'est-à-dire de désengorgement de ces juridictions (**Section 2**).[145]

Section 1 : L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés

Le contexte administratif dans lequel s'inscrit la problématique des modes alternatifs de règlement des litiges est celle de l'amélioration des rapports entre l'administration et les destinataires de son action. Thème central des réformes contemporaines de l'administration, cet objectif s'est essentiellement concrétisé par l'accroissement de la transparence du fonctionnement de l'administrative, par l'extension des droits des administrés dans le cadre des procédures décisionnelles, enfin par l'exigence croissante de motivation des actes administratifs. Ce rapprochement entre l'administration et les destinataires de son action est censé permettre à lui seul de mettre fin aux incompréhensions respectives et, par voie de conséquence, empêcher la naissance de litiges.

§ 1 : La transparence administrative

L'administration a longtemps cultivé le secret à l'égard des administrés. Il n'est d'ailleurs pas certain que les mutations culturelles en son sein soient achevées et produisent concrètement tous leurs effets. Quoi qu'il en soit, trois lois fondamentales ont organisé une transparence administrative, les rapports entre ces textes ayant fait l'objet d'un aménagement

---

[144] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 24.

[145] Selon Béatrice Delaunay, malgré leur très grande hétérogénéité, les réformes tendant à l'amélioration des rapport entre l'administration et le public " se rattachent en fait à trois grandes finalités. Certaines sont destinées à aménager l'exercice de l'action administrative, et notamment la mise en œuvre du pouvoir de décision unilatérale, par l'introduction d'un partage du pouvoir administratif ou, plus modestement, un renforcement de la protection procédurale des administrés face à ce dernier. D'autres ont simplement pour objectif d'informer les administrés sur cette action. Enfin des réformes visent à améliorer le règlement des litiges nés de l'action administrative, tant sur le plan juridictionnel que non juridictionnel " (*L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 172, 1993, p 23).
Les deux premières finalités se distinguent toutefois nettement des deux premières. Celles-ci envisagent les rapports entre l'administration et les administrés, soit en eux-mêmes, indépendamment de toute action administrative, soit dans le cadre de l'exercice des procédures décisionnelles. La finalité de règlement des litiges présente par rapport aux deux autres la singularité de reposer sur un choix : cette finalité peut en effet être exercée soit par le juge administratif, soit par d'autres procédés davantage consensuels.

et d'une simplification en vertu de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration[146].

En premier lieu, la loi n° 78-753 modifiée du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public a solennellement consacré le droit de toute personne à l'accès et à la communication de tout document de nature administrative[147]. Ce droit est garanti par la Commission d'accès aux documents administratifs : cette autorité administrative indépendante doit obligatoirement être saisie après le rejet par l'administration d'une demande de communication de document pour rendre un avis sur le caractère communicable ou non dudit document au regard de la loi précitée du 17 juillet 1978 et des autres législations prévoyant la communication de documents[148]. Dans ce cadre, le droit d'accès ne connaît guère que deux limites. La première de ces limites concerne la protection accordée à des intérêts collectifs[149]. La seconde restreint l'accès à certains documents aux seules personnes intéressées, dans l'exacte mesure où la diffusion de ces documents à d'autres personnes serait susceptible de leur porter une atteinte injustifiée[150].

---

[146] Voir les deux études du Conseil d'Etat, à savoir d'une part " La transparence et le secret ", *E.D.C.E.* n° 47, Rapport public 1995, pp. 13-179, d'autre part *Pour une meilleure transparence de l'administration*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1998.

[147] Dans sa rédaction issue de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, l'article 1er, 3ème alinéa, de la loi du 17 juillet 1978 précise que " ne sont pas considérés comme administratifs [au sens de cette loi] les actes des assemblées parlementaires, les avis du Conseil d'Etat et des juridictions administratives, les documents de la Cour des comptes mentionnés à l'article L. 140-9 du Code des juridictions financières et les documents des chambres régionales des comptes mentionnés à l'article L. 241-6 du même Code, les documents d'instruction des réclamations adressées au Médiateur de la République et les documents préalables à l'élaboration du rapport d'accréditation des établissements de santé visés à l'article L. 710-5 du Code de la santé publique ".

[148] Il s'agit de l'article L. 2121-26 du Code général des collectivités territoriales (droit d'accès de toute personne aux procès-verbaux du conseil municipal, aux budgets et aux comptes de la commune et aux arrêtés municipaux), de l'article L. 28 du Code électoral (droit d'accès à la liste électorale de tout électeur, candidat, parti ou groupement politique), du *b* de l'article L. 104 du Livre des procédures fiscales (obtention d'un extrait de rôle ou d'un certificat de non-inscription au rôle pour les impôts locaux), de l'article L. 111 du Livre des procédures fiscales (accès à la liste communale des personnes assujetties à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés), de l'article 5 de la loi du 1er juillet 1901 (accès aux statuts des associations déclarées) et des articles L. 213-3 et L. 332-29 du Code de l'urbanisme (droit d'accès portant respectivement au registre des acquisitions de la commune et aux contributions exigées dans le cadre des zones d'aménagement concerté).

[149] Selon l'article 6-I de la loi précitée du 17 juillet 1978, dans sa rédaction issue de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, " ne sont pas communicables les documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte :

- au secret des délibérations du gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ;
- au secret de la défense nationale ;
- à la conduite de la politique extérieure de la France ;
- à la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes ;
- à la monnaie et au crédit public ;
- au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ;
- à la recherche, par les services compétents, des infractions fiscales et douanières ;
- ou de façon générale, aux secrets protégés par la loi. "

[150] En vertu de l'article 6-II de la loi précitée du 17 juillet 1978, dans sa rédaction issue de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, " ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs :

- dont la communication porterait atteinte au secret de la vie privée et des dossiers personnels, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle ;
- portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable ;
- faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice.

En deuxième lieu, la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives porte sur la conservation des archives publiques et des archives privées. Les documents administratifs communicables en vertu de la loi précitée du 17 juillet 1978 le restent après avoir été versés aux archives. Les autres archives publiques – qu'il s'agisse de documents administratifs couverts par l'article 6 ou de documents publics n'étant pas de nature administrative – peuvent en principe être librement consultés à l'expiration d'un délai de trente ans[151]. La loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 a étendu aux rejets des demandes de consultation d'archives publiques le champ d'application de la procédure relative à la Commission d'accès aux documents administratifs.

En troisième et dernier lieu, la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés a reconnu à toute personne le droit d'accès et de rectification aux traitements automatisés d'informations nominatives le concernant. Elle a soumis la création de traitements automatisés d'informations nominatives à déclaration auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés en ce qui concerne les projets privés, à autorisation, sur avis conforme de ladite Commission, en ce qui concerne les projets publics. La Commission nationale de l'informatique et des libertés est par ailleurs chargée du contrôle de l'application de ces dispositions. Le droit d'accès des tiers à ces traitements informatisés est enfin exercé dans les conditions prévues par cette loi du 17 juillet 1978.

§ 2 : La procédure décisionnelle

Les droits des administrés dans le cadre des procédures administratives décisionnelles ont pendant très longtemps été inexistants. Tout juste leur reconnaissait-on le droit d'être entendus lorsque la décision avait le caractère d'une sanction ou d'une mesure prise en considération de la personne, en application du principe général des droits de la défense[152].

Le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983[153] et la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000[154] ont sensiblement étendu les droits des administrés, essentiellement en ce qui concerne les

---

Les informations à caractère médical ne peuvent être communiquées à l'intéressé que par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet. "

[151] L'article 7 de la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 prévoit toutefois que les délais à l'expiration desquels des documents d'archives publiques deviennent consultables sont portés, en premier lieu à cent cinquante ans pour les documents comportant des renseignements individuels de caractère médical, en deuxième lieu à cent vingt ans pour les dossiers de personnel, en troisième lieu à cent ans pour les documents relatifs aux procédures juridictionnelles, aux actes notariés, aux registres d'état civil, aux renseignements individuels collectés dans le cadre des enquêtes statistiques des services publics, en quatrième et dernier lieu à soixante ans pour les documents contenant des informations mettant en cause la vie privée ou intéressant la sûreté de l'Etat et la défense nationale.

[152] En ce qui concerne les sanctions administratives, voir notamment C.E. Sect., 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, *Rec. Leb.* 133, *D.* 1945, 110, concl. Chenot et note de Soto, *R.D.P.* 1944, p 256, concl. et note Jèze, repris in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* ; Raymond Odent, " Les droits de la défense ", E.D.C.E. n° 7, 1953, pp. 55-65.

En ce qui concerne les mesures prises en considération de la personne, voir notamment C.E. Sect., 20 janvier 1956, *Nègre*, *Rec. Leb.* 24, *D.* 1957, 319, concl. Guionin et Catherine Ribot, " Les mesures prises en considération de la personne dans le contentieux de la fonction publique ", *R.D.P.* 1996, pp. 143-186.

[153] Voir notamment Jean-Marie Auby, " Le décret du 28 novembre 1983 ", *A.J.D.A.* 1984 ; Hubert Maisl, Céline Wiener, Jean-marie Woehrling, " Un décret ne fait pas le printemps ", *A.J.D.A.* 1984 ; Pierre Delvolvé, " De

actes administratifs pris sur leur demande. Il s'agit notamment des autorisations de police administrative (permis de construire, autorisations d'installations classée, délivrance de licences pour les débits de boissons, etc.) et de la quasi-totalité des prestations fournies par les services publics, qui ne sont réalisées que sur demande de l'usager.

Sous réserve d'un éventuel caractère abusif, l'administration est tenue de délivrer un accusé de réception de toute demande lui étant adressée. Si cette demande est adressé à une autorité administrative incompétente, celle-ci doit la transmettre à l'autorité compétente qui délivre alors l'accusé de réception. L'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 a réduit de quatre à deux mois le délai au terme duquel le silence de l'administration est considéré comme caractérisant la naissance d'une décision implicite de rejet. Reste qu'en tout état de cause, la jurisprudence administrative considère que ce délai ne court qu'à compter du moment où le dossier de la demande est complet[155].

Interprétant strictement le champ d'application du décret du 28 novembre 1983, le Conseil d'Etat avait considéré que ces dispositions n'étaient pas applicables aux recours administratifs gracieux et hiérarchiques[156]. La loi du 12 avril 2000 a pris le contre-pied de cette jurisprudence puisque son article 18 considère comme des demandes " les réclamations, y compris les recours gracieux et hiérarchiques, adressées aux autorités administratives ".

En ce qui concerne les décisions administratives prises en l'absence de demande du destinataire, l'article 8 du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 et l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000[157] soumettent les décisions devant être motivées en vertu de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 - c'est-à-dire les actes administratifs individuels défavorables à leur destinataire ou dérogeant à une règle générale - à une procédure contradictoire : ces décisions ne peuvent être prises qu'après que la personne intéressée ait été mise à même, directement ou par l'intermédiaire d'un mandataire, de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales.

---

nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux ", *D.* 1984, chron. XXII ; Corinne Lepage, " Le décret du 28 novembre 1983 ... : une mini-révolution ? ", *Gaz. Pal.* 1984, p 145.

[154] Béatrice Delaunay, " La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ", *R.D.P.* 2000, n° 4, pp. 1191-1238.

[155] La légalité d'un acte administratif s'appréciant à la date à laquelle il a été pris, la composition du dossier s'apprécie par rapport à l'état de la réglementation à la date à laquelle la décision prise sur demande est prise. Il s'ensuit qu'une modification de la réglementation en cours d'instruction d'une demande est immédiatement applicable (C.E. Sect., 7 mars 1975, *Commune de Borderes-sur-L'Echez*, *Rec. Leb.* 178).

[156] C.E. Sect., 29 mars 1991, *S.A. Laboratoire Lafon*, *Rec. Leb.* 113, *R.F.D.A.* 1992, p 72, concl. Hubert Legal : " Considérant [...] qu'aux termes de l'article 5 du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, ''les délais opposables à l'auteur d'une demande adressée à l'administration courent de la date de la transmission, à l'auteur de cette demande, d'un accusé de réception...'' ; qu'un recours administratif gracieux ou hiérarchique ne présente pas le caractère d'une 'demande adressée à l'administration' au sens de ces dispositions ; que, par suite, si l'autorité administrative n'a pas accusé réception, dans les conditions prévues à l'article 5 du décret du 28 novembre 1983, du recours gracieux formé par la société requérante, cette circonstance n'a pu faire obstacle à ce que le délai du recours contentieux commençât à courir au terme d'une période de quatre mois à compter de la réception du recours gracieux ".

[157] Les dispositions de ces deux articles sont étroitement comparables, sous cette réserve que le champ d'application de la loi du 12 avril 2000 (l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et, de manière générale, tous les organismes chargés de la gestion d'un service public administratif) est sensiblement plus large que celui du décret du 28 novembre 1983 (l'Etat et ses établissements publics, à l'exception d'une part des relations entre ces administrations et leurs agents, d'autre part des services du ministère de la justice).

§ 3 : La motivation des actes administratifs

En l'absence de texte l'imposant expressément, l'*instrumentum* des décisions administratives ne doit pas nécessairement comprendre les motifs sur lesquels reposent lesdites décisions[158]. En d'autres termes, les destinataires des décisions administratives ne peuvent connaître que l'objet de la décision qui leur est adressé. Les motifs sur lesquels l'autorité administrative s'est fondée pour décider ne doivent pas être énoncés dans le texte même de la décision et, par voie de conséquence, le vice de forme tiré du défaut de motivation est, sauf texte expressément contraire, inopérant.

En vertu de la jurisprudence[159], la connaissance des motifs d'une décision administrative est donc impossible, en principe, pour le destinataire de ladite décision, alors que le juge administratif devant statuer sur la légalité d'une telle décision dispose, lui, du pouvoir d'ordonner à l'administration de lui en donner connaissance[160].

Au-delà des textes épars caractérisés par un champ d'application étroit, la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public a rendu obligatoire la motivation de nombreuses décisions administratives. Il s'agit en premier lieu des catégories de décisions individuelles défavorables à leur destinataire limitativement énumérées par l'article 1er de cette loi du 11 juillet 1979[161], à savoir les décisions qui :

> " - restreignent l'exercice des libertés publiques (ou, de manière générale, constituent une mesure de police) ;
> " - infligent une sanction ;
> " - subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions ;
> " - retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ;
> " - opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance ;
> " - refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir ;
> " - refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions des deuxième à cinquième alinéa de l'article 6 de la loi n° 78-753 du

---

[158] Voir l'article fondamental de Georges Dupuis intitulé " Les motifs des actes administratifs ", *E.D.C.E.* n° 21, 1974-1975, pp. 13-40.

[159] C.E. Sect., 26 janvier 1973, *Lang*, *Rec. Leb.* 72, *A.J.D.A.* 1974, p 144, *D.* 1973, p 606, note Pacteau. Dans cette affaire, la Section du contentieux a refusé de considérer la motivation des actes administratifs comme un principe général du droit., conformément à sa jurisprudence antérieure.

[160] Selon le commissaire du gouvernement Maxime Letourneur, " la règle suivant laquelle les actes administratifs n'ont pas à être motivés a pour conséquence de supprimer à leur égard le vice de forme [...] elle n'a ni pour but ni pour effet de soustraire l'administration à l'obligation de faire connaître au juge de l'excès de pouvoir les motifs des actes attaqués devant lui, obligation qui résulte de l'existence même du contrôle juridictionnel, qui est la condition indispensable à l'exercice ce de contrôle et qui est totalement étrangère à ce qui n'est qu'une pure règle de forme " (concl. sur C.E. Ass., 28 mai 1954, *Barel*, *Rec. Leb.* 310).

[161] C.E. Sect., 9 décembre 1983, *Vladescu*, *Rec. Leb.* 497, *A.J.D.A.* 1984, p 81, chron. Lasserre et Delarue, *D.* 1984, J, p 158, concl. Genevois, *Rev. adm.* 1984, p 155, note Pacteau : " Considérant que dans son article 1er, la loi du 11 juillet 1979 n'exige la motivation que des seules décisions administratives individuelles défavorables qu'elle énumère ; que l'appréciation du caractère défavorable d'une décision doit se faire en considération des seules personnes physiques ou morales qui sont directement concernées par elle ".

17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des rapports entre l'administration et le public. "

Il s'agit en second lieu des décisions administratives individuelles dérogeant aux règles générales fixées par la loi ou le règlement, qui doivent être motivées en vertu de l'article 2 de la loi précitée du 11 juillet 1979. Devant comprendre l'énoncé des considérations de droit et de fait fondant la décision, l'exigence de motivation est *a priori* incompatible avec l'existence de décisions implicites. L'article 5 de la loi du 11 juillet 1979 dispose toutefois que l'absence de motivation des décisions implicites devant l'être n'entraîne pas de ce seul fait leur illégalité. Il appartient alors au destinataire de solliciter, dans le délai du recours juridictionnel, la communication des motifs. Le délai de recours est prorogé par cette demande. En l'absence d'une telle demande, le moyen tiré du défaut de motivation d'une décision implicite devant être motivée en application de la loi du 11 juillet 1979 est considéré par le juge administratif comme inopérant.

Si le champ d'application de cette législation est vaste, il n'a en aucun cas renversé le principe dominant le droit administratif. La motivation reste une simple faculté pour l'autorité administrative dès lors qu'aucun texte ne la lui impose expressément. On peut quand même remarquer que le nombre des actes soumis à de telles obligations textuelles s'est fortement étoffé.

Une large fraction de la doctrine s'oppose depuis longtemps à la fois au principe jurisprudentiel, selon lequel la motivation est facultative en l'absence de texte expressément contraire, et à l'interprétation stricte à laquelle le Conseil d'Etat soumet les textes imposant cette motivation. La motivation des actes administratifs est en effet l'une des conditions essentielles d'apaisement des relations entre l'administration et les destinataires de son action. Descendant de son piédestal, les explications fournies par l'administration sur les raisons qui l'ont conduite à prendre une décisions sont susceptibles d'empêcher nombre de litiges de naître. Elles sont par ailleurs à en faciliter l'exécution : comme le soulignait Jean Rivero, " si l'on a pris la peine d'expliquer à l'homme le pourquoi et le comment de ce qui lui est imposé, sa liberté et sa raison entreront en jeu ; elles sont, pour l'action, des auxiliaires plus féconds que la hargne ou la semi-hébétude née de la contemplation d'un imprimé rédigé dans une langue apparemment étrangère "[162].

Par ailleurs, la motivation par l'administration de ces décisions est susceptible d'améliorer la qualité du travail administratif, en rendant nécessaire l'objectivation des critères sur la base desquels elle agit. Comme l'a démontré Céline Wiener, " il y a en effet, pour les décisions ultérieures que l'agent sera amené à prendre, un facteur très important de rationalisation et d'amélioration du travail, comme de cohérence et de continuité de l'action administrative. Mais ce principe vaut aussi pour les décisions qui pourront émaner du supérieur hiérarchique chargé de suivre l'activité de l'agent, lors d'un réexamen, spontané ou sur recours, de la mesure : si la décision rapportant ou modifiant la décision initiale n'est pas motivée, l'agent risque de ne pouvoir en tirer tous les enseignements ; si elle est précédée de

[162] Jean Rivero, " A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration ", *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1965, p 828. Citant cette argumentation, Georges Dupuis l'a réfuté : " tout en affirmant la nécessité pour l'administration de s'expliquer, force est de reconnaître que l'expression des motifs sur l'acte est un bien piètre moyen de persuasion. Il en est une triste preuve dont on se demande comment les juristes peuvent l'avoir oubliée : il s'agit de la façon dont sont perçues et comprises les décisions du juge, arrêts ou jugements. Elles sont motivées et pourtant, comme il est exact d'en proclamer l'obscurité pour les justiciables " (" Les motifs des actes administratifs ", *E.D.C.E.* n° 21, 1974-1975, pp. 34).

considérations précises, il comprendra mieux le sens de la critique faite par le supérieur, et en quoi il devra à l'avenir infléchir son action "[163].

Malgré ces exhortations doctrinales, la jurisprudence administrative reste fondamentalement attachée à la règle selon laquelle il n'est pas d'obligation de motiver les actes administratifs sans texte, quelles que soient les conséquences qui en découlent dans les rapports entre l'administration et le public. Le fondement de cet attachement réside dans la croyance selon laquelle le contrôle juridictionnel est seul nécessaire et suffisant en ce qui concerne l'administration. Pour justifier cette jurisprudence, Georges Dupuis, l'un des rares auteurs à l'estimer pertinente, présente certes des arguments : d'une part l'alourdissement de la tâche de l'administration, d'autre part le risque d'atteinte à des secrets ou à la renommée de personnes nommément désignées ou identifiables dans la motivation, enfin l'inadéquation de la motivation avec le mécanisme, protecteur, des décisions implicites[164]. Mais il ne s'y arrête pas vraiment et considère, de manière globale que " l'exigence d'une motivation exprimée sur l'acte lui-même n'est pas dans la logique du système juridique français : il doit normalement la rejeter comme un organisme sain expulse un greffon qui en perturbe le fonctionnement "[165]. On peut donc selon lui faire en quelque sorte l'économie d'exigence formelles, telles que la motivation des actes administratifs, dans la mesure où " les formes ne sont que l'écho [...] d'autres éléments de régularité de l'acte dont le juge tient compte directement ". Il en dégage ensuite la conséquence : " sous réserve d'un emploi vraiment efficace de toutes les ressources de la procédure inquisitoriale permettant au juge d'aller au *fond au-delà des formes* [...] peut-être n'est-il pas très utile de pousser trop loin la jurisprudence "[166].

On le mesure ici, les perspectives dégagées au titre de l'amélioration des rapports entre l'administration et le public sont en quelque sorte bridées par la conception traditionnelle du droit administratif français selon laquelle le juge administratif est le seul véritable garant des droits et des intérêts des administrés. Reste que la crise contemporaine de la justice administrative et les indéniables difficultés qu'elle rencontre pour remplir sa mission juridictionnelle ont conduit la doctrine et les pouvoirs publics à envisager sous un jour différent les alternatives au règlement juridictionnel des litiges.

---

[163] Céline Wiener, " La motivation des décisions administratives en droit comparé ", *R.I.D.C.* 1969, p 783.

[164] Avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juillet 1900, le silence gardé par l'administration sur une demande qui lui était adressé n'avait strictement aucune conséquence juridique. Rien ne se passait et, juridiquement, rien n'était censé se passer. Faute d'avoir obtenu une quelconque décision, l'administré ayant vainement soumis sa demande à l'administration ne pouvait même pas en saisir le juge administratif. Ladite loi du 17 juillet 1900 a institué la règle selon laquelle le silence de l'administration dans les quatre mois qui suivent une demande fait naître une décision implicite de rejet. Cette fiction - vouloir en silence !- constitue une garantie pour l'administré qui peut saisir le juge administratif de la décision implicite pour qu'il apprécie la légalité du rejet de sa demande. Pour Guy Isaac, " la loi de 1900 n'avait pas pour objet de prohiber le silence de l'administration ; au contraire, en autorisant le recours contre la décision implicite de rejet, elle le légitime " (*La procédure administrative non contentieuse*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome LXXIX, 1968, n° 348, p 348). La loi du 12 avril 2000, on l'a dit, a réduit le délai de naissance d'une décision implicite de rejet de quatre à deux mois.
Cela étant, l'argument tiré de l'incompatibilité entre une motivation obligatoire et le mécanisme des décisions implicites n'est pas pertinent. L'article 5 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, on l'a vu, a opéré une conciliation entre ces deux procédés.

[165] Georges Dupuis, " Les motifs des actes administratifs ", *E.D.C.E.* n° 21, 1974-1975, p 39.

[166] Georges Dupuis, " Les motifs des actes administratifs ", *E.D.C.E.* n° 21, 1974-1975, p 40. C'est l'auteur qui souligne.

Section 2 : La timide reconnaissance des modes consensuels de règlement des litiges

La réflexion des pouvoirs publics à l'égard des modes alternatifs de règlement des litiges a considérablement évolué au cours des deux dernières décennies. Uniquement engagée par le Conseil d'Etat dans la perspective de réduction du contentieux administratif, elle a été infléchie par les interventions du Parlement, celui-ci prônant successivement l'extension de la conciliation et des recours administratifs. Le Conseil d'Etat infléchit alors sensiblement sa perception, d'autant plus nettement que les objectifs visés par la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif étaient loin d'être atteints. Davantage que de simple prévention du contentieux, il dégagea enfin la perspective d'une extension des alternatives au règlement par les juridictions administratives des litiges intéressant l'administration, conciliant l'objectif de prévention du contentieux avec la volonté de rapprocher l'administration du public.

Cette perspective a été clairement adoptée par le Premier ministre : " les efforts entrepris depuis plusieurs années [...] pour améliorer les relations avec les usagers et mieux répondre à leurs attentes ne doivent pas se relâcher. Outre le respect du droit, qui s'impose à l'administration, une attention plus grande à l'égard des citoyens, de leurs aspirations et de leurs doléances, une disponibilité plus grande à l'explication peuvent prévenir nombre de litiges. Pour beaucoup de conflits, faute de pouvoir s'exprimer et se régler par des voies directes, la voie contentieuse constitue, malheureusement, la seule issue ". Et le Premier ministre de souhaiter " que l'action administrative contribue à inverser cette tendance "[167]. Nonobstant la netteté de ce changement conceptuel, l'état du droit n'en a guère été affecté.

§ 1 : De la prévention du contentieux au règlement alternatif des litiges

Dans son " étude sur la prévention du contentieux administratif ", le Conseil d'Etat s'est dans un premier temps expressément refusé alors à restreindre les conditions de recevabilité des requêtes ou à transférer à d'autres juridictions certaines catégories de requêtes, pour réduire l'accroissement des affaires dont les juridictions administratives. Il a dans un second temps cherché à définir positivement l'objectif qu'il cherchait alors à atteindre : " prévenir le contentieux, c'est, en définitive, éviter ce que l'on peut appeler le ''contentieux inutile'' : celui-ci consiste par exemple à saisir le juge quand la jurisprudence est fixée avec clarté et depuis peu en sens inverse de ce que l'on demande, ne pas régler avant la phase contentieuse les différends qui peuvent trouver une solution, poursuivre la procédure quand un autre dossier a donné la réponse d'une façon non ambiguë. Ce peut être aussi déceler les textes mal conçus, les procédures difficilement applicables, les solutions juridiques qui sont en contradiction avec l'équité et le bon sens afin d'inviter le gouvernement à apporter les remèdes par la voie réglementaire ou à saisir le Parlement de projets de lois "[168].

---

[167] Circulaire du Premier ministre du 9 février 1995 relative au traitement des réclamations adressées à l'administration, *J.O.R.F.* 15 février 1995, p 2524.

[168] Conseil d'Etat, " Etude sur la prévention du contentieux administratif ", *E.D.C.E.* n° 32, 1980-1981, p 300.

Dans cette première étude sur la prévention du contentieux administratif, le Conseil d'Etat manifestait une certaine défiance à l'égard du thème de l'amélioration des relations entre l'administration et le public. Il estimait avec insistance que " se multiplient les textes qui vont presque inévitablement donner lieu à des contentieux nouveaux. Il suffit de citer, pour ce qui concerne l'Administration dans son ensemble, la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès du publics aux documents administratifs, celle du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs et plus particulièrement les législations ou réglementations qui organisent des procédures nouvelles donnant lieu à des décisions administratives ". De sorte « qu'en enserrant les citoyens dans un réseau croissant de règles d'une extrême précision, on ne peut qu'accroître le nombre de litiges entre l'administration et les administrés »[169]. Pour le Conseil d'Etat, l'amélioration des rapports entre l'administration et le public était donc paradoxalement considérée comme génératrice de litiges.

Dans une seconde étude consacrée à la prévention du contentieux administratif, la doctrine du Conseil d'Etat a été sensiblement infléchie. Dans l'avant-propos, Guy Braibant, président de la Section du rapport et des études, affirmait la nécessité de " stopper autant que possible le contentieux à la source en évitant que viennent devant le juge des affaires qui peuvent se régler autrement, par des voies amiables "[170]. L'étude elle-même repose sur des bases nettement différentes de la précédente. L'accroissement du contentieux n'y est pas considéré comme anormal. Mais simplement, il atteint un niveau tel qu'il ne permet pas au juge de remplir efficacement sa mission. Car, " les juridictions de l'ordre administratif sont encombrées de nombreuses affaires qui n'auraient pas dû atteindre le stade contentieux, soit parce que les questions de droit sont déjà tranchées par la jurisprudence et que les questions de fait peuvent être réglées par accord amiable, au besoin après expertise, soit même parce qu'il n'y a pas de véritable litige à régler. Sans parler des inévitables procès dus à des plaideurs obstinés, il arrive que les administrations s'accrochent à des positions dépourvues de fondement juridique, ou encore qu'elles s'abstiennent de régler l'affaire simplement par manque de personnel ou de moyens matériels [...] Dans de tels cas, il se produit une sorte de transfert de charge de l'administration active sur la juridiction, qu'aucune autorité n'a décidée et qui est coûteuse pour la collectivité, le contentieux, avec ses procédures lourdes et l'intervention collégiale de magistrats, étant évidemment plus cher que l'action informelle et rapide de quelques fonctionnaires spécialisés "[171].

Ainsi défini, l'analyse et l'objectif sont sensiblement plus cohérents que dans la première étude. Il ne s'agit plus de faire porter sur les seuls requérants la responsabilité de l'accroissement des recours devant les juridictions administratives. Les comportements des administrations contribuent eux aussi à encombrer les prétoires. Quant à l'objectif poursuivi au titre de cette prévention du contentieux, il est dorénavant envisagé de manière claire : il s'agit de substituer au règlement par les juridictions administratives de certains litiges un règlement par d'autres voies caractérisées par leur dimension consensuelle. Le recours administratif, la transaction, la médiation, la conciliation et l'arbitrage sont en effet définis, on l'a vu, par le Conseil d'Etat comme des " tentatives pour instaurer, entre l'administration et les personnes privées, un dialogue direct, débouchant si possible sur un compromis ou sur

---

[169] *Ibidem.*

[170] Guy Braibant, avant-propos à l'étude intitulée " La prévention du contentieux administratif ", *E.D.C.E.* n° 39, 1988, p 13. Et cet auteur de préciser que c'est " ce qu'on résume sous l'expression de ''prévention du contentieux'' " (*ibidem.*).

[171] Conseil d'Etat, " La prévention du contentieux administratif ", *E.D.C.E.* n° 39, 1988, p 15-16.

un accord, alors que le juge, lui, tranche des conflits dans lesquels les intérêts sont, ou sont devenus, inconciliables "[172].

§ 2 : Les tergiversations des pouvoirs législatif et réglementaire

Malgré la fréquence avec lequel les pouvoirs publics ont débattu des modes alternatifs de règlement des litiges, force est de reconnaître que le droit applicable aux litiges intéressant l'administration n'a guère enregistré de changement majeur dans les vingt dernières années. Quelques rares dispositions législatives ont été introduites dans l'ordre juridique.

En premier lieu, l'article 22 de la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs a confié aux tribunaux administratifs une mission de conciliation. Reprise actuellement à l'article L. 211-4 du Code de la justice administrative[173], « cette disposition a été introduite par un amendement de la commission des lois du Sénat dans un souci prioritaire d'interrompre les instances contentieuses en matière de contrôle des décisions locales et partant la charge des juridictions administratives »[174]. Assez mal accueilli par les magistrats administratifs, ce texte n'a à l'heure actuelle toujours pas fait l'objet du moindre décret permettant d'en préciser les conditions d'application[175].

En second lieu, l'article 13 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif prévoit que " des décrets en Conseil d'Etat déterminent dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu leur responsabilité extra-contractuelle sont soumis, avant tout instance arbitrale ou contentieuse, à une procédure préalable soit de recours administratif, soit de conciliation "[176]. Cette disposition n'a pas connu plus de succès que la précédente. Aucun des décrets en Conseil d'Etat, auxquels elle subordonne expressément la mise en œuvre d'alternatives au règlement par les juridictions administratives des litiges, n'ayant été adopté, ce texte n'est tout simplement pas applicable en l'état du droit[177].

---

[172] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 16.

[173] Cette disposition a dans un premier temps figuré à l'article L. 4 du Code des Tribunaux administratifs, puis à l'article L. 3, 2ème alinéa, du Code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel.
La rédaction initiale est la suivante : " les tribunaux administratifs exercent également une mission de conciliation ". La rédaction figurant dans le Code de la justice administrative, bien que résultant d'une codification à droit constant, est légèrement différente : " les tribunaux administratifs peuvent exercer une mission de conciliation ".

[174] Jean-Pierre Gousseau, « Administrés et procédés facultatifs de règlement non juridictionnel des litiges », *L.P.A.* 19 octobre 1987, n° 125, p 14.

[175] Même s'il a été implicitement reconnu par la jurisprudence comme étant d'application directe, (C.E. Ass., 23 juin 1989, *Vériter*, *Rec. Leb.* 146, concl. Lévis, *A.J.D.A.* 1989, p 424, chron. Honorat et Baptiste), il n'est que très rarement mis en œuvre.

[176] Cette disposition n'a pas été reprise dans le Code de la justice administrative, ni d'ailleurs dans aucun de ses prédécesseurs.

[177] Sont donc confirmées les appréciations de députés considérant qu'il s'agissait d'un " article cadre " ou d'une " coquille [...] vide " (*J.O.R.F.* 6 octobre 1987, éd. Débats A.N., p 3952,cité par Laurence Folliot, *Les débats parlementaires de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif*, L.G.D.J., coll. Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1995, p 51).

Les circonstances dans lesquelles cette disposition a été adoptée auguraient pourtant de l'intérêt qui lui était porté. Ce texte figurait dans le projet de loi sur proposition résultant d'une étude du Conseil d'Etat[178]. Alors que le projet de loi ne contenait aucune restriction quant à son champ d'application, il a été réduit aux litiges contractuels et à la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques, sur amendement de Pierre Mazeaud[179]. Cela étant, un avant-projet de décret a rapidement été préparé. Il a même été soumis pour consultation à l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 28 juin 1990. Devant les difficultés rencontrées alors, le vice-président du Conseil d'Etat a demandé au Premier ministre de permettre au Conseil d'Etat d'approfondir ces questions : c'est l'objet de l'étude de 1993 exclusivement consacrée aux modes alternatifs de règlement des conflits[180], qui a expressément rejeté les perspectives, dégagées par l'article 13 de la loi du 31 décembre 1987, d'institution de procédures obligatoires de conciliation ou de recours administratif préalable à la saisine de la juridiction administrative.

Dans cette étude de 1993, le Conseil d'Etat a donc présenté de nouvelles propositions, qu'il a distingué selon qu'elles devaient être réalisées à court ou moyen terme. Seule une partie des propositions de court terme ont été reprises, conformément aux souhaits du Conseil d'Etat, dans deux circulaires du Premier ministre. Datée du 6 février 1995, la première porte sur la promotion de la transaction et de la démarche transactionnelle[181]. Datée du 9 février 1995, la seconde rappelle aux autorités administratives les règles applicables aux recours administratifs et insiste sur la nécessité de procéder à un examen effectif de ces recours, le cas échéant après adaptation de l'organisation des services[182]. Les autres propositions du Conseil d'Etat n'ont toujours pas été suivies d'effets.

Force est donc de constater que la reconnaissance des modes alternatifs de règlement des litiges en matière administrative n'est, en l'état du droit, que partielle. Si les discours et les doctrines ont évolué et commencent à se proclamer à l'heure actuelle comme leur étant favorables, l'état du droit est resté globalement comparable à ce qu'il était il y a une vingtaine d'années. Après avoir analysé les insuffisances du contentieux administratif, les objectifs poursuivis pour y remédier et les rares dispositions adoptées en ce sens, il est nécessaire d'envisager les régimes juridiques caractérisant les modes alternatifs de règlement des litiges, leurs conditions d'exercice et leur mise en œuvre concrète, de manière à apprécier les aménagements susceptibles d'accroître leur efficacité (**Partie II**), indépendamment de la perspective envisagée par les pouvoirs publics dans leurs tentatives de réforme, en

---

[178] Comme le confirme le Conseil d'Etat dans son rapport public 1988, " l'étude proposait [...] de développer des procédures obligatoires de recours ou de conciliation préalable, ainsi que de permettre à l'administration de recourir plus largement à l'arbitrage. Cette proposition fondamentale a déjà été suivie d'effets puisqu'elle est à l'origine de l'article 13 de la loi du 31 décembre 1987 qui autorise l'institution de telles procédures par décret " (*E.D.C.E.* n° 39, p 266, cité par Laurence Folliot, *Les débats parlementaires de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif*, L.G.D.J., coll. Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1995, p 52).

[179] *J.O.R.F.* 6 octobre 1987, éd. Débats A.N., p 3970 (cité par Laurence Folliot, *Les débats parlementaires de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif*, L.G.D.J., coll. Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1995, p 51).

[180] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993.

[181] Circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.* 15 février 1995, p 2518. Cette circulaire pour le moins succincte est assortie d'une annexe précisant les règles applicables à la transaction administrative (*ibidem.*, pp. 2519-2522).

[182] Circulaire du Premier ministre du 9 février 1995 relative au traitement des réclamations adressées à l'administration, *J.O.R.F.* 15 février 1995, pp. 2522-2524.

distinguant selon qu'ils sont communs aux droits privé et administratif ou, au contraire, propres au droit administratif.

PARTIE II – L'EXERCICE DES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES LITIGES INTERESSANT L'ADMINISTRATION

A l'égard du règlement des litiges intéressant l'administration, une distinction entre les modes alternatifs est fondamentale : celle qui sépare les modes propres au droit administratif et ceux qui sont communs au droit administratif et au droit privé.

Certes, il est possible d'en dégager d'autres. Dans sa thèse consacrée aux modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs[183] et excluant par voie de conséquence l'arbitrage, Alexandre Ikonomou a par exemple présenté une triple classification en fonction de critères respectivement d'ordre matériel, organique et formel. D'une part, une typologie des liges permet de distinguer ceux qui sont juridiquement constitués de ceux qui ne relèvent d'une « maladministration »[184], c'est-à-dire de conflit dans lequel les considérations juridiques sont censées être inexistantes ou inopérantes. On est alors conduit à opérer un cloisonnement entre le formalisme des instruments juridiques de résolution des litiges et la souplesse des interventions du Médiateur de la République. D'autre part, une deuxième typologie permet de classifier les modes alternatifs de règlement des litiges intéressant l'administration en fonction de l'auteur du règlement. Il faut alors distinguer les organes selon qu'ils sont ou non intégrés à la hiérarchie administrative[185]. Enfin, une troisième et dernière typologie peut être dressée en fonction de la procédure selon laquelle les litiges sont susceptibles d'être réglés. Elle conduit à opposer ces modes de règlement en distinguant « ceux dont l'acte d'aboutissement prend la forme d'une décision administrative, ceux qui se terminent par un acte ayant valeur purement morale, susceptible d'inciter au règlement du litige et, enfin, ceux dans lesquels le règlement du litige se traduit par la conclusion d'un accord bilatéral »[186].

Quelle que soit la pertinence de l'une ou l'autre de ces typologies, elles ne peuvent qu'être rejetées. Aucune d'entre elles n'est susceptible de couvrir l'ensemble des procédés sans opérer d'assimilation discutable ou se de révéler concrètement significative.

La première d'entre elles repose sur un cloisonnement entre les litiges qui posent une question de droit et ceux qui poseraient une question d'un autre ordre. Cette typologie présuppose qu'il existe une ligne de démarcation radicale entre ces deux domaines. Sans

---

[183] Alexandre Ikonomou, *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*, Th. Paris II, 1993, 2 vol.

[184] Défendue par quelques auteurs de doctrine, la notion de « maladministration » a surtout été repris par le Médiateur de la République. Selon son rapport de 1977, « derrière toute réclamation soumise au Médiateur et reconnue justifiée, il y a soit tel trait du comportement administratif, soit un défaut [...] de la législation ou de la réglementation appliquée en l'espèce » (p 18, cité par Alexandre Ikonomou, *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*, Th. Paris II, 1993, volume 1, p 27).

[185] La soumission à un quelconque pouvoir hiérarchique est alors le critère de distinction des modes de règlement des litiges (Alexandre Iconomou, *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*, Th. Paris II, 1993, volume 1, pp. 42-72). Si l'on suit cet auteur, on est alors conduit à opposer d'un côté les organes administratifs subordonnés et, de l'autre, les organes indépendants, qu'il s'agisse des autorités indépendantes (Médiateur de la République, la Commission nationale de l'informatique et des libertés, la Commission d'accès aux documents administratifs), des juges dans l'exercice de leur activité de conciliation et des ordres professionnels !

[186] Alexandre Iconomou, *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*, Th. Paris II, 1993, volume 1, p 73. Et cet auteur de préciser que ces trois catégories concernent respectivement d'une part le recours administratif, d'autre part la conciliation et la médiation, enfin la transaction.

même entrer dans la distinction entre ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas, elle n'est pas opérationnelle dans la mesure où elle devrait logiquement, dans une même réclamation, conduire à distinguer d'un côté les questions de droit et celles mélangées de droit et de fait, de l'autre les questions de pur fait, et à les régler de manière différente. On mesure aisément la difficulté pour les personnes chargées de ces opérations et l'incrédulité, voire vraisemblablement l'insatisfaction, du réclamant devant un tel casse-têtes.

La deuxième typologie repose sur le critère de l'indépendance organique. Au-delà de l'embarras auquel on est réduit pour déterminer concrètement si telle ou telle institution est ou non indépendante, force est reconnaître qu'elle conduit à hypertrophier une alternative au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration dont la conception est étroitement calquée sur celle desdites juridictions étatiques. La dimension alternative de ces modes de règlement des litiges est alors discutable si elle conduit à prôner la constitution d'organes composés de personnes dont l'indépendance devrait être comparable à celle des magistrats - quand ce ne sont d'ailleurs pas des magistrats qui sont censé y participer - et dotés directement d'un pouvoir de décision ou indirectement d'une autorité morale, voire d'une « magistrature d'influence ».

La troisième et dernière typologie n'est pas davantage satisfaisante. Elle conduit à opérer une distinction entre les modes de règlement des litiges pour les uns et les autres en raison d'éléments de nature différente, c'est-à-dire en stigmatisant artificiellement leurs différences et précisément la manière dont ils peuvent aboutir à un règlement des litiges. D'une part, insister sur la nature unilatérale de la décision administrative prise sur recours amène inéluctablement à occulter le consentement éventuel de son destinataire, à hypertrophier son absence de caractère définitif et à préserver l'hégémonie théorique du juge administratif dans le contentieux administratif. Le risque de contresens est donc latent. D'autre part, l'insistance sur l'absence d'effet juridiquement reconnu au résultat d'une conciliation ou d'une médiation entraîne inévitablement à refuser de les considérer pleinement comme des modes de règlement des conflits. Enfin, insister sur la dimension contractuelle de la transaction conduit au contraire à minimiser la dimension litigieuse de son objet et à envisager le consensus sur lequel elle repose indépendamment de sa formation.

Dans la mesure où ces modes alternatifs ne peuvent aboutir, c'est-à-dire régler le litige, que sur la base d'un consensus entre les parties, ce qui les distingue radicalement des juridictions étatiques, aucun d'entre eux n'est susceptible d'être perçu de manière complète tant que sa singularité est stigmatisée. Par voie de conséquence, la seule distinction pertinente entre les modes de règlement des litiges intéressant l'administration repose sur leur rapport avec d'une part ce litigant singulier qu'est l'administration, d'autre part le droit administratif. C'est au regard de l'administration « dans son droit » que la distinction des modes alternatifs de règlement des litiges est significative. Car les difficultés rencontrées pour la transposition contemporaine en droit administratif des procédés de règlement des litiges ayant fait leurs preuves en droit privé sont sans commune mesure avec celles découlant de la volonté d'adapter des instruments traditionnels du droit administratif à la fonction contentieuse qui commence enfin à leur être reconnue.

Cela étant, tous les modes alternatifs communs au droit privé et au droit administratif ne peuvent pas être placées sur le même plan. La transaction en matière administrative doit donc être isolée des autres modes alternatifs communs au droit privé et au droit administratif (**Chapitre I**). Fréquemment pratiquée par certaines administrations, son adaptation au droit administratif est engagée de longue date, quoique de manière encore imparfaite et inachevée.

La médiation, la conciliation et l'arbitrage, au contraire, constituent des instruments dont l'introduction en matière administrative est beaucoup plus récente (**Chapitre II**). D'un ordre différent, ils soulèvent des difficultés qui ne peuvent être analysées qu'à la lumière de celles rencontrées et, éventuellement, résolues dans l'adaptation de la transaction en matière administrative. Cet examen des modes alternatifs communs au droit privé et au droit administratif permet d'opérer une comparaison avec les recours administratifs, c'est-à-dire avec les instruments traditionnels de règlement non-juridictionnel des litiges du droit administratif, et d'éclairer les insuffisances des conditions d'exercice de leur fonction contentieuse (**Chapitre III**).

CHAPITRE I – LA TRANSACTION EN MATIERE ADMINISTRATIVE

La transaction est un contrat expressément défini par le Code civil. Selon son article 2044, alinéa 1er, « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». Elle constitue donc par définition un instrument de règlement des conflits ou de prévention des litiges. Particulièrement populaire – il suffit de songer à l'adage selon lequel « un bon arrangement vaut mieux qu'un mauvais procès » - et d'application courante entre les personnes privées, elle a longtemps fait l'objet d'une certaine réticence en droit public, laquelle subsiste encore dans les dispositions quelque peu décalées de l'article 2045, 3ème alinéa, du Code civil aux termes duquel « les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation du Roi ». La transposition de la transaction en matière administrative s'est pourtant opérée dans une remarquable discrétion (**Section 1**), troublée dans un premier temps par la seule curiosité de Jean-Marie Auby[187] et dans un second temps par la recherche contemporaine de modes alternatifs de règlement des litiges. Cette transposition n'est toutefois pas sans équivoque, de sorte que la détermination de la portée de la transaction dans le contentieux administratif doit être nuancée (**Section 2**).

Section 1 : La transposition de la transaction dans les litiges intéressant l'administration

L'action administrative, les litiges qu'elle est susceptible de soulever et le droit en vertu duquel ils sont censés être réglés ne sont pas comparables, dans la conception de l'administration classique forgée par l'histoire française[188], aux rapports entre des personnes privées. Aussi n'est-il pas étonnant que la transaction ait dû faire l'objet d'une transposition, d'une adaptation pour être applicable et appliquée dans les litiges intéressant l'administration. Car « la transaction passée par des personnes administratives soulève des questions que n'évoquent pas les juristes de droit privé. Bien que la transaction administrative puisse être considérée comme soumise aux règles du Code civil et aux principes du droit privé, une simple référence à ces règles et à ces principes ferait abstraction de problèmes et de solutions particulières au domaine administratif »[189]. Ces difficultés portent d'une part sur la reconnaissance de la possibilité même de recourir à la transaction (**§ 1**), d'autre part sur son régime juridique (**§ 2**).

§ 1 : La faculté de transiger

A l'égard de la transaction, le droit administratif naissant a manifesté au cours du 19ème siècle des réticences à l'égard de la faculté même de transiger. Elles ont été progressivement

[187] Jean-Marie Auby, « La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.* 1956, I, pp. 1-4. On aura l'occasion de revenir à de nombreuses reprises sur cette étude inaugurale qui constitue encore à l'heure actuelle une source essentielle.

[188] Pierre Legendre, *Trésor historique de l'Etat en France : l'administration classique*, Fayard, coll. Les savoirs, 1992 (nouvelle édition augmentée de l'*Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, P.U.F., coll. Thémis, 1968).

[189] Jean-Marie Auby, « La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.* 1956, I, p 1.

levées (**A**). Mais les conditions d'exercice de cette faculté en matière administrative restent difficiles (**B**).

A) La reconnaissance de la faculté de transiger

L'article 2045, 3ème alinéa, du Code civil subordonnait la conclusion de transactions par les communes et les établissements publics à une autorisation du chef du pouvoir exécutif. L'arrêté du 24 frimaire an XII avait par ailleurs précisé qu'avant de solliciter cette autorisation, les communes devaient délibérer sur la transaction en conseil municipal et solliciter l'avis du conseil de préfecture et de trois jurisconsultes désignés par le préfet. Ces conditions ont été à la fois étendues aux départements et sensiblement allégées par la loi du 18 juillet 1837 et le décret du 25 mars 1852, en leur substituant une autorisation préfectorale qui a elle-même été abrogée en 1926[190]. Si ces personnes morales, auxquelles une nature de droit public commençait à être reconnue, pouvaient donc transiger, restait encore à déterminer si l'Etat, en l'absence du moindre texte le prévoyant, était ou capable de transiger.

Dans une décision *De Dreux-Brézé, évêque de Moulins* du 23 décembre 1887[191], le Conseil d'Etat a apporté incidemment une réponse à cette question. Le litige portait sur la gestion du domaine d'Izeure, ancien couvent de bénédictins que l'Etat avait acheté en 1822. Après avoir été affecté au diocèse par ordonnance du 25 octobre 1822, ce domaine a fait l'objet d'un changement d'affectation par décret du 31 juillet 1880 pour y installer une école normale supérieure d'institutrices. Pour déterminer l'indemnité due à l'Eglise pour l'indemniser du préjudice causé par la perte de jouissance des biens qu'elle avait édifiés et entretenus, le ministre et l'évêque s'en sont remis à trois arbitres. La Chambre des députés ayant refusé de voter les crédits correspondant à l'indemnité résultant de la sentence arbitrale, l'évêque de Moulins a engagé une action devant le juge judiciaire, celui-ci renvoyant au Conseil d'Etat à titre préjudiciel la question de savoir si le compromis et la sentence arbitrale étaient ou non valides.

Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt avait estimé que « cette affaire, par la complication même des incidents qu'elle soulève, est de celles qui semblent appeler comme solution une transaction équitable »[192]. Dans sa décision

---

[190] Jean-Marie Auby, « La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.* 1956, I, p 1. Voir le texte du décret du 25-30 mars 1852 sur la décentralisation administrative in Stéphane Verclytte, *La déconcentration en France : histoire et actualité*, La documentation française, p 59. Cette autorisation préfectoral des transactions avait par ailleurs été étendue par ce texte aux départements. Ce régime est défini par la combinaison des 6° et 43° du tableau A de la nomenclature fixant le champ d'application de l'article 1er dudit décret.

[191] C.E., 23 décembre 1887, *De Dreux-Brézé, évêque de Moulins (séminaire d'Izeure)*, *Rec. Leb.* 842, concl. Le Vavasseur de Précourt.

[192] concl. Le Vavasseur de Précourt sur C.E., 23 décembre 1887, *De Dreux-Brézé, évêque de Moulins (séminaire d'Izeure)*, *Rec. Leb.* 844-845. Le commissaire du gouvernement avait par ailleurs précisé que « l'Etat a transigé, en 1880, avec le département de l'Allier, sur la question relative à la propriété du domaine d'Izeure, question qui était déjà litigieuse depuis quarante ans et qui avait préoccupé tous les ministres successifs, MM. Martin du Nord, Vivien, Fortoul, Jules Simon. Une transaction avec l'évêque qui a élevé à Izeure des constructions importantes (évaluées par le préfet à 359,609 fr.), à une époque où l'éventualité de la reprise de l'immeuble ne paraissait pas devoir se réaliser, semblait donc indiquée, elle était dans l'intention des parties et n'a pu aboutir par suite de circonstances indépendantes de sa volonté. Si l'affaire doit rester dans le domaine contentieux, nous estimons que le Conseil d'Etat doit se déclarer incompétent pour prononcer la nullité et de la sentence arbitrale, c'est-à-dire sur un incident judiciaire d'un procès essentiellement judiciaire ».

du 23 décembre 1887, le Conseil d'Etat avait repris à titre incident cette affirmation, en considérant que, le cas échéant, il « appartenait au ministre de l'instruction publique de liquider l'indemnité que l'Etat pouvait devoir à l'évêque de Moulins ès-qualités, par suite de la reprise par l'Etat de l'immeuble d'Izeure, affecté à une nouvelle destination, et même de transiger sur le règlement des difficultés nées de ce changement d'affectation ». Avec cette décision, le Conseil d'Etat a donc admis l'utilisation par l'Etat de la transaction. Toutefois, cette décision n'était pas totalement probante dans la mesure où il ne s'agissait que d'une affirmation incidente du Conseil d'Etat, lovée au cœur d'un litige portant la validité d'une clause compromissoire et d'une sentence arbitrale.

La consécration de la capacité de l'Etat à transiger date d'une décision *Chemins de fer du Nord, de l'Est et autres c/ Ministre de la guerre* du 17 mars 1893 rendue sur les conclusions conformes du commissaire du gouvernement Jean Romieu[193]. Cette affaire portait sur la fixation du montant des services de transports réalisés par ces compagnies de chemin de fer au bénéfice de l'Etat, pendant et immédiatement après la période de la guerre de 1870. Une transaction ayant été conclue le 20 juin 1877, le ministre de la guerre a ultérieurement refusé de l'appliquer. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Jean Romieu a solennellement affirmé que « les ministres ont le droit de transiger ; tandis que l'article 2045 du Code civil porte que les communes ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation du Président de la République, aucune disposition ne limite les pouvoirs de transactions des ministres pour l'Etat »[194]. Le Conseil d'Etat a suivi ces conclusions en considérant que « aucune disposition de loi ou de règlement n'interdit à l'Etat la faculté de transiger » et que « la transaction de 1877 [devait] être reconnue valable et sortir son plein et entier effet ». S'agissant d'actes qualifiés alors comme étant de gestion, la liberté contractuelle a donc été reconnue comme bénéficiant d'une primauté, dans le silence des textes.

Au sein de l'Etat, en l'absence de texte contraire, la compétence pour transiger appartient de plein droit en vertu de cette jurisprudence à chaque ministre : « il en résulte que les directeurs d'administration centrale sont habilités à conclure des transactions au nom de leur ministre. Cette autorisation découle de la délégation générale de signature dont ils bénéficient, au même titre que la faculté d'ester en justice. En ce qui concerne les services déconcentrés de l'Etat, la faculté de transiger n'est ouverte que si leurs responsables bénéficient d'une délégation à cet effet. C'est ainsi, par exemple, qu'en vertu d'une circulaire du 1er février 1990, les préfets ont compétence pour procéder à l'indemnisation des dommages matériels causés par les services déconcentrés de l'équipement lorsque la somme n'excède pas 50 000 F. Enfin, certains textes donnent compétence à des autorités particulières pour transiger dans certaines matières. C'est notamment le cas pour l'agent judiciaire du Trésor, qui, en vertu de l'article 5 du décret n° 92-1369 du 29 décembre 1992, peut transiger pour les créances à recouvrer »[195].

---

[193] C.E., 17 mars 1893, *Compagnies du Nord, de l'Est et autres c/ ministre de la guerre*, *Rec. Leb.* 245, *S.* 1894 , III, pp. 119-126, concl. Jean Romieu.

[194] Concl. précitées sur C.E., 17 mars 1893, *Compagnies du Nord, de l'Est et autres c/ ministre de la guerre*, *Rec. Leb.* 245, *S.* 1894 , III, pp. 123. Et le commissaire du gouvernement de préciser que le Conseil d'Etat l'avait « reconnu formellement dans au arrêt du 22 juin 1883 et dans un arrêt du 29 décembre 1887, *Evêque de Moulins* ».

[195] Circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.* 15 février 1995, p 2520.

En ce qui concerne les collectivités locales, elles peuvent librement transiger, même s'il a fallu attendre 1926 pour que l'autorisation préfectorale ne soit plus nécessaire pour les transactions des communes, le préfet étant par ailleurs compétent pour transiger sur habilitation du conseil général au nom du département, dans la mesure où il en était l'autorité exécutive jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982. Depuis la suppression de toute tutelle par ce texte, les collectivités locales bénéficient d'une pleine et entière liberté et la conclusions des transactions se voit appliquer un régime comparable à celui de leurs autres contrats[196] : si l'autorité exécutive est compétente pour négocier la transaction, elle doit toutefois solliciter et obtenir l'autorisation de l'organe délibérant pour pouvoir la signer[197].

En ce qui concerne les établissements publics, l'état du droit est en principe sensiblement différent. Dans le silence des autres textes, les dispositions précitées du Code civil continuent de leur être applicable. Le Conseil d'Etat l'a récemment réaffirmé à propos d'une transaction, conclue entre la chambre d'agriculture de La Réunion et le directeur des services administratifs, portant sur la détermination d'indemnités de licenciement. Il a rappelé que, « en vertu de l'article 2045 du code civil, les établissements publics ne peuvent transiger qu'après une décision expresse du Premier ministre les y autorisant ; que ces prescriptions sont applicables aux chambres d'agriculture, établissements publics administratifs de l'Etat ; qu'en l'absence de décret du Premier ministre l'y autorisant, la chambre d'agriculture de La Réunion n'a pu légalement recourir à la transaction pour déterminer les conditions de licenciement de M. Troucelier, agent titulaire de cet établissement »[198]. Cette décision Chambre d'agriculture de La Réunion du 14 décembre 1998 est intéressante dans la mesure où elle identifie le Premier ministre comme étant l'autorité compétente pour autoriser, en l'absence de texte contraire, chacune des transactions des établissements publics[199].

Compte tenu de la lourdeur de cette procédure et de l'importance du contrôle de tutelle qu'elle engendre de la part de l'Etat sur les établissements publics, il existe heureusement des textes ayant reconnu à certaines catégories de ces établissements le pouvoir de transiger

---

[196] Voir pour les communes l'article L. 2122-21 du Code général des collectivités territoriales aux termes duquel « sous le contrôle du conseil municipal et sous le contrôle administratif du représentant de l'Etat dans le département, le maire est chargé, d'une manière générale, d'exécuter les décisions du conseil municipal et, en particulier : [...] 7° de passer dans les mêmes formes les actes de vente, échange, partage, acceptation de dons ou legs, acquisition, transaction, lorsque ces actes ont été autorisés conformément aux dispositions du présent code ». En ce qui concerne les départements, l'article L. 3213-5 du même Code prévoit que « le conseil général statue sur les transactions concernant les droits du département », sous réserve de la possibilité ouverte par l'article L. 3211-2 pour le conseil général de déléguer cette attribution à la commission permanente.

[197] Cass. civ. 3e, 15 novembre 1972, *Bull. civ.* III, n° 610. Le Conseil d'Etat semble toutefois avoir admis que l'autorité exécutive signe la transaction avant que celle-ci ait été autorisée par l'organe délibérant, reconnaissant ainsi la possibilité de régularisation (C.E., 20 décembre 1963, *Commune de Battigny*, *Rec. Leb. tables* 831).

[198] C.E., 14 décembre 1998, *Chambre d'agriculture de La Réunion*, *Dr. adm.* 1999, n° 79. Le Conseil d'Etat a par voie de conséquence précisé que « seules les dispositions du statut du personnel administratif des chambres d'agriculture, homologué par arrêté du 20 mars 1972 modifié du secrétaire d'Etat à l'agriculture sont applicables à ce licenciement ».

[199] Voir *a contrario* l'annotation sous l'article 2045 du Code civil figurant dans l'édition Dalloz. Cette édition reprend la rédaction originelle du troisième alinéa de cet article : « les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation du Roi ». Figure en italique la mention d'une substitution du Président de la République au Roi. Dans son étude de 1993, le Conseil d'Etat avait opéré la même assimilation en citant l'article 2045 du Code civil de la manière suivante : « les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Roi (président de la République) » (*Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 59)

librement. L'article L. 714-4, dans sa rédaction issue de la loi n° 91-748 du 31 juillet 1991, dispose ainsi que le conseil d'administration des établissements publics de santé « délibère sur : [...] 16° les actions judiciaires et les transactions ». On retrouve donc à leur égard le mode d'organisation caractérisant les collectivités locales. Il appartient à leur autorité exécutive de négocier la transaction, la signature ne pouvant intervenir qu'après l'autorisation donnée en ce sens par l'organe délibérant. A défaut de textes autorisant une catégorie d'établissements publics à transiger, il est nécessaire de consulter les textes ayant institué chaque établissement public pour savoir s'il dispose ou non de la faculté de conclure des transactions[200].

B) L'exercice de la faculté de transiger

Après la reconnaissance de cette faculté de transiger, la répartition des compétences au sein des personnes morales de droit public qui y sont habilitées constitue l'élément essentiel pour la conclusion de transactions. Les textes, on l'a dit, sont silencieux sur la manière dont elles doivent être négociées. Règne donc ici la plus grande liberté. S'est notamment posée la question de savoir si une transaction conclue par l'intermédiaire de mandataires était régulière, en l'absence de mandat expressément confié en ce sens[201].

Plus profondément, la détermination de l'autorité compétente pour négocier la transaction est essentielle du point de vue des rapports avec l'autre partie. Selon le Conseil d'Etat, « la négociation doit, dans sa négociation, respecter une certaine confidentialité, c'est même l'une des conditions de succès. Elle ne peut être menée que par des agents ayant une capacité de décision »[202].

---

[200] L'article 25 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs reconnaît ainsi cette faculté à la Société nationale des chemins de fer, tout comme la loi n° 90-658 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications l'a fait à l'égard de La Poste et de France Télécom, avant que ce dernier établissement ne devienne une personne morale de droit privé.

[201] La jurisprudence administrative y semble hostile : en l'absence d'habilitation spéciale, un mandataire ne peut conclure de transaction (C.E. Sect., 5 janvier 1966, *Hazewack*, *Rec. Leb.* 6, *D.* 1966, J, 317, note Moderne). Le Premier ministre, dans sa circulaire du 6 février 1995, a précisé la portée de cette règle. Selon cette appréciation, « il y a lieu de distinguer deux hypothèses : - si la procédure en cours concerne une juridiction judiciaire, le mandat de représentation en justice défini par l'article 417 du nouveau Code de procédure civile est réputé permettre à celui-ci de proposer ou d'accepter des offres ; - si la procédure concerne le juge administratif, l'avocat ne peut transiger qu'en vertu d'un mandat exprès [...] En effet, l'article R. 107 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel [article R. 431-1 du Code de la justice administrative], qui traite de la représentation des parties, ne mentionne que les actes de procédure » (circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.* du 15 février 1995, p 2519-2520).
On peut toutefois citer une décision *Sahuc* du 7 octobre 1981 (*Rec. Leb.* 355) : mais cette décision s'inscrit dans le cadre de l'application de l'article 10 du décret du 9 mars 1971, relatif à l'organisation et au fonctionnement des commissions du contentieux de l'indemnisation – *i.e.* des juridictions administratives spéciales - instituées par la loi du 15 juillet 1970, ne qualifie pas expressément l'accord des parties de transaction, même s'il semble vouloir lui faire produire les mêmes effets.

[202] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 71. Et le Conseil d'Etat de préciser que « le développement de la transaction exige donc des services un renforcement de leurs compétences en droit et en connaissances techniques ... et des initiatives de la part d'agents d'un certain rang hiérarchique, dont les responsabilités sont clairement définies » (*ibid.*, p 72).

L'exemple de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, fréquemment citée comme utilisateur de la démarche transactionnelle, le démontre aisément : « si l'article L. 714-4 du Code de la santé publique dispose, dans son 16°, que le conseil d'administration délibère sur les actions judiciaires et les transactions, ce qui est le droit commun des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, le *e* de l'article R. 716-3-7, propre à l'AP-HP prévoit que le conseil ne délibère que sur ''les actions judiciaires et les transactions portant sur les litiges d'un montant supérieur à un seuil fixé par arrêté des ministres chargés du budget, de la santé et de la sécurité sociale''. Ce seuil a été fixé par un arrêté interministériel du 24 mars 1993, à 3 000 000 francs. Il en résulte que, en deçà de cette somme, ce qui en fait a concerné jusqu'à présent la totalité des indemnisations en matière de responsabilité hospitalière, c'est le directeur général de l'AP-HP et, par délégation de signature, le directeur des affaires juridiques et ses collaborateurs qui sont compétents pour conclure une transaction, à l'exclusion du conseil d'administration »[203].

Au moins en ce qui concerne les services de l'Etat, il est évident que la déconcentration des compétences n'est pas suffisamment généralisée pour permettre à l'autorité susceptible de mener utilement les négociations - c'est-à-dire la plus proche de l'autre partie au litige - de prendre l'initiative d'un règlement négocié ou d'y répondre rapidement, d'instruire concrètement la matière litigieuse, à travers une collaboration entre les services techniques et les services juridiques si cela est justifié, de vérifier que le négociateur de l'autre partie est bien habilité pour ce faire et, le cas échéant, de conclure la transaction[204].

Subsiste toutefois une difficulté révélée par la mention de la confidentialité des transactions en tant que condition de réussite de la démarche transactionnelle. Car l'administration n'est pas une personne comme les autres. Elle n'est pas censée agir dans son intérêt propre, mais dans l'intérêt général, c'est-à-dire dans l'intérêt public. L'autorisation de l'organe délibérant de la personne publique autorisant l'autorité exécutive à signer la transaction n'est à cet égard pas seulement source de pesanteur et d'incertitude dans la conclusion d'une transaction. Elle est aussi l'une des conditions élémentaires de la démocratie représentative et participative, dans la mesure où les délibérations des autorités administratives collégiales sont en règle générale, sinon publiques, du moins transparentes. Un tiers doit avoir accès à ces délibérations, puisqu'elles constituent des documents administratifs[205]. Si les transactions ne transitaient plus par les organes délibérants, dont les délibérations font l'objet d'un affichage et d'une certaine publicité, un tiers ne pourrait tout simplement plus avoir connaissance de l'existence de la transaction. Etant incapable de l'identifier, il ne serait pas à même d'exercer son droit de communication. Le secret – à tout

---

[203] Alain Levasseur, « Les transactions : l'exemple de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris », *A.J.D.A.* 1997, 55-56. Et de poursuivre en précisant que « cette situation a permis à l'institution non seulement d'avoir la liberté de transiger directement avec ses interlocuteurs, ce qui n'aurait pas été le cas si les indemnités avaient été servies par une compagnie d'assurances, mais aussi de disposer de la compétence technique pour mener à bien la procédure transactionnelle, ainsi que d'une grande souplesse dans sa mise en œuvre » (*ibid.*, p 56).

[204] Les décrets n°97-1184 à 91-1209 des 19 et 24 décembre 1997, pris sur la base du décret du n° 97-34 modifié du 15 janvier 1997 relatif à la déconcentration des décisions administratives individuelles, n'ont évidemment pas affecté la répartition des compétences entre les autorités administratives pour conclure des transactions. Comme l'a précisé le Premier ministre dans la circulaire du 24 décembre 1997, cette réforme n'a par définition pas pu concerner « l'ensemble des actes synallagmatiques (contrats et conventions), qui ne peuvent être regardés comme des ''décisions'', c'est-à-dire des mesures unilatérales » (*J.O.R.F.*, 27 décembre 1997 ; voir le regroupement de cette circulaire et des décrets des 19 et 24 décembre 1997 in *Textes d'intérêt général* n° 97-60). Par voie de conséquence, le régime de la conclusion des transactions n'a absolument pas été affecté.

[205] De la même manière qu'un tiers peut évidemment engager un recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable d'une procédure transactionnelle (C.E., 8 décembre 1944, *Lalos*, *S.* 1945, III, 32).

le moins la confidentialité – qui pourrait alors les entourer risquerait de se révéler générateur d'effets pervers, au premier rang desquels le soupçon d'inégalité, qu'il soit ou non fondé.

Si l'on souhaite développer la démarche transactionnelle dans l'administration, il est en tout état de cause nécessaire de définir de manière claire les rapports avec le public, c'est-à-dire par rapport aux tiers, de manière à garantir concrètement la pérennité du principe d'égalité devant les services publics et les charges entraînées par leur fonctionnement.

§ 2 : La qualification de transaction en matière administrative

Si la nature contractuelle des transactions n'est pas véritablement discutée en matière administrative (**A**), la transposition de l'exigence jurisprudentielle de concessions réciproques a fait l'objet de jurisprudences administratives particulièrement fermes qui enserrent la transaction dans un cadre plus contraignant en matière administrative qu'en droit privé (**B**).

A) Un contrat spécial

Contrat spécial, la transaction résulte nécessairement de la rencontre des volontés des parties. Cette seule qualité permet de la distinguer d'autres modes de règlement amiable des litiges : l'acquiescement ou le désistement constituent en effet des actes unilatéraux. Ces distinctions sont évidemment applicables à la transaction administrative[206]. Malgré sa nature administrative, elle n'en constitue pas moins un contrat. Par voie de conséquence, « comme tout contrat, le contrat administratif est [d'abord et avant tout] un accord de volontés ; il suppose l'existence et la rencontre de deux consentements. De ce fait, le consentement est plus qu'une condition de validité du contrat ; c'est une condition de sa formation même »[207]. Le Code civil a dégagé, en son article 1109, les conditions de validité de l'expression du consentement des cocontractants : « il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par la violence ou surpris par le dol »[208].

Ces dispositions sont-elles ou non applicables en droit administratif ? Le Conseil d'Etat a-t-il ou non forgé une théorie des vices du consentement caractérisant les contrats administratifs ? La réponse de la doctrine est controversée[209], d'autant plus que la

---

[206] Pour Jean-Marie Auby, « le caractère contractuel de la transaction la distingue de l'acquiescement d'une partie à la demande de l'autre ; cet acquiescement se présente en effet sous la forme d'un simple acte unilatéral » (« La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.* 1956, I, p 2). De la même manière, un désistement ne peut à lui seul être assimilé à une transaction, dans la mesure où il revêt une nature unilatérale.

[207] André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1983, tome I, n° 473, p 533.

[208] Voir encore l'article 1118 du Code civil selon lequel « la lésion ne vicie les conventions que dans certains cas ou à l'égard de certaines personnes » (ces cas étant la lésion au détriment des mineurs de l'article 1305, la lésion de plus des 7/12^{e} dans les ventes d'immeubles de l'article 1674 et la lésion de plus du quart dans le partage). En l'absence de disposition spéciale rendant la lésion applicable à un type de contrat administratif ou à une situation contractuelle intéressant l'administration, la lésion ne semble pas être invocable à l'encontre des contrats administratifs (voir André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1983, tome I, n° 491, p 542).

[209] Voir notamment Roland Drago, « Paradoxes sur les contrats administratifs », *Etudes Jacques Flour*, Rép. not. Defrénois, 1979, p 156 ; Dominique Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, L.G.D.J., coll.

jurisprudence relative à ces trois vices du consentement est extrêmement peu importante. On peut vraisemblablement conclure, avec Yves Weber, qu'il existe « une théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs, elle est même de droit commun privé et public. Elle est peu importante, presque marginale »[210]. En droit administratif, la théorie des vices du consentement est en quelque sorte absorbée par les règles déterminant les conditions d'exercice des compétences et les modes de passation des contrats. De sorte que si un vice de consentement est évidemment susceptible d'entraîner la nullité d'une transaction administrative, les illustrations jurisprudentielles concernent essentiellement l'absence d'approbation d'une transaction par l'organe délibérant d'une collectivité publique[211].

Si la transaction est un acte contractuel, résultant de la rencontre des volontés des parties, elle est encore constituée par un objet et une cause particulières[212]. Une transaction doit porter sur un litige, qu'il soit d'ores et déjà né ou seulement susceptible de naître, et définir des obligations permettant de le régler. La qualification de transaction n'est donc susceptible d'être reconnue à un tel contrat « que si les parties ont l'intention de régler cette situation litigieuse »[213]. Telle est la définition de l'article 2044 du Code civil : « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». La jurisprudence administrative considère évidemment elle aussi la contestation comme un élément constitutif de la transaction , même si elle ne fonde pas formellement cette exigence sur le texte même de cet article[214]. Dans ce cadre, il importe peu que la transaction administrative vide complètement le litige ou qu'elle ne porte que sur certains de ses aspects[215].

On peut toutefois relever une certaine réticence quant aux contestations naissantes. Dans sa circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, le Premier ministre a solennellement affirmé que « la transaction doit prévenir ou terminer une contestation effective. Une transaction ne peut intervenir que pour régler un véritable différend, c'est-à-dire une situation où les points de

---

Bibliothèque de droit public, 1991, p 139 ; Yves Weber, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *Mélanges Drago*, Economica, 1996, p 315.

[210] Yves Weber, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *Mélanges Drago*, Economica, 1996, p 319. Cet auteur précise toutefois que, nonobstant cette marginalité, « elle est significative, car elle est fondamentale » (*ibidem.*).

[211] C.E. Sect., 29 mars 1939, *Ville de Saint-Jean-de-Luz*, *Rec. Leb.* 241. Voir encore C.E., 3 août 1910, *Gille Bahic et Thomas*, *Rec. Leb.* 687 ; C.E., 19 février 1919, *Ville de Nanterre c/ Jaccaz*, *Rec. Leb.* 165.

[212] En tant que contrat, la transaction est bien évidemment à des conditions de validité définies par l'article 1108 du Code civil – « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation » - ou, en ce qui concerne plus précisément la transaction administrative, à leur adaptation jurisprudentielle en ce qui concerne les contrats administratifs.
De manière générale, à propos des conditions de validité des contrats administratifs, voir Dominique Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 158, 1991).

[213] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 54. . Et le Conseil d'Etat de préciser que « la volonté des parties est l'un des éléments constitutifs de la transaction comme de tout contrat, mais comme cette volonté vise en l'espèce à mettre fin à une contestation, l'on doit souligner la nécessité d'un accord des parties dans la transaction, ce qui n'est pas sans conséquence sur les modalités envisageables d'une action visant à encourager la transaction » (*ibidem.*).

[214] Géraldine Chavrier, « Réflexions sur la transaction administrative », *R.F.D.A.* 2000, n° 3, p 549, note 11.

[215] C.E. Sect., 24 avril 1931, *Société d'éclairage électrique de Bordeaux*, *Rec. Leb.* 433 ; C.E. Sect., 9 février 1934, *Chemin de fer du Nord c/ de Brigade*, *Rec. Leb.* 194. Cela étant, si la transaction n'épuise pas le litige, elle ne produit aucun des effets qui lui sont attachés - au premier rang desquels l'extinction du litige et le dessaisissement corrélatif du juge étatique – à l'égard des points litigieux non compris dans ladite transaction.

vue des parties en présence sont en opposition. Elle n'a pas pour objet de résoudre des questions purement hypothétiques ou de réduire des incertitudes »[216]. Vraisemblablement exprimée dans le souci d'une gestion économe des deniers publics, cette exigence d'effectivité du litige est confirmée par Géraldine Chavrier pour laquelle « une simple incertitude quant aux droits ou au risque de litige ne suffit pas à donner une cause au contrat [...] Certes, on pourrait envisager l'hypothèse d'une transaction frappée d'une clause suspensive liée à la réalisation de l'incertitude, mais elle se heurterait au contrôle croissant du juge. Ainsi, il a été jugé qu'une transaction n'avait pu naître de pourparlers, en raison, notamment de ce que la date à laquelle est intervenue une expertise ne permettait pas d'appréhender l'ensemble des conséquences dommageables des évènements. Par conséquent, la puissance publique pourrait tout au plus s'engager à résoudre transactionnellement une contestation future mais la conclusion d'une transaction à partir d'une simple incertitude semble exclue »[217].

Pertinentes dans la mesure où elles mettent l'accent sur l'effectivité de la contestation, ces remarques ne doivent toutefois pas être interprétées comme interdisant la conclusion d'une transaction à l'égard d'un litige n'ayant pas encore fait l'objet d'une action devant le juge judiciaire ou d'un recours devant le juge administratif. Comme l'a précisé Jean-Jacques Bienvenu, « l'existence du litige peut très bien ne pas s'être révélée par un procès, par la saisine d'une juridiction. Dans ce cas, la transaction a pour objet d'éviter le procès »[218]. Sauf à commettre un remarquable contresens, une transaction peut en toute régularité être conclue dans ce cadre.

A ce titre, une transaction ne peut être confondue avec une expertise réalisée sur des faits litigieux, en exécution d'un contrat entre les parties à ce litige. Un tel contrat ne constitue pas par lui-même une transaction, dans la mesure où il n'éteint pas la contestation[219]. Il n'a pour objet que d'éclairer les données du litige. N'épuisant aucun des éléments de la contestation, un tel accord d'ordre contractuel ne peut être assimilé à une transaction, même si son exécution peut avoir pour conséquence de la rendre possible. Dans un arrêt *Garde des sceaux c/ société anonyme Sacome International* du 31 décembre 1997, la cour administrative d'appel de Nancy a déterminé les conséquences d'un accord d'ordre contractuel entre les parties quant à la réalisation d'une expertise sur les faits du litige les opposant. Dans cette affaire, la société demandait réparation des conséquences dommageables d'une mutinerie dans la maison centrale d'Ensisheim sur l'exécution du contrat de concession de main d'œuvre pénale qu'elle avait conclu avec l'administration pénitentiaire. Une expertise contractuelle ayant été réalisée, la cour administrative d'appel de Nancy a précisé qu'elle « ne saurait être regardée comme une transaction opposable aux parties en litige et mettant fin à celui-ci compte tenu, d'une part, de la date à laquelle est intervenue cette expertise qui ne permettait pas d'appréhender l'ensemble des conséquences dommageables des événements et, d'autre part, des réserves émises par ladite société quant à la période d'indemnisation dont il avait été tenu compte »[220].

---

[216] Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.* du 15 février 1995, p 2520.

[217] Géraldine Chavrier, « Réflexions sur la transaction administrative », *R.F.D.A.* 2000, n° 3, p 554.

[218] Jean-Jacques Bienvenu, *Répertoire de contentieux administratif*, V° « Transaction », n° 4, p 1. Cet auteur précise toutefois que « c'est évidemment dans une telle hypothèse que l'appréciation de l'existence d'un litige est la plus délicate » (*ibidem.*).

[219] C.E., 24 mars 1944, *Canel, Rec. Leb.* 102.

[220] C.A.A. Nancy, 31 décembre 1997, *Garde des sceaux c/ société anonyme Sacome International*, req. n° 93NC01179. Cette jurisprudence est citée par Géraldine Chavrier à l'appui de l'affirmation selon laquelle d'une

On le voit, un accord portant sur la réalisation d'une expertise entre les parties ne conduit pas nécessairement à la conclusion d'une transaction. Il n'est donc pas possible d'assimiler un désaccord partiel sur l'étendue objective des faits litigieux, ni avec une transaction en ce qui concerne les faits que les parties s'accordent pour considérer comme litigieux, ni *a fortiori* avec une quelconque absence de litige. La condition d'effectivité de la contestation, née ou à naître, s'apprécie au regard de ce qui est susceptible de constituer un litige, c'est-à-dire de la nature des prétentions ou de leur étendue, que la contestation porte sur des rapports d'ordre purement juridique ou des rapports mélangés de droit et de fait[221].

Une transaction peut donc avoir lieu dès qu'il existe effectivement un litige entre les parties. Cette condition relative à l'existence d'un litige est donc susceptible d'être satisfaite qu'une action en justice ait ou non été introduite devant le juge judiciaire ou le juge administratif. A ce titre, une transaction peut notamment être conclue sur la répartition de la charge des dépens résultant d'un recours devant les juridictions administratives[222]. Dans sa circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, le Premier ministre a précisé que, « en principe, une collectivité publique ne peut pas transiger sur les effets de l'autorité de chose jugée »[223]. Reste que le Conseil d'Etat a cependant admis qu'une transaction comporte notamment une renonciation de la part de l'une des parties à se prévaloir des l'autorité de la chose jugée[224].

---

part une transaction ne saurait être constituée en l'absence d'un litige effectif, d'autre part les juridictions administratives accentuerait leur contrôle sur ce point (« Réflexions sur la transaction administrative », *R.F.D.A.* 2000, n° 3, p 554). Or, dans cette affaire, les réserves apportées par la société aux conclusions de l'expertise ne permettaient tout simplement pas de considérer qu'une transaction avait pu résulter de l'exécution de cette mesure amiable d'instruction. En l'absence de consentement formel, la condition relative à la rencontre des volontés sans laquelle il ne saurait y avoir de transaction ne pouvait être considérée comme réalisée.
Restait une difficulté : il était possible d'interpréter les réserves aux conclusions de l'expertise comme constituant les seuls points restant litigieux, l'absence de réserve aux autres éléments du litige constituant alors une transaction partielle. C'est la raison pour laquelle le juge insiste sur la date à laquelle l'expertise contractuelle avait été réalisée et sur l'impossibilité qui en découlait pour apprécier l'intégralité du préjudice. C'est à ce point de vue que l'on peut considérer cette jurisprudence comme constituant un contrôle juridictionnel étendu des conditions de conclusion des transactions. Car du caractère partiel des faits sur lesquels portait l'expertise, le juge tire une conséquence en refusant de considérer l'acquiescement aux conclusions tirés de ces faits comme susceptibles de constituer une transaction.

[221] Pour le Conseil d'Etat, « la transaction implique une contestation, une situation litigieuse, le litige pouvant porter sur l'existence d'un droit ou sur son étendue » (*Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 54).

[222] C.E., 25 février 1921, *Larminier*, *Rec. Leb.* 239.

[223] Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.* du 15 février 1995, p 2520. La circulaire du Premier ministre précise que, « sur ce point, la jurisprudence administrative est plus stricte que celle de la Cour de cassation. En effet, cette dernière a jugé à plusieurs reprises que, sauf lorsqu'une décision de justice statue sur des droits qui échappent à la libre disposition des parties (par exemple, les matières relatives à l'état des personnes), l'autorité de chose jugée est une règle d'intérêt privé et qu'en conséquence une transaction est possible après un jugement, notamment pour régler les difficultés d'exécution posées par celui-ci » (*ibidem.*).

[224] C.E. 26 juin 1974, *Société La Maison des isolants de France*, *Rec. Leb.* 365.

B) La transposition des concessions réciproques en droit administratif

Au-delà de la lettre du Code civil et de sa définition extensive de la transaction par la seule rencontre des volontés sur un règlement du litige, la doctrine et la jurisprudence judiciaire ont subordonné la validité des transactions à une condition supplémentaire ayant pour conséquence d'en réduire sensiblement le domaine. Un contrat ne se voit reconnaître cette qualification – et les effets qui lui sont attachés – que dans la mesure où il comporte des concessions réciproques. Comme l'a précisé Charles Jarrosson, « cette interprétation *praeter legem* est remarquable, car elle apparaît chez les auteurs dès le lendemain de la promulgation du Code civil, à une époque où l'on avait tendance à n'enseigner que ce Code »[225]. L'exigence de concessions réciproques est en quelque sorte inhérente à son objet. La transaction constitue en effet « plus qu'aucun autre un contrat répondant à un objectif d'intérêt général. Elle permet en effet le règlement d'un litige en sorte qu'elle accomplit cette mission de pacification sociale qui revient en principe à l'institution judiciaire. Et il est permis d'ajouter qu'elle se montre plus efficace que l'intervention du juge dès lors que la chose transigée, à la différence de la chose jugée, est nécessairement une chose acceptée »[226]. L'objectif de pacification sociale et l'acceptabilité de la transaction induisent en quelque sorte l'exigence de concessions réciproques pour emporter la qualification de transaction.

S'agissant de la transaction administrative, Jean-Marie Auby a dès son étude inaugurale affirmé que la transaction est un contrat comportant « des concessions et des engagements réciproques »[227]. Telle est aussi la pensée de Jean-Jacques Bienvenu d'après lequel « la transaction doit contenir des concessions réciproques des parties. »[228]. Cette définition a été reprise par le Conseil d'Etat dans son rapport intitulé *Régler autrement les conflits* : elle constitue « un règlement amiable d'un litige impliquant des concessions réciproques, ou en tout cas un rapprochement entre des prétentions à objet pécuniaire au départ éloignées les unes des autres »[229]. Présentant ensuite le droit commun – *i.e.* privé – de la transaction, le Conseil d'Etat a précisé que, en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, « un accord

---

[225] Charles Jarrosson, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, 32e cahier, chron., p 268.

[226] Xavier Lagarde, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, n° 14, chron., p 218. Et Cet auteur de préciser que « le vieux brocard *mieux vaut un mauvais arrangement* ... est sans doute gros de cette signification » (*ibidem.*).

[227] Jean-Marie Auby, « La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.* 1956, I, p 2. Cet auteur ne se pose d'ailleurs même pas la question de savoir s'il est ou non nécessaire d'exiger des concessions réciproques pour la constitution d'une transaction, eu égard à la définition étroite du Code civil. L'affirmation est donc censée couler de source.

Cet auteur précise par ailleurs que l'exigence de concessions réciproques permet notamment de distinguer la transaction « du désistement. On sait que ce dernier, lorsqu'il est accepté par l'autre partie, est irrévocable, sauf dans le contentieux de l'excès de pouvoir. La situation des parties, après acceptation de désistement, a pu parfois être rapprochée de cette situation contractuelle. Sans apprécier la valeur de cette analyse, il est possible de remarquer que cette opération, à la différence de la transaction, ne comporte pas de concession réciproque, mais une renonciation unilatérale de la part du désistant » (*ibidem.*). Plus simplement, on a déjà dit que le désistement ne pouvait être assimilé à la transaction du fait de sa nature unilatérale.

[228] Jean-Jacques Bienvenu, *Répertoire de contentieux administratif*, V° « Transaction », n° 11, p 1. Cet auteur précise que la présence de concessions réciproques dans la transaction « permet de la distinguer des simples renonciations, des acquiescements et désistements pour lesquels les sacrifices ne sont consentis que pour une seule partie [C.E., 8 avril 1921, *Compagnie de N'Goko Sangha*, *Rec. Leb.* 351 ; C.E., 9 juillet 1921, *Quillery*, *Rec. Leb.* 703]. En revanche, une transaction peut toujours comporter une promesse de désistement [C.E., 26 décembre 1917, *Linthout*, *Rec. Leb.* 855 ; C.E., 9 juillet 1929, *Quillery*, *Rec. Leb.* 703] » (*ibidem.*).

[229] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 51. Ouvrant le titre consacré dans cette étude à la transaction, cette définition peut donc être considérée comme générale, c'est-à-dire comme étant applicable tant dans les rapports d'ordre privé qu'en matière administrative.

pour être qualifié de transaction, doit comporter des concessions réciproques. La réciprocité des concessions est un élément fondamental de la transaction ; mais les concessions peuvent n'avoir pas la même importance, elles n'ont pas à être équivalentes. Il n'est pas davantage nécessaire que toutes les concessions portent uniquement sur l'objet du litige »[230].

La doctrine et la jurisprudence judiciaire ont en effet précisé en ce sens la signification de l'exigence de concessions réciproques, notamment au regard du respect de l'ordre public. Car « les concessions réciproques ne peuvent porter que sur des droits disponibles ; c'est là une condition de validité du droit commun, qui se rattache à l'exigence posée par l'article 1128 du Code civil d'un objet licite »[231]. Dans ce cadre, une concession peut consister en une renonciation, dans la mesure où « la renonciation se fait au détriment d'un droit qui n'existe qu'à l'état de virtualité. Dans ces conditions, comment considérer que les parties à la transaction renoncent à des droits acquis dès lors qu'en réalité elles ne font qu'en rabattre sur leurs prétentions ? Eu égard à son contenu, une transaction ne consacre pas une renonciation à un droit, elle n'est que l'abandon d'une prétention, c'est-à-dire d'un droit dont, faute de jugement, l'existence ne sera jamais prouvée »[232].

Contrat synallagmatique du fait de l'exigence de concessions réciproques, la transaction est susceptible de faire l'objet d'un contrôle portant sur l'existence de ces concessions. Car « la réciprocité suppose qu'à la concession d'une partie corresponde une concession de l'autre. Mais correspondance n'est pas équivalence ; la jurisprudence, après les auteurs, rappelle régulièrement qu'est une transaction l'accord qui met fin à un litige et qui comporte des concessions réciproques, quelle que soit leur importance relative., tout en veillant à ce qu'une partie ne se contente pas de concessions dérisoires, car il y aurait absence de cause ou requalification de la convention en acte gratuit. La réciprocité peut porter, notamment dans les transactions complexes, sur des éléments différents : temps contre argent, abandon d'une prétention contre nouvelle obligation »[233]. Lorsqu'elles sont saisies de transactions, les juridictions judiciaires ne contrôlent donc que l'existence de concessions réciproques. A ce titre, elles peuvent vérifier qu'aucune des concession ne méconnaît une règle impérative d'ordre public. Mais elles refusent en tout état de cause d'apprécier l'équivalence des concessions.

La jurisprudence administrative n'a pas exactement repris cette exigence de concessions réciproques pour qualifier de transaction un contrat ayant pour objet le règlement

---

[230] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 54.

[231] Charles Jarrosson, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, 32e cahier, chron., p 271.

[232] Xavier Lagarde, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, n° 14, chron., p 223. La chambre sociale de la Cour de cassation l'a d'ailleurs admis en jugeant que « l'existence de concessions réciproques [...] doit s'apprécier en fonction des prétentions des parties au moment de la signature de l'acte », cet arrêt précisant que « le juge ne peut [...] rechercher, en se livrant à l'examen des preuves, si ces prétentions étaient justifiées » (Cass. soc., 27 mars 1996, *J.C.P.* 1996, II , n° 22711, note Taquet). Les renonciations éventuellement contenues dans une transaction doivent toutefois être appréciées au regard des règles impératives d'ordre public s'imposant en tout état de cause, y compris dans le cadre de transactions (droit futur à prestation compensatoire, droit à prestation alimentaires définitivement acquis en justice : cf. Xavier Lagarde, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, n° 14, chron., p 223).

[233] Charles Jarrosson, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, 32e cahier, chron., p 272. A l'appui de ces affirmations, voir d'une part Cass. soc., 13 mai 1992, *Bull. civ.* V, n° 307, *R.T.D. civ.* 1992, p 783, obs. Gautier et Cass. soc., 5 janvier 1994, *D.* 1994, J, p 586, note Pulgelier, *J.C.P.* 1994, II, n° 2259, note Taquet (contrôle portant seulement sur l'existence des concessions réciproques, « quelle que soit leur importance relative »), d'autre part Cass. civ. 1ère, 4 mai 1976, *Bull. civ.* I, n° 157, *R.T.D. civ.* 1976, p 812, obs. Savatier (requalification de la transaction en présence de concessions dérisoires).

d'un litige. Elle lui a substitué un principe général du droit, selon lequel « les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas », auquel elle a accordé la qualité de moyen d'ordre public susceptible d'être soulevé d'office[234]. L'origine de cette jurisprudence provient de la décision précitée *Chemins de fer du Nord, de l'Est et autres c/ Ministre de la guerre* du 17 mars 1893 rendue conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Jean Romieu[235]. Cette affaire, on l'a dit, portait sur la fixation du montant des services de transports réalisés par ces compagnies de chemin de fer au bénéfice de l'Etat, pendant et immédiatement après la période de la guerre de 1870. Une transaction ayant été conclue le 20 juin 1877, le ministre de la guerre avait ultérieurement refusé de l'appliquer.

Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Jean Romieu a élaboré une véritable théorie de la transaction en matière administrative transposant l'exigence des concessions réciproques. Il a affirmé que les ministres ne peuvent engager « les finances de l'Etat sans aucune espèce d'obligation préexistante ; c'est pour employer une expression plus brutale, dire qu'ils ne peuvent pas faire de libéralités, les deniers de l'Etat ne pouvant servir qu'à payer les services faits. Voilà le principe. L'Etat ne peut, en somme, contracter qu'à titre onéreux, une transaction étant d'ailleurs considérée comme un contrat à titre onéreux, parce qu'elle suppose des concessions réciproques, ces concessions réciproques fussent-elles même inégales »[236].

A la question de savoir quelles sont les conditions essentielles de la transaction, le commissaire du gouvernement a répondu sur cette base que « la transaction comprend, ou l'abandon de certains droits à raison de circonstances exceptionnelles de force majeure qui ont rendu l'exécution de ces droits impossible ou douteuse et qui auraient par conséquent pu motiver un procès donnant lieu à l'allocation d'indemnités, ou l'abandon de certains droits en raison de concessions réciproques. Une transaction peut être plus ou moins avantageuse si les concessions sont plus ou moins inégales, mais, pour qu'elle perde le caractère de transaction, pour qu'elle devienne une libéralité, il faut qu'on y fasse d'une façon évidente l'abandon de droits tellement considérables en échange d'avantages si illusoires, qu'on puisse dire que la différence est vraiment trop considérable à la charge de celui qui en subit les effets. Cela devient une libéralité, c'est le contrat *nummo uno* [...] Le ministre qui, au lieu de faire une transaction, fait une libéralité, est incompétent, il empiète sur le domaine du pouvoir législatif, il y a là une nullité d'ordre public qui est opposable à toute époque ; tandis que la transaction simplement mauvaise ne constitue pas une incompétence, c'est une question de défense plus ou moins habile des intérêts de l'Etat, et cela n'engage que la responsabilité du ministre »[237].

---

[234] C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 235, concl. Rougevin-Baville, *A.J.D.A.* 1971, p 274, chron. Labetoulle et Cabanes, *R.D.P.* 1972, p 234, note Waline.

[235] C.E., 17 mars 1893, *Compagnies du Nord, de l'Est et autres c/ ministre de la guerre*, *Rec. Leb.* 245, *S.* 1894 , III, pp. 119-126, concl. Jean Romieu.

[236] Concl. Jean Romieu sur C.E., 17 mars 1893, *Compagnies du Nord, de l'Est et autres c/ ministre de la guerre*, *S.* 1894 , III, pp. 121.

[237] Concl. Jean Romieu sur C.E., 17 mars 1893, *Compagnies du Nord, de l'Est et autres c/ ministre de la guerre*, *S.* 1894 , III, pp. 121. Le commissaire du gouvernement précise encore que « les éléments à considérer sont par conséquent les suivants : Premièrement : les droits abandonnés, la réalité de l'abandon et le caractère incontestable du droit. En second lieu : les avantages qu'on pourrait avoir à transiger. Enfin : l'importance du sacrifice par rapport aux intérêts engagés. Il est incontestable que, si, sur un point, une concession peut être un peu douteuse, mais que ce point soit négligeable dans l'ensemble de la transaction, il pourra en résulter que la transaction sera plus ou moins bonne, mais nous ne pourrons pas dire que la transaction est nulle ».

En substituant à l'existence de concessions réciproques dans les transactions de droit commun l'interdiction des libéralités, Jean Romieu a opéré une adaptation des transactions en matière administrative. Il est évident que l'appréciation susceptible d'être portée par le juge administratif sur le caractère de libéralité d'une concession contenue dans une transaction - et la nullité qui peut en découler pour la transaction administrative - dépasse le contrôle de la seule existence des concessions réciproques tel que l'opère le juge judiciaire.

Encore est-il nécessaire de déterminer à ce stade les concessions que l'administration peut régulièrement accorder dans une telle transaction. Or la liberté contractuelle de l'administration n'est pas comparable à celle des personnes privées. Certaines clauses sont en tout état de cause interdites à l'administration qui ne peut les insérer dans les contrats administratifs qu'elle conclue : « le principe qui interdit de telles clauses est exactement le même que celui qui rend illicite un contrat dont l'objet serait contraire aux lois d'ordre public »[238].

De manière générale, sont illicites « toutes les clauses qui portent atteinte aux règles d'ordre public. De même que, en droit civil, l'article 6 du Code civil interdit de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs, de même en droit public l'ordre public vient limiter la liberté contractuelle des parties contractantes. La difficulté est d'identifier si une règle revêt ou non un caractère d'ordre public. Plusieurs critères ont été dégagés : le niveau hiérarchique du texte - les règles d'ordre public sont le plus souvent d'origine législative - ; le fait que le texte prévoit la nullité des conventions ou des clauses contractuelles se rapportant à la pratique prohibée ; etc. »[239].

A titre d'exemple, sont considérées comme s'imposant en tout état de cause aux contrats administratifs :

- la législation sur la prescription des créances envers les personnes publiques : l'article 6 de la loi du 31 décembre 1968 dispose que les autorités administratives ne peuvent renoncer à opposer la prescription qui découle de la présente loi ;
- la législation sur la sous-traitance : l'article 15 de la loi du 31 décembre 1975 prévoit expressément la nullité des clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la loi ;
- la législation sur la concurrence[240] : Aux termes de l'article 9 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, « est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8 de la présente ordonnance » ;

---

[238] André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1983, tome I, n° 513, p 555. Comme précisent ces auteurs, « l'interdiction de déroger par des conventions particulières aux dispositions légales de caractère impératif ne concerne pas seulement l'objet même du contrat ; elle s'applique également à toute clause qui serait introduite dans un contrat administratif dont l'objet lui-même serait licite ; les hypothèses que l'on rencontre ou que l'on peut imaginer de clauses illicites comme contraires à des lois d'ordre public sont multiples ».

[239] Christine Maugüé, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *A.J.D.A.* 1998, p 698.

[240] Depuis la jurisprudence *Million et Marais* du 3 novembre 1997, le juge administratif peut dégager les conséquences ce principe pour les contrats administratifs et vérifier qu'ils ne comportent pas de clauses ayant pour effet de placer le cocontractant de l'administration en situation de commettre une pratique anticoncurrentielle (C.E. Sect., 3 décembre 1997, *Société Millon et Marais*, *Rec. Leb.* 406, concl. Jacques-Henri Stahl, repris in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*).

- l'interdiction aux collectivités locales de renoncer à exercer toute action en responsabilité à l'égard d'une personne physique ou morale qu'elles rémunèrent[241].

La liberté contractuelle de l'administration et, par voie de conséquence, les concessions qu'elle est susceptible d'accorder dans le cadre de transactions sont donc limitées par le jeu de ces interdictions, concernant des clauses insusceptibles d'être insérées dans les contrats administratifs[242].

Qu'il s'agisse de l'interdiction d'accorder des libéralités ou de l'interdiction d'insérer des clauses réalisant certaines concessions, l'appréciation de la substance de la transaction qu'elles supposent amène nécessairement le juge administratif à contrôler le fond de la transaction, même s'il n'exerce ainsi qu'un contrôle restreint.

Cette jurisprudence a fait l'objet d'une confirmation solennelle avec la décision *Sieurs Mergui* du 19 mars 1971 par laquelle la Section du contentieux du Conseil d'Etat a proclamé le principe général selon lequel « les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas »[243]. Dans cette affaire portant sur un refus d'emploi de la force publique pour l'exécution d'une ordonnance d'expulsion, le ministre de l'intérieur avait proposé dans son mémoire en défense une offre de transaction que les requérants avaient acceptée. Le tribunal administratif ayant statué au fond sans prendre en compte cette transaction, les requérants demandaient au Conseil d'Etat d'annuler ce jugement et d'homologuer ladite transaction. Conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Michel Rougevin-Baville, le Conseil d'Etat a écarté la transaction au nom du principe général d'ordre public et réformé le jugement de première instance, les requérants n'apportant pas la preuve de l'inexécution des commandements de payer qu'ils avaient adressés à l'occupant de leur propriété.

Davantage que les faits de la cause, ce sont les conclusions de Michel Rougevin-Baville qui méritent l'attention dans la mesure où elles poursuivent l'élaboration d'une théorie de la transaction en matière administrative. Selon le commissaire du gouvernement, « ce qui est d'ordre public, ce n'est pas une éventuelle exagération de l'indemnité convenue, car après tout, une transaction peut être plus ou moins bonne, et la collectivité peut se montrer relativement large sur un point afin d'obtenir satisfaction sur un autre. Nous ne vous proposons donc pas d'admettre que le juge puisse refuser l'homologation de l'accord des parties par le seul motif que la somme offerte par l'administration lui paraît supérieure au

---

[241] Cette interdiction, qui figurait dans la loi de finances rectificatives du 23 décembre 1972 (article 16), a été reprise dans le Code des communes, puis dans le Code général des collectivités territoriales. Selon la jurisprudence *Société Borg Warner*, cette interdiction ne concerne pas les clauses contractuelles se contentant d'aménager ou de limiter partiellement la responsabilité du cocontractant de l'administration (C.E. Sect., 28 janvier 1998, *A.J.D.A.* 1998, p 287).

[242] Si elles reposent sur le même fondement, ces deux hypothèses se distinguent toutefois par leurs effets : « alors que le contrat dont l'objet est illicite est nécessairement nul, le contrat contenant une clause illicite ne sera nul dans son ensemble que si cette clause a été déterminante dans l'esprit des parties pour la conclusion du contrat » (André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1983, tome I, n° 513, p 555). Si la clause illicite n'a pas été déterminante, le juge administratif se contentera d'en constater la nullité et de lui refuser le moindre effet.

[243] C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 235, concl. Rougevin-Baville, *A.J.D.A.* 1971, p 274, chron. Labetoulle et Cabanes, *R.D.P.* 1972, p 234, note Waline. Cette jurisprudence a par ailleurs accordé à ce principe général du droit la qualité de moyen d'ordre public susceptible d'être soulevé d'office.

préjudice subi, à moins que la disproportion ne soit telle que la prétendue transaction ne devienne une libéralité, selon l'expression de M. Romieu. Mais nous pensons qu'il doit le faire si tout ou partie des sommes allouées correspond à un préjudice ou à un chef de préjudice qui n'existe pas ou qui n'engage pas la responsabilité de la puissance publique. Il nous paraît en effet impossible qu'il puisse condamner l'administration à une somme qu'il sait n'être pas due, même si, ce faisant, il se borne à ''sanctionner'' l'accord des parties »[244].

Le juge administratif a ultérieurement mis en œuvre ces règles jurisprudentielles. Il a par exemple refusé d'entériner l'accord d'une personne publique portant sur la charge du quart d'un préjudice qu'il n'a pas considéré comme lui étant imputable[245]. La Section du contentieux du Conseil d'Etat a même suivi les conclusions du commissaire du gouvernement Galabert qui lui demandait d'étendre l'application du principe général du droit à une entreprise de travaux publics dont la responsabilité administrative était susceptible d'être engagée devant elle[246]. Dans cette affaire, l'Etat prétendait lui avoir transféré, sans que cette dernière ne le conteste, l'exercice de la prérogative d'occupation temporaire de la propriété privée d'une autre personne privée pour y réaliser des travaux publics. La responsabilité administrative de l'entreprise de travaux publics risquait donc être engagée devant la juridiction administrative pour réparer le préjudice causé au propriétaire privé par l'exercice de cette prérogative de puissance publique. Malgré l'acquiescement silencieux de l'entreprise de travaux publics, le Conseil d'Etat a, soulevé d'office le moyen tiré de ce que cette personne privée ne pouvait voir sa responsabilité administrative de ce fait, en l'absence d'un contrat transférant de manière pleine et entière l'autorisation d'occupation temporaire.

Sur la base de l'interdiction faite à l'administration d'accorder par la voie transactionnelle des libéralités et du principe général selon lequel les personnes publiques – et les personnes privées susceptibles de voir leur responsabilité administrative engagée – ne peuvent régler une somme qu'elle ne doivent pas, la plupart des illustrations jurisprudentielles concernent essentiellement d'une part l'absence de caractère direct du

---

[244] Concl. Rougevin-Baville sur C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 246.

[245] C.E., 11 juillet 1980, *Compagnie d'assurances La Concorde et M. Guy Fourrel de Frettes*, *R.D.P.* 1980, p 1083, note Jean-Marie Auby. Dans cette affaire, il s'agissait d'un accident de la circulation causé par un automobiliste à un piéton. L'automobiliste et sa compagnie d'assurances cherchaient à obtenir la condamnation de la Communauté urbaine de Bordeaux du fait du mauvais fonctionnement d'un feu de signalisation tricolore. Le Conseil d'Etat a estimé que, nonobstant ce mauvais fonctionnement, l'automobiliste « aurait dû dès lors arrêter son véhicule pour laisser traverser les piétons qui s'étaient engagés sur un passage protégé situé peu après et disposaient, de ce fait et en l'absence même momentanée de toute signalisation contraire, de la priorité en vertu des dispositions du Code de la route ; que , par suite, l'accident au cours duquel M. Osse qui traversait la chaussée à ce endroit a été renversé, est uniquement imputable à la faute commise par M. Fourrel de Frettes qui ne s'est pas arrêté pour laisser aux piétons la priorité qui leur revenait ».

[246] C.E. Sect., 17 mars 1978, *Société anonyme « Entreprise Renaudin »*, *Rec. Leb.* 140, concl. Galabert. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement avait ainsi justifié cette application du principe général du droit aux personnes privées dont la responsabilité administrative était susceptible d'être engagée : « même s'il est possible de trouver dans l'impossibilité de condamner les collectivités publiques non débitrices un fondement juridique solide à une jurisprudence qui soulèverait d'office que des conclusions sont mal dirigées contre une collectivité publique et ne soulèverait pas d'office qu'elles le sont contre une personne privée, il serait, pensons-nous, à peu près impossible de faire accepter des justiciables que le juge administratif, tout en protégeant les collectivités publiques contre toute condamnation injustifiée, condamne sans hésiter les personnes privées, qui seront d'ailleurs le plus souvent des personnes appelées à collaborer avec l'administration, comme des entrepreneurs, à payer des sommes qu'elles ne doivent pas. C'est pour ces raisons, dont nous ne nous dissimulons pas qu'elles procèdent davantage d'un souci d'équité et, nous l'espérons, d'un certain bon sens, que d'une analyse théorique sophistiquée que nous vous proposons de soulever d'office me moyen tiré de ce que l'entreprise Renaudin ne pouvait être recherchée comme débiteur principal de l'indemnité d'occupation temporaire ».

préjudice allégué ou d'un chef de préjudice, d'autre part l'insuffisance du lien de causalité entre le préjudice et le fait dommageable, enfin l'imputabilité du fait dommageable[247]. Ces règles – est-il vraiment besoin de le préciser – sont toutes protectrices des deniers publics et, par voie de conséquence, des administrations. On mesure ici le risque résultant de cette protection : l'interdiction faite aux personnes publique de payer une somme qu'elles ne doivent pas, « propre à rassurer le contribuable, n'est pas exempte de dangers pour le contractant personne privée qui transige avec l'administration puisqu'elle risque de vider complètement la transaction de sa substance [...] en introduisant une grave imprévisibilité »[248]. Ce risque n'a sûrement pas été réduit par l'interprétation qu'en a faite le Conseil d'Etat dans son étude intitulée *Régler autrement les conflits*. : il a en effet estimé que « cette règle doit être appliquée en tenant compte de la nature même de la transaction qui est caractérisée par des concessions réciproques mais pas nécessairement égales »[249]. Cette formule est d'une telle ambiguïté que nous nous refusons à l'analyser, sauf à estimer que le Conseil d'Etat manifeste une évidente réticence à exprimer clairement sa pensée. Que le lecteur initié à l'*imperatoria brevitas*, dont la pratique n'est pérenne qu'au Palais Royal, nous jette la première pierre pour avoir refusé de jouer la pythie.

Dans sa circulaire du 6 février 1995, le Premier ministre a aussi évoqué ce risque. Mais, après avoir rappelé que « l'administration doit évidemment veiller à ne pas rechercher, à tout prix, un règlement amiable du litige, qui la conduirait à des concessions excessives », il avait éprouvé le besoin de préciser qu'elle « ne doit pas non plus rechercher par principe un arrangement désavantageux pour son partenaire. En effet, l'Etat n'est pas un agent économique comme les autres. Son objectif est de réaliser l'intérêt général et non d'obtenir des avantages injustifiés de la part d'un partenaire mal informé. S'il ne saurait payer plus qu'il ne doit, il a en revanche le devoir de payer ce qu'il doit »[250]. Reste à savoir si la seule invocation de l'intérêt général est susceptible d'atténuer ce risque.

Compte tenu de l'importance et de la signification du contrôle susceptible d'être exercé à ce titre par le juge administratif sur les transactions, certains auteurs se sont alors demandés ce qu'il restait de la nature et de l'esprit de la transaction civile. Car, « si une partie renonce à exercer une action en responsabilité, en contrepartie du montant exact du préjudice qu'une collectivité publique lui a causé, en quoi réalise-t-elle une transaction ? Inversement, la partie contractante, en ne versant que le montant exact du préjudice qu'elle a causé concède effectivement dans la mesure où elle aurait pu espérer de la juridiction une analyse exonératoire de sa part ou d'une partie de responsabilité, mais préfère verser cette somme sans mêler son nom à une instance juridictionnelle. Cependant, même dans ce cas, la partie responsable qui ne verserait que le montant du préjudice, éventuellement augmenté des intérêts de paiement, n'acquiescerait-elle pas plus qu'elle ne concède, et par là transige ? La transaction à stricte portée indemnitaire, lorsqu'elle porte sur une faute de la personne publique, ne serait-elle pas plus simplement une application positive de la règle de la demande préalable en matière de responsabilité ? »[251].

---

[247] Lire l'énumération faite par Jean-Marie Auby dans sa note sous C.E., 11 juillet 1980, *Compagnie d'assurances La Concorde et M. Guy Fourrel de Frettes*, *R.D.P.* 1980, p 1085-1086.

[248] Charles Jarrosson, « Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative », *Rev. arbitrage* 1995, n° 3, p 437.

[249] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 62.

[250] Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.* du 15 février 1995, p 2521.

[251] Géraldine Chavrier, , « Réflexions sur la transaction administrative », *R.F.D.A.* 2000, n° 3, p 555.

Ces critiques roboratives peuvent être rejetées. D'une part, quel que soit le contrôle susceptible d'être exercé par le juge administratif, une transaction ne saurait être assimilé à une demande préalable satisfaite par un acte administratif unilatéral. Car cet acte administratif unilatéral n'aurait pas pour conséquence d'empêcher le requérant de présenter une nouvelle demande – et en cas de rejet, d'en saisir le juge administratif – à raison des mêmes faits s'il estimait après mûre réflexion que sa première demande ne réparait pas l'intégralité de son préjudice. Une transaction aurait par contre par définition même pour conséquence d'éteindre définitivement le litige. Les effets juridiques d'une transaction ne sont donc en aucun cas réductibles à ceux d'une décision administrative satisfaisant une demande préalable. D'autre part, la personne publique qui accepte de transiger et de régler la somme que lui demandait le requérant procède de ce fait à une concession : elle renonce à soutenir les prétentions qu'elles lui avaient opposées dans le cadre de la décision rejetant sa demande préalable. La concession porte alors sur une renonciation de tout ou partie des motifs qui avaient conduit la personne publique à rejeter la demande d'indemnité. En contrepartie, le requérant doit renoncer au maintien de son recours, voire à une partie de sa demande préalable. Enfin, l'ensemble de ces critiques reposent sur un présupposé qui ne résiste pas à la réflexion. Il est impossible de déterminer *a priori* de manière objective ce que sont les droits et devoirs de chacune des parties au litige. Par définition, l'existence même du litige le démontre, au moins dans l'esprit du requérant : il existe nécessairement une opposition de prétentions ou un conflit d'intérêts. Dès lors, on commettrait un contresens radical en partant du principe que, dans une telle situation conflictuelle, le résultat est *a priori* certain. C'est l'inverse qui est fondé : le résultat d'un litige est par définition incertain, sauf pour l'une des parties à faire preuve d'une mauvaise foi caractérisée dans le cadre d'un litige ne présentant aucune difficulté sérieuse, tant en droit qu'en fait.

Qu'il s'agisse d'une transaction de droit commun ou d'une transaction administrative, il ne peut exister d'identité parfaite entre la chose transigée et la chose susceptible d'être jugée et on ne peut par voie de conséquence raisonner en fonction d'une telle identité. Car la transaction a précisément pour objet d'éviter que le litige puisse être jugé. L'anticipation par les parties de ce que pourrait être le règlement juridictionnel est évidemment un aspect essentiel de la démarche transactionnelle. Mais, si cette anticipation peut être rationnelle, elle n'est jamais qu'une anticipation, qu'une hypothèse risquant d'être infirmée, qu'un espoir pouvant être exaucé comme il peut être déçu. Lorsque les parties acceptent de transiger, il leur faut inévitablement « assumer le risque d'un certain décalage entre le contenu de la solution négociée et celui de la solution judiciaire du litige, élaborée dans le respect des règles impératives »[252]. Car la transaction a pour objet de régler définitivement le litige et pour effet d'interdire sa renaissance juridique.

Qu'il soit exercé par le juge judiciaire ou par le juge administratif, le contrôle juridictionnel n'est susceptible de porter que sur la qualification de transaction. Dans les deux cas, le juge ne peut être saisi que d'une demande d'homologation de la transaction, d'un litige relatif à la validité de transaction ou d'une contestation relative à son exécution. De telles saisines sont rares, précisément parce que le litige est censé avoir été réglé de manière

[252] Xavier Lagarde, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, n° 14, chron., p 222. Comme l'a précisé cet auteur, sous réserve de l'existence d'une règle impérative interdisant de transiger, « la vérification de la conformité de la transaction à l'ordre public supposerait que l'on puisse apprécier l'identité entre la chose transigée et la chose jugée. Or, ce serait là méconnaître l'objet et l'effet de la transaction qui sont précisément d'éviter le jugement de l'affaire » (*ibidem.*).

consensuelle et que chaque partie peut donc *a priori* s'attendre à ce que l'autre partie exécute comme elle ses obligations. Lorsqu'il est amené à statuer sur des transactions, le juge judiciaire peut contourner l'interdiction de débattre de l'erreur de droit ou de la lésion, résultant du 2ème alinéa de l'article 2052, en vérifiant l'existence de concessions réciproques, tout en laissant les parties libres de déterminer la teneur de ces concessions, dans la mesure où elles portent sur des droits disponibles. Lorsque le juge administratif a l'occasion de statuer sur une transaction, il ne se contente pas de vérifier l'existence des concessions réciproques mais contrôle aussi de manière partielle leur substance : sous couvert de libéralités et d'interdiction faite aux personnes publiques de régler une somme qu'elles ne doivent pas, le fond de la transaction fait l'objet d'un examen. Ce contrôle n'est pas absolu, il n'est pas complet. Le juge administratif ne prétend pas contrôler l'intégralité des données de droit et de fait du litige. Mais il apprécie de manière globale la solution que les parties lui ont donné.

En d'autres termes, la reconnaissance même de la faculté de transiger suppose la reconnaissance de la possibilité d'un décalage entre la chose transigée et la chose susceptible d'être jugée. Mais le décalage admis par le droit privé est plus important que celui admis par le droit administratif. Car la transaction administrative peut faire l'objet de la part du juge administratif d'un contrôle juridictionnel sensiblement plus étendu que celui opéré par la juridiction judiciaire sur la transaction de droit privé.

Même en matière administrative, le risque de décalage entre la chose transigée et la chose jugée est indéniable. Il suscite d'ailleurs des réticences de la part de certaines administrations à l'égard du procédé même de la transaction. Le Conseil d'Etat a notamment relevé « les craintes assez fréquemment exprimées portant sur le traitement inégal des débiteurs et la difficulté de mesurer la réciprocité des concessions, seul élément qui sépare la concession de la libéralité. Dans la mesure où il n'existe pas de critère permettant d'apprécier avec certitude le bien-fondé d'une transaction, certains agents peuvent renoncer à y procéder de crainte que leur démarche ne les expose à des suspicions infondées »[253]. La crainte de favoriser, de manière involontaire, un administré ou, plus généralement, de commettre une erreur d'appréciation est réelle[254]. Elle est d'autant plus profonde dans les services dont les agents se sentent démunis de toute compétence professionnelle portant sur ces questions d'ordre juridique, dont les sources documentaires sont réduites et dont la mémoire collective est inexistante ou réduite à cet égard.

---

[253] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 72. Pour y remédier, le Premier ministre a rappelé dans sa circulaire du 6 février 1995 les conditions élémentaires d'engagement de la responsabilité administrative (un préjudice direct, actuel et certain, un lien de causalité direct, etc.) et d'évaluation des préjudices, notamment en ce qui concerne la preuve de leur existence à travers la production de justificatifs par la victime. Succinctes, ces directives pratiques ne peuvent être par elles-mêmes d'une grande utilité. Le comble est atteint en ce qui concerne l'évaluation des préjudices corporels : la circulaire se contente d'un renvoi « à la jurisprudence des tribunaux. Suivant que le litige relèvera du juge judiciaire ou du juge administratif, on se reportera aux indemnisations accordées par chacun de ces ordres de juridiction », les administrations étant pour plus de précision invitées par le Premier ministre à s'adresser à l'Agence judiciaire du Trésor (circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.* du 15 février 1995, p 2521).

[254] Elle a été exprimée dans le cadre de nombreux entretiens.

Section 2 : la portée de la transaction à l'égard des litiges intéressant administration

La transaction a une portée significative à l'égard des litiges intéressant l'administration. Sur le plan quantitatif[255], le bilan le plus complet en a été présenté par le Conseil d'Etat dans son étude intitulée *Régler autrement les conflits* : même si « le premier constat tient au caractère incomplet du bilan chiffré de la pratique de la transaction dans le secteur public [...] Sa portée n'est cependant pas négligeable, d'autant que, comme il n'enregistre pas toutes les transactions, les chiffres sous-estiment la pratique de la transaction dans le secteur public et doivent être considérés comme une évaluation minimale. On peut avancer que les services de l'Etat concluent chaque année – toutes catégories confondues – plusieurs dizaines de milliers de transactions [...] Si la pratique globale de la transaction dans le secteur public est loin d'être négligeable, les chiffres recouvrent cependant une situation très contrastée selon la nature de l'action administrative ou de la collectivité »[256].

Certains secteurs d'activités de l'administration voient nombre de leurs litiges réglés par des transactions. Il s'agit essentiellement des litiges fiscaux (de l'ordre de 15 000 à 20 000 transactions par an), des accidents de la circulation (plusieurs dizaines de milliers de transactions par an) et du refus du concours de la force publique en matière d'expulsion (plusieurs milliers de transactions par an). L'Agence judiciaire du Trésor et l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris recourent fréquemment à la transaction pour régler les litiges auxquels elles sont parties[257]. On pourrait encore mentionner les dommages de travaux publics dans lequel plusieurs dizaines de milliers de transactions sont conclues chaque année, même si le Conseil d'Etat considère que son utilisation n'y est pas encore assez fréquente[258].

La transaction est par contre rarement, voire jamais, mise en œuvre dans la plupart des autres activités administratives, y compris en ce qui concerne les marchés publics à propos desquels les transactions enregistrées par les trésoriers-payeurs-généraux pour l'ensemble des marchés de l'Etat a été de l'ordre de la quinzaine en 1991. Le Conseil d'Etat en a tiré un constat en demi-teinte : « si l'on isole les transactions pénales, ainsi que celles qui règlent les dommages dus aux accidents de la circulation et aux refus du concours de la force publique, il apparaît en définitive que les administrations, si elles recourent à la transaction, le font de manière ponctuelle [...] Le constat est en définitive assez paradoxal et les chiffres se prêtent à

---

[255] Les données chiffrées auxquelles nous avons eu accès ne sont pas suffisamment générales et ne peuvent par voie de conséquence faire l'objet d'une présentation significative. Aussi avons nous été contraints de reprendre le bilan quantitatif élaboré par le Conseil d'Etat, lui-même assorti de réserves importantes.

[256] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 64-65. Le Conseil a en outre apporté les précisions suivantes : « qu'il s'agisse de recettes ou de dépenses, la transaction est conclue dans des secteurs très divers et souvent alors que les droits et obligations n'ont pas fait l'objet d'une liquidation définitive ; il est donc normal qu'elle ne bénéficie pas d'un suivi budgétaire et comptable spécifique [...] Le bilan qui a été établi à partir d'une enquête menée auprès des trésoriers-payeurs-généraux, des principaux services de l'Etat, d'élus de collectivités locales et de quelques établissements publics n'est donc pas exhaustif. Il doit être utilisé avec prudence » (*ibid.*, p 64).

[257] Voir respectivement le dossier rédigé par C. Bachellerie et J. Pellisier intitulé *La transaction dans l'administration*, Les dossiers juridiques de l'agence judiciaire du Trésor, 1995 et l'article d'Alain Levasseur, « Les transactions : l'exemple de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris », *A.J.D.A.* 1997, p 58.

[258] Françoise Ducarouge mentionne aussi que « le ministère de la défense a volontiers recours à la transaction pour régler les préjudices résultant des exercices et manœuvres » (« Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *R.F.D.A.* 1996, p 87).

deux lectures contradictoires : les dizaines de milliers de transactions passées chaque année montrent que la transaction est une procédure globalement utilisée par les collectivités publiques, l'absence de transactions dans certains secteurs et département traduit une ignorance ou un refus de la transaction par certains services »[259].

La conclusion de transactions dans les litiges intéressant l'administration est donc caractérisée par une profonde disparité. Explicable par l'hétérogénéité des actions administratives et l'attention variable portée à ce mode de règlement des conflits par les différents services, cette disparité est aussi dans une large mesure le reflet de la diversité des régimes juridiques susceptibles d'être appliquée aux transactions conclues par l'administration. Pour en être convaincu, il suffit de mentionner les domaines dans lesquels l'administration transige fréquemment. En matière de dommages de travaux publics, le régime est celui de la transaction administrative. S'agissant des refus du concours de la force publique pour exécuter la chose jugée et des transactions telles que celles relatives au recouvrement des créances étrangères à l'impôt et au domaine, elles sont conclues par l'Agence judiciaire du Trésor sous l'empire du droit commun de la transaction[260], c'est-à-dire du droit privé, sous réserve des règles applicables quelle que soit la nature juridique de la transaction. Enfin, les transaction fiscales obéissent à un régime spécialement défini.

Compte tenu de cette diversité, il est possible d'opérer un regroupement entre la transaction administrative et la transaction conclue par l'administration sous le régime du droit commun. En effet, la transaction administrative s'est définie par rapport à son homologue du droit privé. Dès lors, il est spécieux d'analyser le régime de l'une sans évoquer celui de l'autre (**§ 1**). Par contre, les régimes spéciaux de transactions prévus par des législations particulières se distinguent nettement des autres transactions susceptibles d'être conclues par l'administration. Elles se rapportent essentiellement à un même type d'action, la répression administrative, dont elles constituent l'une des applications paradoxales (**§ 2**).

§ 1 : Le régime de la transaction en matière administrative

En droit civil, la transaction obéit déjà à un régime complexe dans la mesure où elle constitue un contrat auquel l'article 2052, alinéa 1er, du Code civil reconnaît l'autorité définitive de la chose jugée. Paradoxalement, la reconnaissance des effets y correspondant n'a pas posé de difficulté particulière en droit administratif (**A**). Le principe de séparation des

---

[259] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 68-69. Comme le précise cette étude, « ce constat est particulièrement net lorsqu'on procède à une analyse de la répartition géographique des transactions pour les services de l'Etat. L'enquête menée auprès de trésoriers-payeurs-généraux fait apparaître de très fortes disparités. Si l'on prend en considération les transaction se traduisant par une dépense pour l'Etat, près d'un tiers des départements n'enregistraient aucune transaction en 1991, 16 à 18 % enregistrent moins de dix transactions, 19 à 20 % enregistrent moins de quarante transactions et près d'un tiers plus d'une quarantaine. Cette disparité s'explique en partie par l'organisation administrative, le traitement de certains litiges relevant de services ayant une implantation régionale. Elle s'explique également dans la mesure où les départements qui ne passent aucune transaction ou qui en concluent peu sont plutôt des départements ruraux peu ou moyennement peuplés qui exercent également peu de recours juridictionnels. Ces éléments d'explication restent toutefois insuffisants, et il semble bien que les services et les agents m'aient pas un comportement homogène et que nombreux soient ceux qui ne recourent pas à la transaction » (*ibid.*, p 69).

[260] Quant aux accidents de la circulation, ils font l'objet depuis la loi du 31 décembre 1957 modifiée d'une mise en œuvre systématique obéissant à des règles spécifiques.

autorités administrative et judiciaire a par contre considérablement compliqué la détermination de la force juridique des transactions (**B**) et celle de leur nature juridique (**C**).

A) Les effets juridiques des transactions

Selon l'article 2052, alinéa 1er, du Code civil, « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ». Ayant pour objet de régler amiablement les litiges, les transactions ne peuvent que se voir reconnaître des effets susceptibles de doter ce règlement amiable d'une protection analogue aux jugements revêtus de l'autorité définitive de chose jugée[261]. Du fait de leur objet, elles produisent donc des effets comparables à ceux de la chose jugée, même si elles ne lui sont pas parfaitement assimilables. Compte tenu de leur nature contractuelle, les transactions ne disposent notamment pas par elles-mêmes de la force exécutoire. Comme l'a remarqué Jean-Marie Auby, « le contrat de transaction a pour but de terminer une contestation née ou de prévenir une contestation à naître. Ses effets essentiels sont donc relatifs à la solution d'un litige et il importe de relever de quelle manière s'établit le règlement transactionnel par rapport au règlement juridictionnel auquel le litige aurait pu donner lieu »[262]. Les effets que le droit accorde à la transaction – une doctrine unanime distingue trois effets, à savoir d'une part l'effet extinctif, d'autre part l'effet déclaratif ou recognitif, enfin l'effet relatif[263] - doivent donc être analysés au regard du règlement juridictionnel des litiges.

L'effet extinctif est la raison d'être de la transaction. Il a pour conséquence d'interdire à une quelconque juridiction de statuer sur le fond du litige, dans l'exacte mesure où la transaction l'épuise. En d'autres termes, une transaction ne portant que sur certains éléments de la contestation empêchera le juge de statuer sur ces éléments et le cantonnera dans la détermination du règlement des autres éléments faisant encore l'objet d'une contestation. Sur tous les points litigieux réglés par la transaction, le juge ne pourra qu'opposer une irrecevabilité à toute demande en justice portant sur le règlement de l'un de ces points. Lorsque les parties ne demandent pas au juge de consacrer la transaction qu'ils ont conclue, il y a lieu d'opérer une distinction selon que la transaction a été conclue avant ou après l'introduction d'un recours juridictionnel. Si la transaction a été passée avant qu'un juge ait été saisi du litige, le recours introduit ultérieurement par l'une des parties n'est pas susceptible d'être accueilli et le juge le déclarera irrecevable[264]. Si la transaction est conclue

---

[261] Géraldine Chavrier a clairement exprimé cette nécessité : « le procédé transactionnel doit éviter le recours aujuge. Dès lors, il importe que l'accord qui en résulte soit définitif, c'est-à-dire qu'il ne soit pas susceptible de contestation juridictionnelle. Cette logique a conduit les rédacteurs du Code civil a conférer au contrat de transaction une portée extinctive sans précédent en matière contractuelle » (« Réflexions sur la transaction administrative », *R.F.D.A.* 2000, n° 3, p 563).

[262] Jean-Marie Auby, , « La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.* 1956, I, p 3. Cet auteur précise par ailleurs que « l'incidence de la transaction sur le règlement juridictionnel ne peut se produire que lorsque la transaction a été définitivement formée. Le simple fait d'en avoir entrepris la conclusion est sans influence sur le recours au juge et notamment ne peut constituer une prorogation du délai de ce recours (C.E., 6 juin 1954, *Société métallurgique du Périgord, Rec. Leb. tables 1925-1934*, V° « Travaux publics », n° 229) » (*ibidem.*).

[263] Voir notamment en droit administratif Jean-Pierre Jouguelet, *Juris-classeurs administratif*, V° « Conciliation, transaction et arbitrage », fasc. 1005, n° 52 et suiv., p 6-7 ; Jean-Jacques Bienvenu, *Répertoire de contentieux administratif*, V° « Transaction », n° 23, p 2.

[264] C.E., 11 janvier 1950, *Epoux Moray, R.D.P.* 1950, p 727 (cité par Jean-Marie Auby, , « La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.* 1956, I, p 3). Voir encore C.E., 11 janvier 1951, *Gugenheim, Rec. Leb.* 1101 et C.E., 8 février 1956, *Germain, Rec. Leb.* 69 (cités par Géraldine Chavrier, « Réflexions sur la transaction

alors qu'un recours juridictionnel a d'ores et déjà été introduit, le juge est encore tenu de le rejeter en prononçant un non-lieu à statuer[265], dans l'exacte mesure où il en a été informé par les parties ou par l'une d'entre elles.

Dans ses conclusions sur la décision *Sieurs Mergui* rendue par la Section du contentieux du Conseil d'Etat le 19 mars 1971, le commissaire du gouvernement Michel Rougevin-Baville a clairement exprimé l'absence de formalisme du juge administratif en ce qui concerne la reconnaissance de l'existence d'une transaction. Celle-ci ne pose évidemment aucune difficulté lorsque les parties se sont conformées à l'article 2044 du Code civil et ont rédigé un contrat de transaction[266]. Mais le juge administratif interprète de manière extensive la qualification de transaction et lui confère une évidente attractivité. Il se considère ainsi face à un tel contrat « lorsque, sans qu'intervienne un contrat écrit proprement dit, l'administration prend une décision allouant une indemnité au requérant et que celui-ci déclare l'accepter et se considérer comme indemnisé »[267]. Il se considère encore face à une transaction « lorsque l'accord résulte de l'examen des conclusions elles-mêmes des parties, soit que l'administration produise une décision qui donne satisfaction au requérant dans la limite de ses conclusions, soit qu'elle déclare acquiescer aux conclusions du requérant et avoir donné des instructions pour que les sommes soient liquidées, soit qu'elle reconnaisse le droit des requérants et fasse connaître au Conseil d'Etat qu'elle a demandé au Parlement de voter les crédits nécessaires »[268].

L'attraction exercée par la transaction n'est toutefois pas absolue et le juge administratif ne se contente « pas de la simple reconnaissance, dans les observations du ministre, du principe du droit du requérant : il n'y a pas non-lieu si l'administration n'a pas accordé effectivement l'avantage demandé, si cette reconnaissance n'émane pas du même ministre que celui qui a rejeté la demande d'indemnité ou même si le ministre ne produit pas la décision dont il prétend qu'elle donne satisfaction à l'intéressé »[269]. Ce faisant, le juge administratif protège les intérêts du requérant : il vérifie en quelque sorte la sincérité des concessions prétendument faites par l'autorité administrative en exigeant qu'elle les exécute

---

administrtaive », *R.F.D.A.* 2000,n° 3, p 566). Voir enfin C.E., 8 juillet 1925, *Renaud*, *Rec. Leb.* 653 (cité par Michel Rougevin-Baville dans ses conclusions sur C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui*, *Rec. Leb.* 243).

[265] Dans une telle hypothèse, le non-lieu à statuer du fait de l'intervention d'une transaction est d'ordre public : cf. notamment C.E. Sect., 7 avril 1967, *Ministre de l'équipement c/ Monschein*, *Rec. Leb.* 152 et C.E., 21 avril 1967, *Secrétaire d'Etat au budget c/ Mory*, *Rec. Leb. tables* 894. La décision par laquelle le juge administratif prononce le non-lieu à statuer n'est par ailleurs pas dotée de l'autorité de chose jugée (C.E., 9 janvier 1959, *Dame Boigne*, *Rec. Leb.* 31).

[266] A titre d'illustration d'une jurisprudence constante, voir notamment C.E., 9 juillet 1929, *Quillery*, *Rec. Leb.* 703 ; 26 juillet 1935, *Monsempes*, *Rec. Leb.* 902.

[267] Concl. Rougevin-Baville sur C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 241. A l'appui de cette affirmation, voir C.E., 3 avril 1946, *Consorts Mathieu*, *Rec. Leb.* 446, C.E., 21 mai 1951, *Demoiselle Rannon*, *Rec. Leb.* 802 ; C.E., 11 mai 1962, *Rachel*, *Rec. Leb.* 1070.

[268] Concl. Rougevin-Baville sur C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 241. Cf. respectivement d'une part C.E., 19 octobre 1959, *Girault*, *Rec. Leb.* 1059, d'autre part C.E., 25 juillet 1951, *Dayre*, *Rec. Leb.* 802, enfin C.E., 9 février 1923, *Association des fonctionnaires anciens combattants du ministère de l'intérieur*, *Rec. Leb.* 240. Ce dernier cas de figure ne présente plus qu'un intérêt historique, dans la mesure où le droit budgétaire et comptable a considérablement évolué et permet dorénavant au pouvoir exécutif d'opérer des virements ou des transferts de crédits lorsque ceux inscrits dans la loi de finances ne sont pas suffisants pour régler la dette résultant de la transaction (article 14 de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances).

[269] Concl. Rougevin-Baville sur C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 241. Voir la jurisprudence citée par le commissaire du gouvernement, à savoir en premier lieu C.E., 4 juillet 1945, *Tremblai*, *Rec. Leb.* 342, en deuxième lieu C.E., 13 juin 1964, *Beis et autres*, *Rec. Leb.* 974, en troisième lieu C.E. 16 mai 1935, *Sermesse*, *Rec. Leb.* 560.

avant de reconnaître à cet accord piètrement formalisé la qualité de transaction et de lui en faire produire l'effet extinctif. Le Conseil d'Etat manifeste ainsi un attachement à la substance de la transaction, sans accorder d'importance à un quelconque formalisme de la transaction, au point d'y « assimiler les cas les plus fréquents, ou les deux parties, ou l'une d'entre elles, concluent expressément au non-lieu, ainsi que ceux où le requérant se désiste en indiquant qu'il a obtenu satisfaction »[270].

Lorsqu'elle a été conclue après la saisine du juge, l'extinction du litige résultant de la transaction produit des conséquences sur l'instance juridictionnelle d'ores et déjà engagée. Lorsque, le cas échéant, les parties n'ont pas réparti les dépens dans la transaction, le juge administratif rend une « décision de non-lieu à statuer en [les] mettant à la charge du défendeur dès lors que le requérant a obtenu si peu que ce soit satisfaction »[271]. Les conséquences de l'effet extinctif de la transaction peuvent aussi concerner d'autres personnes que les parties à ce contrat. Il en va ainsi des intervenants à l'instance juridictionnelle. Compte tenu du caractère incident des interventions, la transaction intervenue sur le litige à l'égard duquel elles se sont greffées entraîne le juge administratif à opposer un non-lieu à statuer sur les conclusions présentées par les intervenants[272]. L'extinction du litige a donc pour conséquence de vider l'instance – et les extensions qui sont susceptibles de l'affecter – de tout objet[273].

Au-delà de son effet extinctif, la transaction produit un effet déclaratif ou, avec une signification légèrement différente, recognitif. Il est la conséquence de la substitution au jugement de ce contrat spécial qu'est la transaction en tant que procédé de règlement du litige. C'est ainsi que, de la même manière qu'un jugement, une transaction portant sur des droits immobiliers n'est pas soumise à transcription[274]. De la même manière qu'un jugement, la transaction est réputée déclarer solennellement les droits – plus généralement les rapports juridiques – qu'elle répartit entre les parties, sans être considérée comme en étant créatrice. La doctrine considère qu'elle n'est alors censée que reconnaître la constatation faite par les parties de l'état de leurs droits[275]. Dans sa circulaire du 6 février 1995, le Premier ministre a

---

[270] Concl. Rougevin-Baville sur C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 241. Le commissaire du gouvernement a toutefois précisé, en s'adressant à la Section du contentieux, que, « dans la première hypothèse [conclusions expresses sollicitant un non-lieu], vous prononcez le non-lieu, si vous constatez que le litige a effectivement disparu ; dans la seconde [désistement résultant de la satisfaction de la demande], vous donnez acte de ce désistement, en mettant les dépens à la charge du défendeur, si le requérant a effectivement obtenu quelque chose » (*ibidem.*).

[271] Concl. Rougevin-Baville sur C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 240.

[272] C.E., 9 novembre 1906, *Ville de Clermont-Ferrand*, *Rec. Leb.* 801.

[273] On peut d'ailleurs mentionner un conséquence tout à fait singulière. Un contribuable, on le sait, peut solliciter du tribunal administratif l'autorisation d'agir en justice au nom d'une commune lorsque celle-ci a rejeté sa demande en ce sens (actuels articles L. 2132-5 et suiv. du Code général des collectivités territoriales). Une vieille jurisprudence considère qu'il découle d'une transaction conclue entre une commune et le défendeur à l'instance engagée par le contribuable au nom de la commune un non-lieu à statuer sur cette instance (Cour d'appel de Pau, 1er mai 1872, *D.* 1874, V, 105, cité par Jean-Marie Auby, « La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.* 1956, I, p 3).
Malgré son extension à l'ensemble des collectivités locales et à certains établissements publics de coopération intercommunale, cette procédure est susceptible de perdre tout intérêt pratique dès lors que cet effet est reconnu à la transaction, sans que le contribuable puisse solliciter du juge le contrôle de sa validité et, par voie de conséquence, de l'existence de concessions réciproques et de l'absence de libéralités.

[274] C.E., 20 juillet 1910, *Compagnie des chemins de fer du Paris Lyon Méditerranée*, *Rec. Leb.* 594.

[275] Voir les termes presque absolument identiques, malgré leur caractère succinct, par lesquels Jean-Jacques Bienvenu (*Répertoire de contentieux administratif*, V° « Transaction », n° 26, p 2) et Jean-Pierre Jouguelet (*Juris-classeurs administratif*, V° « Conciliation, transaction et arbitrage », fasc. 1005, n° 54, p 7) mentionnent cet effet déclaratif ou recognitif.

aussi estimé que « la transaction a pour objet non de faire naître de nouveaux droits pour les cocontractants mais de constater ceux dont ils étaient déjà détenteurs avant la rédaction du contrat »[276].

En d'autres termes, la transaction n'est pas censée créer par elle-même du droit, de la même manière qu'un juge n'est pas censé, dans le cadre conceptuel de la séparation des pouvoirs, faire preuve de volonté[277] et n'est par voie de conséquence réputé régler le litige qu'en appliquant une règle de droit préexistante[278]. La transaction n'est donc pas considérée comme une manifestation de volonté créatrice de droit : elle n'est perçue qu'en tant qu'établissement d'un consensus sur l'état antérieur du droit[279], le litige qu'elle règle ne portant que sur la contestation de prétentions. Cette conception de la transaction permet de lui faire produire un effet rétroactif comparable à celui des jugements.

La transaction produit enfin un effet relatif. Comme tout contrat, elle ne comporte d'obligations qu'entre les parties. Cette relativité des effets des transactions est conforme aux dispositions de l'article 2052, alinéa 1er, du Code civil, selon lequel elle n'est productrice d'effets analogues à la chose définitivement jugée qu'entre les parties.

Une décision *Office public d'habitations à loyer modéré de la ville de Firminy c/ MM. Delfante et Roux* rendue le 13 janvier 1984 par le Conseil d'Etat permet d'illustrer cet effet relatif des transactions et les conséquences qui en découlent. Il s'agissait dans cette affaire de désordres affectant mille logements d'habitations à loyer modéré. Après condamnation par les juridictions administratives des architectes et du bureau d'études au titre de la garantie décennale des constructeurs, l'office public a déposé un nouveau recours juridictionnel du fait du renouvellement, pour les mêmes causes, des désordres. Il demandait à nouveau la condamnation des architectes et du bureau d'études, ainsi que celle de l'entrepreneur. Le Conseil d'Etat a rejeté la demande en ce qui concernait l'entrepreneur, dans la mesure où une transaction avait été conclue le 24 octobre 1963 et qu'elle avait pour objet de régler définitivement le litige susceptible de naître de l'exécution des travaux de construction des

---

[276] Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.* du 15 février 1995, p 2521.

[277] Il suffit pour en être convaincu de relire Montesquieu : « les jugements doivent être [fixes] à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étoient une opinion particulière du juge, on vivroit dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte ». Pour lui, les juges ne sont que « la bouche de la loi » et la puissance de juges est, par voie de conséquence, « invisible et nulle » (*De l'esprit des lois*, 1748, Livre XI, Chapitre VI).

[278] Pour éviter toute méprise, il n'est pas question ici de plaider pour une méconnaissance de la création de droit par le juge. Il s'agit seulement de montrer que la dimension normative inhérente à l'exercice de la fonction juridictionnelle – et qui est encore accentuée lorsque le juge fait œuvre jurisprudentielle, c'est-à-dire lorsqu'il créée une règle générale et impersonnelle – n'est pas considérée en tant que telle par le droit. C'est plus précisément la rétroactivité du jugement qui fait obstacle à la reconnaissance de sa dimension créatrice. Sur tous ces points, voir, parmi une bibliographie immense, Denys de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, coll. Droit public positif, 1996, p. 107 à 169 ou, du même auteur, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997, ainsi que les ouvrages de Gérard Timsit, notamment *Les figures du jugement*, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1993.

[279] C'est la raison pour laquelle, dans leur présentation de l'effet déclaratif ou recognitif de la transaction, MM. Jean-Jacques Bienvenu et Jean-Pierre Jouguelet précisent qu'un tel contrat peut, par ailleurs, comporter des clauses constitutives d'obligations nouvelles ou translatives de droits. Mais, la transaction devra dans cette hypothèse respecter la réglementation applicable aux contrats ayant pour objet de telles clauses (*Répertoire de contentieux administratif*, V° « Transaction », n° 26, p 2 ; *Juris-classeurs administratif*, V° « Conciliation, transaction et arbitrage », fasc. 1005, n° 54, p 7). Car, si une transaction *stricto sensu* n'est pas censée créer de droit, l'insertion dans ce contrat de clauses étrangères à l'objet et à la cause de cette transaction aurait pour conséquence de la considérer, de ce seul fait, comme créatrice de droit.

logements ci-dessus mentionnés. Après avoir vérifié que « les nouveaux dommages dont l'office a demandé réparation à la société Stribick devant le tribunal administratif avaient la même origine que ceux que la convention intervenue le 24 octobre 1963 avait pour objet de réparer », le Conseil d'Etat en a conclu « que la renonciation à tout recours ultérieur insérée dans ladite convention s'appliquait, par suite, à ces nouveaux dommages »[280]. Pour appliquer à la chose transigée l'effet qui lui est attaché, le Conseil d'Etat a essentiellement vérifié l'identité de parties et d'objet du litige. L'effet relatif attaché à la transaction est bien étroitement comparable à celui de l'autorité relative de la chose jugée.

Dans cette même affaire, les architectes et le bureau d'études se sont prévalus de la transaction conclue entre l'office public et l'entrepreneur, pour essayer de s'exonérer de leur responsabilité dans le renouvellement des désordres. N'étant pas parties à la transaction, ils ne pouvaient à l'évidence pas l'opposer à l'office public maître d'œuvre.

Interprétant de manière hardie les dispositions des articles 1792 et 2270 du Code civil prévoyant une responsabilité solidaire des constructeurs, c'est-à-dire des maîtres d'œuvre et de l'entrepreneur, ils entendaient être déchargés de toute responsabilité en obtenant, du fait de cette solidarité, le bénéfice de la transaction conclue entre l'entrepreneur et l'office public maître d'ouvrage. De la responsabilité solidaire entre le maître d'œuvre et l'entrepreneur à l'égard du maître d'ouvrage instituée par la loi, leur interprétation aboutissait à une application solidaire, au bénéfice des maîtres d'œuvre, de la transaction conclue entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage ! Le Conseil d'Etat a évidemment rejeté cette argumentation en considérant que les architectes et le bureau d'études n'étaient « pas fondés à exciper des stipulations de la convention susmentionnée du 24 octobre 1963, à laquelle ils n'étaient pas parties, pour demander à être exonérés des responsabilités qui leur incombent à l'égard du maître de l'ouvrage ». Les effets attachés à la chose transigée sont étroitement relatifs.

L'effet relatif de la transaction est interprété de manière stricte. La chose transigée ne peut être opposée que dans les rapports entre les parties. Cette règle connaît toutefois certains aménagements. D'une part, « l'effet de la transaction s'étend aux personnes qui succèdent aux parties dans l'exercice de leurs droits et obligations. Ainsi une transaction dans laquelle

[280] C.E., 13 janvier 1984, *O.P.H.L.M. de la ville de Firminy*, *Rec. Leb.* 672 : « Considérant que, par acte du 24 octobre 1963, l'office a reconnu avoir reçu de la compagnie d'assurances 'La Préservatrice', agissant pour le compte de la société Stribick, la somme de 50 000 F 'convenue de gré à gré, à forfait, à titre d'indemnité entière, définitive et pour solde, en réparation de tous désordres et préjudices quelconques, directs ou indirects en résultant ou pouvant en résulter et conventionnellement mis à leur charge à la suite de fissures et infiltrations d'eau constatées dans les parties hautes des bâtiments édifiés sur le chantier ci-dessus rappelé'; qu'il a accepté de prendre à sa charge 'toutes réfections, réparations ou améliorations et, d'une façon générale, toutes mesures qu'il entendra adopter en vue de mettre fin aux désordres dont s'agit' et qu'il s'est enfin engagé, par le même acte, à tenir l'entreprise Stribick quitte et déchargée 'de toute obligation concernant ces désordres et ceux strictement de même nature qui pourraient se renouveler'; qu'il ressort des stipulations de cet acte, dont l'office public d'habitations à loyer modéré de la ville de Firminy n'établit ni même allègue qu'il ne porterait pas sur les désordres alors constatés sur l'ensemble du chantier que les parties ont entendu régler définitivement, à cette époque, l'indemnité à laquelle l'office pouvait avoir droit, du chef de l'entreprise Stribick, en réparation du préjudice résultant, tant des désordres apparus dans les parties supérieures de l'ensemble des immeubles construits par cette entreprise, pour le compte de l'office, que du renouvellement ou de l'aggravation des troubles de même nature ».

le propriétaire d'un terrain jouxtant le domaine public a renoncé à demander une indemnité pour dépréciation de son fonds est-elle opposable aux tiers acquéreurs »[281].

D'autre part, la chose transigée est susceptible d'être opposée aux propriétaires indivis d'un bien à propos duquel l'un d'entre eux a conclu une transaction. Une décision *Bouchaleb et autres c/ entreprise Barrier* du 11 décembre 1987 permet d'en préciser les conditions. Dans cette affaire, il s'agissait d'un dommage de travaux publics causé par une entreprise privée agissant pour le compte d'une personne publique sur un immeuble appartenant en indivision à MM. Saïd Boulacheb, Salah Boulacheb et Alliouche Khelfa. L'un d'entre eux, M. Saïd Bouchaleb, ayant accepté de la part de l'assureur de l'entreprise privée une indemnité d'un faible montant et signé une quittance le libérant de toute obligation de réparation du dommage, ces trois personnes ont ensuite déposé un recours devant le juge administratif en demandant la réparation intégrale de leur préjudice, qu'ils n'estimaient pas réalisée par l'indemnité versée par la compagnie d'assurance. Le Conseil d'Etat a estimé que la signature de la quittance par un propriétaire indivis, regardé comme titulaire d'un mandat tacite, constitue une transaction opposable aux autres indivisaires[282].

On connaissait le risque, justifié par le souci de protection des deniers publics, généré par l'interdiction faite aux personnes publiques de régler une somme qu'elles ne doivent pas : on voit dans cette affaire que la jurisprudence administrative peut s'avérer encore protectrice de deniers privés - ceux des personnes privées collaborant dans les hypothèses où leur responsabilité administrative est susceptible d'être engagée devant le juge administratif – en interprétant des rapports de droit privé de manière différente de celle prônée par les juge judiciaire, sans leur renvoyer la moindre question préjudicielle. L'effet de la transaction régulièrement conclue à propos d'un bien indivis peut par voie de conséquence s'étendre à tous les propriétaires indivis. L'effet relatif de la chose transigée, lorsqu'il porte sur un bien, varie donc en fonction du patrimoine auquel il est rattaché.

---

[281] Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.* du 15 février 1995, p 2521. Voir en guise d'illustration C.E., 20 juillet 1910, *Compagnie des chemins de fer du Paris Lyon Méditerranée*, *Rec. Leb.* 594.

[282] C.E., 11 décembre 1987, *Bouchaleb et autres c/ Entreprise Barrier*, *D.* 1998, 15e cahier, J, p 209, concl. Guillaume. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement avait justifié cette interprétation à laquelle il avait expressément conclu. Après avoir rappelé que « le principe d'administration de l'indivision est la règle de l'unanimité, largement aménagée par le législateur pour des raisons pratiques et dans l'intérêt des tiers ». L'article 815-3 du Code civil, applicable à l'ensemble des indivisions non organisées de manière conventionnelle, prévoit ainsi que, « si un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu mandat tacite, couvrant les actes d'administration mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvellement des baux ».
Estimant qu'en l'espèce, le mandat tacite état indiscutable en l'absence d'opposition de la part des autres indivisaires effectivement informés, le commissaire du gouvernement s'est demandé si le signataire de la quittance était ou non resté dans le cadre de ses pouvoirs d'administration : « selon la jurisprudence judiciaire, l'existence d'un mandat général d'administrer exclut en principe la transaction, en raison des termes de l'article 2045 du Code civil [« pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction »]. Un mandat spécial et exprès est donc normalement requis. Cela dit, il est possible de transiger sur des questions touchant à l'administration des biens. En l'espèce, compte tenu de l'importance limitée des dégâts qui n'exigeaient pas de grosses réparations [...] la détermination du coût des travaux entrait dans le cadre du mandat tacite d'administration de M. Saïd Boulacheb. Il n'a, ce faisant, aliéné aucun élément de la propriété indivise. Et de toute manière, à supposer même que cela excédait ses pouvoirs, il conviendrait d'appliquer la théorie du mandat apparent car l'assureur pouvait estimer en toute bonne foi que M. Saïd Boulacheb, titulaire du contrat d'assurance de l'immeuble, était habilité à transiger sur le montant des réparations. La transaction est donc opposable aux autres copropriétaires » (*ibid.*, p 210).

B) La force obligatoire de la transaction

Si les effets – relatif, recognitif et déclaratif - de la chose transigée sont comparables à l'autorité caractérisant la chose jugée, la transaction n'est pourtant pas assimilable à un jugement. Sa nature juridique est celle d'un contrat. La force obligatoire d'une transaction repose donc exclusivement sur la rencontre concordante des volontés des parties. Il n'est par voie de conséquence pas possible d'employer des voies d'exécution, qu'elles soient de droit commun ou administratif, pour remédier à l'inexécution de transactions. Face à cette difficulté, les parties disposent de la possibilité de saisir la juridiction d'une demande d'homologation de la transaction, de manière à lui conférer une véritable force exécutoire.

Devant les juridictions judiciaires[283], les parties peuvent d'une part demander qu'il soit donné acte de l'offre de transaction faite par l'une des parties et de son acceptation par l'autre. Face à ce que la doctrine qualifie de contrat judiciaire, le juge « joue alors le rôle d'un officier public, tel un notaire »[284]. Si elle se voit ainsi consacrée par une authentification juridictionnelle, cette transaction judiciaire lui maintient sa nature contractuelle : il ne peut être attaqué par les voies de recours ouvertes contre les jugements, c'est-à-dire l'appel ou la cassation. Par voie de conséquence, en cas de contestation, ce contrat judiciaire ne peut faire l'objet que « des voies de nullité ou de rescision susceptibles d'atteindre les contrats »[285]. Les parties peuvent d'autre part demander au juge judiciaire de prononcer une condamnation conforme à la chose transigée. La doctrine ne parle plus alors de contrat judiciaire mais de jugement d'expédient, auquel la jurisprudence judiciaire fait produire les mêmes effets qu'un véritable jugement, les voies de recours étant l'appel et la cassation. Revêtu de la formule exécutoire, le jugement d'expédient emporte notamment hypothèque judiciaire et est donc susceptible de permettre la mise en œuvre des voies d'exécution.

Cela étant, dans les deux cas, le juge judiciaire est lié par l'accord survenu entre les parties et par leur définition de la chose transigée. Qu'il s'agisse de contrat judiciaire ou d'un jugement d'expédient, « le juge, lié par les conclusions des parties, ne peut adjuger moins qu'il n'a été offert »[286].

Dans le contentieux administratif, l'état du droit est sensiblement différent. Comme l'a synthétisé le Premier ministre dans sa circulaire du 6 février 1995, « il peut arriver que les parties souhaitent obtenir une sanction juridictionnelle de la transaction qu'elles ont conclue. Cette démarche est assez fréquente pour les transactions intervenant entre des particuliers dans la mesure où le juge judiciaire se borne à entériner l'accord sans contrôler son contenu, sauf le cas de dénaturation. Elle est bien plus rare devant le juge administratif qui se livre à

---

[283] Voir Laurence Amiel-Cosme, « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices* n° 5, janvier / mars 1997, pp. 135-156 et les articles de Jean-Louis Bergel intitulés « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, 25e cahier, chron. XXVIII, pp. 153-158 et « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1983, 27e cahier, chron. XXX, pp. 165-172.

[284] M. Tissier, *Encyclopédie Dalloz de procédure civile*, cité par Michel Rougevin-Baville dans ses conclusions sur C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 242.

[285] Cass. civ. 1ère, 20 juillet 1961, *Bull. civ.* I, n° 332, cité par Michel Rougevin-Baville dans ses conclusions sur C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 242.

[286] Cass. civ. 2e, 18 novembre 1965, *Bull. civ.* II, n° 638 (cité par Michel Rougevin-Baville dans ses conclusions sur C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 243). Dans cette affaire, il s'agissait d'une transaction portant sur un litige opposant l'Etat à la victime d'un accident de la circulation. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a annulé l'arrêt de la Cour d'appel fixant le montant de l'indemnité à un niveau moindre que celui résultant de l'offre faite par l'agent judiciaire du Trésor dans ses conclusions.

une vérification beaucoup plus étendue du respect, par l'administration, des règles d'ordre public auxquelles elle ne peut déroger »[287].

S'adressant à la Section du contentieux du Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement Michel Rougevin-Baville a dégagé, dans ses conclusions sur la décision *Sieurs Mergui* du 19 mars 1971, les singularités de l'intervention du juge administratif lorsqu'il lui est demandé de conférer la force exécutoire à une transaction[288]. Il a estimé « impossible, en premier lieu, d'admettre devant vous [*i.e.* devant le juge administratif] l'existence d'un ''contrat judiciaire'' au sens restreint que donne à ce mot la doctrine civiliste précitée, c'est-à-dire de faire en ce cas du juge administratif une sorte d'officier ministériel qui se borne à constater l'accord des parties et à lui donner la valeur d'un acte authentique. Tout instance devant vous doit se terminer par une décision revêtue de la formule exécutoire, et de deux choses l'une : - ou bien il n'y a plus de litige, il ne reste vraiment plus rien à juger, et en ce cas vous ne pouvez que décider qu'il n'y a lieu à statuer ; - ou bien les parties vous demandent encore quelque chose, en l'occurrence d'apporter à leur accord la solennité et le caractère exécutoire de vos décisions, et il serait difficilement concevable que vous n'examiniez pas au préalable sur quelle sorte de marchandise on vous invite à apposer votre label. Autrement dit, les conclusions de ce genre doivent être interprétées comme tendant à l'homologation de l'accord des parties ; au lieu de le passer entre elles seules, et de mettre fin à la procédure par un non-lieu ou un désistement, elles entendent vous mettre en tiers pour le cautionner. On voit que le cas est différent de celui de la transaction intervenue en dehors du juge et devant laquelle il doit s'incliner, à moins qu'il ne la trouve entachée de nullité : la différence est que le ''contrat judiciaire'' n'est pas parfait tant que le juge ne l'a pas homologué »[289].

Suivant ces conclusions, la Section du contentieux du Conseil d'Etat a refusé d'opérer une distinction, consacrée par la jurisprudence judiciaire, entre le jugement par lequel il est donné acte du contrat judiciaire conclu entre les parties pour éteindre le litige les opposant et le jugement d'expédient, en vertu duquel la transaction se voit conférer la force exécutoire. Devant les juridictions administratives, les parties ne peuvent demander que l'homologation de la transaction consacrant leur accord.

---

[287] Circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.* du 15 février 1995, p 2521. Dans son étude consacrée aux modes alternatifs de règlement des litiges, le Conseil d'Etat a confirmé de manière globale cette appréciation : « lorsque, au cours d'une transaction, le juge administratif est saisi par les parties d'une demande visant à sanctionner l'accord conclu, il vérifie le respect des règles d'ordre public. A cet égard, son contrôle du ''contrat judiciaire'' peut paraître plus poussé que celui exercé par le juge judiciaire » (*Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 62).

[288] Pour une illustration antérieure, voir C.E., 8 décembre 1911, *Abbé Lemoine*, *Rec. Leb.* 1171.

[289] Concl. Michel Rougevin-Baville sur C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 244-245. Le commissaire du gouvernement a précisé que « c'est surtout dans la nature même de la procédure et de la démarche du droit administratif que nous croyons trouver le fondement de notre thèse, tout comme la doctrine de la Cour de cassation est fondée sur les principes mêmes du droit judiciaire privé. Le juge judiciaire est ''lié par les conclusions des parties'', comme le rappelait un de ses arrêts cités ; mais il est aussi lié par les moyens qu'elles invoquent, et il ne soulève pas de moyens d'office (nous parlons du droit privé, bien entendu, et non du droit pénal qui est beaucoup plus proche du droit public à cet égard). Vous vous reconnaissez au contraire le droit de soulever d'office de tels moyens, lorsqu'ils sont d'ordre public ; et c'est précisément cette notion de moyen d'ordre public qui servira à la fois de justification et de limite à notre proposition » (*ibid.*, p 245).

La jurisprudence administrative a fait sienne les conclusions de Michel Rougevin-Baville quant aux pouvoirs dont dispose le juge administratif à l'égard de telles demandes d'homologation. Elle a consacré le principe d'un contrôle juridictionnel des transactions que les parties lui demandent d'homologuer et, par voie de conséquence, admis que le juge administratif pouvait rejeter une telle demande des parties. Ce contrôle n'est cependant pas absolu. Comme l'a précisé le commissaire du gouvernement, le pouvoir dont dispose le juge administratif pour refuser d'homologuer, le cas échéant, une transaction n'est « pas illimité. La solution normale est qu'il donne sa sanction à l'accord qui lui est présenté, sauf dans deux hypothèses : - cet accord est entaché de nullité en lui-même, par exemple parce qu'il a été conclu par une personne sans qualité [...] ; - cet accord contient des dispositions contraires à l'ordre public qui s'opposent à son homologation »[290], à l'exemple de l'interdiction faite aux personnes publiques de régler des sommes qu'elles ne doivent pas issue de la jurisprudence *Sieurs Mergui* du 19 mars 1971.

La demande d'homologation des transactions adressée au juge administratif par les parties – ou par l'une d'entre elles – comporte indéniablement, on le voit, un risque : elles doivent être rejetées lorsque la transaction a méconnu les exigences tenant aux conditions de régularité de leur conclusion, c'est-à-dire lorsque le contrat n'est pas valide, ou que leur substance viole une règle d'ordre public.

La doctrine s'est demandée si la jurisprudence administrative n'avait pas dénaturé la notion de transaction, telle qu'elle est caractérisée par le droit privé[291], au risque de lui faire perdre toute portée. Par voie de conséquence, elle s'est encore interrogée sur l'intérêt que pouvaient avoir les parties – et singulièrement la personne privée qui transige avec l'administration – à conclure une transaction, compte tenu de l'intensité avec laquelle il contrôle les demandes d'homologation des transactions. Charles Jarrosson a ainsi estimé qu'il en résultait « un risque de révision judiciaire de la transaction par le juge administratif »[292] et de rupture de l'équilibre défini par les parties pour régler le litige les opposant. Eu égard à la précarité inhérente à cet équilibre, dans l'exacte mesure où il succède par définition à une contestation effective, il n'est pas étonnant que des interrogations se soient élevées pour critiquer la jurisprudence administrative fragilisant encore la portée du consensus des parties autour de la chose transigée.

On connaît les arguments susceptibles d'être présentés pour justifier la jurisprudence administrative. Qu'il s'agisse du souci de protéger les deniers publics ou de la volonté de faire respecter en tout état de cause par l'administration les règles que le juge administratif considère comme étant d'ordre public, l'invocation de l'intérêt général constitue un fondement commode. Reste qu'il présente toutefois une importance réelle : l'administration n'est censée agir que dans l'intérêt général, c'est-à-dire dans l'intérêt public. A travers cette jurisprudence, le juge administratif ne se contente pas de protéger l'administration contre elle-même, contre la volonté qu'elle a exprimée en transigeant. Il permet surtout aux tiers de disposer d'une garantie. Qu'on leur reconnaisse la qualité de citoyen, d'administré, d'usager ou de contribuable, les actes de l'administration ne peuvent être envisagés exclusivement par

---

[290] Concl. Michel Rougevin-Baville sur C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 245-246.

[291] Pour Géraldine Chavrier, « la transaction administrative, ainsi limitée dans son objet de ses modalités, semble donc particulièrement éloignée de ce que le Code civil peut entendre par ''transaction'' » (« Réflexions sur la transaction administrative », *R.F.D.A.* 2000, n° 3, p 563).

[292] Charles Jarrosson, « Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative », *Rev. arbitrage* 1995, n° 13, p 438.

rapport à leurs destinataires. En matière administrative, une transaction est évidemment susceptible d'affecter les tiers, ne serait-ce que parce que l'administration est soumise au principe d'égalité. En l'absence de voies de droit satisfaisantes pour les tiers à l'encontre de contrat qu'est la transaction, le contrôle juridictionnel opéré dans le cadre des demandes d'homologation des transactions en constitue un substitut.

Que ces justifications de la jurisprudence administrative soient considérées ou non comme pertinentes, encore faut-il ne pas commettre de contresens. Ce contrôle des juridictions administratives sur les transactions ne se produit que dans certains cas de figure. Il est évidemment exercé lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'homologation de la transaction. La compétence de la juridiction administrative pour statuer sur une telle demande découle alors de sa compétence pour régler le fond du litige auquel la transaction est censée avoir mis fin. Le juge administratif est encore compétent pour contrôler la validité et la portée d'une transaction opposée par l'une des parties, généralement l'administration, à un recours introduit par l'autre partie devant le juge administratif nonobstant ladite transaction[293]. La rupture du consensus sur la base duquel la transaction était intervenue a donc pour conséquence, lorsque l'une des parties saisit le juge, de lui permettre de vérifier l'existence, la portée et la substance de la transaction. Par contre, le juge administratif ne met absolument pas en œuvre ce contrôle lorsque les parties concluent simplement à ce qu'il prononce un non-lieu à statuer ou qu'il donne acte d'un désistement.

L'exercice de ce contrôle juridictionnel dépend donc étroitement de la force juridique que les parties veulent conférer à la transaction qu'ils ont conclue. Si elles veulent que la force exécutoire lui soit reconnue, elles doivent alors courir le risque de voir sa régularité susbtantiellement contrôlée par le juge administratif. Ce dernier considère en effet que son office lui commande alors d'opérer une telle vérification, dans la mesure où il aboutit à conférer à la transaction une autorité qu'il considère comme engageant sa responsabilité dans l'exercice d'une fonction juridictionnelle.

La détermination de l'ordre de juridictions compétent pour statuer sur la question de la nature juridique de ce contrat qu'est la transaction ne se pose d'ailleurs même pas dans ce cadre. On le sait, le juge administratif examine les recours en réglant les difficultés dans un certain ordre : il vérifie successivement l'absence de désistement, la compétence juridictionnelle, l'absence de non-lieu à statuer, les irrecevabilités *stricto sensu* (qualité pour agir du requérant, intérêt à agir, délai, etc.) et, enfin, le fond du litige[294]. Si cet ordre d'examen des questions était immuablement appliqué, il s'ensuivrait d'une part qu'avant de prononcer un non-lieu à statuer du fait d'une transaction intervenue entre les parties, le juge

---

[293] C'est le cas de figure correspondant à la plupart des illustrations de la jurisprudence administrative. Jean-Marie Auby l'avait relevé : il arrive que « le juge administratif, saisi d'un recours en responsabilité, voit l'administration opposer au recours le fait que le requérant, moyennant indemnité, avait renoncé à son action (acte qui constitue une transaction). Le juge apprécie la validité de cette renonciation et en détermine la portée » (« La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.* 1956, I, p 4). Cet auteur cite d'ailleurs à l'appui de cette affirmation la décision suivante : C.E., 17 mars 1937, *Ghezala*, *Rec. Leb.* 350.
Reste que c'est parfois la personne privée qui peut opposer la transaction à l'administration. Tel était le cas dans l'affaire *Compagnie du Nord, de l'Est et autres c/ Ministre de la guerre* du 17 mars 1893. Malgré la conclusion d'une transaction, le ministre avait unilatéralement refusé de régler la somme correspondant à la transaction (C.E., 17 mars 1893, *Compagnie du Nord, de l'Est et autres c/ Ministre de la guerre*, *S.* 1894, 3, 119, concl. Jean Romieu).

[294] L'ordre dans lequel ces questions doivent être examinées est notamment inculqué aux magistrats administratifs lors de leur stage au Conseil d'Etat en utilisant un moyen mnémotechnique : on leur enseigne le DINIF (désistement ; incompétence ; non-lieu à statuer ; irrecevabilité ; fond).

administratif devrait examiner sa compétence pour régler le litige. Le cas échéant, il devrait donc se déclarer incompétent et renvoyer les parties devant le juge judiciaire pour qu'elles lui demandent, si elles l'estiment encore nécessaire, de prendre acte de leur transaction. Que faudrait-il faire d'autre part à l'égard d'un désistement que le requérant motiverait par la satisfaction de sa demande par l'administration ? La jurisprudence administrative assimilant ce désistement à une transaction, il y aurait donc obligation pour le juge administratif d'apprécier s'il est ou non compétent pour en prendre acte, alors qu'il ne se serait même pas posé la question si le requérant avait omis d'expliquer son désistement. On mesure aisément le caractère dérisoire, sinon ridicule, de la situation.

Aussi ne faut-il pas s'étonner si la jurisprudence administrative admet des dérogations à cet ordre d'examen des questions. Tout comme elle admet le rejet au fond d'une demande irrecevable[295] ou le rejet d'une demande pour une irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte en cours d'instance malgré l'incompétence de la juridiction administrative saisie pour statuer sur le litige[296], la jurisprudence administrative considère la conclusion d'une transaction entre les parties au litige comme « une cause d'irrecevabilité qui doit faire l'objet d'une mention préalable, traduisant le fait que sa portée est aussi générale que possible »[297]. Par voie de conséquence, le juge administratif ne statue pas sur sa propre compétence lorsqu'il lui est seulement demandé de prononcer un non-lieu ou un désistement résultant de l'intervention entre les parties d'une transaction réglant le litige. D'une remarquable simplicité, cette solution présente l'avantage d'être tout à la fois conforme à la volonté des parties et de faire prévaloir le souci concret d'une bonne administration de la justice sur le respect abstrait de la répartition des compétences entre les ordres juridictionnels, voire en leur sein.

En ce qui concerne les demandes des parties tendant à l'homologation des leurs transaction, il résulte de la décision *Sieurs Mergui* du 19 mars 1971 que le juge administratif est compétent pour statuer sur de telles demandes dès lors qu'il est compétent pour régler le litige qu'elle résolvent[298]. Sauf à considérer qu'un doute subsiste sur la portée de cette jurisprudence, du fait que la Section du contentieux a rejeté la demande au fond sans se prononcer formellement sur sa recevabilité, il suffit de rappeler que cette affaire portait sur une transaction conclue en matière de refus d'emploi de la force publique pour exécuter une ordonnance d'expulsion. Si l'on admet cette interprétation, la compétence de la juridiction administrative pour statuer sur une demande d'homologation d'une transaction est déterminée par rapport à la question de savoir si elle est ou non compétente pour statuer sur la matière litigieuse à laquelle se rapporte la transaction, sans que la nature juridique de ce contrat de transaction ne soit posée.

---

[295] C.E., 18 juillet 1973, *Monus*, *Rec. Leb.* 527 : « les premiers juges n'étaient pas tenus de se prononcer sur la recevabilité de [la] demande, dès lors que les conclusions de celle-ci devaient être rejetées au fond ».

[296] Articles R. 351-4 et R. 351-5 du Code de la justice administrative (anciens article R. 83 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et article 3, 2ème alinéa, du décret n° 53-934 du 30 septembre 1953).

[297] René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat, 7ème éd., 1998, n° 471, p 330.

[298] C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 235, concl. Rougevin-Baville, *A.J.D.A.* 1971, p 274, chron. Labetoulle et Cabanes, *R.D.P.* 1972, p 234, note Waline.

C) La nature juridique du contrat

Il est donc nécessaire d'opérer *a priori* une distinction entre les transactions conclues avant ou après le dépôt d'un recours devant une juridiction de l'un ou l'autre ordre, c'est-à-dire entre les transactions « préventives » et les « contrats judiciaires ». Accessoire à l'égard des « contrats judiciaires », la question de leur nature juridique n'est susceptible de présenter un intérêt que lorsque les parties souhaitent obtenir son homologation : le contrôle opéré par le juge administratif est alors sensiblement plus étendu que celui du juge judiciaire. Mais, le juge administratif examinant sa compétence pour statuer sur une telle demande au regard de la matière du litige que la transaction a eu pour objet d'éteindre, la question de la nature juridique de ce contrat est donc inopérante à l'égard de ces « contrats judiciaires ».

Fondamentale, la détermination de la nature juridique du contrat de transaction est par contre fondamentale à l'égard des transactions « préventives ». En ce qui concerne leurs demandes d'homologation, leur nature juridique est essentielle puisqu'elle a pour conséquence une identification de l'ordre de juridictions compétent pour statuer sur de telles demandes. A travers cette compétence juridictionnelle, la détermination de la nature juridique de ce contrat la soumettra à un contrôle juridictionnel de la chose transigée sensiblement différent selon qu'il devra être exercé par le juge judiciaire ou par le juge administratif, dans les conditions qui viennent d'être évoquées. La nature juridique du contrat constituant une transaction « préventive » est encore fondamentale puisque, au-delà encore de l'ordre de juridictions compétent, c'est le régime juridique même de ce contrat qui est en jeu, sachant que le droit des contrats administratifs diffère du droit civil des contrats. On mesure ici l'importance de cette nature juridique de la transaction en cas de difficulté rencontrée, par exemple, au cours de son exécution.

Selon Jean-Marie Auby, la transaction est en principe un contrat de droit privé et « le juge est normalement le juge civil. Une jurisprudence déjà ancienne reconnaît à la transaction le caractère d'un contrat civil. Cette solution se fonde sur plusieurs motifs. La transaction est un contrat d'un type connu et réglementé par le Code civil. Lorsqu'elle intervient en matière administrative, c'est normalement en l'absence de toute clause exorbitante de droit commun. Enfin, ses principales applications concernent la gestion patrimoniale de l'administration. Il résulte donc de cette jurisprudence que les litiges concernant la validité ou l'exécution d'une transaction passée par l'administration doivent être en principe portés devant le juge civil »[299]. En vertu de ces jurisprudences, une transaction conclue à titre préventif entre l'administration et une personne privée est un contrat civil. Par voie de conséquence, le litige susceptible de les opposer quant à la validité de la transaction ou son exécution devra être réglé par le juge judiciaire en application du droit privé, quand bien même le litige à propos

[299] Jean-Marie Auby, « La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.* 1956, I, p 4. Voir la jurisprudence cité par cet auteur, à savoir : C.E., 15 février 1833, *Commune de Saint-Pierre-en-Val*, *S.* 1834, II, 500 ; C.E., 21 novembre 1834, *Commune de Trois-Serens*, *S.* 1835, II, 497 ; C.E., 20 juillet 1850, *Commune de Languinet*, *S.* 1851, II, 58 ; C.E., 17 février 1877, *Desvais* ; C.E., 6 juillet 1877, *Commune de l'Etang-Vergu*, *Rec. Leb.* 666 ; C.E., 7 mai 1897, *Commune de la Bouresse*, *S.* 1899, III, 51 ; Trib. confl., 11 juillet 1908, *Caisse d'épargne de Caen*, *S.* 1910, III, 154 ; Cass. civ., 31 janvier 1837, *S.* 1837, I, 897 ; Cass. civ., 13 mai 1872, *S.* 1872, I, 405 ; Cass. civ., 30 juin 1875, *S.* 1876, I, 423 ; Cas. Civ., 21 janvier 1895, *D.* 1896, I, 111 ; Cass. civ., 12 mai 1924, *S.* 1924, I, 362.
Jean-Marie Auby précise par ailleurs « l'examen par le juge judiciaire peut soulever du reste des questions préjudicielles de compétence administrative : C.E., 7 mai 1897, *Cimetière*, *Rec. Leb.* 345 » et que le juge civil « fait usage des règles posées par le Code civil, par exemple pour le régime des nullités ou pour la prescription décennale de l'action en nullité : Cass. civ., 21 janvier 1895, *D.* 1896, I, 111 ».

duquel la transaction a été conclue relevait de la compétence des juridictions administratives. En matière administrative, la conclusion d'une transaction préventive aboutit donc en principe à un transfert de compétence juridictionnelle, le litige né de la transaction absorbant en quelque sorte le litige que la transaction était censé résoudre.

Les arguments censés justifier la nature civile de la transaction, y compris en matière administrative, sont d'intérêt inégal, même si leur combinaison est *a priori* convaincante. D'une part, le critère légal tiré de la définition d'un contrat par le droit privé n'est pas nécessairement opérant. Le simple fait que la transaction soit un contrat nommé par le Code civil et dont le régime juridique y est défini ne constitue pas un argument emportant à lui seul la conviction. L'autonomie du droit administratif est telle qu'il est fréquent que le juge administratif se soit inspiré du droit privé pour élaborer sa propre jurisprudence, laquelle l'adaptait aux caractéristiques du droit administratif qu'elle définissait ce faisant. Il suffit de rapporter la construction jurisprudentielle de la responsabilité administrative extra-contractuelle aux articles 1382 et suiv. du Code civil pour en être persuadé. D'autre part, Les critères jurisprudentiels des contrats administratifs ne correspondent à l'évidence pas parfaitement à la singularité des transactions. L'argument tiré de l'absence de clause exorbitante du droit commun dans les transactions est plus convaincant. Car il est certain que l'exigence de concessions réciproques et, par voie de conséquence, de leur équilibre semble incompatible avec la présence des clauses exorbitantes permettant d'identifier les contrats administratifs. En effet, la doctrine s'accorde, non sans difficulté, à les définir comme des clauses inégalitaires, c'est-à-dire accordant une prérogative à l'administration contractante, correspondant exclusivement à la réalisation d'un intérêt général. Quant aux quelques hypothèses dans lesquelles l'objet du contrat - lorsqu'il confie au cocontractant de l'administration l'exécution même du service public, lorsque le contrat constitue le moyen même de l'exécution même du service public ou lorsqu'il fait participer directement le cocontractant au service public, à l'exemple des contrats de recrutement d'agents des services publics administratifs - entraîne à lui seul la qualification de contrat administratif, elles ne peuvent être satisfaites s'agissant de transactions.

Par exception, la jurisprudence reconnaît de longue date, conformément à la loi du 28 pluviôse an VIII, compétence aux juridictions administratives pour apprécier en tout état de cause les litiges portant sur des transactions réglant des contestations relatives à l'exécution de marchés de travaux publics[300] : concernant exclusivement les transactions rattachées à ces litiges contractuels, dans lesquels elles « prennent place parfois dans des avenants à ces marchés [...] leur lien avec l'opération de travaux publics, dont le caractère attractif est bien connu, a sans doute conduit la jurisprudence à reconnaître à ces contrats le caractère administratif »[301]. Bien que la Cour de cassation ait cantonné la compétence de la juridiction administrative pour statuer sur des litiges générés par les transactions relatives à des marchés de travaux publics, en refusant de l'étendre aux dommages extra-contractuels de travaux publics[302], le Conseil d'Etat s'est ultérieurement reconnu compétent pour statuer sur les litiges résultant des transactions conclues en cette matière.

---

[300] C.E., 9 mai 1884, *Ville de Nîmes*, *Rec. Leb.* 304 ; C.E., 3 décembre 1897, *Bord*, *Rec. Leb.* 753 ; C.E., 27 janvier 1899, *Dinet et Mintmesqué*, *Rec. Leb.* 62 ; C.E., 27 novembre 1912, *Oranie*, *Rec. Leb.* 1106 ; C.E., 16 février 1919, *Ville de Nanterre*, *Rec. Leb.* 165 ; C.E., 23 juillet 1919, *Delcloux*, *Rec. Leb.* 661 ; C.E., 29 mars 1939, *Ville de Saint-Jean-de-Luz*, *Rec. Leb.* 241.

[301] Jean-Marie Auby, « La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.* 1956, I, p 4.

[302] Cass. civ., 12 mai 1924, *S.* 1924, I, 362. Voir, en ce qui concerne la jurisprudence administrative, C.E., 7 mai 1897, *Cimetière*, *Rec. Leb.* 345.

Depuis la décision *Ville de Carpentras c/ Sieur Delhomme* du 5 mai 1971, le Conseil d'Etat a accueilli un recours relatif de l'exécution des transactions conclues à l'égard de ces dommages extra-contractuels de travaux publics. Ne soulevant pas d'office le moyen d'ordre public tiré de l'incompétence de la juridiction administrative et considérant la demande du requérant comme fondée, il a par voie de conséquence nécessairement reconnu, quoique de manière implicite, sa compétence juridictionnelle et, par voie de conséquence, la nature administrative du contrat de transaction en cette matière[303]. Dans cette affaire, des travaux publics portant sur le réseau d'alimentation en eau avaient causé un préjudice à la propriété du sieur Delhomme, qui exerçait la profession de pépiniériste. Une transaction avait été conclue le 25 septembre 1965, par laquelle la ville de Carpentras s'engageait, en ce qui la concernait, à rétablir l'alimentation en eau à partir du 31 mars 1966. La ville n'ayant commencé les travaux qu'à la date à laquelle elle aurait dû rétablir l'alimentation et ces travaux n'étant toujours pas achevés trois mois plus tard, le sieur Delhomme chercha à engager la responsabilité contractuelle de la commune devant le juge administratif, cette demande étant satisfaite par le Conseil d'Etat.

Après avoir salué ce revirement de jurisprudence, MM. Labetoulle et Cabanes se sont demandés si la portée de cette décision devait ou non être restreinte aux seules transactions passées en matière de dommages de travaux publics. Jean-Marie Auby avait déjà suggéré de simplifier l'ensemble de leur régime juridique en considérant que « la transaction revêt un caractère administratif ou civil selon que le litige qu'elle prévient ou auquel elle met fin relève de juridictions administratives ou judiciaires »[304]. MM. Labetoulle et Cabanes se sont demandés si la jurisprudence *Ville de Carpentras c/ Sieur Delhomme* ne pouvait pas être interprétée en ce sens et se voir reconnaître « une portée plus large, étendue à toutes les transactions intervenues dans le cadre d'un litige relevant normalement de la compétence du juge administratif ». Ils ont appuyé leur raisonnement sur le caractère quelque peu spécieux de la différence entre une transaction préventive (ce qui était le cas dans la décision qu'ils commentaient) et un contrat judiciaire (comme dans l'affaire *Sieurs Mergui* du 19 mars 1971). Selon eux, « la différence n'est pas considérable : pour l'essentiel, la transaction est normalement conclue avant toute saisine d'un juge, tandis que le contrat judiciaire intervient après le début d'une procédure. Y a-t-il vraiment là de quoi justifier deux solutions distinctes ? D'autant que, s'agissant par hypothèse d'un litige relevant par nature de la compétence de la juridiction administrative, en l'absence de toute transaction, le juge administratif serait normalement saisi ; et, si des difficultés survenaient pour l'exécution de sa décision, ce serait bien toujours lui qui serait compétent pour en connaître. Pourquoi alors l'intervention d'une transaction entraînerait-elle un transfert de compétence qui ne résulterait pas d'un contrat judiciaire ? »[305].

---

[303] C.E., 5 mai 1971, *Ville de Carpentras c/ Sieur Delhomme*, *Rec. Leb.* 326, *A.J.D.A.* 1971, II, n° 133, p 415, chron. Labetoulle et Cabanes, I, p 403. Les chroniqueurs précisent que cette décision a été rendue contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement Morisot.

[304] Jean-Marie Auby, « La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.* 1956, I, p 4. Cet auteur précisait que, à la date à laquelle il l'écrivait, cette solution, « assurément logique », n'était cependant pas reconnue par les jurisprudences administrative et judiciaire.

[305] Chron. Labetoulle et Cabanes sous C.E., 5 mai 1971, *Ville de Carpentras c/ Sieur Delhomme*, *A.J.D.A.* 1971, I, p 404. Ces auteurs précisaient ensuite que les deux interprétations de cette jurisprudence – à savoir la compétence de la juridiction administrative pour statuer sur les litiges concernant les seules transactions en matière de travaux publics ou toutes les transactions en l'absence desquelles la juridiction administrative aurait été compétente pour régler les litiges leur correspondant – « peuvent être soutenues. Seule la première est nécessairement impliquée par la décision *Ville de Carpentras*. Mais la seconde est trop proche de la jurisprudence *Mergui* pour être complètement écartée. Plutôt que de prétendre trancher entre les deux, laissons faire le temps, le hasard d'un dossier ou l'ingéniosité d'un requérant » (*ibidem.*).

La doctrine officielle est partagée à ce propos, sans que ses opinions soient argumentées. Dans son étude intitulée *Régler autrement les conflits*, le Conseil d'Etat a affirmé de manière péremptoire que la transaction est « un contrat civil ; sauf exception, son contentieux relève donc des juridictions judiciaires »[306]. Au contraire, le Premier ministre a estimé que, « dès lors que le litige auquel elle met fin a donné lieu ou aurait pu donner lieu à une action relevant de la compétence du juge administratif, la transaction revêt un caractère de droit public »[307].

Une telle simplification de l'état du droit a été critiquée pour les conséquences qu'elle entraînerait. La première critique concerne l'homologation des transactions, la seconde la soumission des transactions des règles générales applicables aux contrats administratifs.

En ce qui concerne la critique relative à l'homologation des transactions, le Premier ministre a estimé, dans la circulaire du 6 février 1995, que, « en droit public [...] la transaction n'a pas l'autorité de chose jugée à moins qu'elle n'ait fait l'objet d'un jugement d'homologation »[308]. Charles Jarrosson a relevé que cette affirmation relevait d'une « confusion. En effet, il faut distinguer l'autorité de chose jugée attachée au contrat de transaction lui-même (article 2052 du Code civil) et qui participe de l'effet extinctif de ce contrat, et l'autorité de chose jugée attachée au jugement qui reprendrait à son compte une transaction, mais qui serait alors un jugement d'expédient. En revanche, le contrat judiciaire, équivalent à un acte authentique, et qui résulte de l'homologation de la transaction par le juge n'a pas le caractère d'un jugement auquel serait attaché une quelconque autorité de chose jugée [...] Dès lors, lier, comme le fait la circulaire, l'autorité de chose jugée à l'homologation est doublement erroné : au regard des règles de la transaction et au regard d celles de l'homologation »[309].

La question de savoir si les transactions ayant la nature de contrats administratifs sont ou non revêtues de l'autorité de chose jugée est discutée[310]. Elle ne présente en elle-même pas

---

[306] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 61. Le Conseil d'Etat précisait ensuite qu'il avait lui-même « [tempéré] toutefois ce principe lorsque la transaction est liée étroitement à un contrat administratif ou lorsqu'elle intervient en matière de dommages de travaux publics » (ibidem.).

[307] Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.* du 15 février 1995, p 2519. Mais, à l'appui de cette affirmation, le Premier ministre citait comme exemple les marchés de travaux publics et les dommages de travaux publics ...

[308] Circulaire du 6 février 19956 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.* du 15 février 1995, p 2520. Le Premier ministre admettait par contre que les transactions ayant la nature de contrats de droit privé ont l'autorité de chose jugée : « lorsque la transaction est régie par le droit commun, les dispositions de l'article 2052 du Code civil sont applicables » (*ibidem.*). Pour mémoire, cet article 2052 dispose que « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit ni pour cause de lésion ».

[309] Charles Jarrosson, « Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative », *Rev. arbitrage* 1995, n° 15, p 439. Géraldine Chavrier a repris la même argumentation à l'encontre d'une assertion analogue du Conseil d'Etat dans son étude intitulée *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 55 (« Réflexions sur la transaction administrative », *R.F.D.A.* 2000, n° 3, p 564).

[310] Pour Jean-Jacques Bienvenu, les transactions de nature administrative ne bénéficient de l'autorité de chose jugée qu'après qu'elle ait été sanctionnée par le juge (*Répertoire de contentieux administratif*, V° « Transaction », n° 25, p 2). Pour Olivier Gohin, au contraire, elles disposent par elles-mêmes de l'autorité de chose jugée et l'affirmation de la circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 est « erronée » (Contentieux administratif, Litec, 2ème éd., 1999, n° 18, p 16, note 94).

d'intérêt autre que purement théorique, dans la mesure où, on l'a vu, les transactions administratives ont en droit administratif des effets comparables à la chose jugée et sont caractérisées, on le verra, par une indéniable immutabilité, sous réserve du consentement mutuel des parties. Quant au respect des règles de l'homologation, ces remarques ne nous semblent pas pertinentes à l'égard des transactions ayant la nature de contrats administratifs et de l'homologation susceptible d'être pratiquée par le juge administratif. Car le contentieux administratif ne connaît pas la distinction entre juridiction gracieuse et juridiction contentieuse telle qu'elle existe dans la procédure civile[311]. Le juge administratif ne peut donc rendre de jugements qu'exécutoires. Par voie de conséquence, il faut admettre qu'en l'état du droit, l'homologation devant les juridictions administratives ne peut pas être soumise au même régime que l'homologation devant les juridictions judiciaires. Aussi doit on admettre que l'homologation des transactions conclues par l'administration obéisse à un régime et produise des effets différents dans l'un et l'autre cas.

En ce qui concerne la critique relative à l'éventuelle nature administrative des transactions, elle porte essentiellement sur les conséquences susceptibles d'en découler. En effet, admettre que des transactions conclues dans une matière régie par le droit administratif doivent faire l'objet d'un contrôle du juge administratif emporte nécessairement, pour ces transactions, la qualification de contrats administratifs. Par voie de conséquence, elles seraient soumises aux règles générales qui leurs sont applicables. De l'existence même de règles générales découle une conséquence essentielle : les contrats administratifs ne sont pas que l'expression de la volonté des parties. L'intérêt général que l'administration est réputée poursuivre imprègne leur régime juridique. A tel point qu'on a pu se demander si le contrat administratif était une règle de droit définie par la seule volonté des parties ou par les impératifs du service public[312]. Or, parmi ces règles existant même en l'absence d'un texte ou d'une clause les prévoyant, on trouve le pouvoir de modification unilatérale du contrat.

Alors que le contrat de droit privé est caractérisé par son immutabilité[313], la doctrine s'est longuement interrogée sur l'éventuelle mutabilité des contrats administratifs, la

---

[311] Voir les articles de Jean-Louis Bergel intitulés « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, 25e cahier, chron. XXVIII, pp. 153-158 et « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1983, 27e cahier, chron. XXX, pp. 165-172. En droit administratif, l'adjectif gracieux est plus fréquemment utilisé pour désigner une catégorie de recours adressés à l'autorité administrative, sous réserve des dispositions du Livre de procédures fiscales qui les désigne en tant que juridiction gracieuse (H. Léna, « Aspects de la juridiction gracieuse en droit fiscal », *A.J.D.A.* 1979, p 3). Par ailleurs, comme l'a précisé Pascale Gonod, le juge administrtaif emploie aussi ce terme « pour qualifier certaines mesures prises unilatéralement par l'autorité administrative, et qui se caractérisent par leur immunité juridictionnelle. En effet, le Conseil d'Etat déclare irrecevable les recours formés contre les mesures gracieuses et contre les refus de prendre de telles mesures » (« Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, *R.D.P.* 1993, p 1352).

[312] Jean-Marie Rainaud, « Le contrat administratif : volonté des parties ou loi du service public ? », *R.D.P.* 1985, pp. 1183-1204. Le régime de l'exécution des contrats administratifs est caractérisé par l'existence de règles générales applicables à tous les contrats administratifs, même lorsque ces derniers ne les mentionnent pas. En tant que telles, elles se différencient radicalement des contrats civils et commerciaux. Existantes et applicables même dans le silence des contrats administratifs, ces règles générales n'ont même pas été posées par le législateur, ni même par un texte quelconque. C'est le juge administratif qui, de manière absolument prétorienne, les a dégagées progressivement. On mesure ici aisément la différence de régime juridique entre les contrats administratifs d'une part, et les contrats civils et commerciaux d'autre part.

[313] Selon l'article 1134 du Code civil, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

jurisprudence étant ambiguë[314]. La question a été résolue dans une décision *Union des transports publics urbains et régionaux* du 2 février 1983[315]. Statuant sur la légalité d'un décret du 29 octobre 1980 relatif aux modalités d'exploitation des services de transports publics d'intérêt local reconnaissant un pouvoir de modification unilatérale de contrats à l'administration contractante, le Conseil d'Etat s'est contenté d'affirmer que ce faisant, « les auteurs du décret attaqué se sont bornés à faire application des règles générales applicables aux contrats administratifs ». Le pouvoir de modification unilatérale constitue donc pleinement une règle générale des contrats administratifs, applicable même dans le silence de leurs stipulations et des textes les concernant[316].

On comprend dès lors l'inquiétude de la doctrine – et des personnes ayant transigé avec une administration - face à la perspective de la reconnaissance de la qualité de contrat administratif aux transactions conclu dans un domaine couvert par le droit administratif. Charles Jarrosson estime ainsi que, « en tout état de cause, reconnaître à l'administration un pouvoir unilatéral de modification du contrat de transaction dénaturerait complètement ce contrat »[317]. Géraldine Chavrier considère quant à elle qu'un tel syllogisme – tous les contrats administratifs sont caractérisés par un pouvoir de modification unilatérale, les transactions sont des contrats administratifs, donc les transactions sont caractérisés par l'existence de ce pouvoir – « ne semble pourtant pas devoir être admis dès lors que l'on accepte le principe de l'autorité relative de la chose jugée en dernier ressort de la transaction : elle lie les parties qui ne peuvent l'ignorer, ou la contester unilatéralement »[318]. La jurisprudence administrative

---

[314] Voir d'une part C.E., 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-les-Rouen*, *Rec. Leb.* 5, concl. Romieu, *S.* 1902.3.17, concl. et note Hauriou, d'autre part C.E., 21 mars 1910, *Compagnie générale française de tramways*, *Rec. Leb.* 216, concl. Blum, *R.D.P.* 1910, p 270, note Jèze, *S.* 1911, III, 1, note Hauriou. Ces décisions sont commentées in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*.

[315] C.E., 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec. Leb.* 33, *R.F.D.A.* 1984, p 45, note Llorens, *R.D.P.* 1984, p 212, note J.-M. Auby. Dans la décision *Ministre des P.T.T. c/ Ricard* du 6 mai 1985 (*Rec. Leb.* 144, *A.J.D.A.* 1985, p 736, note Gauroy, *R.F.D.A.* 1985, p 697, note J.-C. B.), le Conseil d'Etat a confirmé cette appréciation en estimant que « les règles générales applicables aux contrats administratifs permettent à l'administration, seule compétente pour régler l'organisation du service public, de modifier unilatéralement de tels contrats ».

[316] Le pouvoir de modification unilatérale n'est toutefois pas absolu. Si le contrat a prévu le pouvoir de modification, les stipulations y relatives doivent être strictement appliquées. S'il ne l'a pas prévu, seules peuvent être régulièrement modifiées les stipulations contractuelles qui intéressent le service public, et elles ne peuvent l'être que si l'intérêt du service l'exige (C.E., 11 juillet 1941, *Hôpital-hospice de Chauny*, *Rec. Leb.* 129). Si l'administration méconnaît cette règle, son cocontractant est en droit de demander des dommages-intérêts et, le cas échéant, la résiliation du contrat aux torts de l'administration lorsque l'administration a dépassé les limites dans lesquelles elle doit exercer son pouvoir de modification unilatérale. En effet, « l'administration peut imposer de tels changements sous réserve d'indemniser son cocontractant, mais [...] ces changements ne doivent pas excéder certaines limites quant à leur importance. C'est précisément lorsque ces limites sont dépassées que le cocontractant peut demander au juge la résiliation du contrat : ce sera fréquemment la seule voie qui lui est ouverte car il ne peut généralement pas demander l'annulation de la mesure imposée par l'administration » (André de Laubadère, Pierre Delvolvé, Franck Moderne, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1983, tome II, n° 1421, p 653). Il est évident que la modification unilatérale des clauses financières d'un contrat administratif serait ainsi susceptible d'entraîner la résiliation du contrat par le juge, à la demande de la personne privée contractante.
Voir encore les conclusions Valabrègue sur C.E., 8 février 1889, *Corre*, *Rec. Leb.* 186 : « un marché de travaux publics pourrait être résilié si le maître de l'ouvrage avait, par des changements, opéré une transformation complète du projet, si l'une des conditions essentielles, principales, en vue desquelles il était intervenu, avait été modifiée, si par suite, du fait de l'administration, une notable aggravation des charges imposées avait entraîné l'inaccomplissement de l'une des principales clauses du contrat ».

[317] Charles Jarrosson, « Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative », *Rev. arbitrage* 1995, n° 15, p 439.

[318] Géraldine Chavrier, « Réflexions sur la transaction administrative », *R.F.D.A.* 2000, n° 3, p 565.

confirme évidemment cette absence du moindre pouvoir de modification unilatérale à l'égard des transactions, sans toutefois dégager directement son fondement[319].

On peut en effet se demander si c'est bien l'assimilation des effets de la chose transigée à ceux de la chose jugée qui constitue le fondement de cette absence de pouvoir de modification unilatérale ou si ce n'est pas davantage l'objet même de la transaction qui fait par définition obstacle à l'existence de ce pouvoir. Car si l'absence de pouvoir de modification unilatérale reposait sur l'homologie entre l'autorité de la chose décidée et celle de la chose jugée, la transaction présenterait par voie de conséquence un caractère irrévocable. Or, une transaction peut être modifiée par le consentement mutuel des parties[320]. L'immutabilité de la transaction ne peut donc reposer que sur sa nature contractuelle, puisque sa seule exception est fondée sur cette dimension. Dans l'exacte mesure où une transaction a pour objet de régler définitivement un litige, cet objet même fait obligatoirement déroger ce contrat à la règle générale applicable aux contrats administratifs selon laquelle l'administration dispose, même dans le silence du contrat, d'un pouvoir de modification unilatérale.

Il découle de ce qui précède qu'aucun argument convaincant ne justifie que, à l'exception des marchés et des dommages de travaux publics, les transactions conclues par l'administration soient systématiquement considérées comme des contrats de droit privé. Il est évident que la proposition faite par MM. Auby, Labetoulle et Cabanes – considérer comme des contrats administratifs, soumis par voie de conséquence au juge administratif, les transaction portant sur des litiges susceptibles de relever de cet ordre juridictionnel – constituerait une simplification remarquable du droit. Elle aurait toutefois pour conséquence d'accroître leur contrôle juridictionnel, dans les cas de figure dans lesquels il est susceptible d'être exercé. Chacun appréciera s'il y aurait ou non lieu de s'en réjouir. L'intérêt des tiers, essentiel en droit administratif, nous semble le commander.

En tout état de cause, il serait souhaitable qu'une clarification ait lieu, dans l'intérêt même des parties. Les litiges portant sur des transactions sont tellement rares devant les juridictions administratives que l'incertitude existe depuis la décision *Ville de Carpentras c/ Sieur Delhomme* du 5 mai 1971, c'est-à-dire depuis trente ans. Mais cette incertitude même peut paradoxalement être considérée comme éclairante sur l'efficacité des transactions en matière administrative. Si les juridictions ne sont quasiment pas saisies de litiges les concernant, c'est peut-être tout simplement parce que ces transactions remplissent de manière satisfaisante leur fonction de règlement consensuel des litiges.

§ 2 : Le champ d'application des transactions en matière administrative

Le champ d'application de la transaction n'est pas absolu. Toutes les catégories de litiges ne peuvent pas être réglés par de tels contrats, qu'il s'agisse de litiges intéressant

---

[319] C.E., 30 octobre 1974, *Commune de Saint-Pierre-les-Bois c/ Gohin*, *Rec. Leb.* 525 (impossibilité de la révocation unilatérale d'une transaction régulière). Voir encore C.E., 28 novembre 1990, *O.P.H.L.M. de la Meuse*, *Rec. Leb.* 866, *D.* 1991, somm., p 188, obs. Terneyre. Dans cette affaire, il s'agissait d'une transaction conclue entre l'administration et des entrepreneurs, ces derniers versant une indemnité déterminée et l'administration renonçait à toute action en justice à raison des mêmes faits.

[320] C.E., 7 juillet 1948, *Epoux Herrerias*, Rec. Leb. 663 ; C.E., 24 juin 1963, *Darcel*, *Rec. Leb.* 394 ; C.E., 31 mars 1978, *Epié*, *R.D.P.* 1971, p 311.

l'administration ou même de rapports entre personnes privées[321]. Jean-Marie Auby l'avait évidemment relevé : « dans le commerce juridique privé comme en matière administrative, [...] les limites de son domaine sont déterminées par la règle générale qui interdit de déroger par contrat aux règles générales d'ordre public (Code civil, article 6). Il résulte par exemple de ce principe que l'administration ne peut transiger sur l'exercice de ses compétences. Les compétences sont des pouvoirs dévolus à une autorité dans l'intérêt général et les conventions relatives à leur exercice doivent être considérées comme illicites »[322].

A) L'indisponibilité des compétences

Cette interdiction faite à l'administration de recourir à la transaction pour les litiges portant sur l'exercice de ses compétences découle de quelques jurisprudences éparses délimitant de manière pragmatique un domaine rétif à ce mode de règlement consensuel des litiges. L'administration ne peut ainsi transiger ni sur l'étendue d'une compétence de police[323], ni sur la délimitation du domaine public[324], ni *a fortiori* sur l'aliénation d'une parcelle du domaine public[325]. Dans une formule lapidaire de son étude intitulée *Régler autrement les conflits*, le Conseil d'Etat a fermement exprimé cette interdiction : « les règles générales du contrat s'appliquent à la transaction. C'est ainsi que l'administration ne peut pas renoncer par transaction à exercer ses compétences d'ordre public »[326]. Le Premier ministre en a précisé la signification dans sa circulaire du 6 février 1995 : « les règles relatives à l'organisation de l'Etat, des services publics et des établissements publics sont d'ordre public et ne peuvent donner lieu à transaction. Ainsi, l'administration ne peut pas, par voie transactionnelle, renoncer à une compétence. Il ne lui est, bien sûr, pas permis de réaliser par le biais de la transaction des actions qui sont interdites par la loi [...] Plus généralement, les questions de légalité sont hors du champ de la transaction »[327].

---

[321] Selon l'article 6 du Code civil, « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et aux bonnes mœurs ». Aux termes de l'article 1128 dudit Code, « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions ». L'article 1108 en tire les conséquences et mentionne en tant que conditions de validité des conventions « un objet certain qui forme la matière de l'engagement » et « une cause licite dans l'obligation ». En droit civil, la liberté contractuelle n'est donc pas absolue quant aux obligations contractées. Une transaction ne peut par voie de conséquence être conclue pour régler n'importe quel litige.

[322] Jean-Marie Auby, , « La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.* 1956, I, p 3.

[323] Cons. Préfecture Lille, 18 mai 1953, *Commune de Mouveaux c/ Lagache*, *D.* 1953, 470.

[324] C.E., 20 juin 1975, *Ferrand*, cité par le Premier ministre dans sa circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.* du 15 février 1995, p 2520. Voir aussi l'interdiction des délimitations conventionnelles du domaine public (C.E., 20 juin 1975, *Leverrier*, *Rec. Leb.* 382).

[325] Cass. req., 7 novembre 1892, *D.* 1893, I, 61.

[326] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 62. Le Conseil se contente d'une précision elle aussi lapidaire : « de manière générale, l'incompétence des représentants de l'Etat signataires d'une transaction est d'ordre public » (*ibidem.*).

[327] Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.* du 15 février 1995, p 2520. Le Premier ministre a notamment illustré cette affirmation en précisant que « l'administration ne peut pas transiger en accordant une compensation financière pour permettre le maintien d'une décision illégale. Lorsqu'elle s'aperçoit qu'elle a pris une mesure irrégulière, l'administration a l'obligation de procéder à son retrait, si le délai du recours contentieux n'est pas écoulé ou, pour les actes réglementaires, à son abrogation quel que soit le moment » (*ibidem.*).

Le droit administratif révèle ici sa dimension singulière : l'exercice des compétences est exclu du champ d'application de la transaction comme de tout contrat. L'intérêt général, censé déterminer l'action de l'administration, n'est en effet pas susceptible d'être délimité par une simple transposition de l'exclusion du champ contractuel des choses hors commerce et du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs auxquels l'article 6 du Code civil interdit de déroger. Ce n'en sont pas l'équivalent. Par voie de conséquence, la détermination du champ d'application du contrat administratif - et, *a contrario*, celle de l'interdiction de l'utilisation de l'instrument contractuel - se singularise de celle des contrats de droit privé. En droit administratif, ce champ d'application est notamment caractérisé par l'interdiction de contracter en certaines matières.

Sans envisager ici l'épineuse question de la licéité du recours au contrat entre personnes publiques[328], il faut noter que quelques textes et, surtout, la jurisprudence administrative ont interdit certaines activités de l'administration puissent être réalisées par la voie contractuelle. Selon MM. André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, le fondement de cette interdiction est « l'idée que, dans certains domaines, il convient que la puissance publique définisse elle-même unilatéralement le contenu des situations juridiques, celles-ci ne pouvant sans inconvénient être ''négociées'' et d'autre part qu'elle puisse conserver le pouvoir de modifier ou supprimer ces situations sans être liée par l'existence de ''droits acquis'', tels que ceux que fait naître le contrat »[329].

Le contrat est en premier lieu interdit en matière de fonction publique : Le fonctionnaire est dans une situation légale et réglementaire qu'aucun contrat ne peut modifier[330]. Le statut est défini unilatéralement par le législateur ou l'autorité administrative. Les rapports induits par le statut reposent donc sur une subordination, de sujet de droit (le législateur ou l'autorité administrative) à objet de droit (le fonctionnaire), et non sur une quelconque égalité entre sujets de droits propice au contrat[331]. Le rapport statutaire exclut donc tout contrat entre le fonctionnaire et l'administration à laquelle il est censé « appartenir »[332]. Si la gestion de la fonction publique est caractérisée par la fréquence des négociations entre les pouvoirs publics

---

[328] Voir notamment Jacques Moreau, « Les matières contractuelles », *A.J.D.A.* 1998, p 748. Au delà des exemples de contrats conclus sur habilitation expresse du législateur, l'auteur s'appuie sur une jurisprudence constitutionnelle, à savoir Cons. const. 83-160 DC, *A.J.D.A.* 1984, p 28, note Larvenic, *J.C.P.* 1985, II, 20352, note Labayle, *R.D.P.* 1986, p 395, note Favoreu.

[329] André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1983, tome I, n° 26, p 45.

[330] C.E., 25 octobre 1929, *Portebois*, *D.* 1929, 3, p 57 : « la situation des fonctionnaires, telle qu'elle est fixée par les lois et règlements, ne saurait être modifiée par des accords contractuels », qu'ils portent sur des rapports individuels ou collectifs.

[331] Certes, l'application du statut à un fonctionnaire suppose de la part de ce dernier une manifestation de volonté : « l'acte de nomination est une décision conditionnelle » (Eliane Ayoub, *La fonction publique en vingt principes*, éd. Frison-Roche, 2ème éd., 1998, p 21). Mais l'expression de cette volonté n'a aucune incidence sur le régime juridique des rapports du fonctionnaire et de l'autorité administrative dont il relève. Par voie de conséquence, la volonté n'intervient pas ici en tant que source de droit.

[332] En l'absence de contrat, la sécurité juridique du fonctionnaire est, on le sait, extrêmement réduite : « nul n'a de droits acquis au maintien de son statut » (Eliane Ayoub, *La fonction publique en vingt principes*, opus cité, p 20). La situation juridique du fonctionnaire peut donc être modifié à tout moment pour n'importe quelle cause, dès lors que la hiérarchie des normes (légales, constitutionnelles, internationales le cas échéant) est respectée. Le fait que le fonctionnaire est censé être titulaire de son grade et pas de son emploi n'a ici aucun rapport, dans la mesure où cela ne porte que sur le déroulement de la carrière du fonctionnaire, en application de son statut. Par voie de conséquence, si le fonctionnaire a évidemment droit à l'application à son égard du statut, il n'a pas par contre pas le moindre droit au maintien de ce statut.

et les syndicats de fonctionnaires, la jurisprudence administrative ne reconnaît pas davantage de valeur juridique à ces accords collectifs[333] qu'à l'égard des accords individuels[334].

Le contrat est en deuxième lieu interdit en matière de police administrative. Dans une décision *Commune de Castelnaudary* du 17 juin 1932, le Conseil d'Etat a considéré que « le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration »[335]. Cette jurisprudence a été systématiquement confirmée par la suite, qu'il s'agisse de police administrative générale ou de police administrative spéciale[336]. Pour Jacques Moreau, les pouvoirs de police sont par définition « réfractaires à la technique contractuelle »[337].

Le contrat est en troisième lieu interdit en matière fiscale tant par la Cour de cassation[338] que par le Conseil d'Etat[339]. Cette interdiction s'appuie sur deux ordres de considérations. Certes, « l'illégalité des discriminations et avantages consentis en dehors des cas où la loi l'admet est liée au principe de l'égalité et, là encore, il s'agit d'une règle indépendante de l'emploi du contrat, dépassant cette technique, même s'il arrive quelle soit transgressée par voie d'accords (...) Mais le problème de la possibilité du contrat en matière fiscale ne se limite pas à l'octroi d'avantages au contribuable ; il se pose quel que soit l'objet

---

[333] Pour une présentation récente, Carole Moniolle, « La valeur juridique des protocoles d'accord dans la fonction publique », R.F.D.A. 1999, p 221. Voir annexés à cet article C.E., 19 mars 1997, *Syndicat national indépendant des conducteurs des travaux publics de l'Etat (T.P.E.)* - les stipulations de l'accord Durafour sur la rénovation de la grille des classifications et des rémunérations des trois fonctions publiques ne sont pas opposables à une disposition réglementaire - et C.E., 1er février 1999, *Association syndicale des contractuels du ministère de l'industrie* - ledit protocole d'accord « s'analyse comme un exposé des intentions et des orientations arrêtées par le gouvernement en concertation avec les syndicats signataires ; que ce document est dépourvu de valeur juridique et de force contraignante ».

[334] C.E., 29 juin 1906, *Carteron*, *S.* 1907, III, 97, note Maurice Hauriou reprise in *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, éd. Sirey, 1929, tome 3, p 123 : « un dessinateur attaché au bureau municipal de la voirie passe avec le maire de la commune une convention en vertu de laquelle il entre au service de la ville pour une année au moins. Cette convention n'enlève pas au maire le droit de révoquer cet employé avant l'expiration de l'année. Si le requérant entend se prévaloir de la convention intervenue, ce qui ne pourra être que pour réclamer une indemnité, ce n'est d'ailleurs pas par la voie du recours pour excès de pouvoir qu'il peut faire valoir ses droits » (note précitée, p 124).

[335] C.E., 17 juin 1932, *Commune de Castelnaudary*, *Rec. Leb.* 595, *D.* 1932, 3, 27, concl. Josse. Dans cette affaire, le conseil municipal avait confié à une fédération de propriétaires privés le service de la police rurale, les gardes champêtres, encouragés par le commissaire de police, refusant d'accomplir leurs missions au lendemain des élections législatives.

[336] C.E., 8 mars 1985, *Association Les amis de la Terre*, *R.F.D.A.* 1985, concl. Jeanneney, *A.J.D.A.* 1985, p 382, note Moreau (police des installations classées). Voir, sous l'empire des ordonnances n^{os} 1483 et 1484 du 30 juin 1945, relatives respectivement aux prix et à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique, la jurisprudence citée par MM. André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1983, tome I, n° 31, p 48.

[337] Jacques Moreau, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *A.J.D.A.* 1965, 3.

[338] Cass. civ., 13 mars 1895, *Dreyfus*, *S.* 1895, 1, 465, note Wahl : « la perception des impôts intéresse essentiellement l'ordre public ; elle ne peut donc pas être la matière d'un contrat ».

[339] Parmi de nombreuses illustrations jurisprudentielles, voir notamment C.E., 28 juin 1961, *Compagnie générale*, *Rec. Leb.* 443 : « les accords pouvant éventuellement intervenir entre les contribuables et les agents d'assiette pour fixer les modalités de déclaration et de détermination du bénéfice contraires aux dispositions législatives ou réglementaires ne peuvent en aucun cas créer au profit des contribuables des droits acquis au maintien de ces accords et faire obstacle au droit de l'administration de réclamer le montant (...) des impositions légalement dues ».

précis du contrat et ce n'est plus alors (ou plus seulement) l'égalité fiscale qui est en cause mais la possibilité d'emploi de la technique contractuelle en cette matière »[340].

Le contrat est en quatrième et dernier lieu interdit en ce qui concerne l'exercice de la fonction réglementaire, lorsque l'habilitation législative ne le permet pas expressément. Dans ses conclusions sur la décision *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public du* 20 janvier 1978, Renaud Denoix de Saint-Marc a posé « en règle générale que, lorsqu'une disposition législative a investi une autorité administrative d'un pouvoir réglementaire, cette autorité est tenue d'agir par la voie de l'acte unilatéral et ne peu lui préférer la voie conventionnelle [...] Il ne faut pas en effet que les administrés puissent se prévaloir en ces domaines de droits contractuellement acquis à l'encontre de l'administration. Cette dernière doit au contraire demeurer libre de modifier la réglementation comme elle l'entend et au moment où elle le juge opportun, car nul ne peut prétendre détenir un droit au maintien de cette réglementation »[341]. La mutabilité caractérisant la fonction réglementaire interdit donc logiquement que l'exercice du pouvoir réglementaire puisse faire l'objet de contrats, en l'absence d'habilitation légale spéciale.

Notion fondamentale du droit administratif, la compétence est ambivalente. Prérogative de puissance publique, le pouvoir qui en résulte n'est pas comparable à la capacité en vertu de laquelle les personnes privées peuvent contracter[342]. Lorsque ce pouvoir est censé s'exprimer par des décisions unilatérales, l'exercice de ces compétences est une obligation à laquelle les autorités administratives ne peuvent renoncer *de jure*. A l'égard de l'administration, la compétence constitue alors inséparablement une prérogative de puissance publique et une sujétion exorbitante du droit commun dont elle ne peut abandonner l'exercice de quelque manière que ce soit[343].

Si le recours au contrat pour l'exercice des compétences est donc interdit, cette interdiction vaut *a fortiori* pour les transactions dans l'exacte mesure où elles reposent sur des concessions faites par l'administration, quand bien même elles seraient réciproques. Davantage que la technique contractuelle elle-même, c'est la renonciation à l'exercice des compétences qui fait le cœur de cette interdiction. L'administration commet évidemment une illégalité lorsqu'elle y renonce par la voie unilatérale : il en va ainsi lorsqu'un conseil municipal s'interdit, pour l'avenir, de créer des services publics industriels et commerciaux[344]. Il ne peut pas davantage renoncer à l'exercer lui-même[345]. Mais, comme l'a

---

[340] André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1983, tome I, n° 32, p 49-50.

[341] Concl Renaud Denoix de Saint-Marc sur C.E. Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, *A.J.D.A.* 1979, p 37. Le Conseil d'Etat a annulé la convention entre l'Etat et un établissement privé sur une base légèrement différente, au motifs que ces établissements, leurs maîtres et leurs élèves étaient « placés dans une situation qui, dans la mesure où elle est fixée par les lois et règlements, ne peut faire l'objet d'accords contractuels ».

[342] Jean Rivero l'a démontré : « la capacité que le droit privé reconnaît au particulier est pour lui une faculté pure ; il est seul maître de s'en servir ou de n'en point user, de l'exercer par lui-même ou de charger un autre du soin de l'exercer pour lui. A l'égard de sa capacité, sa volonté est libre. Pour l'agent public, à l'inverse, la compétence définit une obligation ; à l'égard de sa compétence, il n'est pas libre ; renoncer à l'exercer, la déléguer à un autre, lui sont également interdits » (« Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *R.D.P.* 1953, p 287, cité par Valérie Dufau, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif*, éd. L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2000, p 44).

[343] Claude Blumann, *La renonciation en droit administratif*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 114, 1973.

[344] C.E., 9 mars 1951, *Commune de Villefranche-sur-Saône*, *Rec. Leb.* 243.

démontré Valérie Dufau, « le plus souvent la renonciation de l'administration à exercer ses compétences prend la forme d'un contrat passé avec les administrés. Un tel contrat que l'on qualifie de ''pacte sur décision future'' est dépourvu d'effets juridiques, sous réserve du droit pour le cocontractant d'obtenir, dans certains cas, une indemnité pour le préjudice subi »[346]. Les obligations respectives des parties à ces « pactes sur décision future » étant étroitement comparables aux concessions réciproques caractérisant les transactions « préventives », on mesure aisément la portée de leur interdiction[347].

B) L'interdiction de renoncer au recours pour excès de pouvoir

L'interdiction du contrat dans l'exercice des compétences unilatérales détenues par l'administration n'est pas le seul fondement de l'interdiction faite à l'administration de transiger sur les questions de légalité. Une transaction suppose par définition même des concessions réciproques. Si l'administration ne peut renoncer *de jure* à ses compétences, les personnes privées ne peuvent pas davantage renoncer formellement à exercer un recours pour excès de pouvoir, eu égard à la nature de ce recours.

Création prétorienne du juge administratif, ouvert à toute personne intéressée sans que le ministère d'avocat soit obligatoire, le contentieux de l'excès de pouvoir ne porte que sur la légalité des actes administratifs. Il s'agit d'un procès fait à un acte. Le juge administratif est censé se placer à la date à laquelle l'autorité administrative a pris sa décision et vérifier que la hiérarchie des normes a été respectée, c'est-à-dire que la décision contestée ne viole pas une norme de valeur juridique supérieure. Ne disposant pas du pouvoir de substituer son appréciation à celle de l'administration, le juge administratif ne peut qu'annuler, s'il y a lieu, l'acte administratif de la légalité duquel il est saisi. Rétroactive, dans la mesure où l'acte administratif annulé est alors réputé ne jamais avoir existé ou être entré en vigueur,

---

[345] C.E., 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, *Rec. Leb.* , *A.J.D.A.* 1995, p 921, note Braud. Dans cette affaire, le conseil général avait suscité la création d'une association qu'il finançait et à laquelle il avait confié de très nombreuses compétences en matière agricole. Le Conseil d'Etat a considéré que le Conseil général des Alpes Maritimes avait, « en fait, transféré à l'association ''Agriculture 06'' dont il avait suscité la création, l'exercice de compétences en matière agricole qui lui appartenaient en propre » et que « le Conseil général ne pouvait légalement ni se décharger globalement sur une personne de droit privé de ses compétences en matière agricole, ni davantage exercer celles-ci sous couvert d'une structure de droit privé ».

[346] Valérie Dufau, *Les sujétions exorbitantes du droit commun : l'administration sous la contrainte*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2000, p 61. Cet auteur illustre cette affirmation par la décision *Leveneu* (C.E., 5 novembre 1943, *Rec. Leb.* 243) : « aux termes d'un contrat conclu avec une municipalité, un hôtelier avait accepté de participer financièrement à l'achat par celle-ci d'un terrain destiné à devenir la place publique de la ville. En contrepartie, le maire s'était engagé à ne pas empêcher l'accès des voitures à l'hôtel et même à accorder aux clients un stationnement réservé le long du trottoir de l'établissement. Après incorporation de la place dans le domaine public communal, le maire interdit par arrêté tout stationnement sur cette place contrairement aux engagements qu'il avait pris vis-à-vis de l'hôtelier. Ce dernier ayant demandé l'annulation de l'arrêté de police, le Conseil d'Etat repoussa cette demande au motif que l'engagement contractuel pris par la commune ''ne pouvait enlever au maire l'exercice de son pouvoir de police et notamment le droit de réglementer le stationnement sur la voie publique dans l'intérêt général''. La commune fut cependant condamnée à rembourser au cocontractant la somme qu'il avait versée lors de l'achat de la place » (*ibidem.*).

[347] La jurisprudence administrative ne considère pas comme nuls les « pactes sur décision future ». Simplement, puisqu'il s'agit de moyens d'ordre contractuel, il les considère comme inopérants à l'encontre de la légalité des décisions administratives par lesquels l'autorité administrative exerce sa compétence en méconnaissant ledit pacte. Reste que l'attitude de l'administration est alors nécessairement fautive – qu'on l'envisage ou non sur le plan contractuel, c'est-à-dire lorsque le pacte est formalisé – et susceptible d'engager par voie de conséquence sa responsabilité.

l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir est revêtue d'une autorité absolue de chose jugée, c'est-à-dire que toute personne pourra s'en prévaloir. L'étroitesse de l'objet du recours pour excès de pouvoir, limité à la légalité d'une décision, et du pouvoir du juge administratif est équilibrée par la largesse avec laquelle sa recevabilité est appréciée.

Dans la décision d'assemblée *Dame Lamotte* du 17 février 1950, le Conseil d'Etat a solennellement consacré sa valeur de principe général du droit[348]. Par voie de conséquence, une loi formelle est expressément nécessaire pour interdire *a priori* le recours pour excès de pouvoir contre une décision administrative. Peut-on dès lors admettre que des personnes privées renoncent *de jure* au dépôt d'un tel recours pour excès de pouvoir, que cette renonciation leur soit opposable et que le caractère définitif d'une telle renonciation rende irrecevable le recours qu'elle intenterait malgré tout ?

La jurisprudence administrative a clairement rejeté une telle perspective. Le recours pour excès de pouvoir est un recours d'ordre public : « on ne peut pas renoncer à demander l'annulation d'une décision illégale, en ce sens que la renonciation ne serait pas opposable à celui qui l'aurait faite, et qui peut toujours revenir sur elle. En d'autres termes, l'acquiescement donné à une décision ne met pas fin au droit de la contester. Et le juge ne saurait en tenir compte »[349]. Le caractère inopérant d'une renonciation à exercer un recours pour excès de pouvoir est consacré par la jurisprudence que la renonciation ait été préalable à la décision[350], qu'elle se soit traduite par un désistement en cours d'instance – le retrait d'un désistement n'est toutefois possible que dans la mesure où le juge de l'excès de pouvoir n'a pas encore statué[351] - ou qu'elle soit postérieure au jugement et porte sur le bénéfice de la chose jugée[352]. Dans tous les cas, celui qui a renoncé à exercer un recours pour excès de pouvoir peut revenir sur sa renonciation.

Cela étant, l'absence de la reconnaissance du moindre effet à une renonciation à un recours pour excès de pouvoir ne concerne que les renonciations *de jure* : « dans la mesure où il s'agit d'un droit et non d'un devoir, [...] il est toujours possible d'y renoncer *de facto*. Il suffit de s'abstenir »[353].

De l'interdiction pour l'administration de renoncer aux compétences qu'elle doit exercer unilatéralement à l'impossibilité pour une personne de renoncer définitivement à intenter un recours pour excès de pouvoir, il découle qu'une transaction en ces domaines est

---

[348] C.E. Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, *Rec. Leb.* 110, *R.D.P.* 1951, p 478, concl. Delvolvé, note Waline, repris in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. « le recours pour excès de pouvoir [...] est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et [...] a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ».

[349] René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat, 7ème éd., 1998, n° 256, p 190.

[350] C.E., 13 février 1948, *Louarn*, *Rec. Leb.* 79 ; C.E. Ass., 19 novembre 1955, *Andréani*, *Rec. Leb.* 551, *Dr. adm.* 1956, p 25, concl. Landron ; C.E., 13 octobre 1961, *Dame Weizdorfer*, *Rec. Leb.* 654 ; C.E., 14 février 1968, *Bosquier*, *Rec. Leb.* 117 ; C.A.A. Paris, 30 décembre 1996, *Boyer c/ Commune de Boulogne-Billancourt*, *J.C.P.* 1997, II, 22871, note Victor Haïm.

[351] C.E. Ass., 21 avril 1944, *Société Dockès frères*, *Rec. Leb.* 120 ; C.E., 19 avril 1950, *de Villèle*, *Rec. Leb.* 214 ; C.E., 19 novembre 1958, *Butori*, *A.J.D.A.* 1958, II, p 450, concl. Bertrand.

[352] C.E. Sect., 13 juillet 1967, *Ecole privée de filles de Pradelles*, *Rec. Leb.* 339, *A.J.D.A.* 1968, p 344, note Dupeyroux, *D.* 1968, p 431, note Voisset, *R.D.P.* 1968, concl. Bertrand ; C.E., 2 février 1972, *Dame Minuit-Baladut de Saint-Jean*, *Rec. Leb.* 106, *A.J.D.A.* 1973, p 54, *R.D.P.* 1972, p 1531, note Waline ; C.E., 25 mai 1979, *Mme Toledano-Abitbol*, *Rec. Leb.* 228, *D.* 1979, IR, p 387, obs. Delvolvé, *R.D.P.* 1979, p 1518; C.E., 19 décembre 1986, *Binard*, *Dr. adm.* 1987, n° 123 ; C.E., 27 septembre 1989, *Ville de Valauris*, *Rec. Leb.* 881.

[353] Note Victor Haïm sous C.A.A. Paris, 30 décembre 1996, *Boyer c/ Commune de Boulogne-Billancourt*, *J.C.P.* 1997, II, 22871.

strictement impensable en droit. Les concessions réciproques qu'elle pourrait comprendre étant juridiquement considérées comme inopérantes, elle ne pourrait pas être qualifiée de transaction – c'est la raison pour laquelle on a parlé notamment de « pacte sur décision future » - et ne serait par voie de conséquence susceptible de produire aucun des effets attachés à cette qualification de transaction.

C) Les régimes spéciaux de transactions

Le législateur peut expressément autoriser l'administration à utiliser la transaction pour exercer certaines de ses compétences. Il est toutefois nécessaire d'opérer une distinction radicale entre le régime « normal » de la transaction en matière administrative, indépendamment de la question de sa nature juridique contractuelle, et ces régimes spéciaux. Les transactions soumises à ces régimes spéciaux dérogent dans une très large mesure au droit « commun » de la transaction en matière administrative. Tout amalgame court le risque d'être abusif et générateur de contresens.

On peut présenter rapidement quelques uns de ces régimes spéciaux. Ils portent tous sur l'exercice par l'administration d'une fonction d'ordre répressif.

La transaction est définitivement autorisée en matière de pénalités fiscales depuis les ordonnances des 30 janvier et 13 février 1882[354]. Ne concernant initialement que les pénalités relative aux contributions indirectes et taxes sur le chiffre d'affaires, la loi du 27 décembre 1963 a étendu leur champ d'application à celles relatives aux contributions directes. Le régime de cette transaction est actuellement défini par les articles L. 247 et suiv. du Livre des procédures fiscales, toute référence aux dispositions du Code civil ayant disparu depuis la loi du 27 décembre 1963[355]. L'administration dispose d'une part du pouvoir de prononcer elle-même des pénalités fiscales, d'autre part de celui d'engager les poursuites devant les

[354] Ainsi que l'a précisé Géraldine Chavrier, « avant cette date, cette faculté avait été si fortement controversée que de nombreux textes permissifs ou répressifs s'étaient intercalés : la loi du 4 germinal an II a interdit "toute transaction [...] avant ou après jugement" en matière fiscale, un décret du 23 brumaire an III l'a réintroduite et un décret du 18 octobre 1810 a limité son champ d'application » (« Réflexions sur la transaction administrative », *R.F.D.A.* 2000, n° 3, p 548-549, note 3).

[355] Les dispositions antérieures reprenaient partiellement les termes mêmes de l'article 2052 du Code civil.

juridictions pénales du fait de la commission d'infractions fiscales[356]. Elle peut transiger sur l'exercice de l'un ou l'autre de ces pouvoirs[357].

L'adoption d'une transaction fiscale est étroitement encadré par les textes : après notification du résultat de la vérification par l'agent, « la demande établie sous la forme d'une simple lettre doit être adressée par le contribuable au service des impôts territorialement compétent. L'administration doit accuser réception de la demande en précisant les coordonnées du responsable de l'instruction. La décision de l'administration est prise, selon le montant de la somme faisant l'objet de la demande, par le directeur départemental des services fiscaux (inférieur à 750 000 F), par le directeur régional (inférieur à 1 100 000 F), par le directeur général (inférieur à 1 750 000 F) et par le ministre des finances dans les autres cas. Si les décisions relèvent du directeur général ou du ministre, l'avis du comité du contentieux fiscal, douanier et des changes est requis. Ce comité, sous la présidence d'un conseiller d'Etat, comprend des conseillers d'Etat et des conseillers-maîtres à la Cour des comptes répartis en quatre sections soit en tout douze membres. Le comité invite le contribuable à produire des observations écrites dans un délai de trente jours. Le contribuable peut également présenter des observations orales. Il a le droit de se faire assister ou représenter par un conseil ou un représentant de son choix. L'avis du comité n'est pas communiqué au contribuable. Il est adressé par le président à l'autorité qui l'a saisi, c'est-à-dire le ministre ou le directeur général. Les décisions prises par le directeur départemental ou régional sont susceptibles de recours devant le directeur général [...] Une particularité existe en matière de contributions indirectes, où les demandes de transaction [...] sont soumises à l'accord de principe de l'autorité judiciaire si une action judiciaire a été mise en mouvement par l'administration ou le ministère public »[358].

---

[356] Selon Cyrille David, « en pratique, toutefois, l'administration n'accorde jamais aucune transaction (sauf en matière de contributions directes) après le dépôt de la plainte pour soustraction frauduleuse à l'impôt, bien qu'elle en ait le pouvoir » (Cyrille David, Olivier Fouquet, Bernard Plagnet, Pierre-François Racine, *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Dalloz, 3ème éd., 2000, p 833-834). Voir, à l'appui de cette affirmation, la bibliographie citée par ces auteurs : A Debocq, « La procédure pénale en matière fiscale », 3e colloque de la Société française de droit fiscal, P.U. Aix-Marseille, 1981 et J.-F. Dupré, *La transaction en matière pénale*, Litec, 1977, p 9 et 32.

Telle est aussi l'opinion de Francis Kernaleguen selon lequel l'administration fiscale s'abstient, « par pure opportunité, de consentir des transactions portant sur les pénalités relatives à des impositions qui ont déjà donné lieu au dépôt d'une plainte pour fraude fiscale ou pour lesquelles le dépôt d'une telle plainte est envisagé » (« Le juge de la fraude fiscale », *Regards sur la fraude fiscale*, Economica, coll. Travaux et recherches, 1986, cité in Evelyne Serverin, Pierre Lascoumes, Thierry Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles : sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, Economica, 1987, p 220).

[357] En ce qui concerne les pénalités fiscales, l'article L. 247 du Livre des procédures fiscales dispose que « l'administration peut accorder sur la demande du contribuable : [...] 3° par voie de transaction, une atténuation d'amendes fiscales ou de majorations d'impôts lorsque ces pénalités et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent ne sont pas définitives ».

En ce qui concerne les infractions fiscales, l'article L. 248 dispose qu'elles « peuvent faire l'objet de transactions avant mise en mouvement d'une action judiciaire ou dans les conditions fixées à l'article L. 249 avant jugement définitif », c'est-à-dire après accord de l'autorité judiciaire. Cette dernière est, soit le ministère public lorsque l'infraction est passible d'amendes et de peines, soit le président de la juridiction lorsque l'infraction est seulement passible d'amendes.

[358] Jacques Grosclaude, Philippe Marchessou, *Procédures fiscales*, Dalloz, coll. Cours, 1998, n° 186, p 172-173. Ces auteurs précisent encore que la décision de l'administration fiscale refusant de transiger « est susceptible d'être déférée au juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir, mais la portée de celui-ci apparaît limitée. Le contrôle externe s'exerce dans les conditions de droit commun sur la compétence de l'auteur de la décision et les formes de celle-ci. En revanche, le contrôle interne n'est que le contrôle minimum, qui ne peut consister qu'en la recherche d'un détournement de pouvoir, d'une erreur de droit ou de fait ou d'une erreur manifeste d'appréciation » (*ibidem.*). L'annulation d'une décision administrative refusant de transiger n'aurait

La particularité de la transaction réside dans la teneur des concessions réciproques auxquelles les parties sont censés s'engager. L'article L. 251 du Livre des procédures fiscales dispose en effet que « lorsqu'une transaction est devenue définitive, après accomplissement des obligations qu'elle prévoit et approbation de l'autorité compétente, aucune procédure contentieuse ne peut plus être engagée ou repris pour remettre en cause les pénalités qui ont fait l'objet de la transaction ou les droits eux-mêmes ». La nature des concessions caractérisant la transaction fiscale est de ce fait fondamentalement originale. Comme l'a parfaitement résumé le commissaire du gouvernement Bissara, « l'objet de la transaction fiscale est essentiellement de mettre fin au litige relatif à l'imposition principale dont le montant lui-même n'est pas affecté par la transaction et dont les pénalités constituent l'accessoire [...] D'une certaine manière, la réduction transactionnelle des pénalités représente le ''prix'' que l'administration accepte de payer pour mettre fin au litige relatif à l'imposition principale et aux pénalités accessoires »[359].

Du point de vue du contribuable ayant fait l'objet d'un contrôle, qu'il s'agisse d'une vérification de comptabilité ou d'un examen contradictoire de sa situation fiscale, l'intérêt de conclure une transaction ne peut consister qu'en une réduction du montant des pénalités dont le paiement peut lui être imposé. Pour l'administration, l'intérêt de la transaction n'est pas véritablement de régler le litige relatif aux pénalités - seul objet dont elle peut disposer pour accorder une concession et sur lequel doit exclusivement porter la transaction - mais d'éteindre toute contestation relative à l'imposition principale, conformément à l'article L. 251 du Livre des procédures fiscales.

A l'instar de l'ensemble du droit fiscal, le régime juridique de la transaction fiscale, on le voit, est fondamentalement inégalitaire[360]. Le contribuable ne peut qu'accepter l'offre de transaction qui lui est faite sans pouvoir l'assortir de la moindre condition[361]. S'il existe bien

---

par ailleurs pas pour conséquence d'imposer par elle-même à l'administration fiscale de conclure une transaction.

[359] Concl. Bissara sur C.E. Sect., 21 septembre 1983, *Société des établissements Prévost*, *Rec. Leb.* 382. Dans cette affaire, la société avait fait l'objet d'une vérification de comptabilité aux termes de laquelle l'agent instructeur lui avait notifié un redressent de taxe sur la valeur ajoutée de 261 330,90 F - auquel il fallait encore ajouter l'indemnité de retard – et de pénalités fixées à 219 388,25 F, montant que l'administration fiscale proposait de réduire à 190 000 F. Le contribuable a évidemment sollicité la conclusion d'une transaction pour bénéficier de cette réduction des pénalités. Quelle ne fut pas sa surprise de recevoir en deux exemplaires un projet de transaction mentionnant seulement 190 F de transaction. Il les signa immédiatement et les renvoya au directeur de l'administration fiscale qui les signa sans y prêter la moindre attention. La transaction étant alors conclue, elle est devenue définitive après le paiement – qui n'a pas tardé – des 190 F de pénalités par le contribuable. Se rendant compte six mois plus tard de son erreur, l'administration fiscale a proposé au contribuable une nouvelle transaction portant sur 190 000 F de pénalités. Devant son refus, elle a mis en recouvrement les pénalités pour le montant qu'elle avait initialement fixé (219 388,25 F). Le Conseil d'Etat a bien évidemment annulé cet avis de mise en recouvrement et déchargé la société de toute pénalité.

[360] La mise en œuvre des pouvoirs dont dispose l'administration fiscale révèle cependant qu'elle se refuse – ou qu'il lui est refusé – de produire pleinement ses effets. Au point que Muriel Trémeur a pu qualifier la politique de lutte contre la fraude fiscale, telle qu'elle est concrétisée dans les contrôles, de simple « apparence » (*La politique publique du contrôle fiscal : analyse rétrospective sur les deux dernières décennies*, Economica, coll. Finances publiques, 1993, p 204).

[361] C.E., 12 décembre 1990, *M. Dumas*, *Rec. Leb.* , *R.J.F.* 1991, p 135, *Dr. fisc.* 1991, c. 1388, concl. Fouquet. Dans cette affaire, le contribuable avait repris, dans sa demande de transaction, les propositions du vérificateur en matière d'impôt sur le revenu, mais les avait assorties d'une réserve tenant à l'attente d'un jugement du tribunal administratif en matière de taxe sur le chiffre d'affaires. Bien que le directeur de l'administration fiscale ait signé le projet de transaction, le juge administratif a estimé qu'une transaction ne pouvait être conclue dans la mesure où le directeur n'avait pas expressément repris à son compte la réserve faite par le contribuable.

une réciprocité des concessions, elles sont sans commune mesure[362]. Le contribuable s'est en effet de la sorte engagé à régler les pénalités et, surtout, l'imposition principale en renonçant à toute contestation sur leur assiette. S'il ne s'exécute pas spontanément, l'administration fiscale peut, sur la base de la transaction, mettre en œuvre en toute sécurité les procédés de recouvrement exorbitants du droit commun dont elle dispose. La transaction fiscale est donc paradoxalement un remarquable instrument de recouvrement des recettes fiscales, qu'elle soit exécutée par le contribuable, convaincu « de s'en être bien sorti » et désireux d'en finir au plus vite avec cette épreuve, ou qu'elle assure la sécurité juridique du recouvrement forcé[363].

Fondamentalement inégalitaire, la transaction fiscale l'est d'autant plus qu'elle constitue pour l'administration une simple faculté. Par voie de conséquence, la proposition qu'elle peut faire en ce sens et, *a fortiori*, l'approbation qu'elle accorde constitue une « faveur »[364] faite au contribuable. D'autant plus que, comme les remises gracieuses, les décisions de conclure ou non une transaction n'ont pas à être motivées[365].

La transaction est encore autorisée en matière douanière, de manière étroitement comparable à celle selon laquelle l'administration fiscale peut transiger sur les infractions pénales prévues par le Code général des impôts. L'article 350 du Code des douanes dispose ainsi que « l'administration des douanes est autorisée à transiger avec les personnes poursuivies pour infraction douanière ou pour infraction douanière à la législation et à la réglementation relatives aux relations financières avec l'étranger »[366]. Son application doit

---

[362] Dans ses conclusions précitées sur la décision *Société des établissements Prévost* du 21 septembre 1983, le commissaire du gouvernement précisait que « l'appréciation de la valeur relative de ces concessions est très délicate sinon impossible. Contrairement à ce que l'administration soutient à longueur de mémoire, le simple fait qu'un contribuable a cru devoir transiger n'établit pas qu'il n'aurait pu faire triompher ses droits au contentieux ni quel 'administration ait été absolument assurée des siens » (Concl. Bissara sur C.E. Sect., 21 septembre 1983, *Société des établissements Prévost*, *Rec. Leb.* 381-382).

[363] La fréquence avec laquelle l'administration fiscale transige le démontre d'ailleurs. Comme l'a précisé le Conseil d'Etat, « la direction générale des impôts conclut entre 15 000 et 20 000 transactions fiscales chaque année. Ce nombre est important car il s'ajoute aux décisions gracieuses et porte sur une assiette relativement restreinte dans la mesure où seules les pénalités (à l'exclusion des droits) peuvent juridiquement faire l'objet de transactions » (*Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 65).

[364] Jean-Claude Ricci, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, P.U. Aix-Marseille, 1977, p 338.

[365] Comme le précise Thierry Lambert, « dans son principe, la transaction prend en compte la situation financière personnelle ou familiale des contribuables intéressés. Dans ces conditions et en raison d'une jurisprudence ancienne, quels qu'en soient le sens et la portée, les décisions prises par la juridiction gracieuse n'ont pas à être motivées » (Evelyne Serverin, Pierre Lascoumes, Thierry Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles : sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, Economica, 1987, p 224). En droit fiscal, l'expression de juridiction gracieuse recouvre les remises et transactions effectuées à titre gracieux, selon les termes mêmes du Chapitre III du Titre III du Livre des procédures fiscales.

[366] L'article 350 du Code des douanes précise que l'administration des douanes est autorisée à transiger dans le cadre de « l'application des dispositions suivantes :

> *a)* Lorsque aucune action judiciaire n'est engagée, les transactions excédant les limites de compétence des services extérieurs de l'administration des douanes doivent être soumises pour avis au comité du contentieux fiscal, douanier et des changes prévu à l'article 460 du présent Code.
>
> *b)* Après mise en mouvement par l'administration des douanes ou le ministère public d'une action judiciaire, l'administration des douanes ne peut transiger que si l'autorité judiciaire admet le principe d'une transaction.
>
> L'accord de principe est donné par le ministère public lorsque l'infraction est passible à la fois de sanctions fiscales et de peines, par le président de la juridiction saisie, lorsque l'infraction est passible seulement de sanctions fiscales.

fréquemment être combinée avec l'article 404 dudit Code aux termes duquel « les propriétaires des marchandises sont responsables civilement du fait de leurs employés en ce qui concerne leurs droits, confiscations, amendes et dépens ». Il s'ensuit que « la transaction accordée par l'administration à la personne morale civilement responsable de son préposé met fin aux poursuites contre celui-ci »[367].

On retrouve à l'égard des transactions douanières, une évidente inégalité entre le redevable et l'administration, qui dispose encore d'un remarquable pouvoir discrétionnaire. Concrètement, « tout se passe comme si, dans les situations délictueuses repérées, l'administration opérait un tri entre les dossiers relevant du tribunal correctionnel et ceux qu'elle entend régler par elle-même. Cette définition différentielle des gravités combine des critères relatifs aux faits et à leurs auteurs qui conduit à distinguer entre deux types d'atteintes : - atteinte à l'ordre public général pénalement sanctionnable ; - atteinte à l'ordre public économique, administrativement régulable »[368]. De cette construction des infractions, l'administration tire des conséquences quant à ses modes d'action. Alors que les atteintes à l'ordre économique font massivement l'objet de transaction, les atteintes à l'ordre public général sont au contraire renvoyées aux juridictions pénales. Comme en droit fiscal, la transaction douanière constitue une source évidente de rupture, assumée par le droit, d'égalité entre les redevables.

Il n'est sans doute pas nécessaire de multiplier les exemples. Situées en marge du droit pénal, la plupart des textes conférant à une administration le pouvoir d'engager l'action publique et d'entamer les poursuites relatives à des infractions pénales lui reconnaissent par ailleurs la faculté de transiger avec l'auteur de l'infraction[369]. Leur conclusion - ou, le cas échéant, la tolérance momentanée de comportements irréguliers dont l'administration est informée et aux auteurs desquels elle laisse un laps de temps pour se conformer à la règle de droit – est bien plus fréquente que la répression : ainsi, « dans son rapport publié en 1984, la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat notait que les infractions aux législations techniques sanctionnées par des dispositions pénales n'étaient pas ou peu réprimées. Elle relevait que les infractions à ces législations ne sont pas ou peu constatées, par manque de moyens ou parce que les agents chargés de les constater sont peu enclins à le faire et que, lorsqu'elles le sont, c'est la sanction qui fait défaut, soit parce que le dossier n'est pas transmis à l'autorité judiciaire, soit parce que ces affaires font l'objet d'un classement sans suite, l'autorité judiciaire donnant la priorité à d'autres affaires jugées plus importantes [...]

---

c) Après jugement définitif, les sanctions fiscales prononcées par les tribunaux ne peuvent faire l'objet de transaction. »

[367] *Code des douanes*, commenté et annoté par B. de Mordant de Massiac, Litec, 1999, p 160. La jurisprudence correspondante est un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 13 décembre 1993, *Bull. crim.* n° 384, p 958. Cet auteur précise en outre que « les effets de la transaction accordée à une personne morale s'étendent à son représentant légal poursuivi en cette seule qualité pour le même fait de fraude (Cass. crim., 20 janvier 1992, *Bull. crim.* n° 18, p 42) » (*ibidem.*).

[368] Evelyne Serverin, Pierre Lascoumes, Thierry Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles : sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, Economica, 1987, p 190.

[369] Comme l'a notamment mentionné Jean-Jacques Bienvenu, « l'action publique née de la commission d'un délit ne peut être l'objet d'une transaction mais des dispositions législatives spéciales permettent aux diverses administrations de transiger sur l'amende et d'éteindre ainsi l'action publique. On citera l'article L. 248 du Livre des procédures fiscales, l'article 350 du Code des douanes, l'article 105 du Code forestier, l'article 22 de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation et à la répression des infractions à la législation économique » (*Répertoire de contentieux administratif*, V° « Transaction », n° 22, p 2). L'ordonnance du 30 juin 1945 a été abrogée par l'article 57 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

ces considérations n'ont pas perdu de leur portée »[370]. Sinon des transactions formelles, du moins des pratiques d'ordre transactionnelles caractérisent l'action des autorités administratives compétentes pour engager des poursuites pénales.

Quant aux sanctions administratives que peuvent infliger certaines autorités administratives, il est certes rarissime que les textes les réglementant reconnaissent à l'administration la faculté de transiger. Mais les pratiques transactionnelles y sont courantes.

Pierre Lascoumes l'a clairement démontré à partir de l'exemple des inspecteurs des installations classées pour la protection de l'environnement, qui sont notamment chargés à la fois de promouvoir le développement économique et de contrôler l'application de la loi du 19 juillet 1976, soit en proposant au préfet de sanctionner une installation méconnaissant les conditions auxquelles son fonctionnement est soumis, soit en dressant procès-verbal d'infraction et de le transmettre au juge pénal. Malgré l'importance de ces pouvoirs, « la dimension sanctionnatrice des activités de l'inspection demeure très limitée. En sanctionnant, les inspecteurs ne font qu'officialiser leurs propres limites dans le travail de gestion-régularisation des situations irrégulières. Dresser un procès-verbal, à plus forte raison le transmettre, demander une sanction administrative ou pénale ne prend sens que dans une stratégie de persuasion ; au pis, il s'agit d'un constat d'échecs répétés et surtout d'une décision susceptible de casser toute relation avec l'administré »[371]. Les services chargés de déclencher le processus répressif ou de le mettre en œuvre directement sont généralement chargés d'autres attributions entre lesquelles ils essaient de dégager un équilibre. Entre ces objectifs correspondant à ces attributions, ces administrations cherchent donc à opérer une conciliation.

Dans ce cadre, les objectifs, résultant de la combinaison de ceux inhérents aux différentes missions qui leurs sont confiées, peuvent paradoxalement être considérés comme globalement satisfaits lorsque ces services n'ont pas besoin d'utiliser concrètement les instruments d'ordre répressif à leur disposition. En ce qui concerne les inspecteurs des installations classées s'est ainsi opéré un « changement de signification du procès-verbal produit par la pratique. Il n'est en principe qu'un simple constat, l'officialisation d'une accusation portée par l'administration vis-à-vis d'une situation irrégulière. Mais, dans la logique de surveillance administrative, le sens de cet acte est modifié, passant de la simple dénotation d'un état de fait à un pré-jugement. Il est en effet conçu comme une quasi-sanction. Sa réalisation n'est pas un acte simple susceptible d'ouvrir une poursuite judiciaire après transmission au parquet. Au lieu d'être l'amorce d'une procédure sanctionnatrice, il est, au contraire, fréquemment réinterprété en tant que clôture d'une séquence de régularisation administrative, l'officialisation d'un désaccord persistant. Cette pièce vient alors nourrir le dossier de l'administré où on la laisse hiberner. Au mieux, elle constituera un moyen de pression pour une phase de négociation ultérieure »[372].

---

[370] Conseil d'Etat, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1995, p 70-71.

[371] Pierre Lascoumes, *L'éco-pouvoir : environnements et politiques*, La Découverte, coll. Textes à l'appui / série écologie et société, 1994, p 163. Pour une analyse de la signification sensiblement différente des transactions opérées par les directions départementales de l'agriculture, voir Evelyne Serverin, Pierre Lascoumes, Thierry Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles : sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, Economica, 1987, pp. 204-217.

[372] Pierre Lascoumes, *L'éco-pouvoir : environnements et politiques*, La Découverte, coll. Textes à l'appui / série écologie et société, 1994, p 164.

Que la faculté de conclure des transactions soit ou non expressément conférée aux autorités administratives chargées d'exercer des compétences d'ordre répressif, leurs pratiques sont presque systématiquement orientées dans des démarches transactionnelles. L'ampleur de l'exception ainsi faite à l'interdiction de la transaction pour l'exercice des compétences administratives est réelle et significative.

Conclusion - La portée de la transaction dans le règlement des litiges intéressant l'administration est considérable, même si elle n'est évidemment pas absolue. Fréquemment pratiquée par les administrations, la transaction obéit à un régime méconnu par la doctrine. Il est évident que la procédure à travers laquelle les démarches transactionnelles doivent être menées peut être aménagée pour en faciliter la conclusion. Par-delà la complexité résultant de l'inévitable transposition des règles du Code civil en matière administrative et du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, la transaction ne connaît guère comme limite que celles résultant de l'indisponibilité, pour les autorités administratives, des compétences qu'elles doivent exercer à titre unilatéral.

S'il ne saurait être question de remettre en cause cette limite au champ d'application de la transaction, dans l'exacte mesure où le contentieux de l'excès de pouvoir constitue une garantie fondamentale dont disposent les citoyens pour déclencher un contrôle juridictionnel de l'administration, force est de reconnaître que les dérogations légales sont nombreuses en matière de répression administrative et de participation de l'administration à la répression pénale et que l'utilisation ainsi faite de la transaction est importante.

Au point que, lorsque la faculté de transiger n'est pas reconnue aux autorités administratives chargées d'exercer de telles fonctions, celles-ci ne les mettent guère en œuvre. Elles les utilisent comme des ressources potentielles dans le cadre de pratiques d'ordre transactionnel à l'égard des destinataires de leur action. Aussi serait-il nécessaire de clarifier cette situation. Il serait évidemment envisageable de fixer les conditions permettant de concrétiser l'interdiction de la transaction et surtout, à travers elle, des démarches qui s'y apparentent. Il faudrait alors vraisemblablement mettre fin au cumul des missions caractérisant la plupart des autorités chargées, notamment, de réprimer des comportements. Il est évident que si les autorités chargés d'une telle répression n'avaient pas à exercer d'autres activités, il n'y aurait plus d'interférence avec ces dernières. La répression serait alors effective et l'interdiction faite, le cas échéant, de recourir à la transaction, serait garantie.

On peut encore envisager une autre évolution. Si de nombreux services administratifs chargés, entre autres, de réprimer des comportements exercent cette mission dans le cadre de démarches d'ordre transactionnel, il serait possible de formaliser ces démarches et de les transformer en de véritables transactions. Resterait alors à déterminer la manière dont les intérêts des tiers pourraient être garantis ...

CHAPITRE II – LA MEDIATION, LA CONCILIATION ET L'ARBITRAGE EN MATIERE ADMINISTRATIVE

La médiation, la conciliation et l'arbitrage en matière administrative nous retiendront moins que la transaction. D'apparition récente ou d'application rarissime en droit administratif, la conciliation, la médiation et l'arbitrage ont attiré l'attention de la doctrine et, contrairement à la transaction, il existe de nombreuses études ou monographies portant sur l'un ou l'autre de ces modes de règlement des litiges.

Au-delà de la dimension consensuelle qui leur est inhérente, la médiation, la conciliation et l'arbitrage sont caractérisés par une remarquable hétérogénéité, à tel point que les profanes les perçoivent davantage comme une nébuleuse que comme un ensemble composé de procédés juridiques autonomes, si ce n'est nécessairement indépendants les uns des autres, et rationnels. Leur distinction à ce stade n'est pourtant pas trop difficile. La conciliation et la médiation constituent des procédures caractérisées par l'intervention d'un tiers, même si sa présence dans la conciliation est soumise à débat et la portée de son intervention sujette à variation. La doctrine est partagée sur le point de savoir si la conciliation et la médiation doivent ou non être distinguées l'une de l'autre et, le cas échéant, sur les critères pertinentes pour ce faire. Les distinctions théoriques et les controverses correspondantes ne doivent toutefois pas être exacerbées. Les ambiguïtés textuelles et la complexité, voire la confusion, des pratiques démontrent que la recherche même d'une distinction entre médiation et conciliation peut rapidement se révéler spécieuse, peu opérationnelle et par voie de conséquence insignifiante[373]. L'essentiel réside dans la dimension consensuelle de ces procédures et de la nature du règlement du litige qu'ils sont susceptibles de générer.

Constituant des simples procédures, l'exercice de la médiation ou de la conciliation ne peut absolument pas garantir aux litigants l'extinction systématique de leurs conflits. Paradoxalement, cette faiblesse constitue vraisemblablement pour les parties une garantie du caractère consensuel du règlement du litige susceptible d'en découler. La précarité des résultats de la médiation et de la conciliation apporte donc aux parties une remarquable sécurité. L'ambivalence est au cœur de ces modes alternatifs de règlement des litiges.

L'arbitrage, par contre, obéit à une logique différente, dans la mesure où il désigne à la fois une procédure et son résultat, c'est-à-dire plus précisément un acte de nature juridictionnelle. Sa mise en œuvre comporte nécessairement une dimension consensuelle préalable, puisqu'un arbitrage ne peut être engagé qu'après que les parties aient inséré une clause compromissoire dans le contrat les liant ou conclu un compromis sur le litige qui les oppose. Au-delà pourtant du consensus initial, le règlement d'un litige par arbitrage revêt indéniablement une dimension autoritaire : l'arbitre instruit le litige et impose aux parties une solution. Compte tenu des pouvoirs que les parties confèrent ainsi à l'arbitre, on est alors au point ultime de la logique consensuelle caractérisant les modes alternatifs de règlement des litiges.

---

[373] A tel point qu'il a même été envisagé de fondre la médiation et la conciliation en tant que mode de règlement des litiges en une seule catégorie, sous une seule dénomination, en réservant l'autre à d'autres fonctions que le règlement des litiges. Telle est notamment la conviction de Michèle Guillaume-Hofnung. (notamment " La médiation ", *A.J.D.A.* 1997, p 30). Cet estime désigne sous le vocable " conciliation " tous les modes contractuels de résolution des litiges par un tiers. Elle réserve le vocable de " médiation " aux interventions de tiers dans les rapports non litigieux entre les diverses catégories de personnes (administration et usagers, etc.).

Tous trois caractérisés par l'intervention d'un tiers par rapport aux parties, la médiation, la conciliation et l'arbitrage doivent être clairement distingués en eux-mêmes. S'ils sont tous caractérisés par leur dimension consensuelle, l'intensité de cette dernière est différente dans l'un et l'autre cas. D'application récente ou rarissime en matière administrative, les difficultés qu'ils y rencontrent ne sont pas identiques. Alors que la médiation et la conciliation sont simplement accessoires en droit administratif ou en marge des activités administratives, l'arbitrage est tellement exceptionnel qu'il peut presque y être considéré comme inexistant. Par voie de conséquence, les difficultés de leurs transpositions en matière administrative ne peuvent être appréciées de la même manière. Il existe donc une différence radicale entre ces modes de règlement des litiges intéressant – ou susceptibles d'intéresser – l'administration et il est nécessaire d'opérer une distinction entre la médiation et la conciliation d'une part (**Section 1**), l'arbitrage d'autre part (**Section 2**).

Section 1 : La conciliation et la médiation administratives

Paradoxalement, la transaction constitue la matrice de la médiation et de la conciliation, l'aune à la mesure de laquelle il est possible d'en distinguer les caractères et de les apprécier. Selon les dispositions du Code civil, la transaction constitue un contrat spécial dont l'objet est précisément le règlement d'un litige né ou à naître. La transaction est légalement définie que comme un acte doté d'un *instrumentum*, auquel le Code civil accorde des effets sur le litige dont la production a été subordonnée par la jurisprudence à une substance particulière, les concessions réciproques. En l'absence de procédure spécialement applicable à sa conclusion, une transaction peut être négociée librement et l'on reste donc cantonné *a priori* dans le registre des simples pratiques.

Pourtant, il est évident que la démarche transactionnelle - le *negotium*, c'est-à-dire la manière dont un acte est adopté - n'est pas indifférente à la réussite ou à l'échec d'une tentative de transaction. Un tel contrat peut être, soit le produit d'une négociation directe entre les parties au litige, soit le produit de l'intervention d'un tiers. Dans ce dernier cas de figure, l'essence de cette intervention extérieure réside, d'une part dans la confiance que les parties accordent au tiers, notamment en ce qui concerne son impartialité, d'autre part en la recherche par ce tiers de l'établissement d'un accord entre les parties quant aux difficultés qui les séparent, d'autre part en son absence de caractère autoritaire de la solution dégagée qui reste en tout état de cause dépendante de la seule volonté des parties.

Dès lors, les procédures caractérisées par l'intervention d'un tel tiers peuvent être qualifiées de transactionnelles[374], qu'elles aboutissent ou non à la conclusion d'une transaction formelle, c'est-à-dire à un *instrumentum* satisfaisant aux conditions posées par le Code civil et la jurisprudence[375]. Les pratiques transactionnelles peuvent en effet aboutir à un

[374] Evelyne Serverin, Pierre Lascoumes, Thierry Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles : sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, Economica, 1987.

[375] Les pratiques transactionnelles peuvent aboutir à un accord ne comportant pas de concessions réciproques ne méritant par voie de conséquence pas la qualification de transaction. Il s'agit alors d'un simple procès-verbal de conciliation, d'ordre contractuel, voire d'un désistement d'action ou d'instance, c'est-à-dire d'une manifestation unilatérale de volonté dont l'exercice n'est pas nécessairement déterminé par des concessions de l'autre partie et qui peut résulter notamment de la simple conviction du bien-fondé des prétentions de cette autre partie.

accord ne comportant pas de concessions réciproques et ne méritant, par voie de conséquence, pas la qualification de transaction. Il s'agit alors d'un simple procès-verbal de conciliation, d'ordre contractuel, voire d'un désistement d'action ou d'instance, c'est-à-dire d'une manifestation unilatérale de volonté dont l'exercice n'est pas nécessairement déterminé par des concessions de l'autre partie et qui peut résulter notamment de la simple conviction du bien-fondé des prétentions de cette autre partie. L'essentiel est ici que la substance de ces actes ou de leur combinaison aboutisse à un règlement du litige dépendant de la seule volonté des parties.

Le rapport entre l'acte que constitue la transaction et les procédures de médiation et de conciliation est évident en matière pénale. La loi n° 99-215 du 23 juin 1999 a modifié les articles 41-1 à 41-4 du le Code de procédure pénale en confiant au procureur de la République la faculté de rechercher un règlement non juridictionnel du litige « s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits » (art. 41-1 précité). Lorsqu'il a élaboré, directement ou par l'intermédiaire d'un médiateur, un accord entre les parties, cet accord est soumis à la validation du président du tribunal correctionnel. L'exécution de cet accord éteint définitivement l'action publique. Parfois qualifiée par la doctrine de médiation pénale, ce dispositif a été désigné par le législateur sous la dénomination de composition pénale.

A l'évidence, cette composition pénale recouvre à la fois une procédure amiable caractérisée par l'intervention d'un tiers et un acte juridique analogue à une transaction. Car, « en réalité, la médiation pénale n'est qu'abandon et renoncement, abandon de l'action publique, renoncement du droit de se constituer partie civile »[376], auxquels il faudrait encore ajouter la reconnaissance par l'auteur des faits de sa culpabilité et l'exécution par ce dernier des mesures déterminées par ladite composition. Pour le législateur, cette composition pénale recouvre donc, toutes choses égales par ailleurs, une transaction – la loi a donc autorisé le procureur de la République à transiger sur l'ordre public sans le reconnaître expressément, manifestant ainsi une certaine pudibonderie - et une procédure qualifiée de médiation et caractérisée par l'intervention d'un tiers.

Par-delà le rapport ainsi confirmé entre la transaction, la médiation et la conciliation, le législateur n'est guère éclairant quant à leur distinction. La loi n° 95-125 du 8 février 1995 l'a pourtant consacré en modifiant l'article 21 du nouveau Code de procédure civile aux termes duquel « le juge peut, après avoir obtenu l'accord des parties, désigner une tierce personne [...] pour procéder : 1° soit aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi, sauf en matière de divorce et de séparation de corps ; 2° soit à une médiation, en tout état de la procédure et y compris en référé, pour tenter de parvenir à un accord entre les parties ». Cela étant, la distinction qui découle de l'ensemble de ces dispositions est loin d'être convaincante : « la différence la plus importante est que seule la médiation est rémunérée par les parties ; la ressemblance est que le juge ne peut désigner un conciliateur ou un médiateur qu'avec l'accord des parties »[377].

L'essentiel est ici que la substance de ces actes ou de leur combinaison aboutisse à un règlement du litige, sans bénéficier toutefois de l'autorité reconnue par le Code civil aux transactions.

[376] Xavier Lagarde, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, n° 14, chron., p 217.

[377] Pierre Kayser, « La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables », *Justices* n° 3, janvier / juin 1996, p 211.

La réceptivité du droit administratif à l'égard de la médiation et de la conciliation n'est pas davantage exempte d'une certaine confusion. Le droit administratif utilise l'un et l'autre termes, sans que le choix terminologique soit d'une grande précision quant à leur distinction. Dans son étude intitulée *Régler autrement les conflits*[378], le Conseil d'Etat assimile même par moment l'une à l'autre en parlant sans plus de justification de médiation conciliation, tout en ne parlant par ailleurs que de conciliation. Le droit administratif est en effet caractérisé par l'existence du médiateur de la République, dont l'action n'est généralement pas considérée par la doctrine comme étant d'ordre contentieux et relative au règlement de litiges. Aussi est-il nécessaire, au moins en droit administratif, de s'interroger sur les rapports entre médiation et règlement des litiges (**§ 1**), avant de présenter les diverses conciliations en matière administrative (**§ 2**).

§ 1 : La médiation en matière administrative

Les réflexions sur la médiation ont notamment été marquées par les travaux de Jean-Fraçois Six, notamment sa première étude sur ce thème intitulée *Le temps des médiateurs* : « une définition générale de la médiation doit prendre en compte qu'il y a quatre sortes de médiations, les deux premières étant destinées à faire naître ou renaître un lien, les deux autres étant destinées à parer un conflit »[379]. Cet auteur distingue alors d'une part la médiation créatrice et la médiation rénovatrice visant respectivement la création de liens sociaux et leur réactivation, d'autre part la médiation préventive et la médiation curative, ayant respectivement pour but d'éviter un conflit ou de permettre de le régler. Synthétisant cette analyse, Michèle Guillaume-Hofnung a distingué d'une part les médiations en dehors de tout conflit, qu'elle a dénommées les médiations de différences, d'autre part les médiations conflictuelles, qualifiées de médiations de différends.

Dans cette perspective, la médiation est susceptible de constituer un mode de règlement des conflits sans toutefois s'y résumer. La médiation est tout entière orientée vers les liens sociaux. Qu'ils soient ou non conflictuels, ceux-ci ne s'expriment pas nécessairement, loin s'en faut, en termes de droit, qu'il soit positif ou naturel. Michèle Guillaume-Hofnung a ensuite défini la médiation comme « un mode de construction et de gestion de la vie sociale grâce à l'entremise d'un tiers, neutre, indépendant sans autre pouvoir que l'autorité que lui reconnaissent les médieurs qui l'auront choisi ou reconnu librement »[380].

En ce sens, la médiation est donc inséparable de l'intervention d'un tiers dans un rapport social, ce tiers étant indépendant, neutre et sans pouvoir. Incapable d'imposer sa volonté, c'est-à-dire le cas échéant sa solution au conflit, le médiateur ne peut agir que lorsqu'il est sollicité. Son action ne peut en tout état de cause reposer que sur l'attention qu'il apporte aux uns et autres, la compréhension qu'il leur manifeste, le dialogue qu'il noue ou renoue entre les protagonistes et la conviction qui peut caractériser ses interventions.

---

[378] Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 29.
[379] Jean-François Six, *Le temps des médiateurs*, Seuil, 1990, p 164.
[380] Michèle Guillaume-Hofnung, *La médiation*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, n° 2930, 2ème éd., 2000, p 76. Cet auteur précise en outre que « le conflit ne fait pas partie de la définition globale de la médiation, mais la définition globale de la médiation ne lui interdit pas de résoudre les conflits » (*ibidem.*).

Avec une telle définition, la médiation constitue assurément une notion rigoureuse. Extrêmement large en ce qui concerne son but, elle est par contre extrêmement restrictive en ce qui concerne son *modus operandi.*

Il est dès lors possible de se référer à la typologie dressée par le Haut conseil de la médiation, institution privée fondée le 25 juillet 1993. Dans son communiqué du 25 octobre 1993, il dresse un constat : « Il apparaît clairement qu'il y a deux grands modes de médiation : - celle qui est établie d'en haut ; exemples : par l'Etat lui-même qui a institué le médiateur de la République ou la médiation judiciaire ; par de grands organismes qui créent des médiateurs : la SNCF, la Poste, les assurances, etc. ; par des municipalités : ainsi le médiateur de la ville de Paris ; - une médiation qui est établie d'en bas, à partir d'associations, sociétés, groupes qui sont librement constitués par des citoyens et qui offrent des médiations (avec les garanties d'un code et d'une charte). On peut appeler ce mode ''médiation citoyenne'', ou civique, ou civile, ou encore associative »[381].

Les caractères de la médiation citoyenne peuvent être dégagés de manière plus précise : « elle intervient dans les mêmes domaines que la médiation institutionnalisée, mais d'une manière radicalement différente dans son régime juridique et sa structure. Retenons par exemple l'hôpital, l'école et la vie municipale, pour s'en tenir à trois grands secteurs habituellement régulés par le droit administratif et les juridictions administratives. A la différence de la nouvelle forme de conciliation qu'est le plus souvent en réalité la médiation institutionnelle en droit public français, la médiation citoyenne ne poursuit pas un objectif parajuridictionnel de conciliation. Elle contribue à la création et à l'intensification du lien social »[382].

Il est donc possible de distinguer deux grandes catégories de médiations, à savoir la médiation indépendante de tout conflit – la médiation de différences – et la médiation conflictuelle – la médiation de différends. A ces deux catégories correspondent deux types de médiateurs : les médiateurs spontanément issues de la société et les médiations

[381] Haut conseil de la médiation, communiqué du 25 octobre 1993, cité par Michèle Guillaume-Hofnung, « La médiation », *A.J.D.A.* 1997, n° 1, p 34.

[382] Michèle Guillaume-Hofnung, « La médiation », *A.J.D.A.* 1997, n° 1, p 38. Cet auteur précise en outre que « la nature de la médiation résultant de sa fonction ainsi que de son origine sociale conditionne la détermination de son régime juridique. Elle pallie la disparition des médiateurs naturels qu'étaient traditionnellement le curé et l'instituteur. Sortes de sages reconnus tels, on s'adressait à eux spontanément non dans le cadre d'un pouvoir institutionnel, mais parce qu'on les reconnaissait comme des concitoyens capables de prendre du temps et de la distance. La médiation citoyenne fonctionne dans le même cadre juridique, celui du droit commun, droit d'égalité qui favorise la créativité ; mais le citoyen de base a remplacé le notable traditionnel. La médiation citoyenne fonctionne donc logiquement dans un cadre interindividuel privé, fortuitement ou habituellement, bénévolement ou à titre professionnel, isolément ou le plus souvent selon une forme associative. Les nombreuses associations de médiateurs ont jusqu'à présent conservé un caractère authentique [...]Le contrat fournit le ciment juridique de ce mode de fonctionnement, tant à l'occasion du contrat d'association (au moment de la constitution de l'association et de l'adhésion de ses membres) que dans les rapports entre les associations de médiateurs et les demandeurs de médiation qui s'adressent à elles. Rappelons qu'ici, dans le cadre de la médiation citoyenne, nul juge, nulle autorité, ne prescrit le recours à la médiation. Le plus souvent, une personne entrera dans le local associatif pour exposer sa demande à un membre de l'association. De telles structures existent depuis une dizaine d'années sous forme de " maisons de la médiation[53]". Lorsque l'offre de médiation a pris la forme libérale le contrat convient aussi. Le droit commun des contrats et du droit des associations assure donc un encadrement de la médiation citoyenne dans le respect du droit. Il faut bien sûr éviter une description angélique de la médiation citoyenne[54]. Qu'il s'agisse de la possible autoproclamation de gourous, comme du risque de manipulation ou encore du risque de phagocytage par les pouvoirs publics, les dangers que court et fait courir la médiation ne manquent pas. La question des structures et de l'organisation de la médiation apparaît donc primordiale » (*ibid.*, p 39).

institutionnelles, ces dernières étant essentiellement orientées vers l'exercice d'une médiation conflictuelle, destinée à régler les différends.

Il ne saurait être question ici de s'attacher à la médiation citoyenne. Quel que soit son intérêt, sa concrétisation est trop aléatoire pour constituer, à l'heure actuelle, une alternative crédible au règlement juridictionnel des litiges. Reste qu'il ne faut pas être dupe de l'usage des mêmes termes. La médiation institutionnalisée, on le verra, est caractérisée par une profonde inflexion des caractères propres au concept même de médiation, essentiellement en ce qui concerne l'indépendance dont le médiateur est censé jouir. Michèle Guillaume-Hofnunu y voit un dévoiement de ce concept, au point de considérer que, « tant que l'utilisation du terme ne se fera pas en accord avec le concept, il vaudrait mieux pour la survie de la médiation geler la propagation intempestive de la notion qui s'en réclame à tort »[383]. Reste à savoir si ce concept est ou non susceptible d'être opérationnelle. L'indépendance et la neutralité ne peuvent être considérés comme des absolus. Il est évident que la réalité ne les connaît guère.

En matière administrative, la médiation est évidemment dominée par la figure du Médiateur de la République (**A**), qui a immédiatement suscité autant d'engouement que d'inquiétude. Les études de doctrine qui lui sont consacrées sont extrêmement nombreuses[384]. Il ne saurait évidemment être question ici de prétendre apporter un éclairage absolument inédit sur la question ni même d'en faire une synthèse. Tout juste servira-t-il de fil conducteur, ne serait-ce que dans la mesure où il a inspiré quelques autres institutions (**B**).

A) Le Médiateur de la République

En droit public, la médiation est apparue avec l'institution du Médiateur de la République. Cette dénomination a depuis lors connu un évident succès, non sans un évident décalage entre cette théorie et la réalité juridique.

La loi n° 73-6 modifiée du 3 janvier 1973 a, on l'a dit, institué un Médiateur de la République pour recevoir « les réclamations concernant, dans leurs relations avec les administrés, le fonctionnement des administrations de l'Etat, des collectivités publiques territoriales, des établissements publics et de tout autre organisme investi d'une mission de service public ». Insolite par rapport à la conception dominante de l'administration classique[385], cette institution est directement inspirée de l'Ombudsman suédois et de ses avatars : « née en Suède en 1809, l'institution n'a connu le succès qui est le sien qu'à partir des années 1960 : de nombreux pays anglo-saxons l'introduisirent chez eux à cette époque et la vague d' ''Ombudsmanie'' qui résulta de son large développement la porta un peu plus tard à la connaissance des français. Un mouvement certain de sympathie se développa à l'égard d'une institution susceptible de pallier les insuffisances de la protection que les juridictions offrent au citoyen et de compléter harmonieusement celle-ci dans les domaines

[383] Michèle Guillaume-Hofnung, « La médiation », *A.J.D.A.* 1997, n° 1, p 40.

[384] Cf. la bibliographie citée par André Legrand, *Répertoire de contentieux administratif*, V° « Médiateur », à savoir cinq ouvrages, auxquels il faudrait encore ajouter une thèse, et quarante-sept articles. Il ne semble d'ailleurs pas que l'énumération soit exhaustive.

[385] Pierre Legendre, *Trésor historique de l'Etat en France : l'administration classique*, Fayard, coll. Les savoirs, 1992 (nouvelle édition augmentée de l'*Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, P.U.F., coll. Thémis, 1968).

où elle a quelque peine à s'exercer. Deux propositions de loi émanant de M. Poniatowski (1970-1971) et de M. Chandernagor (1972-1973) en préconisèrent l'introduction en France avant que le gouvernement, initialement sceptique sur sa compatibilité avec les principes du droit public français, ne reprenne sous une forme assez différente cette proposition par un projet de loi déposé le 8 décembre 1972 sur le bureau de l'Assemblée nationale »[386].

La doctrine s'est partagée sur l'intérêt même de cette institution. L'autonomie qui lui a été accordée est profonde, même s'il est désigné par le gouvernement et non par le Parlement, comme dans les pays scandinaves. Nommé par décret en conseil des ministres, il bénéficie d'un véritable mandat de six ans non renouvelable : il ne peut par voie de conséquence être révoqué. Il ne peut pas davantage recevoir d'instruction. Cette protection sans équivalent lui a conféré une indépendance certaine. Le Médiateur de la République n'est soumis à aucun pouvoir hiérarchique. Cette indépendance le rapproche évidemment de celle accordée aux magistrats, administratifs et judiciaires. Leur indépendance repose en effet sur leur inamovibilité, de droit pour les magistrats administratifs, de fait pour les conseillers d'Etat.

Du fait de cette originalité, cette institution a soulevé une certaine inquiétude qui s'est cristallisé autour de la question de sa nature juridique de son statut, compte tenu de cette indépendance. Elle a focalisé l'attention d'une partie de la doctrine et cristallisé les attentes et les craintes. On s'est alors demandé si le Médiateur devait être considéré comme une autorité administrative ou comme une autorité d'un autre ordre[387]. Dans sa décision *Retail* du 10 juillet 1981, statuant sur un recours pour excès de pouvoir contre la réponse faite par le Médiateur à une réclamation Le Conseil d'Etat n'a reconnu au Médiateur que la qualité d'autorité administrative, méconnaissant par cette qualification symbolique les efforts du législateur pour le doter d'une indépendance statutaire par rapport à l'administration.[388]. Suite aux critiques faites par le Médiateur à l'égard de cette qualification, la loi n° 89-18 du 13 janvier 1989 a modifié l'article 1er de la loi du 3 janvier 1973 pour lui reconnaître la nature d'une « autorité indépendante ».

---

[386] André Legrand, *Répertoire de contentieux administratif*, V° « Médiateur », n° 2, p 2. Pour plus de précision, voir notamment Béatrice Delaunay, *Le Médiateur de la République*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, n° 3422, 1999, pp.5-13.

[387] Notamment Guy Braibant, « Les rapports du Médiateur et du juge administratif », *A.J.D.A.* 1977, p 283 ; Yves Gaudemet, « Le Médiateur est-il une autorité administrative ? », *Mélanges Charlier*, 1981, p 117.

[388] C.E. Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, *R.D.P.* 1981, p 1446-1447. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Michel Franc avait pourtant fait preuve de davantage de nuances et reconnu l'originalité de cette institution : « faute de pouvoir appartenir au pouvoir judiciaire ou au pouvoir législatif, le Médiateur paraît relever de ce que, faute de mieux, l'on nomme le pouvoir exécutif. Il est désigné par décret en conseil des ministres pour une durée de six ans. Les crédits nécessaires à sa mission sont inscrits au budget du Premier ministre. Les opérations de recettes et de dépenses sont regroupées dans un compte annuel soumis au contrôle de la Cour des comptes, ce qui conduit le secrétaire général du gouvernement à faire remarquer dans ses observations que le Médiateur peut, à cet égard, être assimilé à un service de l'Etat [...] Mais que l'on nous entende bien. Il ne s'agit pas d'affirmer que le Médiateur est une sorte de démembrement des services du Premier ministre ou qu'il s'agit d'une administration classique au sens où l'entend le droit administratif. Le Médiateur ne s'insère dans aucune hiérarchie et ne fait sans doute pas partie au sens strict de ''l'administration'' dont dispose le Premier ministre en vertu de l'article 20 de la Constitution [...] Le terme de ''contre-pouvoir'' est une notion de sociologie politique et non de droit constitutionnel. En réalité, le Médiateur est une institution administrative originale mais qui s'intègre au pouvoir exécutif [...] Pour nous résumer, nous rangerions volontiers le Médiateur dans une catégorie nouvelle, celle des ''autorités administratives indépendantes » », catégorie qui a été officiellement reconnue par le législateur – puisqu'il a expressément qualifié ainsi la commission nationale de l'informatique et des libertés à l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 » (concl. Michel Franc sur C.E. Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, *R.D.P.* 1981, p 1446-1447).

Le rôle attribué au Médiateur est complexe. Chargé d'une mission de protection des citoyens contre les atteintes que peut leur causer l'administration, il exerce par voie de conséquence un contrôle sur l'administration. Ne disposant pas par lui-même de pouvoir de contrainte, son autorité n'est que d'ordre moral et repose sur la publicité qu'il peut donner à son action et, le cas échéant, à ses critiques du fonctionnement de l'administration. Sachant l'impunité dont peuvent bénéficier les agents auteurs de fautes du fait de l'inaction de leurs supérieurs hiérarchiques, le Médiateur peut engager contre un tel agent une action disciplinaire ou porter l'autorité devant le juge pénal. En cas d'inexécution de la chose jugée à l'encontre de l'administration, le Médiateur peut lui adresser une injonction pour qu'elle s'y conforme. Enfin, il dispose de la faculté de proposer toutes les réformes législatives et réglementaires qui lui semblent opportunes.

Le Médiateur est donc une institution remarquable, dont l'activité, orientée vers la protection des citoyens contre l'administration, est en rapport avec les pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel. Cette complexité a généré de nombreuses craintes, émanant notamment des juridictions administratives qui se sont demandées si un tel organisme n'avait pas vocation à les concurrencer dans son activité de contrôle de l'administration et de protection des requérants.

C'est la fonction dévolue au Médiateur de la République qui a rendu inévitable la question de ses rapports avec les juridictions. Ce rapprochement est tout aussi évident en ce qui concerne la mission confiée au Médiateur. Il ressort à l'évidence de l'article 1er de la loi du 3 janvier 1973 que les réclamations dont le Médiateur est saisi constituent à l'évidence des conflits. Son rôle est alors d'être un « intercesseur gracieux entre le citoyen et l'administration »[389]. Compte tenu de l'originalité de cette institution et de la fonction qui lui était ainsi dévolue, des inquiétudes se sont élevées quant aux rapports susceptibles de naître entre le Médiateur et le juge administratif. L'institution du Médiateur a été perçue comme concurrente des juridictions administratives.

La juridiction administrative a pourtant bénéficié de quelques garanties légales dans ses rapports avec le Médiateur.

D'une part, la loi du 3 janvier 1973 modifiée a posé le principe de l'autonomie de ces voies de droit. Le recours adressé au Médiateur par un administré, sous couvert d'un parlementaire, n'a juridiquement pas d'incidence à l'égard du recours juridictionnel. L'article 7e, en son 2ème alinéa, de la loi du 3 janvier 1973 le prévoit expressément : la réclamation qui lui est adressée « n'interrompt pas les délais de recours ». La réclamation adressée au Médiateur n'est pas comparable à un recours hiérarchique ou gracieux adressé à une autorité administrative et ces voies de droit sont donc autonomes l'une par rapport à l'autre.

D'autre part, l'article 11 de la loi précitée du 3 janvier 1973 est d'interprétation plus délicate. En son 1er alinéa, il dispose que « le Médiateur de la République ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction, ni remettre en cause le bien-fondé d'une décision juridictionnelle, mais a la faculté de faire des recommandations à l'organisme mis en cause ». L'exercice de leur activité juridictionnelle par les juridictions administratives bénéficie donc d'une protection : le Médiateur ne peut ni y intervenir, ni les apprécier. Tout juste peut-il s'adresser à l'administration partie au litige. Au-delà de cette protection, la loi a

[389] L'expression de M. Pleven est citée par Michèle Guillaume-Hofnung, *La médiation*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, n° 2930, p 28.

rendu possible une collaboration entre les juridictions administratives et le Médiateur. Le 2ème alinéa de l'article 11 confère au Médiateur le pouvoir d'adresser à l'administration des injonctions pour se conformer à la chose jugée, dans le délai qu'il détermine. En l'absence d'astreinte, la seule sanction pouvant être prononcée à l'encontre d'une administration refusant de s'y plier est, on l'a vu, la publicité donnée par le Médiateur à son attitude. L'injonction du Médiateur constitue donc une voie de droit permettant, à l'amiable et *a posteriori*, de régler les difficultés d'exécution de la chose jugée[390].

Mais la mission exercée par le Médiateur reste étroitement comparable à celle des juridictions. Pour qu'il puisse être saisi, il faut que le requérant ait en vain essayé d'obtenir satisfaction de sa réclamation devant l'administration et qu'il l'adresse alors au Médiateur, par l'intermédiaire d'un parlementaire. Sous ces réserves, le Médiateur peut être saisi par n'importe quelle personne d'une réclamation concernant ses rapports avec l'administration *lato sensu*, y compris les personnes privées chargées d'une mission de service public. La seule limite que connaisse la compétence du Médiateur porte sur les relations entre l'administration et ses agents : le principe hiérarchique y est préservé et le législateur ne l'a pas autorisé à s'y immiscer.

Cette réclamation fait l'objet d'une instruction. Le Médiateur dispose en effet de pouvoirs d'enquête à l'encontre de l'administration. Les articles 12 et 13 de la loi du 3 janvier 1973 imposent aux autorités administratives de lui fournir les renseignements qu'il sollicite et de collaborer avec lui. Davantage que ces moyens d'investigation, ce sont les moyens de pression qui permettent au Médiateur d'agir. Car il ne peut en aucun cas imposer un règlement à la réclamation dont il est saisi. Contrairement au juge, le Médiateur ne peut guère qu'adresser des recommandations aux autorités administratives dont l'activité est contestée. Ne disposant d'aucun pouvoir d'ordre juridictionnel, il ne peut faire reposer son action que sur la conviction, l'influence dont il peut faire preuve, de manière à permettre un règlement amiable de la contestation[391].

L'objet de l'action du Médiateur est toutefois sensiblement différent de celui des juridictions administratives : « les effets de ses interventions traduisent davantage l'exercice d'un contrôle de l'activité administrative que de l'acte administratif. Les cas où ses interventions ont pour objet le contrôle de la régularité d'un acte administratif ou l'interprétation du droit applicable en certaines matières sont les moins nombreux. La plupart du temps, la lutte qu'il mène vise la lenteur administrative (déblocage de dossiers en souffrance) ou la rigidité bureaucratique (redressement des erreurs ou assouplissement des attitudes) »[392]. Le Médiateur est donc amené à faciliter le règlement de nombreuses contestations qui ne seraient pas nécessairement susceptibles d'aboutir sur le plan juridictionnel. En ce sens, on ne peut pas véritablement parler de concurrence entre le Médiateur et les juridictions administratives. Il s'agit simplement d'un autre contrôle qui, dans la plupart des cas, ne porte pas sur le même objet.

---

[390] L'intérêt de ce dispositif a été sensiblement réduit par la loi du 8 février 1995 reconnaissant aux juridictions administratifs le pouvoir d'adresser à l'administration des injonctions, éventuellement assorties d'astreinte, d'exécution de la chose jugée.

[391] Comme l'a mentionné Béatrice Delaunay, « le Médiateur utilise [...] très peu son pouvoir de recommandation, cherchant plutôt à obtenir une modification du comportement de l'administration par une simple concertation » (*Le Médiateur de la République*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, n° 3422, p 89).

[392] André Legrand, *Répertoire de contentieux administratif*, V° « Médiateur », n° 34, p 6.

Le fondement de l'intervention du Médiateur est lui aussi sensiblement différent de celui des juridictions administratives. Celles-ci ne sont censée statuer qu'en droit. Le Médiateur ne connaît pas cette limite. L'article 9 de la loi du 3 janvier 1973, dans sa rédaction issue de la loi du 24 décembre 1976, dispose en effet que, lorsqu'il lui apparaît, « à l'occasion d'une réclamation dont il a été saisi, que l'application de dispositions législatives ou réglementaires aboutit à une iniquité, il peut recommander à l'organisme mis en cause toute solution permettant de régler en équité la situation du requérant ». Ce fondement a été l'objet de critiques plus ou moins nuancée. Guy Braibant a ainsi estimé que les colonnes du temple étaient ébranlées : « il ne s'agit plus de modifier la règle de droit pour l'avenir, mais d'y déroger dans le présent. Le Conseil d'Etat s'y est toujours refusé, que ce soit dans le contentieux de l'excès de pouvoir (un moyen tiré de ce qu'un règlement entraînerait des ''conséquences inéquitables'' n'est pas susceptible d'être invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir), que dans celui de la responsabilité (''les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas''). On ne peut mettre les autorités administratives devant des choix impossibles : prendre un acte illégal, qui risque d'être annulé par le juge, ou un acte inéquitable qui sera censuré par le Médiateur ; payer une somme à un particulier pour des motifs d'équité ou la refuser parce qu'elle n'est pas due, et choisir ainsi entre les foudres du contrôle financier et celles de la médiateur »[393].

L'opposition entre droit et équité ne peut toutefois pas être conçue de manière absolue. La jurisprudence administrative n'est pas hostile à l'équité lorsqu'il s'agit de déterminer de manière prétorienne ce que doit être la règle de droit. Lorsqu'il exerce son activité juridictionnelle et statue sur un litige considéré, le juge administratif prend encore en compte l'équité dans le cadre de l'appréciation des faits du litige, même si les commissaire du gouvernement invoquent davantage l'opportunité de telle ou telle solution plutôt que son caractère équitable. Si le vocabulaire n'est pas le même, le fondement est comparable. L'opposition entre droit et équité ne doit en dernière analyse pas être systématisée à l'égard du Médiateur dans la mesure où les recommandations équitables que le Médiateur peut adresser aux autorités administratives reposent sur une habilitation législative expresse. Par voie de conséquence, l'équité telle que peut la pratiquer le Médiateur est une notion légale, aussi contradictoire cela paraisse *a priori*.

La portée de chaque recommandation en équité est par ailleurs réduite. L'appréciation de l'équité est étroitement dépendante de la réclamation dont il est saisi : le Médiateur refuse de considérer ses recommandations en équité comme étant susceptibles de constituer sinon une jurisprudence, du moins une doctrine. La logique du précédent est catégoriquement rejetée : « le règlement d'une affaire ne peut avoir valeur de précédent puisque tout est à renégocier à l'occasion de chaque cas. Toute solution dépend en effet du cas d'espèce, avec les faits qui le caractérisent et ses circonstances de temps et de lieu »[394].

---

[393] Guy Braibant, « Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l'équité », R.F.A.P. 1992, n° 64, p 690. Voir à l'appui de ces remarques C.E., 6 juillet 1956, *Dame Montfort*, *Rec. Leb.* 296 et C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui*, *Rec. Leb.* 235, concl. Rougevin-Baville. Voir encore l'opinion de Dominique Latournerie jugeant « préoccupant que le législateur lui-même ait dû reconnaître qu'une situation de légalité puisse ne pas correspondre à une situation d'équité. Sans doute, l'objectif poursuivi est-il de servir au mieux l'intérêt des administrés. Mais l'équité demeure une notion subjective susceptible d'applications inégales » (« Médiation et justice », *E.D.C.E.* n° 35, 1983-1984, p 86).

[394] Médiateur de la République, Rapport 1988, p 15, cité par Béatrice Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 172, p 679. Cet auteur précise en outre que « cette attitude est fondée sur le souci de laisser à l'administration un entier pouvoir d'appréciation dans chaque affaire,

Reste qu'en pratique, le Médiateur adresse rarement de telles recommandations en équité. Dans la plupart des cas, sa seule intervention suffit à engager les parties dans une négociation dont se dégage une solution acceptable par les uns et les autres. Cette rareté est accentuée par le fait que la plupart des réclamations sont réglées au niveau local par les représentants du Médiateur que les textes ont progressivement reconnu leur existence et leur ont confié des attributions[395]. L'article 15, 3ème alinéa, de la loi du 3 janvier 1973 envisageait leur existence : « les collaborateurs du Médiateur de la République sont nommés par celui-ci pour la durée de sa mission. Ils sont tenus aux obligations définies par l'article 10 de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires [article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 relatif aux obligations de discrétion professionnelle et, le cas échéant, de secret professionnel] ». Des « correspondants du Médiateur » sont apparus en 1978 et le décret n° 86-237 du 18 février 1986 a officialisé leur existence sous la dénomination de « délégués départementaux du Médiateur de la République. La loi n° 2000-231 du 12 avril 2000 les a définitivement consacré en insérant dans la loi du 3 janvier 1973 un article 6-1 assurant une déconcentration de l'exercice des attributions du Médiateur, notamment en ce qui concerne les interventions dans le cadre du règlement des litiges individuels.

L'importance de ces délégués est considérable : leur rôle est « d'abord de servir de ''courroie de transmission'' entre les parlementaires qui reçoivent des réclamations et le Médiateur. Ainsi en 1998, sur 45 625 réclamations adressées à la médiature, 40 173 ont été reçues par les délégués départementaux. Ces chiffres montrent que les délégués sont devenus des interlocuteurs indispensables dans le paysage administratif français [...] Alors que l'article 1er du décret du 18 février 1986 prévoit que le Médiateur nomme un délégué par département, ces délégués sont actuellement au nombre de 120. La pratique a, en effet, conduit le Médiateur à nommer plusieurs délégués dans certains départements, au gré des nécessités »[396].

Cette pratique a été confirmé et confortée par la loi du 12 avril 2000 et contribue à l'indéniable effectivité de l'intervention du Médiateur dans le règlement des contestations entre l'administration et les administrés. En effet, « l'activité de contrôle du Médiateur, réalisée le plus souvent par la voie de la négociation, permet de résoudre chaque année, en dehors des voies juridictionnelles, un grand nombre de litiges, qui n'auraient pas toujours pu

---

afin, notamment, qu'elle sache qu'elle ne se lie jamais les mains pour l'avenir lorsqu'elle accepte de faire des concessions » (*ibidem.*).

[395] L'article 15, 3ème alinéa, de la loi du 3 janvier 1973 envisageait leur existence : « les collaborateurs du Médiateur de la République sont nommés par celui-ci pour la durée de sa mission. Ils sont tenus aux obligations définies par l'article 10 de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires [article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 relatif aux obligations de discrétion professionnelle et, le cas échéant, de secret professionnel]. Lorsqu'ils ont la qualité de fonctionnaire de l'Etat ou des collectivités publiques territoriales, ils bénéficient de garanties quant à leur réintégration dans leur corps d'origine ». Pour plus de précision, voir le décret n° 86-237 du 18 février 1986 relatif aux délégués départementaux du Médiateur.

[396] Commission des lois de l'Assemblée nationale, Claudine Ledoux rapporteur, Rapport sur le projet de loi relatif aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *J.O.R.F.* éd. Documents A.N., 19 mai 1999, n° 1613. Le rapport précise que « les délégués informent et assistent toute personnes physique ou morale qui présente une réclamation concernant sa relations avec les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, ainsi que les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public. Le Médiateur peut, en outre, les habiliter à participer au règlement des difficultés rencontrées par les administrés dans leur ressort géographique. Il peut aussi leur confier, comme le prévoient déjà les textes en vigueur, l'instruction de réclamations individualisées », ce qu'il ne manque pas de faire.

l'être par le juge administratif, de remédier à certains phénomènes de maladministration et de canaliser l'action administrative dans un sens plus favorable à la légalité et l'équité. Le nombre de réclamations soumises aux services du Médiateur a connu une très forte progression depuis l'origine, en raison d'une meilleure connaissance de l'institution et de la mise en place des délégués départementaux [...] Elles concernent essentiellement le domaine social (santé, sécurité sociale, travail), ainsi que les finances et la fiscalité. Du fait de l'autorité morale du Médiateur, le taux de réussite est très important, puisque les médiations tentée par les services centraux en 1997 ont été couronnées de succès pour 88,3 % d'entre elles et celles des délégués pour 72,9 % »[397]. La portée de l'action du Médiateur et de ses délégués est donc considérable et contribue de manière sensible au règlement des litiges intéressant l'administration. Il n'est donc pas étonnant que cette institution ait été reproduite.

B) Une dénomination accueillante

L'institution du Médiateur a connu un remarquable succès, au point d'avoir été reproduite fréquemment, avec des modalités légèrement différentes et un succès variable. Certains services de l'Etat[398] et des établissements publics nationaux, notamment ceux gérant des services publics industriels et commerciaux, ont créé en leur sein leur médiateur[399]. La plupart des grandes collectivités locales – essentiellement les communes - ont elles aussi suivi cet exemple : on y trouve fréquemment un ou plusieurs médiateurs, ceux-ci étant alors chargés d'un secteur d'activités déterminé (logement, urbanisme, etc.). En ce qui concerne les collectivités locales, les médiateurs sont dans la plupart des cas des agents placés sous la seule responsabilité de l'autorité exécutive de la collectivité locale qui, compte tenu de la proximité des collectivités par rapport à leurs habitants, peuvent être saisis directement par les administrés. Il s'agit beaucoup plus rarement d'élus, dans la mesure où la médiation que l'un d'entre eux serait susceptible de mener le conduirait inévitablement à s'ingérer dans l'exercice par un autre adjoint de ses fonctions. Ces médiateurs ne sont quasiment jamais dotés de pouvoirs propres de décision[400].

---

[397] Béatrice Delaunay, *Le Médiateur de la République*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, n° 3422, p 103-104.

[398] Voir l'expérience des « modérateurs » des directions départementales de l'équipement institués par une circulaire du ministre de l'environnement et du cadre de vie du 9 septembre 1980 présentée par Béatrice Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 172, 1993, p 717-720. Voir encore les médiateurs de l'éducation nationale.

[399] Voir l'exemple de la Société nationale des chemins de fer : son médiateur a été mis en place sur la base d'un accord entre cet établissement public et des associations nationales agréées de consommateurs et d'usagers. Le mécanisme reproduit très exactement celui applicable au Médiateur de la République. Le voyageur doit dans un premier temps adresser sa réclamation au service public, plus précisément au service chargé de la clientèle. S'il n'estime pas sa réclamation satisfaite, il a alors la possibilité de saisir le Médiateur de la S.N.C.F. Mais il ne peut le faire directement. Sa réclamation doit être portée par l'une des associations agrées précitées. On retrouve ici très exactement le mécanisme d'épuisement des voies de recours interne et de filtrage comparable à celui résultant de la loi du 3 janvier 1973.

[400] Sous réserve du médiateur de la ville de Paris qui « n'a pas qu'un pouvoir de proposition auprès des services concernés. Pour les litiges qui relèvent de sa compétence, il est en effet habilité, en vertu d'une délégation de pouvoir du maire, ''en tant que de besoin, à arrêter la décision à intervenir dans les litiges évoqués'' et modifier les décisions des services [...] Ses modalités de saisine diffèrent également de celles du Médiateur de la République [...] puisqu'il peut être saisi directement par les administrés. Cependant, la requête est soumise à certaines conditions de recevabilité : elle doit être exposée par écrite, faire état d'un litige et être précédée d'une démarche auprès du service concerné » (Béatrice Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 172, 1993, p 720-721).

Michèle Guillaume-Hofnung les a pourtant sévèrement critiqués. Comme le Médiateur de la République, elle les considère comme de prétendues médiations, c'est-à-dire des dévoiements du concept de médiation telle qu'elle a contribué à le dégager : « d'une manière générale, les acteurs du droit public ne se montrent guère exigeants quant à l'extériorité de ce qu'ils qualifient médiateur. Un léger déplacement fonctionnel au sein de l'Etat leur suffit, en méconnaissance du principe de l'unité de la personnalité juridique de l'Etat, pour mettre un rouage de l'Etat en position de tiers entre l'administré et ... l'Etat ! »[401].

Paradoxalement, les nombreuses reproductions dont l'institution du Médiateur a fait l'objet démontrent, *a contrario*, que les administrations perçoivent son intervention comme celle d'un tiers. Sinon, pour quelle raison auraient elles été si nombreuses à créer en leur sein un tel médiateur ? Sauf à considérer qu'il s'agit ici exclusivement d'une propagation due à un effet de mode, la multiplication de ces médiations administratives s'explique précisément par la volonté de chacune de ces administrations de voir les litiges se régler en leur sein, fut-ce au prix de l'institution d'un médiateur soustrait à tout autre pouvoir hiérarchique que celui de l'autorité administrative suprême de ladite administration. Par voie de conséquence, ces reproductions du Médiateur de la République démontrent donc qu'il est bien perçu comme un tiers par les administrations auprès desquelles il intercède en faveur des administrés et tente de régler les litiges qui les opposent.

Cela étant, si la plupart des missions confiées à ces médiateurs sont comparables à celles du Médiateur et sont même parfois expressément qualifiées de conciliation – dans la mesure où elles portent essentiellement sur la médiation de différends, pour reprendre la terminologie de Michèle Guillaume-Hofnung -, il existe toutefois quelques cas particuliers qui méritent l'attention. Car les missions qui leurs sont dévolues diffèrent parfois sensiblement de celles du Médiateur de la République, notamment en fonction du secteur dans lequel ils sont censés agir. S'il ne saurait être question d'en faire une présentation exhaustive, on peut illustrer ceci par les exemples les plus significatifs.

Brisant la continuité temporelle, on peut d'abord mentionner le Défenseur des enfants institué par la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000. La naissance de cette institution découle de la convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale des Nations-Unies le 20 novembre 1989 et signée à New York le 26 janvier 1990. Pour préciser les conditions de son application, l'Assemblée nationale avait créé une commission d'enquête sur les droits de l'enfant. Le rapport de cette commission d'enquête ayant conclu notamment à la création d'un organe de médiation spécifique, à l'instar de ce qui existait dans certains pays d'Europe du nord, une proposition de loi fut déposée en ce sens. Les débats législatifs ont été l'occasion de dresser un état des lieux de la médiation publique.

Si le principe d'une telle instance n'a pas été l'objet de discussion, confirmant l'ancrage de la médiation en France, il est rapidement apparu un clivage entre l'Assemblée nationale et le Sénat quant à la création de nouveaux organes de médiation. L'Assemblée nationale avait adopté en première lecture la proposition instituant un Médiateur des enfants, certes totalement indépendant du Médiateur de la République, mais dont le statut et, surtout, les missions étaient calquées sur celles du Médiateur. Ce Médiateur des enfants était compétent à l'égard des administrations publiques et des organismes privés chargés d'une mission de

[401] Michèle Guillaume-Hofnung, « La médiation », *A.J.D.A.* 1997, n° 1, p 36. On peut effectivement le vérifier avec la plupart des ces médiateurs, dans la mesure où leur indépendance ne fait l'objet d'aucune des garanties comparables à celles dont dispose le Médiateur de la République.

service public. Le Sénat a estimé au contraire que cette instance devait s'inscrire dans le cadre de l'action du Médiateur de la République. Finalement, la seconde lecture aboutit à un accord des assemblées, suivant les suggestions de Jacques Pelletier, ancien Médiateur, et de Claudine Ledoux, rapporteuse de la commission des lois de l'Assemblée nationale.

La loi du 6 mars 2000 a donc créé un Défenseur des enfants, cette dénomination permettant de le distinguer clairement du Médiateur et étant aisément compréhensible pour les destinataires de son action, c'est-à-dire les enfants eux-mêmes ou leurs représentants. La mission assignée à ce Défenseur est sensiblement différente de celle du Médiateur : il est censé protéger les droits et les intérêts des enfants. Le champ d'application de son action est par voie de conséquence aménagé par rapport à celui du Médiateur de la République : il est compétent pour agir à l'encontre des personnes privées, qu'elles soient physiques ou morales, sous réserve de celles qui sont chargées d'une mission de service public. Si une réclamation met en cause un service public, qu'il soit géré par une personne publique ou par une personne privée, le Défenseur des enfants doit la transmettre au Médiateur de la République. Un aménagement de leurs compétences et une collaboration ont donc été défini par le législateur.

En lui-même, le régime juridique caractérisant ce Défenseur des enfants est calqué sur celui du Médiateur de la République[402]. Doté d'un statut comparable, il exerce des missions aussi diverses que les siennes : interventions en droit ou en équité dans le règlement des conflits, propositions de réforme, injonctions pour inexécution de la chose jugée, etc. Quelques différences existent toutefois et sont justifiées par le souci d'adapter le mode d'action du Défenseur des enfants aux difficultés qu'il est censé résoudre. Il dispose notamment d'un pouvoir d'auto-saisine et doit engager une action devant le juge judiciaire lorsqu'un mineur est en danger.

Reposant sur une intention louable, la création du Défenseur des enfants suscite toutefois des interrogations quant à l'effectivité de son action. En l'absence de délégués départementaux comparables à ceux du Médiateur de la République, son intervention risque de manquer de la proximité nécessaire pour intervenir utilement dans les conflits. On peut ensuite se demander s'il n'y a pas un risque de confusion, voire - ce qui serait beaucoup plus grave - de contradiction, entre ce Défenseur des enfants et le Médiateur de l'éducation nationale et ses médiateurs académiques. En tout état de cause, il est nécessaire de laisser à cette institution le temps nécessaire pour qu'elle fasse connaître son existence et démontre une efficacité[403].

On peut ensuite mentionner le Médiateur du cinéma. Sa naissance résulte de l'article 92 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle aux termes duquel « sans préjudice de l'action publique, et à l'exception des conflits relevant des procédures de

---

[402] L'indépendance du Défenseur des enfants bénéfice des mêmes garanties. Comme le Médiateur de la République, il est par ailleurs soumis à certaines inéligibilités (mandats électifs locaux et nationaux). Le Conseil constitutionnel a toutefois été amené à déclarer inconstitutionnelle la loi organique proclamant l'inéligibilité du Défenseur des enfants aux mandats parlementaires nationaux. En effet, cette loi organique avait été adoptée avant la loi instituant ledit Défenseur. Dans sa décision du 16 décembre 1999, le Conseil constitutionnel a donc considéré que le législateur ne pouvait avoir apprécié en connaissance de cause les conditions d'éligibilité d'une institution en cours de création et, par voie de conséquence, susceptible d'être modifiée par le Parlement dans le cadre des débats de la loi ordinaire (Cons. Cons. 99-420 DC, 16 décembre 1999, note Jean-Eric Schoettl, *R.D.P.* 2000, n° 1, pp. 195-202).

[403] Marie-José Guédon, « Le défenseur des enfants : une nouvelle autorité indépendante », *A.J.D.A.* 2000, n° 5, pp. 424-426.

conciliation et d'arbitrage professionnelles, sont soumis à une conciliation préalable les litiges relatifs à la diffusion en salle des œuvres cinématographiques et qui ont pour origine une situation de monopole de fait, une position dominante ou toute autre situation ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence et révélant l'existence d'obstacles à la plus large diffusion des œuvres cinématographiques conforme à l'intérêt général. Cette conciliation est mise en œuvre par le médiateur du cinéma ».

Défini par le décret du 9 février 1983, le statut du Médiateur du cinéma est comparable à celui du Médiateur de la République. Nommé par décret du Premier ministre, il dispose d'un mandat de quatre ans lui assurant une évidente autonomie. Ne s'inscrivant dans aucune hiérarchie administrative, il n'est subordonné à aucune autorité et les moyens nécessaires à son activité lui sont fournis par le Centre national de la cinématographie (C.N.C.). Selon Yves Robineau, « ce statut paraît à l'expérience bien adapté aux fins poursuivies. Il permet de conjuguer l'autorité et la confiance des professionnels. A cela une raison principale : le médiateur est sans doute la seule personne qui soit à la fois parfaitement informée du fonctionnement du marché dans ses données culturelles et économiques et dépourvue de tout intérêt direct ou indirect dans ce fonctionnement. C'est cette dernière caractéristique qui distingue son action de celle du C.N.C., en charge de mener une politique du cinéma sous l'autorité du ministre compétent, et qui n'est donc pas en situation de disposer de la même ''distance'' à l'égard des acteurs de ce marché. Le médiateur est un régulateur, ce n'est pas un opérateur »[404].

L'exercice de cette double mission de conciliation et de régulation s'appuie sur les pouvoirs dont dispose le Médiateur du cinéma. Car s'il a pour mission « de rechercher l'accord entre les parties, il reçoit un pouvoir d'injonction à leur encontre pour préciser les mesures qui lui paraîtraient de nature à mettre fin aux situations litigieuses »[405].

Cette mission de régulation du secteur produit des effets sur le rapport entre cette médiation et le droit. Loin de s'opposer, le droit apparaît dans ce cadre comme le support fondamental de l'action de ce médiateur. Pour l'essentiel, il s'agit pour lui d'obtenir le respect concret des règles de droit dans les litiges portant sur la diffusion des films. Intercesseur entre les producteurs et les distributeurs, le Médiateur du cinéma s'appuie essentiellement sur le droit de la concurrence dont les standards rendent systématiquement nécessaires une appréciation des faits. Cette appréciation est nécessaire pour construire l'espace de négociation dans lequel le Médiateur peut infléchir les comportements et rétablir un équilibre compatible avec les règles élémentaires de la concurrence.

Ces deux exemples démontrent la singularité que peut revêtir la médiation en matière administrative. Dans la plupart des cas, le médiateur est chargé de participer au règlement des

---

[404] Yves Robineau, « Le Médiateur du cinéma (un exemple de conciliation au service du droit) », *Mélanges Braibant*, 1996, p 619. Conseiller d'Etat, Yves Robineau exerçait cette fonction à la date de la publication de cet article.

[405] Michèle Guillaume-Hofnung, « La médiation », *A.J.D.A.* 1997, n° 1, p 36. Conformément à la doctrine qu'elle a développée, cet auteur estime par voie de conséquence « qu'il dispose d'un pouvoir radicalement incompatible avec l'absence de pouvoir qui caractérise [dans cette théorie] le médiateur [...] Toutes ces caractéristiques – mission de conciliation (et non de médiation) et de contrôle, pouvoir d'injonction, désignation unilatérale parmi des autorités instituées – conduisent à diagnostiquer une mauvaise utilisation du terme ''médiation''. Il en va de même pour le médiateur du livre, créé en 1990à l'initiative du ministre de la culture qui le charge d'engager la conciliation entre les professionnels du livre » (*ibid.*, p 36-37).

litiges opposant les administrés aux administrations. C'est l'exemple du Médiateur de la République et de ses reproductions. Dans certains cas, l'institution d'un médiateur constitue au contraire une modalité d'intervention d'une autorité administrative indépendante dans le règlement des litiges entre personnes privées. Telle est la mission du Défenseur des enfants et du Médiateur du cinéma.

Même si les missions, leurs modalités d'exercice et les pouvoirs des médiateurs sont donc susceptibles de faire l'objet de variations, il est toutefois possible de dégager quelques caractères de la médiation en matière administrative. Ayant essentiellement pour but de participer au règlement des litiges, c'est-à-dire constituant une médiation de différends, elle est réalisée par des organes administratifs dotés, au sein de la personne morale qu'ils représentent, d'une certaine indépendance. Ils sont dans la mesure du possible soustraits au pouvoir hiérarchique[406]. Cette médiation administrative est réalisée par des organes institués à titre permanent dont il s'agit de la mission principale. Il s'agit là du critère de distinction essentiel entre la médiation et la conciliation, cette dernière n'étant, lorsqu'elle est exercée par des tiers, réalisée que par des organes qui n'interviennent qu'occasionnellement pour ce faire et par des agents pour lesquels il ne s'agit que d'une attribution accessoire.

§ 2 : La conciliation

Même s'il est toujours possible aux parties de concilier par elles-mêmes leurs points de vue et leurs prétentions[407], la conciliation peut être définie comme « un mode de règlement amiable des litiges, par lequel les parties font appel, d'une manière facultative ou obligatoire, à une tierce instance, qui peut être une personnalité ou un organe collégial, afin de rapprocher leurs points de vue et de leur proposer, en se fondant sur le droit, mais aussi éventuellement sur des considérations d'équité, un règlement qu'elles sont libres d'accepter ou non, cet organe n'ayant aucun pouvoir de décision »[408]. Compte tenu de ce qui précède, on peut par ailleurs préciser que le conciliateur n'intervient qu'occasionnellement à ce titre, les personnes exerçant cette fonction ne l'exécutant que de manière accessoire.

En matière administrative, une telle conciliation n'est apparue qu'au début du siècle. Elle recouvre des procédés dont le fondement est différent. Il est nécessaire de distinguer d'une part la conciliation *ad hoc* (**A**), d'autre part la conciliation institutionnelle (**B**), enfin la conciliation juridictionnelle (**C**).

---

[406] Au sein d'une collectivité locale, il ne semble pas possible de soustraire régulièrement un agent à tout pouvoir hiérarchique. L'autorité administrative ne peut en principe renoncer à son pouvoir hiérarchique. Un texte législatif est nécessaire pour déroger au principe général en vertu duquel le pouvoir hiérarchique est exercé.

[407] Comme l'a précisé Philippe Terneyre, ce type d'accord n'est pas inconnu du contentieux contractuel : on le rencontre essentiellement dans le domaine de l'imprévision, où il peut intervenir avant tout contentieux contractuel ou, le plus souvent, après un premier contentieux devant le tribunal administratif ; en effet, une fois que le juge du contrat a reconnu le principe de l'existence d'une situation d'imprévision, et comme il ne peut modifier lui-même le contrat, ce dernier invite les parties contractantes à réaliser un nouvel accord » (*La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica, 1989, p 256).

[408] Béatrice Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 172, 1993, p 697. Dans une perspective différente, Frédérique Munoz, « Pour une logique de la conciliation », *A.J.D.A.* 1997, n° 1, pp. 41-47.

A) La conciliation *ad hoc*

Sous cette dénomination de conciliation *ad hoc*, on vise exclusivement le procédé par lequel les parties choisissent pour les concilier de nommer une personne dont ce n'est pas la fonction principale. Le champ d'application de cette conciliation *ad hoc* concerne essentiellement les contrats conclus par l'administration. En effet, leurs rapports préexistent au litige. Ils reposent par définition même sur la rencontre de leurs volontés et sur une confiance réciproque. Par voie de conséquence, le litige résultant d'un contrat se greffe sur une relation antérieure sur la base de laquelle il est possible de capitaliser pour rechercher un règlement amiable dudit litige.

La désignation par les parties d'un conciliateur peut évidemment avoir lieu après la naissance du litige[409]. Mais, dans la plupart des cas, ce sont les contrats eux-mêmes qui prévoient une procédure de conciliation en cas de litige. On en trouve de très nombreuses illustrations dans les documents type édictés pour faciliter la conclusion des conventions de délégation de service public[410] : ces contrats « impliquent en effet une coexistence étroite des parties sur une période très longue pouvant couvrir plusieurs décennies »[411]. La clause de conciliation est donc insérée de manière préventive par les parties lorsque sont définis leurs rapports contractuels. La clause de conciliation se contente dans la plupart des cas de mentionner que tout litige sera soumis avant toute action juridictionnelle à une conciliation.

Il est fréquent que la personne chargée de réaliser cette conciliation ne soit pas désignée. Il n'est pas rare que la clause mentionne de manière paradoxale que la conciliation est menée par un expert[412]. Nonobstant cette dénomination, ledit expert doit être considéré comme un conciliateur. Une telle clause « soulève une difficulté dans l'hypothèse où les deux parties ne s'entendent pas sur la désignation de l'expert qui doit réaliser la conciliation. Cet défaut d'accord, s'il se pérennise, pourrait empêcher la mise en œuvre de la procédure contentieuse puisque la procédure de conciliation en est le préalable obligatoire. On doit considérer que le désaccord sur la désignation d'un expert commun constitue lui-même un

---

[409] C'est l'exemple de la conciliation entre la société Eurodisney et les constructeurs du parc d'attraction, cf. *Mon. T.P.* 17 avril 1992, p 24, cité par Philippe Terneyre, Denys de Béchillon, *Répertoire de contentieux administratif*, V° « Contrats administratifs (contentieux des) », n° 43, p 8.

[410] Cf. l'énumération faite par MM. André de Laubadère, Pierre Delvolvé, Franck Moderne : « cahier des charges-types pour l'affermage de la distribution d'eau potable, art. 50 (D. 17 mars 1980) ; conventions-types relatives aux services de transports publics d'intérêt local (D. 10 mars 1981) ; modèles de contrat pour l'exploitation du stationnement payant sur voirie et pour la concession, l'affermage ou la gérance d'un parc de stationnement (circulaire du 15 juillet 1982) ; modèles de contrat pour la distribution publique d'énergie calorifique par l'affermage ou par concession (circulaire du 23 novembre 1982) » (*Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1983, tome II, n° 1701, p 930).

[411] Diégo Pollet, « La médiation et le juge dans l'ordre administratif », *L.P.A.* 26 avril 1999, n° 82, p 9. Cet auteur mentionne par ailleurs une situation dont il a eu à connaître en tant qu'avocat : il s'agit d'un « contrat de concession dont l'un des articles stipule que, en cas de différend persistant, chaque partie nommera un ''conciliateur'', les deux conciliateurs ainsi nommés devant en désigner un troisième qui présidera la mission de ''conciliation''. Le contrat ajoute que si une partie omet de nommer un conciliateur, ou si les deux nommés ne s'entendent pas sur le nom du troisième, le ou les conciliateurs manquants seront nommés par le président du tribunal administratif » (*ibidem.*).
Pour qualifier une telle clause, cet auteur parle de médiation alors que, selon les distinctions que nous avons opérées, il s'agit bien de conciliation.

[412] Voir par exemple C.E., 6 décembre 1935, *Ville de Bergerac*, *Rec. Leb.* 1148, *D.* 1936, III, p 49. Dans cette affaire, le contrat prévoyait que « toutes les contestations auxquelles donneront lieu les conventions entre les parties seront soumises à une commission d'experts ».

échec de la tentative de conciliation. Mais il faut encore déterminer à partir de quel moment cet échec est consommé. Si c'est l'administration qui a pris l'initiative de la désignation d'un expert, c'est le refus de son cocontractant qui fait apparaître l'échec et qui serait de nature à permettre l'engagement de la procédure contentieuse, à moins que le cocontractant lui-même fasse une contre-proposition et poursuive ainsi la tentative de conciliation. Cette ''relance'' rejoint l'hypothèse où c'est le cocontractant qui a pris l'initiative en proposant dès l'origine le nom d'un expert »[413].

Dans d'autres contrats, la personne chargée de réaliser la conciliation est désignée ès qualités. Il s'agit dans la plupart des cas d'autorités telles que l'ordre des architectes, le préfet, le directeur de la direction départementale de l'équipement, etc.[414]. Le juge administratif interprète bien souvent des clauses renvoyant formellement un litige à « l'arbitrage » d'une de ces autorités comme imposant une conciliation[415].

Lorsqu'elle est prévue par de telles clauses contractuelles, la conciliation est obligatoire. En cas de litige, les parties doivent impérativement engager la procédure telle qu'elle a été définie par le contrat les liant. Il suffit pour cela que le litige porte sur une question pour laquelle le contrat a imposé le recours à la conciliation. Un problème peut alors être rencontré face à une clause prévoyant une conciliation pour « toutes les difficultés que pourrait soulever l'application du [...] contrat » : la jurisprudence administrative a ainsi considéré que cette clause devait aussi être appliqué aux interventions de l'architecte en tant que conseil de l'administration maître de l'ouvrage au moment de la réception des travaux[416]. Par contre, une telle clause n'est pas censée couvrir les litiges ne relevant pas directement du contrat. Il en va ainsi des contestations relatives à la mise en œuvre de la garantie décennale

---

[413] André de Laubadère, Pierre Delvolvé, Franck Moderne, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1983, tome II, n° 1703, p 931. Comme le précisent ces auteurs, « le refus de l'administration soit expressément, soit implicitement par expiration d'un délai de quatre mois, autorise la présentation d'un recours contentieux » (*ibidem.*). L'échec de la conciliation pose en effet le problème de la recevabilité d'une action juridictionnelle.

[414] Philippe Terneyre, Denys de Béchillon, *Répertoire de contentieux administratif*, V° « Contrats administratifs (contentieux des) », n° 43, p 8.

[415] C.E., 9 décembre 1991, *Snoy*, *Rec. Leb.* 423 : « Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la convention du 25 juin 1970 signée entre le syndicat intercommunal de la Vallée du Matz et le propriétaire de la pisciculture : 'Les deux parties s'engagent à appliquer la présente convention loyalement et à éviter tout différend d'interprétation. Au cas où, cependant, une difficulté de ce genre surgirait et ne pourrait être réglée directement entre les parties, celles-ci s'engagent à solliciter l'arbitrage de Monsieur le sous-préfet avant toute procédure contentieuse.' ; [...] que, par suite, et faute d'un recours préalable devant le sous-préfet, la demande présentée par M. SNOY devant le tribunal administratif d'Amiens, qui tendait à l'octroi d'une indemnité de 22 509 F en réparation des conséquences dommageables du manquement allégué du syndicat intercommunal de la Vallée du Matz aux obligations résultant pour lui de la convention du 25 juin 1970 était irrecevable ».

[416] C.E., 5 mars 1993, *Ventura*, *Rec. Leb. tables* 884 : « Considérant qu'aux termes de l'article 7 du contrat qui a été conclu le 7 décembre 1973 entre l'office public d'habitations à loyer modéré de la Savoie et les architectes MM. Ventura et Patriarche : 'Pour toutes les difficultés que pourrait soulever l'application du présent contrat, il est expressément convenu entre les parties de solliciter les avis du directeur des services départementaux de l'équipement et du conseil régional de l'ordre des architectes avant d'engager toute action judiciaire' ; que si l'obligation de conseil envers le maître de l'ouvrage à laquelle doit satisfaire l'architecte lors de la réception des travaux est une règle énoncée par le code des devoirs professionnels des architectes, elle n'en est pas moins, une fois le contrat conclu, un des éléments de la mission contractuelle de l'architecte ; qu'il suit de là que le manquement à cette obligation que l'office a reproché en l'espèce aux architectes revêtait le caractère d'une faute contractuelle qui ne pouvait servir de fondement à une action en responsabilité devant le tribunal administratif qu'après qu'il ait été satisfait aux consultations préalables requises par la stipulation ci-dessus rappelée de l'article 7 du contrat ; qu'il est constant que cette formalité n'a pas été respectée ; qu'il en résulte que la demande de l'office devant le tribunal administratif en tant qu'elle était dirigée contre les architectes n'était pas recevable ».

des constructeurs[417]. Il en va encore de même lorsque l'administration se délivre unilatéralement un titre de recettes, l'administration ne pouvant renoncer contractuellement à l'exercice de ses prérogatives de puissance publique[418].

Une telle clause de conciliation obligatoire produit évidemment des effets à l'égard de la procédure juridictionnelle susceptible d'être engagée en cas d'échec de la conciliation. D'une part, la jurisprudence administrative considère que l'absence de mise en œuvre d'une telle conciliation a pour conséquence l'irrecevabilité d'un recours juridictionnel. L'obligation étant d'origine contractuelle, cette fin de non-recevoir n'est pas d'ordre public. Elle peut toutefois être soulevée par le défendeur pour la première fois en appel[419]. D'autre part, la jurisprudence administrative ne se contente pas du respect formel d'une telle clause. Elle considère le recours juridictionnel comme irrecevable lorsque le requérant ne l'a pas utilement mise en œuvre[420]. Pour qu'un recours juridictionnel soit recevable, il est donc nécessaire que le requérant ait préalablement « joué le jeu » de la conciliation.

---

[417] C.E., 16 mars 1992, *Société méditerranéenne de travaux et de finition*, *Rec. Leb. tables* 1119 : « Considérant que si aux termes du contrat conclu entre l'office et la société OTH Méditerranée, les parties à ce contrat sont convenues pour toutes les difficultés que pourrait soulever l'application de la présente convention de solliciter les avis du délégué départemental du ministère de l'équipement avant d'engager toute action judiciaire', ces stipulations ne peuvent trouver à s'appliquer préalablement à l'engagement d'une action fondée non sur la responsabilité contractuelle de la société OTH Méditerranée mais sur les principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil ; que, dès lors, la société OTH Méditerranée n'est pas fondée à soutenir que la demande présentée par l'office à son encontre était irrecevable faute d'avoir été précédée de l'avis du délégué départemental de l'équipement ».

[418] C.E., 11 juillet 1986, *Commune de Beausoleil*, *Rec. Leb.* 648 : « Considérant que les titres de recette émis le 19 décembre 1974 et le 10 juin 1975 par le receveur, percepteur de l'office départemental constituaient des décisions faisant immédiatement grief à la commune de Beausoleil ; qu'ainsi, nonobstant les stipulations de l'article 8 de la convention, aux termes duquel: 'avant d'engager toute procédure, les parties conviennent d'un commun accord de porter les différends à l'arbitrage de Monsieur le directeur départemental du ministère de l'équipement et du logement', la commune était recevable à demander directement l'annulation desdits titres au tribunal administratif; que, par suite, c'est à tort que les premiers juges ont rejeté la demande de la commune pour irrecevabilité; qu'en conséquence, le jugement du tribunal administratif de Nice en date du 10 septembre 1982 doit être annulé ».

[419] C.E., 21 janvier 1994, *S.A. Entreprise Léon Grosse et autres*, req. n° 119172, 1194460 et 119527 : « Considérant que, pour déclarer irrecevables les conclusions de première instance du centre hopitalier régional tendant, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, à ce que l'architecte, M. Perrin-Fayolle, soit déclaré solidairement responsable des désordres affectant l'ouvrage, la cour a, d'une part, rappelé que l'article 17 du contrat d'architecte liant M. Perrin-Fayolle au centre hospitalier dispose qu'avant tout engagement d'une action judiciaire résultant de difficultés soulevées par l'application du contrat, devait être sollicité, notamment, l'avis du conseil supérieur de l'ordre des architectes, d'autre part, jugé qu'il est constant que l'avis de ce conseil n'avait pas été sollicité préalablement à la présentation des conclusions susmentionnées ; Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier soumis aux juges du fond que cette motivation, qui n'est entachée d'aucune erreur de droit, repose sur des faits matériellement inexacts ; que la circonstance, ainsi que l'a également relevé la cour, que M. Perrin-Fayolle n'a pas invoqué devant les premiers juges les stipulations susanalysées de l'article 17 ne saurait, ni être regardée comme une quelconque renonciation tacite aux stipulations dudit article, ni faire obstacle à ce que M. Perrin-Fayolle puisse soulever, comme il l'a fait et comme il était recevable à le faire pour la première fois en appel, une fin de non-recevoir tirée des stipulation de l'article 17 de son contrat d'architecte ».

[420] Pour des exemples récents, voir C.A.A. Lyon, 8 février 1993, *Bouchez*, req. n° 91LY00007 : « Considérant [...] qu'il est constant que M. Bouchez n'a saisi le directeur départemental de l'équipement que le 8 février 1988 du litige qui l'opposait à la commune en ce qui concerne ses droits à indemnisation, alors que sa demande au tribunal a été enregistrée le 10 février 1988 ; que dans ces conditions, la saisine du directeur départemental de l'équipement a été privée de toute portée utile ; que par suite, et alors même que le délai de trois mois prévu par les dispositions précitées en cas d'absence de réponse de ce directeur était expiré à la date à laquelle le tribunal a statué sur la demande de M. Bouchez, cette dernière, formée en méconnaissance de ces dispositions, a été à bon droit rejetée comme irrecevable ; que le requérant n'est donc pas fondé à soutenir que c'est à tort qu'en ce qui concerne le marché du 10 juin 1985 elle a été rejetée ».

Quant aux modalités d'exercice de cette conciliation *ad hoc*, elles sont laissées à la libre appréciation des parties et du conciliateur.

Si les litiges contractuels sont le champ d'application privilégié de la conciliation *ad hoc*, elle n'est toutefois pas exclue des autres catégories de litiges et, notamment, de la responsabilité administrative extra-contractuelle. Des magistrats de tribunaux administratifs ont souvent participé à de telles conciliations. Elles peuvent porter sur des difficultés rencontrées avec une certaine régularité par un service public sur l'ensemble du territoire : « ainsi, Electricité de France, dans le cadre d'un protocole signé avec l'Etat le 25 août 1992, a éprouvé le besoin de mettre en place des commissions départementales d'évaluation amiable, auxquelles participent des personnalités extérieures, dont les magistrats administratifs, chargés d'estimer la dévaluation des biens provoqués par l'impact visuel des lignes électriques en vue de la conclusion d'accords sur cette base »[421]. Ces conciliations peuvent encore porter sur une difficulté ponctuelle et strictement localisée[422].

L'exemple des conciliations auxquelles des magistrats du tribunal administratif de Nantes ont participé est le plus complet. A la suite de l'accord du président de ce tribunal administratif à une demande faite par le district de Nantes, une commission de règlement amiable des dommages causés par la construction de la deuxième ligne de tramways a été mise en place. Présidée par un magistrat administratif, cette commission était composée d'un représentant du préfet, d'un représentant du trésorier-payeur-général, d'un représentant de la chambre de commerce et d'industrie, d'un représentant de la chambre des métiers, d'un représentant du district et d'un membre du conseil d'administration de la Semitan, société concessionnaire des transports publics.

L'existence de la commission et la procédure selon laquelle elle devait statuer ayant fait l'objet d'une large publicité par la diffusion d'informations dans la presse locale et d'une plaquette auprès des personnes susceptibles d'être intéressées, c'est-à-dire essentiellement des commerçants dont l'activité avait souffert du fait de la construction de la ligne de tramway. Après réception de la demande d'indemnité, un expert était désigné pour estimer si la gêne occasionnée par les travaux était ou non réelle. La commission statuait alors au vu de ce rapport et, selon les cas, rejetait la demande ou poursuivait l'instruction par une expertise économique destinée à apprécier le quantum du préjudice. Sur ce second rapport, la commission évaluait l'indemnité qu'elle estimait correspondre à la perte générée par les travaux de construction du tramway. Il appartenait ensuite au district de décider et, le cas échéant, de conclure avec le commerçant une convention de règlement amiable et de régler l'indemnité.

---

[421] Jean-Marc le Gars, « Conciliation et médiation en matière administrative », *A.J.D.A.* 2000, n° 6, p 508. Cet auteur précise que « sur les six premières années de fonctionnement, ces commissions ont visité 1437 riverains, ce qui a conduit à 1213 propositions d'indemnisation par E.D.F., lesquelles n'ont donné lieu qu'à 12 contentieux » (*ibidem.*, note n° 7).

[422] Jean-Marc Le Gars a encore relevé ces expériences, au-delà de la seule participation de magistrats du tribunal administratif de Nantes : « « à la suite de la création de la première ligne de tramway à Grenoble, en 1988, 187 dossiers ont été soumis à une commission de conciliation, donnant lieu à 119 indemnisations et seulement 4 recours contentieux [...] Une procédure comparable a été utilisée à Rouen, en 1993, à l'occasion de la réalisation du métro » (« Conciliation et médiation en matière administrative », *A.J.D.A.* 2000, n° 6, p 509-510).

Le succès rencontré par cette expérience est évident. Saisi de 138 demandes, la commission a proposé d'indemniser 73 commerçants. Le tribunal administratif n'a eu à trancher qu'une seule affaire relative aux dommages occasionnés par ces travaux.

Le président de cette commission, Jean-Marie Perret, a dégagé quelques uns des éléments qui expliquent cette réussite. Une connaissance mutuelle des membres de la commission est nécessaire : « qu'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore, il existe inévitablement dans toute conciliation un phénomène de personnalisation des acteurs, ce qui implique qu'une commission doit, pour être efficace, connaître une bonne stabilité de ses membres »[423]. Une information correcte des personnes susceptibles d'être concernées est encore nécessaire, sous la réserve expresse que cette information n'occulte aucune des autres voies de droit à leur disposition : « il était [...] rappelé l'existence de voie de recours contentieuse devant le tribunal administratif et précisé que dans le cadre de la procédure amiable, il était possible de saisir le président de la commission de règlement amiable de toute difficulté procédurale »[424]. Une cohérence des critères au vu desquels une telle commission doit se prononcer est enfin nécessaire : « tout naturellement, la commission de règlement amiable a, sur des questions de fait revenant à intervalles réguliers, dégagé toutes tendances confondues une ''jurisprudence'' personnelle permettant un traitement le plus égalitaire possible des dossiers de demande [...] Car en définitive, pour un magistrat, la difficulté d'un tel exercice réside dans l'obligation de devoir s'appuyer sur deux légitimités, là où en juridiction, une seule suffit : - la première est la légitimité juridique [...] ; - la seconde est la légitimité sociale auprès des acteurs de la conciliation. Celle-ci est encore plus délicate à obtenir car, tout comme la confiance, elle ne se décrète pas. Si les plaignants ne croient pas en l'utilité, en l'impartialité, en la rigueur de la commission, celle-ci ne peut jouer le rôle d'apaisement des conflits qui lui est imparti »[425].

Une expérience d'une ampleur beaucoup plus réduite a encore été réalisée par un magistrat du tribunal administratif de Nantes. Il s'agissait de participer au règlement amiable des dommages susceptibles d'avoir été causés par les travaux de réaménagement du centre de la commune de Guéméné-Penfao. Seulement quatre réclamations ont été adressées à la commission, qui les a satisfaites en accordant des indemnités de l'ordre de 8 000 à 12 000 F. Dressant le bilan de cette expérience, le magistrat administratif a rappelé que ces affaires avaient été réglées sans difficultés dans un délai de quelques mois. Or, « dans le cadre d'une procédure contentieuse, ces affaires n'auraient pas été réglées avant deux, voire trois années d'une instruction pendant laquelle les échanges parfois nombreux de mémoires et les incidents de procédure tels que la nécessité de recourir à une mesure d'expertise éventuellement coûteuse, peuvent être générateurs de tensions d'autant plus mal vécues qu'elles affectent les relations entre personnes d'une même cité qui, le plus souvent, se côtoient au quotidien. Certes, à l'inverse de ces avantages en gain de temps et d'argent pour les parties, la juridiction dont dépend le magistrat conciliateur aura été privée d'un certain nombre d'heures – au demeurant d'une dizaine seulement en l'espèce – qu'il n'aura pas pu consacrer au travail contentieux. L'évitement de quatre requêtes contentieuses et du temps qu'aurait nécessité leur traitement au titre des différentes phases d'instruction et de jugement par des agents du greffe, le magistrat-rapporteur, le commissaire du gouvernement et les

[423] Jean-Marie Perret, « Construction du tramway de Nantes : commission de règlement amiable des conflits », *R.F.D.A.* 1999, n° 3, p 615.
[424] Jean-Marie Perret, « Construction du tramway de Nantes : commission de règlement amiable des conflits », *R.F.D.A.* 1999, n° 3, p 615.
[425] Jean-Marie Perret, « Construction du tramway de Nantes : commission de règlement amiable des conflits », *R.F.D.A.* 1999, n° 3, p 616.

membres de la formation de jugement, n'amène pas moins à sérieusement relativiser cet inconvénient »[426].

Ces expériences ont été vécues par les magistrats qui y ont participé comme l'une des modalités d'exercice de la mission de conciliation que la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 a confié aux tribunaux administratifs[427]. On peut plus simplement y voir la participation d'un magistrat à une activité administrative dont la particularité est ici de porter sur une conciliation *ad hoc* mise en œuvre à titre préventif, c'est-à-dire avant que le moindre recours juridictionnel ait été déposé.

B) La conciliation d'ordre institutionnel

A l'inverse de la nature conventionnelle de la conciliation *ad hoc*, la conciliation institutionnelle repose sur des fondements textuels l'organisant. Il existe en effet quelques textes prévoyant la possibilité de saisir un organisme chargé de mener à bien une conciliation en proposant aux parties un règlement amiable du litige[428]. De tels organismes pourraient à première vue être considérés comme exerçant une mission de conciliation dans la mesure où ces institutions sont caractérisées en premier lieu par une permanence, en second lieu par le fait que la mission d'intercession leur est attribuée à titre principal, voire exclusif. Pourtant, ils constituent selon nous des procédés de conciliation. En effet, dès lors que l'on analyse leur composition et leur fonctionnement, on s'aperçoit qu'ils sont composés de membres qui exercent tous des attributions principales en fonction desquelles ils sont désignés pour siéger au sein de ces institutions. Par ailleurs, ces organismes ne se réunissent qu'épisodiquement. Il est donc nécessaire de les distinguer nettement d'institutions telles que celles du Médiateur de la République.

De tels organismes de conciliation sont apparus au début du 19ème siècle pour participer au règlement des litiges en matières de marchés publics. De 1907 à 1914, cinq comités consultatifs de règlement amiable des marchés sont apparus dans des ministères[429]. Compétents pour participer au règlement des litiges intéressant, dans la plupart des cas, les marchés publics de travaux et de fournitures, ces comités étaient des organismes consultatifs dotés de structures comparables. Ils comprenaient un président et un autre membre ayant la qualité de juriste, des membres techniciens et un représentant des professionnels avec

---

[426] Roger-Christian Dupuy, « Une commission de conciliation pour le règlement des litiges entraînés par la réalisation des travaux de réaménagement du centre-bourg à Guéméné-Penfao (Loire-Atlantique) », *R.F.D.A.* 1999, n° 3, p 619. La seule limite de ce raisonnement vient de ce qu'il n'est pas possible de savoir si les quatre réclamations qui ont été adressées à la commission se seraient transformées en autant de requêtes.

[427] Roger-Christian Dupuy, « Rappel des principes de la conciliation. Une nouvelle forme de règlement des conflits », *R.F.D.A.* 1999, n° 3, pp. 611-614.

[428] Voir par exemple les comités départementaux et régionaux de conciliation prévus par la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privé. La loi n° 85-97 du 25 janvier 1985 a transformé ces commissions de conciliation en commissions de concertation devant obligatoirement être consultées avant tout recours juridictionnel contre les décisions administratives portant sur la passation ou l'exécution de contrats pris en application de la loi précitée, ou sur la conformité de l'utilisation de fonds publics par rapport à leur destination.

[429] Il s'agit du comité du ministère des travaux publics (décret du 24 décembre 1907), du comité du ministère de la guerre (décret du 30 mai 1910), du comité du ministère des colonies (décret du 26 août 1910), du comité du ministère de la marine (décret du 13 mars 1911) et du comité du ministère de l'intérieur (décret du 20 mars 1914).

lesquels l'administration contractait. Leur rôle était de rendre un avis sur les litiges dont ils étaient saisies, l'administration n'étant pas tenue de le suivre. Cet avis pouvait s'appuyer tant sur des considérations de droit que sur l'équité. Il semble que ces institutions aient alors rencontré un certain succès[430].

Après une extension durant l'entre-deux guerres, ces comités consultatifs n'ont pas survécu au régime de Vichy. Ils ont fait l'objet soit d'une suppression, soit d'une inactivité résultant de l'absence de saisine par les administrations. Il fallut attendre le décret du 11 mai 1953, modifié par le décret du 28 novembre 1953, pour que ces structures réapparaissent, sous réserve de quelques modifications. La plupart des ministères ont par la suite créé en leur sein un tel comité consultatif. Les décrets précités ont été repris par le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 instituant le Code des marchés publics (articles 239 à 246 dudit Code).

Ces institutions ont fait l'objet de nombreuses critiques[431]. Le Comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics avait démontré leur faible impact sur le contentieux contractuel[432]. Leur fonctionnement n'accordait aux titulaires de marchés que peu de garanties procédurales : ils « n'avaient pas eux-mêmes la possibilité de saisir directement le comité. Seul le ministre pouvait le faire. Les demandeurs devaient en toute hypothèse, que le comité ait été saisi ou non, prendre les mesures nécessaires pour la sauvegarde de leurs droits, c'est-à-dire engager les procédures contentieuses dans les délais prescrits : ni la demande au ministre de saisir le comité, ni la saisine effective du comité par le ministre ne suspendaient les délais de recours contentieux. La procédure suivie par les comités comportait l'audition des représentants de l'entreprise et ceux de l'administration, éventuellement la production de mémoires écrits et autres documents et des expertises. Mais, juridiquement, cette procédure ne pouvait être qualifiée véritablement de contradictoire »[433]. Dans sa rédaction alors en vigueur, l'article 247 du Code des marchés publics disposait que « l'avis du comité consultatif est un document d'ordre intérieur et confidentiel. Il ne peut être

---

[430] Selon Claude Degré, « ces institutions donnent les meilleurs résultats en facilitant le règlement de nombreux désaccords, au plus grand profit de l'Etat qui évite ainsi des intérêts moratoires considérables et des entrepreneurs auxquels sont épargnés des délais si préjudiciables à la bonne marche de leurs affaires. Les avis de chacun de ces comités ne lient d'ailleurs aucune des parties en cause mais l'autorité professionnelle et morale de ses membres donne une plus grande valeur à l'opinion qu'il exprime et celle-ci est généralement acceptée d'un commun accord » (« Une procédure de règlement amiable des litiges : les comités consultatifs de règlement amiable des marchés », *Marchés publics* n° 175, 1981, p 20-21).

[431] Voir *contra* l'opinion de Claude Degré : leur action « fait apparaître un équilibre assez judicieux entre les avis prononcés suivant les règles de droit et ceux pris selon l'équité [...] Un certain nombre de litiges relatifs à la théorie générale des contrats ou à l'exécution des marchés sont réglés suivant les règles de droit légales ou jurisprudentielles [...] Mais, bien souvent, il est nécessaire de dépasser ce stade d'analyse et de rechercher une solution en équité dans un esprit de justice. Pour remplir son rôle, le comité s'attache alors soit à suppléer les insuffisances du droit, soit à s'affranchir éventuellement dans des cas bien déterminés de la règle de droit. Dans le premier cas, les litiges liés à des sujétions à caractère exceptionnel qui ne rentrent pas dans les cadres juridiques habituels : sujétions techniques mais aussi économiques ou sociales sont souvent à l'origine d'avis prononcés en équité [...] Quelquefois même, le comité va plus loin pour éviter que la règle de droit, dans son application, n'engendre des effets incompatibles avec l'idée de justice. C'est ainsi que sur le plan des délais et de la procédure, le comité peut s'affranchir des règles habituelles de recevabilité [...] C'est ainsi que les litiges relatifs aux problèmes de sous-traitance donnent lieu quelquefois à des avis prononcés en équité » (« Une procédure de règlement amiable des litiges : les comités consultatifs de règlement amiable des marchés », *Marchés publics* n° 175, 1981, p 22-23).

[432] Comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, *Rapport 1978-1981*, La documentation française, 1981, repris in Claude Degré, *Les comités consultatifs de règlement amiable des marchés*, Th. Paris II, 1982, Annexes p 125 et suiv.

[433] André de Laubadère, Pierre Delvolvé, Franck Moderne, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1983, tome II, n° 1709, p 934.

produit ni utilisé par les parties devant les tribunaux ». Fallait-il s'étonner si les comités ministériels n'avaient examiné, entre 1973 et 1977, que 53 affaires, soit une moyenne de 12,6 par an ?[434]

Ces organismes ont été profondément réformés en premier lieu par le décret n° 81-272 du 18 mars 1981[435]. Aux comités ministériels a été substitué un comité consultatif national unique à caractère interministériel et placé auprès du Premier ministre. Sous réserve de son président et de son vice-président, sa composition est susceptible de varier en fonction du litige dont il est saisi. En effet, « seuls les deux premiers membres siègent *ne varietur* : il s'agit du président (conseiller d'Etat ou conseiller maître à la Cour des comptes), et du vice-président (conseiller d'Etat ou maître des requêtes au Conseil d'Etat), nommés par le Premier ministre sur proposition de leur chef de corps, mais qui ne peuvent appartenir au même corps [...] La formation appelée à délibérer comprend en outre deux fonctionnaires et deux représentants de la profession. Mais ils ne siègent pas *ne varietur* : leur participation dépend des affaires dont le comité est saisi. Pour chaque département ministériel, le ministre fixe la liste des fonctionnaires compétents pour siéger au comité. Pour chaque profession, le ministre responsable du secteur d'activité auquel elle correspond fixe, après consultation des organisations professionnelles les plus représentatives, la liste des personnes compétentes pour siéger au comité [...] Ces listes permettent de désigner pour chaque affaire, selon le département ministériel de la profession en cause, les deux fonctionnaires et les deux représentants de la profession. C'est au président du comité qu'il appartient de les désigner »[436]. On le voit, la dimension paritaire de ce comité est censée constituer le fondement de son action et de la conciliation susceptible de naître de son intervention.

Le décret précité du 18 mars 1981 ne s'est pas contenté de remodeler les structures. Il a encore sensiblement élargi leur domaine. Le champ d'application couvert par le comité national consultatif de règlement amiable a été étendu à l'ensemble des marchés publics passés par l'Etat et ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux. Les insuffisances les plus flagrantes de la procédure ont surtout été abrogées. D'une part, le titulaire du marché peut dorénavant saisir le comité, sous la réserve que cette saisine ait lieu en fin d'exécution du marché, après qu'une demande ait été rejetée par l'administration contractante. D'autre part, la saisine du comité est revêtue d'un effet suspensif à l'égard des délais de recours juridictionnels. Enfin, le caractère contradictoire de l'instruction du litige par le comité est accentué et l'avis qu'il rend est notifié à toutes les parties[437]. Pour autant, le comité national consultatif de règlement amiable des marchés n'a été saisi que de 212 affaires de 1981 à 1991[438].

---

[434] Christine Bréchon-Moulènes, « La réforme des comités consultatifs de règlement amiable des marchés », *A.J.D.A.* 1981, p 205.

[435] Voir aussi la circulaires du Premier ministre et l'instruction du ministre de l'économie et des finances du 4 septembre 1981, *J.O.R.F.* 6 septembre 1981, p 8043 ; A. Sitbon, « La réforme de la procédure de règlement amiable des litiges nés à l'occasion des marchés publics », *Marchés publics* 1981, n° 176, pp. 35-43.

[436] André de Laubadère, Pierre Delvolvé, Franck Moderne, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1983, tome II, n° 1712, p 937.

[437] Le comité doit rendre son avis dans un délai de six mois. Après transmission au titulaire du marché et à l'administration contractante, cette dernière dispose d'un délai de trois mois pour prendre une décision au vu de cet avis, dans un délai de trois mois. A expiration de ce délai de trois mois, le silence de l'autorité administrative vaut rejet de la conciliation préconisée par le Comité.

[438] Le champ d'application était réduit à l'Etat et à ses établissements publics nationaux. La procédure était de plus décourageante. Le Comité consultatif de règlement amiable des litiges ne pouvait être saisi par le titulaire d'un marché qu'à la fin du marché. En cours d'exécution, seul le ministre ou le représentant légal de l'établissement public national concernés pouvaient le saisir. Compte tenu des prérogatives dont dispose en tout

Le décret n° 91-204 du 25 février 1991 a encore modifié le Code des marchés publics pour créer des comités consultatifs régionaux ou interrégionaux[439]. Composés de la même manière que le comité national, la création de ces organismes a été justifiée par le souci de déconcentrer le règlement aimable des litiges intéressant les marchés publics. Les rapports entre ces organismes ne sont pas hiérarchisés. Leurs compétences sont aménagées : « le comité national est compétent sur les « différends ou litiges » relatifs aux marchés des services centraux de l'Etat ; il l'est également quand il s'agit d'un établissement public de l'Etat à caractère administratif sauf si « du fait de la localisation ou des attributions de ces établissements la compétence du comité consultatif national ne se justifie pas (...) Les comités interrégionaux sont compétents lorsque le litige se rattache au marché d'un service déconcentré de l'Etat et, si la localisation ou les attributions de l'établissement le justifient, à un marché d'un établissement public national à caractère administratif. Ils sont également compétents lorsque sont en cause les collectivités locales et leurs établissements publics »[440].

Quelques améliorations ont encore été apportées pour rendre plus attrayante la mise en œuvre de ce procédé de règlement amiable. En premier lieu, la saisine a encore été facilitée puisque le titulaire du marché peut maintenant saisir le comité à n'importe quel moment, dès lors qu'une de ses demandes a été rejetée[441]. Dans la mesure où la saisine est restée facultative, le titulaire du marché peut saisir directement le juge du contrat. Il peut même saisir parallèlement le comité et le juge du contrat[442]. En deuxième lieu, l'instruction par le rapporteur du comité revêt une dimension inquisitoriale accrue, celui-ci pouvant par ailleurs ordonner une expertise[443]. En troisième et dernier lieu, l'article 246-1 inséré par le décret dans le Code des marchés publics permet à la saisine du comité d'interrompre toutes les prescriptions et déchéances.

Si le nombre, l'organisation et la procédure caractérisant ces comités ont été profondément modifiées pour accroître les garanties des titulaires de marchés, la fonction de ces comités n'a guère varié. L'article 239 III du Code des marchés publics dispose toujours qu'ils « ont pour mission de rechercher les éléments de droit ou de fait pouvant être

---

état de cause l'administration dans un contrat administratif, le peu de succès de ce Comité n'est donc pas étonnant.

[439] François Llorens, Philippe Terneyre, *Rev. Dr. Imm.* 1991, p 202; Rémi Rouquette, *Mon. T.P.* 22 mars 1991, p 48.

[440] Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., coll. Manuels, 1995, p 249.

[441] La saisine du comité est toujours en principe facultative. Elle ne peut être obligatoire qu'en vertu d'une stipulation contractuelle. Aucun des quatre cahiers des clauses administratives générales applicables respectivement aux marchés publics de travaux, de fournitures, de prestations intellectuelles et de marchés publics industriels ne prévoit de saisine obligatoire du comité.

[442] Le juge du contrat n'est pas tenu de surseoir à statuer jusqu'à ce que le Comité ait rendu son avis (C.A.A. Paris, 9 juillet 1991, *Société Kléber industries*, *Rec. Leb.* 545, *R.F.D.A.* 1992, p 833, obs. Theobald). Une demande d'expertise adressée au juge administratif des référés n'est pas irrecevable du fait de la saisine du comité de règlement amiable des marchés (C.A.A. Nancy, 19 décembre 1996, *Société Bruker Spectrospin*, *Marchés publics* 1997, n° 3, p 19).

[443] Les cahiers des clauses administratives générales mentionnent que « lorsque le titulaire du marché saisit d'un différend ou d'un litige le comité consultatif [...] de règlement amiable, il support les frais de k'expertise s'il en est décidé une. Toutefois, la personne publique peut en rembourser tout ou partie après avis du comité » (article 50 du cahier applicable aux marchés publics de travaux selon le décret n° 76-87 du 21 janvier 1976 modifié ; article 35 du cahier applicable aux marchés publics de fournitures courantes et services selon le décret n° 77-699 du 27 mai 1977 modifié ; article 40 du cahier applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles selon le décret n° 78-1036 du 26 décembre 1978 modifié ; article 40 du cahier applicables aux marchés publics industriels selon le décret n° 80-809 du 14 octobre 1980 modifié).

équitablement adoptés en vue d'une solution amiable ». Ces comités rencontrent d'ailleurs un évident succès lorsqu'ils exercent leur mission : « dans 80 % des litiges soumis aux comités de règlement amiable, l'avis a été suivi par le maître d'ouvrage et accepté par l'entrepreneur »[444]. Reste que leur saisine est rarissime[445]. Ils ne remplissent à l'évidence pas de manière significative sur le plan quantitatif leur mission.

On peut par ailleurs se demander si ces comités consultatifs de règlement amiable ne vont pas encore traverser une nouvelle période de turbulences. Le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 a substitué au Code issu du décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 un nouveau Code des marchés publics. Les comités ne sont plus mentionnés qu'à l'article 131[446]. Ramassé à l'extrême, cet article confirme heureusement tous les éléments susceptibles de faire de ces comités, le cas échéant, de procédés courants de règlement des litiges en matière de marchés. Cet article 131 mentionne en effet que leur saisine peut émaner des personnes publiques ou des titulaires de marchés, qu'elle interrompt les différentes prescriptions et les délais de recours juridictionnels et que la mission porte toujours sur la recherche des éléments de droit ou de faut en vue d'une solution amiable et équitable. Tout ce qui concerne la composition, l'organisation et le fonctionnement de ces comités est dorénavant renvoyé à des décrets qui, quand ils seront pris, se substitueront aux dispositions de l'ancien Code des marchés publics.

Telle qu'elle a été conçue en ce qui concerne les comités consultatifs de règlement amiable des marchés publics, la conciliation institutionnelle n'est pas pleinement satisfaisante, loin s'en faut. Il est évident que la faiblesse des garanties accordées aux titulaires de marchés au cours de la procédure de conciliation ne les ont guère incités à avoir confiance en ces organismes. On comprend que, lorsque le décret du 18 mars 1981 le leur en a reconnu le pouvoir, ils n'aient pas été tentés de l'exercer fréquemment et aient continué à saisir le juge administratif de leurs litiges. Quant au décret du 25 février 1991, il a subi le même sort que son prédécesseur. En l'absence de stabilité de telles institutions et de la sécurité sans laquelle il n'est pas de véritable procédure contentieuse, il ne faut pas s'étonner que les comportements des administrations et des titulaires de marchés n'aient guère varié. D'autant plus que ces comités, compétents à l'égard des seuls marchés publics à l'exclusion des autres contrats passés par les administrations, « allient la lourdeur d'une procédure institutionnalisée sans l'avantage d'une solution définitive »[447].

---

[444] Jean-Pierre Jouguelet, *Juris-Classeurs administratif*, V° « Conciliation, transaction et arbitrage », fasc. 1005, n° 42, p 6.

[445] Pour un bilan d'activité du comité consultatif national de règlement amiable, voir *Marchés publics* 1998, n° 1, p 5. Voir encore C. Liéna et Brenet, « Les comités consultatifs interrrégionaux de règlement amiable des litiges en matière de marchés publics », *Rev. Trésor* 1998, n° 6, p 321.

[446] Selon cet article 131 du Code des marchés publics résultant du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, « les personnes publiques et les titulaires de marchés publics peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés dans des conditions fixées par décret.
Ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable.
La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions.
La saisine du comité suspend, le cas échéant, les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par la personne responsable du marché après avis du comité.
La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs, notamment les pouvoirs propres de leurs présidents, sont fixés par décret. »

[447] Philippe Terneyre, Denys de Béchillon, , *Répertoire de contentieux administratif*, V° « Contrats administratifs (contentieux des) », n° 48, p 8.

Le domaine susceptible d'être couvert par ces comités est pourtant *a priori* favorable à une conciliation, du fait que des rapports contractuels préexistent nécessairement à la naissance du litige. On peut le mesurer avec l'échec rencontré par la transposition de telles institutions dans le domaine de la responsabilité administrative extra-contractuelle.

Sur la base des recommandations précitées du Comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics[448], le gouvernement avait décidé d'adapter à la responsabilité extraocntractuelle un mécanisme comparable à celui des comités de règlement amiable des marchés. Le décret n° 80-974 du 4 décembre 1980 avait prévu l'expérimentation de la création de comités consultatifs départementaux de règlement des dommages non contractuels engageant la responsabilité de l'Etat et de ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux[449]. Ces comités étaient compétents pour toutes ces actions en responsabilité, à l'exception des dommages causés par les vaccinations obligatoires et de ceux portant sur les rapports entre les administrations et leurs agents. Le décret renvoyait à un arrêté du Premier ministre la détermination des départements dans lesquels cette expérimentation devait être engagée, ce qui fut fait dans cinq départements[450].

Présidés conjointement par un magistrat de l'ordre administratif et un magistrat de l'ordre judiciaire, ces comités étaient en outre composés de trois fonctionnaires : un représentant du préfet, un représentant du trésorier-payeur-général et un représentant de l'administration mise en cause. Ils pouvaient être saisis soit par la victime après rejet de la demande préalable, soit par l'administration en cours d'instruction de ladite demande. La saisine du comité avait évidemment pour conséquence d'interrompre les prescriptions et de proroger les délais de recours juridictionnels. Ils ne pouvaient que rendre, dans un délai particulièrement bref de trois mois à compter de la saisine, des avis notifiés aux parties, l'administration dont la responsabilité était discutée devant y répondre dans le délai d'un mois.

Béatrice Delaunay a dressé le sombre bilan de cette expérimentation : « les comités consultatifs de règlement des dommages créés dans cinq départements n'ont eu une activité que pendant les deux premières années qui ont suivi leur création, faute d'avoir été, par la suite, saisis d'autres affaires et réactivés par les pouvoirs publics. De plus, cette activité a été extrêmement réduite puisqu'en 1981 ils ont été saisis au total de onze demandes, dont sept se sont révélées irrecevables, et en 1982 de trois affaires ... Un comité ne s'est jamais réuni, aucune demande de règlement amiable ne lui ayant été transmise ; un autre s'est réuni une seule fois pour la séance d'installation »[451].

En l'absence d'intérêt de la part des administrations à saisir de tels comités, en l'absence de garantie de la part des victimes quant à la portée de cette procédure et, surtout, en l'absence de la moindre information quant à l'existence de tels comités, il n'est pas étonnant que l'expérience ne se soit pas révélée concluante.

---

[448] Comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, *Rapport 1978-1981*, La documentation française, 1981, repris in Claude Degré, *Les comités consultatifs de règlement amiable des marchés*, Th. Paris II, 1982, Annexes p 125 et suiv.

[449] Voir le commentaire de Jean-Claude Savignac in *Rev. adm.* 1981, p 77.

[450] Arrêté du Premier ministre du 22 janvier 1981. Il s'agissait des départements des Hautes-Alpes, du Cher, de la Haute-Marne, de la Moselle et du Val-d'Oise.

[451] Béatrice Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 172, p 750.

C) La conciliation d'ordre juridictionnel

La recherche d'une conciliation des parties ne faut guère partie de la culture des juridictions administratives[452]. C'est seulement par l'article 22 de la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs que le législateur a confié aux tribunaux administratifs une mission de conciliation. Reprise actuellement à l'article L. 211-4 du Code de la justice administrative[453], cette disposition est issue d'un amendement sénatorial « dont le moins qu'on puisse dire est qu'il n'a pas donné lieu à des échanges approfondis ni à position très développée du gouvernement »[454]. Assez mal accueilli par les magistrats administratifs, ce texte n'a à l'heure actuelle toujours pas fait l'objet du moindre décret permettant d'en préciser les conditions d'application[455].

Seul texte applicable à la conciliation devant des juridictions administratives, dans la mesure où les décrets prévus par l'article 13 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif n'a été adopté[456], cette mission de conciliation est étroitement définie puisque seuls les tribunaux administratifs sont réputés pouvoir l'exercer[457].

La simple éventualité de sa mise en œuvre a donc été l'objet de débats virulents auxquels les lacunes textuelles n'ont pas peu contribué. Aussi est-il nécessaire de présenter la manière dont cette conciliation peut être exercée en répondant aux questions qu'elle est susceptible de poser, en s'appuyant notamment sur les réponses adressées par les magistrats administratifs aux divers questionnaires qui leur ont été adressés[458].

---

[452] La conciliation n'était obligatoirement prévue que devant quelques juridictions administratives spécialisées, dans des domaines étroitement définis, à savoir d'une part les pensions militaires d'invalidité (décret du 20 février 1959 modifié), d'autre part l'indemnisation des dommages de guerre (décrets du 10 juillet 1952 et du 28 janvier 1980), enfin de l'indemnisation des rapatriés d'outre-mer (décret du 9 mars 1971).

[453] Cette disposition a dans un premier temps figuré à l'article L. 4 du Code des Tribunaux administratifs, puis à l'article L. 3, 2ème alinéa, du Code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel.
La rédaction initiale est la suivante : " les tribunaux administratifs exercent également une mission de conciliation ". La rédaction figurant dans le Code de la justice administrative, bien que résultant d'une codification à droit constant, est légèrement différente : " les tribunaux administratifs peuvent exercer une mission de conciliation ".

[454] Michel Lévy, « La conciliation par le tribunal administratif et le rôle du juge dans l'instruction des litiges », *A.J.D.A.* 1987, p 499.

[455] Même s'il a été implicitement reconnu par la jurisprudence comme étant d'application directe, (C.E. Ass., 23 juin 1989, *Vériter*, *Rec. Leb.* 146, concl. Lévis, *A.J.D.A.* 1989, p 424, chron. Honorat et Baptiste), il n'est que très rarement mis en œuvre.

[456] L'article 13 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, on l'a dit, prévoit que « des décrets en Conseil d'Etat déterminent dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu leur responsabilité extra-contractuelle sont soumis, avant tout instance arbitrale ou contentieuse, à une procédure préalable soit de recours administratif, soit de conciliation ». Cette disposition n'a pas été reprise dans le Code de la justice administrative, ni d'ailleurs dans aucun de ses prédécesseurs.

[457] De manière énigmatique, Jean-Pierre Gousseau estime que « le fait même qu'une telle attribution soit limitée au juge administratif du premier degré dénote plus une volonté de contribuer au désencombrement de ces tribunaux comme de manière incidente du Conseil d'Etat que de généraliser une véritable procédure de recours non juridictionnel » (« Administrés et procédés non facultatifs de règlement non juridictionnel des litiges administratifs », *L.P.A.* 19 octobre 1987, n° 125, p 14).

[458] Il s'agit d'une part du questionnaire adressé par Michel Lévy et analysé par ce dernier (« La conciliation par le tribunal administratif et le rôle du juge dans l'instruction des litiges », A.J.D.A. 1987, pp. 499-519), d'autre part de celui commenté par Jean-Marc Le Gars, questionnaire réalisé dans le cadre d'un groupe de travail

L'objectif en vue duquel une telle conciliation peut être recherchée porte évidemment sur le règlement de litiges d'ores et déjà nés et ayant fait l'objet de recours déposés devant le juge administratif. Rien n'interdit certes, on l'a vu, à des magistrats administratifs de participer à des structures *ad hoc* de conciliation, voire en vertu de textes à de véritables institutions de conciliation. Ces cas de figure sont toutefois radicalement différents de la conciliation d'ordre juridictionnel prévu par la loi. La preuve peut aisément en être rapportée : il est fréquent que des conseillers d'Etat participent à de telles structures de conciliation[459]. Or, aucun texte ne prévoit expressément cette possibilité qui n'est en tout état de cause pas exercée au nom du Conseil d'Etat. Par voie de conséquence, la conciliation mentionnée par la loi du 6 janvier 1986 doit être radicalement distinguée de ces conciliations d'un autre ordre.

La conciliation de l'article L. 211-4 du Code de la justice administrative – ancien article L. 3, 2ème alinéa, du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel – est donc tout à fait particulière et ne peut par définition porter que sur des litiges dont les tribunaux administratifs sont saisis[460]. Si un tribunal administratif ne peut évidemment opérer de conciliation que dans le cadre d'un litige relevant de sa compétence juridictionnelle[461], encore faut-il déterminer si toutes les catégories de litiges peuvent ou non faire l'objet d'une telle conciliation. Si la possibilité d'une conciliation dans le cadre d'un contentieux de pleine juridiction ne pose aucune difficulté, tel n'est pas le cas en ce qui concerne le contentieux de la légalité. Domine ici l'idée « qu'on ne transige ni ne concilie sur la légalité et qu'en tout

---

présidé par Daniel Labetoulle (« Conciliation et médiation en matière administrative », *A.J.D.A.* 2000, n° 6, p 510).

[459] Cf. par exemple la commission présidée, au milieu des années 1990, par Ronny Abraham pour évaluer les préjudices causés pendant la seconde guerre mondiale aux biens immobiliers de déportés du fait de leur incorporation au domaine de la ville de Paris.

[460] Le domaine couvert par cette conciliation a fait l'objet de discussions parmi les magistrats administratifs. Analysant les réponses à cette question, Michel Lévy a noté qu'il « y a une opposition fondamentale entre ceux pour qui la fonction de juger est et n'est autre que de dire le droit, et donc de ''juger'', et ceux pour lesquels le jugement est un mal, un moindre mal mais un mal, et la fonction de juger consiste d'abord en l'apaisement des conflits. Pour les premiers, la conciliation doit intervenir avant toute instance juridictionnelle. Pour les seconds, elle peut et doit intervenir aussi, voire surtout, en cours d'instance » (« La conciliation par le tribunal administratif et le rôle du juge dans l'instruction des litiges », *A.J.D.A.* 1987, p 507).
Qu'il nous soit permis de mentionner une opinion isolée, selon laquelle le juge administratif ne peut exercer de conciliation qu'après l'introduction de l'instance par le requérant, parce que « le juge ne peut pas et n'aurait d'ailleurs pas les moyens d'être le *public relation* de l'administration active. Il appartient à cette dernière de mettre en place comme cela se fait quelquefois les structures nécessaires pour éviter les litiges » (*ibidem.*).

[461] C.E., 22 mars 1995, *Dadillon*, *Rec. Leb.* 138 : « Considérant qu'aux termes de l'article L. 3 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel dans sa rédaction issue de la loi du 6 janvier 1986 : 'Les tribunaux administratifs exercent également une mission de conciliation' ; que si la demande de M. Dadillon présentée au tribunal administratif de Paris et transmise au Conseil d'Etat par l'ordonnance susvisée tendait à ce que, avant de prononcer l'annulation sollicitée par le requérant, le tribunal fît usage du pouvoir qui lui est ainsi conféré par la loi, ces conclusions ne peuvent en tout état de cause ni être accueillies par le Conseil d'Etat statuant au contentieux qui ne dispose pas de tels pouvoirs ni être renvoyées au tribunal qui ne saurait en tous cas exercer sa mission de conciliation hors des domaines de sa compétence juridictionnelle ».
Dans cette affaire, le litige portait sur la légalité d'une instruction du président du conseil d'administration de La Poste portant sur l'indemnisation des frais de déplacement. Le recours avait été déposé devant le tribunal administratif de Paris que son président avait ensuite transmis au président de la section du contentieux du Conseil d'Etat pour qu'il détermine la juridiction compétente. Le requérant demandait, au-delà de son annulation, qu'une conciliation soit engagée par le juge administratif et qu'une amende de 15 000 F soit prononcée à l'encontre de La Poste en cas de refus de conciliation.
Voir encore T.A. Marseille, 7 décembre 1989, *Mme Hirtzl*, *Rec. Leb.* 865 (demande de conciliation dans un litige entre l'U.R.S.A.F.F. et un cotisant).

état de cause ce n'est pas au juge de la légalité d'y porter la main. Si un acte est illégal, il ne peut que le constater. La légalité est une fin en soi qui ne souffre pas le compromis, en tout cas pour le juge. Chacun son rôle ! »[462]. Reste que le législateur n'a pas expressément exclu le contentieux de l'excès de pouvoir du champ d'application de la conciliation devant les tribunaux administratifs. Au-delà de cette argumentation étroitement légaliste, on peut intégrer le contentieux de l'excès de pouvoir en s'appuyant sur deux ordres de considérations.

En premier lieu, un litige en excès de pouvoir peut faire l'objet d'une conciliation dans le respect des principes du contentieux administratif du fait de la distinction entre légalité et opportunité. Dans son étude intitulée *Régler autrement les conflits*, le Conseil d'Etat a estimé « opportun d'inclure le contentieux de l'excès de pouvoir [...] Non certes qu'il soit possible de transiger ou de compromettre sur la légalité d'un acte, mais il n'est pas rare que, pour aboutir à une solution légale, l'administration ait le choix entre plusieurs voies. Or, il existe souvent une discordance entre, d'une part, le mobile du requérant, le but réel qu'il recherche à travers la demande d'annulation dont il saisit le juge et, d'autre part, cette démarche elle-même avec les problèmes de droit qu'elle soulève pour le juge. Cette discordance ressortit souvent au domaine de l'opportunité. Alors même que la légalité de la décision ne paraît pas douteuse, il reste que l'administration eût pu parvenir aux fins qu'elle recherche en prenant une décision différente qui satisferait l'administré ou que l'administré eût pu parvenir à son but en modifiant sa demande. Il y a des marges d'opportunité où la conciliation peut jouer un rôle utile en suggérant aux parties d'adopter les dispositions nécessaires pour parvenir légalement à leurs fins sans saisir le juge ou moyennant l'abandon de la procédure introduite »[463].

En second lieu, une partie du contentieux de l'excès de pouvoir ne concerne véritablement que des litiges entre personnes privées opposant leurs intérêts privatifs. Tel est le cas lorsqu'un tiers dépose un recours pour excès de pouvoir contre une autorisation de police administrative spéciale, telle qu'une autorisation d'installation classée ou un permis de construire[464]. Il est alors évident qu'une conciliation peut être recherchée : simplement, les protagonistes de cette conciliation ne se résument pas au requérant et à l'administration défenderesse. Le bénéficiaire d'une telle décision administrative est bien évidemment le partenaire nécessaire de la conciliation que le tribunal administratif peut alors engager.

Le champ d'application de la conciliation devant les tribunaux administratifs devrait toutefois ne concerner ni les litiges fiscaux ni le contentieux des contraventions de grande voirie. En ce qui concerne les litiges fiscaux, la conciliation juridictionnelle ne semble pas nécessaire dans la mesure où il existe déjà, on le sait, des procédures satisfaisantes de règlement amiable des litiges. A l'égard du contentieux répressif, la jurisprudence fait obstacle à la conciliation puisqu'elle impose au juge administratif de condamner le

---

[462] Michel Lévy, « La conciliation par le tribunal administratif et le rôle du juge dans l'instruction des litiges », *A.J.D.A.* 1987, p 508.

[463] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 40-41. Le Conseil précise que la mauvaise information du requérant, voire les mauvais conseils lui ayant été prodigués, peuvent faciliter la mise en œuvre d'une telle conciliation. Il regrette enfin que « le contentieux de la fonction publique, qui pourrait sur le plan des principes être réglé de façon interne, représente une masse importante d'affaires soumises aux juridictions » (*ibid.*, p 41).

[464] Françoise Ducarouge a ainsi relevé que « nombre d'affaires de permis de construire cachent en réalité de simples problèmes de voisinage que l'approche par le légalité se borne souvent à masquer sans les résoudre » (« Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *R.F.D.A.* 1996, p 92).

contrevenant dès lors que les faits sont caractérisés, même lorsqu'il n'a pas été expressément saisi de conclusions en ce sens[465]. On voit mal ce sur quoi pourrait porter la conciliation, si ce n'est le cas échéant la réparation du préjudice causé au domaine public, compte tenu de la double nature de l'action domaniale[466].

Le caractère facultatif de la conciliation devant les tribunaux administratifs saisis de demandes en ce sens a immédiatement été reconnu par la jurisprudence administrative[467].

Lorsque le tribunal administratif décide d'engager une conciliation, se pose la question de savoir comment cette mission doit alors être exercée. La plupart des réticences à l'égard de la conciliation sont relatives à la surcharge de travail qu'elle est susceptible d'entraîner pour les magistrats administratifs qui seraient chargés de la mettre en œuvre. Car, « spontanément, les magistrats de l'ordre administratif [ont compris] cette mission nouvelle comme [devant] être menée par eux-mêmes auprès des parties en litige, et c'était probablement l'idée du législateur, quoiqu'il ne se soit vraisemblablement pas posé la question lors de ses travaux préparatoires »[468].

Ces réticences pratiques des magistrats à l'égard de cette mission de conciliation peuvent être vérifiées avec l'expérience relatée par Mireille Heers : il s'agissait d'affaires portant sur des frais de déplacement dus à des agents publics. Elle a estimé que la tentative de conciliation des parties en cours d'instance est susceptible de constituer une tâche au moins aussi lourde que le jugement de l'affaire : « pour rechercher un rapprochement des parties, l'étude approfondie du dossier est tout aussi nécessaire, dans la mesure où le magistrat ne peut toujours escompter une conciliation spontanée, mais doit plutôt s'attendre à devoir proposer les voies du rapprochement. Certes, la recherche juridique occupera sans doute moins de place dans cette phase de préparation, mais la nécessité d'une appréhension aussi exacte que possible des données et du contexte du litige pèse en revanche plus lourd. Etudier le dossier, réunir les parties autant de fois que nécessaire, leur laisser tout le loisir d'exposer leur point de vue – puisque là résident l'intérêt de la conciliation et ses chances de succès – tout ceci est certainement au moins aussi long, sinon plus, que de juger, même en forme collégiale »[469].

Compte tenu de cette difficulté pour les magistrats administratifs d'assumer concrètement cette mission de conciliation, on songe évidemment à voir celle-ci confiée par le juge administratif à un tiers. Cette idée peut évidemment être appuyée sur l'expérience judiciaire. Avant même que la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ne leur en reconnaisse le pouvoir, les juridictions judiciaires confiaient déjà à des tiers la mission de concilier les

---

[465] C.E. Sect., 2 novembre 1956, *Ministre des travaux publics c/ Commune du Poizat*, *Rec. Leb.* 413. Voir sur ce point Amavi Kouévi, « L'obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie », *A.J.D.A.* 2000, n° 5, pp.393-403

[466] Jean-Marie Auby, « L'action domaniale », *A.J.D.A.* 1983, p 503.

[467] C.E. Ass., 23 juin 1989, *Vériter*, *Rec. Leb.* 146, concl. Lévis, *A.J.D.A.* 1989, p 424, chron. Honorat et Baptiste : « considérant qu'eu égard à la nature de la mission de conciliation ainsi confiée aux tribunaux administratifs, la décision par laquelle un tribunal administratif refuse d'exercer ladite mission n'est pas susceptible de recours ». Cette faculté est dorénavant exprimée par la rédaction de l'article L. 211-4 du Code de la justice administrative.

[468] Diégo Pollet, « La médiation et le juge dans l'ordre administratif », *L.P.A.* 23 avril 1999, n° 81, p 6.

[469] Mireille Heers, « La conciliation par le juge administratif et ses déboires », *Gaz. Pal.* 14 mai 1996 , p 478-479. Cet article est caractérisé par un certain désenchantement de son auteur par rapport à la conciliation, proportionnel à l'enthousiasme avec lequel l'expérience avait dû être engagée.

parties[470]. La jurisprudence administrative s'est au contraire révélée hostile à ce qu'une mission de conciliation soit expressément confiée à un expert[471]. Mais elle n'a jamais interdit aux parties de se concilier ni au cours de la réalisation des opérations d'expertise ni au vu du rapport de l'expert ...

Dans son étude intitulée *Régler autrement les conflits*, le Conseil d'Etat a enfin franchi le Rubicon et admis qu'un tiers puisse se voir confier une telle mission de conciliation. Il a préconisé la création d'un référé-conciliation susceptible d'être mis en œuvre, en principe, par le président du tribunal administratif ou par son délégué. Le juge administratif des référés aurait, dans ce cadre, le pouvoir soit de procéder lui-même à une tentative de conciliation, soit de « renvoyer le requérant devant l'administration pour qu'ils cherchent à se concilier ensemble en dehors de toute intervention d'un tiers, soit [de] désigner un ou plusieurs conciliateurs en fonction des circonstances propres à chaque affaire. Il y a lieu de prévoir la constitution d'un vivier de conciliateurs disponibles »[472]. La doctrine a depuis évolué et considère que la conciliation doit être en principe menée par un tel tiers et seulement à titre exceptionnel par un magistrat administratif[473].

Une telle conciliation ordonnée par les tribunaux administratifs et confiée à un tiers serait de nature à rendre effective l'exercice de la mission que leur a confié le législateur. Car une conciliation recherchée par un magistrat génère des difficultés importantes. D'une part en cas d'échec de la tentative, le magistrat est tenu de se récuser. D'autre part, les parties peuvent être rétives à négocier en présence ou, *a fortiori*, sur les propositions d'un tel magistrat conciliateur[474]. L'attachement des parties à la confidentialité a conduit le Conseil d'Etat à envisager qu'en cas d'échec d'une tentative confiée à un tiers, le procès-verbal de non-conciliation ne fasse pas état des dires des parties[475]. La conciliation recherchée par un

---

[470] Cass. civ. 2e, 16 juin 1993, *Bull. civ.* II, n° 211, p 114, *J.C.P.* 1993, II, 3723, n° 3, obs. Cadiet.

[471] C.E., 12 octobre 1979, *Secrétaire d'Etat aux postes et télécommunications c/ Mme Devillers*, *Rec. Leb.* 375 : annulation d'une ordonnance du juge administratif des référés ayant notamment confié à un expert la mission « de concilier les parties si faire se peut ».

[472] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 44. Le Conseil prévoit que ces conciliateurs devraient être « recensés en une liste dressée par le président de chaque tribunal administratif, après avis des préfets des départements de son ressort. Mais cela ne devrait pas exclure la possibilité de choisir le ou les conciliateurs soit sur l'une des listes établies par les autres tribunaux, soit en dehors de toute liste » (*ibidem.*).

[473] Pour Jean-Marc Le Gars, « dans certains cas, il peut paraître opportun que l'autorité du magistrat pèse sur la négociation [...] Il peut arriver que les enjeux soient d'une telle importance que les parties ne s'engageront dans [cette voie] que si elle est conduite par un magistrat, voire par le président du tribunal lui-même [...] La conciliation pratiquée par le juge ne pouvant qu'être réservée à certaines circonstances exceptionnelles, la voie ordinaire de la conciliation, si elle doit prendre son essor, devrait donc passer, comme au judiciaire, par la désignation d'une tierce personne par le juge » (« Conciliation et médiation en matière administrative », *A.J.D.A.* 2000, n° 6, p 511).

[474] On peut considérer *a contrario*, avec Diégo Pollet, que, dans le cadre d'une conciliation menée par un tiers, « les réticences des parties à se dévoiler et à éventuellement composer en présence d'un magistrat n'auraient plus de raison d'être. Les entreprises sont, de leur côté, très sensibles au problème de la confidentialité, *a fortiori* face à un membre du tribunal qui pourrait les juger. Les collectivités locales semblent, quant à elles, voir avec réticence que le juge, hors de sa fonction juridictionnelle, puisse être un témoin privilégié de la gestion de leurs affaires. Cela serait ressenti comme une menace de rupture de l'équilibre institutionnel local » (« La médiation et le juge dans l'ordre administratif », *L.P.A.* 26 avril 1999, n° 82, p 5).

[475] Le Conseil d'Etat a envisagé le dispositif suivant : « les pièces qui font état des réclamations faites ou des propositions présentées par les parties lors de la tentative de conciliation ne sont jointes au dossier contentieux qu'avec l'accord unanime des parties, pour préserver la confidentialité nécessaire à toute tentative de conciliation, et aussi pour séparer nettement la phase de conciliation de la poursuite de la phase juridictionnelle

magistrat présente toutefois pour les parties l'avantage d'être gratuite, alors que l'intervention d'un tiers pose nécessairement la question de sa rémunération[476].

En tout état de cause, le Conseil d'Etat a envisagé qu'un tel référé-conciliation pouvait être couplé avec la faculté reconnue au juge administratif des référés de prononcer le sursis à exécution de la décision contestée pour la durée de la mission de conciliation[477].

Reste que les propositions du Conseil d'Etat dans son étude intitulée *Régler autrement les conflits* ne se sont toujours pas concrétisées. La loi n° 2000-597 relative au référé devant les juridictions administratives aurait pu fournir au législateur la possibilité de consacrer un tel dispositif. Il n'en a pas été question, le projet de loi étant muet sur ce point. De sorte que la mission de conciliation dévolue aux tribunaux administratifs depuis la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 reste à l'heure actuelle d'une effectivité dérisoire.

Section 2 : L'arbitrage en matière administrative

En matière administrative, s'interroger sur l'arbitrage a longtemps constitué une question d'une remarquable incongruité. La question n'était tout simplement pas susceptible de se poser. L'arbitrage était purement et simplement interdit aux personnes publiques, sauf texte expressément contraire, que le Conseil d'Etat interprétait d'ailleurs systématiquement de manière restrictive. Le fondement de cette interdiction réside essentiellement dans le refus d'admettre un quelconque dessaisissement de la juridiction administrative et de voir une justice privée - l'arbitrage est caractérisé par le recours à un tiers, l'arbitre, auquel la qualité de juge est reconnu - d'origine contractuelle intervenir dans les affaires administratives[478].

D'origine contractuelle, l'arbitrage revêt en effet une dimension autoritaire qui le distingue radicalement de la médiation et de la conciliation. L'arbitre instruit le litige et impose aux parties une solution. Compte tenu des pouvoirs que les parties confèrent à l'arbitre en l'instituant, on est alors au point ultime de la problématique du règlement amiable. En effet, le terme d'arbitrage désigne à la fois une procédure et son produit. Seule l'origine de la procédure est consensuelle. Son résultat, la sentence arbitrale, ne l'est pas. On est encore *a priori* en contradiction avec la logique transactionnelle qui, d'une part cherche à

---

après son échec » (*Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 47).

[476] Le Conseil d'Etat a estimé que, du fait du « caractère non obligatoire de la conciliation comme du fait qu'il n'y est recouru qu'avec l'accord des parties, la rémunération du conciliateur n'incombe pas au Trésor public, sauf dans le cas où le requérant bénéficie de l'aide juridictionnelle » (*Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 45-46). En cas d'accord, le procès verbal de conciliation peut opérer à la fois la détermination de cette rémunération du conciliation et la répartir entre les parties. En cas d'échec, ce serait alors au juge d'en déterminer le montant et d'en attribuer la charge, comme il le fait en matière d'expertise en référé lorsqu'un recours au fond a été introduit.

[477] Le Conseil d'Etat a seulement précisé que « la faculté d'ordonner le sursis serait subordonnée à la triple condition qu'il apparaisse utile au succès de la conciliation recherchée, que les droits des tiers ne soient pas mis en cause et qu'il ne risque pas de compromettre l'intérêt général » (*Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 45).

[478] L'arbitrage est considéré comme un acte juridictionnel. Par voie de conséquence, il est susceptible d'appel (C.E., 4 janvier 1957, *Lamborot*, *A.J.D.A.* 1957, II, 108, concl. Chardeau).

éteindre un litige en conduisant les parties à des concessions réciproques, d'autre part repose sur la volonté de soustraire le litige aux contraintes induites par le règlement juridictionnel des litiges. Dépourvu du moindre *imperium*, désigné par des parties désireuses de soustraire par là-même leur litige aux juridictions étatiques, l'arbitre est cependant logiquement conduit à rechercher une solution satisfaisant chacune des parties, c'est-à-dire à leur imposer des concessions réciproques. Si tel n'était pas généralement le cas, les parties n'auraient tout simplement aucun intérêt à préférer la voie de l'arbitrage à celle de l'action devant les juridictions étatiques.

Du fait de l'évolution des modes d'action des administrations et notamment de la gestion privée des services publics, la doctrine de droit public comme de droit privé s'est subitement montrée favorable à une reconnaissance partielle de l'arbitrage : « elle a jeté dans la bataille ses plus grands noms. La passe d'armes a été brillante »[479]. Le résultant a pourtant été dérisoire, le droit n'en ayant quasiment pas été affecté. Il a fallu l'explosion du contentieux administratif pour que le Conseil d'Etat fasse preuve d'un soudain intérêt pour l'arbitrage et qu'il commence à y envisager sa mise en œuvre[480]. La doctrine l'avait précédé, multipliant à l'orée des années 1990 les études sur l'arbitrage en droit administratif.

En l'état du droit, l'arbitrage ne constitue toujours qu'un mode exceptionnel de règlement des litiges intéressant l'administration. La simple possibilité de recourir à l'arbitrage n'est que très rarement reconnue à l'administration (**§ 1**). Quant au régime juridique de cet arbitrage en matière administrative, il est caractérisé par de nombreuses incertitudes (**§ 2**).

§ 1 : Une improbable transposition

En matière administrative l'arbitrage est quasiment inexistant. Il est en principe interdit aux personnes publiques. Cette interdiction dépasse donc même à leur égard le champ d'application du droit administratif puisque les litiges portant sur la gestion privée des services publics par des personnes publiques ne peuvent pas faire l'objet d'arbitrage. Elle a même été étendue aux personnes privées chargées d'une mission de service public. L'interdiction couvre donc l'exercice par des personnes privées de fonctions d'ordre administratif.

L'arbitrage est en effet une véritable justice privée dans le cadre de laquelle, d'une part le secret est la règle, tant en ce qui concerne la procédure que l'acte d'arbitrage lui-même, d'autre part l'arbitre peut statuer, à la demande des parties, en tant qu'amiable compositeur, c'est-à-dire en prenant en compte d'autres considérations qu'exclusivement juridiques.

Une procédure d'arbitrage ne peut être engagée que dans deux hypothèses : soit les parties, liées par un contrat avant la naissance du litige, y ont inséré une clause compromissoire dont l'une d'entre elles invoque le bénéfice, soit un litige est né et les parties concluent un compromis par lequel elles désignent un arbitre pour le régler. Si l'arbitrage en tant que produit revêt bien une nature juridictionnelle, sa mise en œuvre repose donc

---

[479] Dominique Foussard, « L'arbitrage en droit administratif », *Rev. arbitrage* 1990, p 3.
[480] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, pp. 83-101.

nécessairement sur un contrat. Si l'indépendance de l'arbitre et les pouvoirs qui lui sont ainsi reconnus par les parties (dans la clause compromissoire d'un contrat ou dans le compromis) caractérisent pleinement l'arbitrage en tant que juridiction, le caractère privé de cette justice explique aisément les réticences à permettre à l'administration d'y recourir. Poursuivant l'intérêt général au nom de la collectivité publique, l'administration ne peut à l'évidence pas se défier des juridictions étatiques et choisir, fût-ce même en accord avec l'autre partie au litige, son juge. D'où l'interdiction de principe du recours à l'arbitrage aux personnes publiques, sauf texte expressément contraire, et son extension aux personnes privées chargées d'exercer une fonction administrative.

Ce principe interdisant l'arbitrage en matière administrative est donc interprété de manière particulièrement extensive (**A**). Il ne connaît guère, en l'état du droit, que de rares exceptions textuelles ou jurisprudentielles (**B**).

A) L'interdiction de principe

La jurisprudence administrative a rapidement consacré le principe de l'interdiction de l'arbitrage[481]. Il est clairement formulé par la décision précitée *De Dreux-Brézé, évêque de Moulins* du 23 décembre 1887[482]. Le litige, on l'a dit, portait sur la gestion du domaine d'Izeure, ancien couvent de bénédictins que l'Etat avait acheté en 1822. Après avoir été affecté au diocèse par ordonnance du 25 octobre 1822, ce domaine a fait l'objet d'un changement d'affectation par décret du 31 juillet 1880 pour y installer une école normale supérieure d'institutrices. Pour déterminer l'indemnité due à l'Eglise pour l'indemniser du préjudice causé par la perte de jouissance des biens qu'elle avait édifiés et entretenus, le ministre et l'évêque s'en sont remis à trois arbitres. La Chambre des députés ayant refusé de voter les crédits correspondant à l'indemnité résultant de la sentence arbitrale, l'évêque de Moulins a engagé une action devant le juge judiciaire, celui-ci renvoyant au Conseil d'Etat à titre préjudiciel la question de savoir si le compromis et la sentence arbitrale étaient ou non valides. Contrairement au commissaire du gouvernement[483], le juge administratif les a catégoriquement considérés comme nuls et dépourvus de toute force obligatoire à l'égard de l'Etat, les visas de cette décision mentionnant expressément les articles 83 et 1004 du Code de procédure civile[484].

---

[481] Voir la jurisprudence citée par Jean-Marie Auby (« L'arbitrage en matière administrative », *A.J.D.A.* 1955, I, p 82), à savoir C.E. sur conflit ord., 15 mars 1829, *Bernardin, rap. Lebon* 91 ; C.E., 7 novembre 1824, *rap. Lebon* 631. Voir encore Koechlin, *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830*, Th. Paris, 1950, p 22 et 44.

[482] C.E., 23 décembre 1887, *De Dreux-Brézé, évêque de Moulins (séminaire d'Izeure)*, *Rec. Leb.* 842, concl. Le Vavasseur de Précourt.

[483] Dans ses conclusions, M. Le Vavasseur de Précourt estimait que « les difficultés sur la validité tant du compromis que de la sentence arbitrale sont du domaine judiciaire et que l'acte du ministre, qui a compromis, n'est pas un acte administratif. A l'autorité judiciaire, il appartient de statuer sur ces questions de même qu'il lui appartient, au cas où la nullité serait reconnue, de rechercher dans quelle mesure le rapport des arbitres peut fournir des indications utiles pour la solution de la question d'évaluation d'indemnité : le principe de la séparation des autorités judiciaire et administrative nous paraît s'opposer à ce que le Conseil d'Etat accueille au fond, les conclusions de l'une ou l'autre partie » (concl. sur C.E., 23 décembre 1887, *De Dreux-Brézé, évêque de Moulins (séminaire d'Izeure)*, *Rec. Leb.* 844). Cette solution reposaient sur la compétence judiciaire pour statuer sur le fond de l'affaire davantage que sur une quelconque nature de l'arbitrage, c'est-à-dire ici du compromis et de la sentence arbitrale.

[484] Les termes mêmes de cette décision *De Dreux-Brézé, évêque de Moulins (séminaire d'Izeure)* du 23 décembre 1887, sont clairs : « ledit ministre n'avait pas le droit de déléguer ses pouvoirs à des arbitres et de

Cette interdiction de l'arbitrage est encore confirmée par les conclusions de Jean Romieu sur la décision *Chemins de fer du Nord, de l'Est et autres c/ Ministre de la guerre* du 17 mars 1893[485] : « les ministres ne peuvent pas compromettre ; c'est défendu par les articles 1004 et 83 du Code de procédure civile [...] les ministres ne peuvent pas remettre aux mains des arbitres la solution d'une question litigieuse, parce qu'ils ne peuvent pas se dérober aux juridictions établies »[486].

La base juridique de cette interdiction de l'arbitrage reposait donc sur l'article 1004 du Code de procédure civil affirmant tout à la fois un principe et les exceptions dont il était assorti : d'une part « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition », d'autre part « on ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtements ; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public ». L'énumération de ces causes communicables au ministère public résultait de l'article 83 du Code de procédure civile. Elle mentionnait expressément les causes concernant « l'ordre public, l'Etat, le domaine, les communes et les établissements publics ». La jurisprudence administrative a rapidement étendu cette interdiction du compromis et, par voie de conséquence, de l'arbitrage aux départements[487]. Elle a encore considéré que seule une loi pouvait déroger à cette interdiction[488].

Le fondement de cette interdiction avait été dégagé par Edouard Laferrière, dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* : « le compromis ne saurait trouver place parmi les contrats de l'Etat, car il est de principe que l'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres, tant à raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage, que des considérations d'ordre public qui veulent que l'Etat ne soit jugé que par les juridictions instituées par la loi. En vain dirait-on que le droit de transiger implique celui de compromettre ; cela n'est point exact, car le ministre sait sur quelles propositions il transige, mais il ignore jusqu'où une sentence arbitrale peut entraîner l'Etat. En vain dirait-on encore que l'article 1004 du Code de procédure civile n'interdit le compromis à l'Etat que lorsqu'il s'agit de causes communicables au ministère public ; que, par suite, ce texte limite la

---

remettre ainsi le soin de décider à une juridiction autre que celles légalement instituées ; qu'il suit de là que, ni le compromis des 6-8 août 1881, ni la sentence arbitrale rendue le 17 novembre suivant, en exécution de ce compromis, ne peuvent être déclarés valables et obligatoires pour l'Etat ».

[485] C.E., 17 mars 1893, *Compagnies du Nord, de l'Est et autres c/ ministre de la guerre*, *Rec. Leb.* 245, *S.* 1894 , III, pp. 119-126, concl. Jean Romieu.

[486] Concl. précitées sur C.E., 17 mars 1893, *Compagnies du Nord, de l'Est et autres c/ ministre de la guerre*, *S.* 1894 , III, p 123-124. Dans son arrêt, le Conseil d'Etat rejette le compromis sur une base légèrement différente. Il lui refuse cette qualification et le considère comme une clause de conciliation : « considérant, enfin, que l'article 10 stipule que toutes les questions qui ne peuvent pas être tranchées au moyen du traité des transports de guerre ou de la convention du 15 juillet 1872 seront résolues à l'amiable entre le représentant dûment autorisé de l'administration de la guerre et l'agent général des compagnies, auquel celles-ci donnent pleins pouvoirs à cet effet ; que cette stipulation ne constitue pas un compromis ayant pour effet d'établir un arbitrage pour le jugement de contestations nées ou à naître ; qu'elle témoigne simplement de l'intention commune des parties contractantes de chercher à prévenir les contestations par une entente de leurs mandataires ; mais qu'elle ne fait pas obstacle, si cette entente ne pouvait se réaliser, à ce que les difficultés contentieuses fussent portées devant la juridiction compétente ».

[487] C.E., 17 juillet 1896, *Clouzard*, *Rec. Leb.* 584. Les départements n'étaient pas compris dans l'énumération de l'article 83 du Code de procédure civile. Mais ils n'avaient pas d'existence juridique autonome à l'époque où ce texte a été rédigé. Extensive, l'interprétation du Conseil d'Etat est cependant conforme à l'esprit de ce texte.

[488] C.E., 30 juillet 1949, *Syndicat intercommunal de Plombières-les-Dijon*, *Rec. Leb.* 402 ; C.E., 23 mai 1951, *Syndicat intercommunal de Plombières-les-Dijon*, *Rec. Leb.* 284

prohibition aux affaires ressortissant aux tribunaux judiciaires. Nous répondons que l'article 1004 n'a réglé qu'une question de procédure civile, et n'a pu ni voulu statuer sur les procès de l'Etat ressortissant à la juridiction administrative. D'ailleurs, si le compromis est interdit pour toutes les affaires relevant de la compétence judiciaire, il doit l'être plus rigoureusement encore pour celles qui relèvent du juge administratif. Comment admettre, en effet, que l'Etat puisse accepter des arbitres dans des causes où il ne lui est pas permis d'accepter des juges civils ? Plus encore que la juridiction judiciaire, la juridiction administrative est d'ordre public pour l'Etat »[489].

Alors que la question semblait définitivement réglée, l'évolution de modes d'action de l'administration l'a réactivé. La première moitié du 20ème siècle a en effet été caractérisée par la naissance de services publics industriels et commerciaux à partir de l'arrêt *Société commerciale de l'ouest africain* du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921 (affaire dite du bac d'Eloka)[490]. Les structures de l'administration ont évolué par voie de conséquence. Il a été nécessaire d'opérer une distinction au sein des établissements publics en fonction de la nature juridique de leur activité. La catégorie des établissements publics industriels et commerciaux est alors apparue et a semé le trouble dans le droit public. Personne morale de droit public, ce type d'établissement public est caractérisé par une activité comparable à celle des personnes privées et soumise en principe aux même règles juridiques[491].

La doctrine s'est immédiatement demandée si l'interdiction de l'arbitrage devait ou non être maintenue à l'égard de ces établissements publics industriels et commerciaux[492]. En effet, d'une part les activités d'ordre commercial n'étaient pas comprises dans l'énumération de l'article 83 du Code de procédure civile. D'autre part, l'article 631 confère à leur égard compétence aux tribunaux de commerce. Or, la loi du 31 décembre 1925 a inséré dans cet article un alinéa ainsi rédigé : « toutefois, les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées

---

[489] Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, éd. Berger-Levrault, 1888, tome II, p 146-147, reprint L.G.D.J., 1989.

[490] Trib. confl., 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain*, *Rec. Leb.* 91, concl. Matter, repris in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Matter a ainsi dégagé les fondements de cette nouvelle catégorie de services publics à gestion privée : « certains services sont de la nature, de l'essence même de l'Etat ou de l'administration publique ; il est nécessaire que le principe de la séparation des pouvoirs en garantisse le plein exercice, et leur contentieux sera de la compétence administrative. D'autres services, au contraire, sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'Etat, ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé, et qu'il importe de les assurer dans un intérêt général ; les contestations que soulève leur exploitation ressortissent naturellement de la juridiction de droit commun ».
Cette distinction entre activités naturelles et accessoires de l'Etat n'est plus utilisée. La jurisprudence combine désormais les critères dégagés par le commissaire du gouvernement Laurent dans l'arrêt *Union syndicale des industries aéronautiques* du 16 novembre 1956, à savoir l'objet du service, l'origine de ses ressources et les modalités de son fonctionnement (C.E. Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *Rec. Leb.* 434).

[491] Il s'agit évidemment ici d'une simplification, dans la mesure notamment où la jurisprudence administrative a admis qu'un établissement public exerce des activités de nature différente. On parle alors d'établissement public à double visage, à l'exemple des ports autonomes. Ils assurent d'une part un service public administratif en aménageant, entretenant et contrôlant les installations portuaires. Mais ils assurent un service public industriel et commercial lorsqu'ils les exploitent. La qualification d'établissement public, on le voit, regroupe des organismes dont les activités, les structures et les légitimités sont profondément disparates.

[492] Voir notamment P. Durand, « Le règlement par voie de transaction et d'arbitrage des différends intéressant les établissements publics de caractère industriel et commercial », *Dr. soc.* 1949, p 325 ; R. Landre, « A propos du droit de ''compromettre'' des établissements publics », *Gaz. Pal.* 1958.1, Doct. 21 ; L. Mazeaud, G. Vedel, « Electricité et Gaz de France ont-ils la capacité de compromettre ? », *C.J.E.G.* 1950, Doct., p 224 ;

[notamment les contestations relatives aux engagements entre négociants, marchands et banquiers et aux actes de commerce entre toutes personnes] lorsqu'elles viendront à se produire ». La conclusion d'une clause compromissoire permet donc, dans le cadre de cet article 631, de se soustraire à la compétence des tribunaux de commerce. Les établissements publics industriels et commerciaux exerçant des activités entrant dans le champ d'application de cet article, il était envisageable de considérer qu'ils pouvaient recourir à l'arbitrage, nonobstant leur nature de personne morale de droit public.

En 1956, Henri Motulsky affirmait ainsi de manière catégorique : « dès lors donc que, tant pour les services publics industriels et commerciaux que surtout pour les établissements publics de même nature, les personnes morales de droit public, non seulement ''peuvent se dérober aux juridictions administratives'', mais bien y échappent par la force des choses, la raison d'être fondamentale de l'interdiction de compromettre s'évanouit automatiquement. Justiciable des tribunaux judiciaires du fait qu'elle agit à l'instar d'un particulier, l'administration doit, dans tout ce qui concerne ses activités soumises à ces tribunaux, pouvoir recourir à l'arbitrage »[493].

Dans une décision *Société nationale de vente des surplus* du 13 décembre 1957, l'assemblée du Conseil d'Etat a formellement refusé d'interpréter en ce sens les dispositions légales[494]. Le litige portait sur la validité d'une sentence arbitrale réalisée sur la base d'un compromis entre la société nationale de vente des surplus, expressément qualifié d'établissement public par la loi du 24 août 1946, et une société à laquelle elle avait venu des tubes de pipe-line. L'arbitrage se révélant défavorable aux intérêts de la société nationale de vente des surplus, elle avait refusé de l'exécuter et engagé une action devant la Cour d'appel de Paris, en estimant notamment que la sentence était nulle et dépourvue d'effets à son égard du fait de l'interdiction faite aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage. Saisi sur renvoi de la légalité d'un décret autorisant ladite Société nationale de vente des surplus à compromettre, le Conseil d'Etat a solennellement confirmé sa jurisprudence et refusé de la nuancer en ce qui concerne les établissements publics industriels et commerciaux : Il a considéré « qu'en vertu des dispositions combinées des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile, et sauf lorsqu'une disposition législative les y autorise spécialement, les établissements publics ne peuvent pas compromettre [...] que si la société en cause est un établissement à caractère commercial, cette circonstance ne lui retire pas sa qualité d'établissement public dont découle pour elle l'interdiction sus-rappelée »[495].

---

[493] Henri Motulsky, « L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public », *Rev. arbitrage* 1956, p 38, repris in *Ecrits : études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, tome II, p 88. Alors que les spécialistes de droit public étaient eux aussi pour la plupart favorables à cette reconnaissance de l'arbitrage, on sentait une certaine inquiétude chez Jean-Marie Auby : « si on admet en tout cas cette solution, quelle est son extension ? On peut reconnaître avec les auteurs qui l'ont soutenue quel a licéité de la clause compromissoire conduit à reconnaître la validité du compromis conclu en dehors d'une clause. La question la plus difficile reste celle de savoir à quelles personnes s'applique cette solution. Si l'on se fonde simplement sur l'accomplissement d'actes de commerce, elle pourrait valoir pour toutes les personnes administratives qui gèrent des services publics industriels ou commerciaux. Mais dans ce cas la dérogation introduite au principe d'interdiction prendrait des proportions considérables. Plus vraisemblablement, l'application de l'article 631, si elle était acceptée, serait sans doute réservée aux personnes administratives présentant un caractère commercial nettement marqué par leur statut » (« L'arbitrage en matière administrative », *A.J.D.A.* 1955, I, p 82).

[494] C.E. Ass., 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, *Rec. Leb.* 678, *A.J.D.A.* 1958, II, 91, chron. Fournier et Braibant, *D.* 1958, II, p 517, concl. Gazier et note Lhuillier, *J.C.P.* 1958, II, 10800, note Motulsky, *Dr. soc.* 1958, p 89, *C.J.E.G.* 1958, p 113, *R.P.D.A.* mai 1958, p 80, note Borella.

[495] S'adressant dans ses conclusions à l'assemblée du Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement Gazier a expliqué le rejet de l'interprétation ouvrant une dérogation à l'interdiction faite aux personnes publiques de compromettre du fait de la soumission des établissements publics industriels et commerciaux au Code de

L'assemblée du Conseil d'Etat a ainsi subordonné la création d'une exception au principe de l'interdiction faite aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage à une loi par laquelle le législateur autorise expressément un tel établissement public à compromettre ou à conclure une clause compromissoire.

Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Gazier avait par ailleurs précisé le fondement de cette interdiction en la détachant de la lettre des articles 1004 et 83 du Code de procédure civile : « ce ne sont pas [...] ces deux articles qui constituent le véritable fondement juridique de la règle. Ils ne sont guère qu'une façade législative à un de ces principes généraux du droit qu'il n'était autrefois guère d'usage d'invoquer sans les rattacher, fût-ce au prix de quelque artifice, à des dispositions législatives expresses. Cet appareil de référence ne doit pas faire illusion. Il n'est pas le support véritable de la règle et ne saurait en mesurer exactement la portée [...] Le principe est aujourd'hui acquis en jurisprudence. Il se suffit à lui seul indépendamment de toute justification législative. Et sa portée, des plus générales, s'étend à toutes les collectivités publiques, comme à tous les litiges, aussi bien d'ordre civil que d'ordre administratif ou d'ordre commercial »[496].

La façade législative a changé sans que le principe de l'interdiction de l'arbitrage à l'égard des personnes morales de droit public n'en soit affecté. Les articles 1004 et 83 du Code de procédure civile ont été abrogés. La règle n'en est pas moins toujours en vigueur, tant en ce qui concerne la clause compromissoire que le compromis. Dans sa rédaction issue de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972, l'article 2061 du Code civil prévoit maintenant que « la clause compromissoire est nulle s'il n'en est disposé autrement par la loi ». Quant au compromis, l'article 2060 du Code civil dispose dorénavant qu'on « ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières intéressant l'ordre public ».

Les termes de cet article 2060 sont d'interprétation délicate. En effet, la loi n'affirme pas que les personnes morales de droit public ne peuvent pas recourir à l'arbitrage. Elle confère à l'interdiction un champ d'application plus vaste puisqu'il couvre tous les litiges les intéressant. Comme l'a remarqué Jean Rivero, c'est « la nature de la contestation qui est prise

---

commerce : « celui-ci, en son article 631, tel qu'il résulte de la loi du 31 décembre 1925 admet expressément la faculté de recourir à la clause compromissoire, donc *a fortiori* au compromis. Voilà donc l'exception législative qui doit faire échapper ces établissements à la prohibition de principe d'user du compromis. [...] Nous ne sommes pas convaincus. Ce n'est pas une raison parce que les établissements publics industriels et commerciaux ont une gestion commerciale pour que toutes les dispositions du Code de commerce leur soient applicables. Un partage est nécessaire entre celles qui s'accommodent de leur qualité première d'établissement public chargé de la gestion d'un service public, et celles qui sont incompatibles avec un tel statut. Au nombre de ces dernières figurent par exemple les dispositions autorisant les voies d'exécution forcée ou toutes celles sur la faillite [...] Ne faut-il pas rompre délibérément avec une jurisprudence anachronique, reconnaître que le recours à l'arbitrage, si courant et si précieux en matière commerciale et raison de la rapidité et de la simplicité de cette procédure, est au nombre de ces ''moyens commerciaux'' dont peuvent user les établissements publics à caractère industriel et commercial ? La tentation est grande de répondre par l'affirmative et de vous proposer des perspectives jurisprudentielles qui peuvent paraître plus largement ouvertes aux nécessités du monde moderne [...] Mais est-ce à vous, par voie jurisprudentielle, d'ouvrir ainsi toutes grandes les portes du compromis à tous les établissements publics industriels et commerciaux ? Nous pensons que c'est bien plutôt au législateur » (Concl. Gazier sur C.E. Ass., 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, *D.* 1958, II, p 518).

[496] Concl. Gazier sur C.E. Ass., 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, *D.* 1958, II, p 518.

en compte, non la personne qui est partie au litige. A tel point qu'on a pu soutenir que, dans un litige opposant un concessionnaire à un entrepreneur, l'une et l'autre personnes privées, mais portant sur l'exécution d'un travail public – donc intéressant une personne publique – le compromis serait exclu »[497].

La jurisprudence administrative a confirmé cette extension de l'interdiction de principe de l'arbitrage aux litiges entre personnes privées devant être résolus sur la base du droit administratif. En vertu d'une décision *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes* rendue le 3 mars 1989 par la section du contentieux du Conseil d'Etat, « aucune disposition législative n'autorise les signataires d'un marché de travaux publics à [y] inclure une telle clause compromissoire »[498]. Opposant une société concessionnaire d'autoroute à un groupement d'intérêt économique, le litige portait sur l'exécution du contrat par lequel ce dernier participait à la construction de ladite autoroute et la sentence arbitrale résultant de la clause compromissoire insérée par les parties dans le contrat.

Cette décision *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes* du le 3 mars 1989 est importante en droit administratif des contrats dans la mesure où elle confirme la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* par laquelle le Tribunal des conflits avait admis qu'un contrat entre deux personnes privées puisse exceptionnellement être qualifié de contrat administratif, soit lorsqu'il porte sur des travaux publics appartenant par nature à l'Etat, soit lorsque l'une des personnes privée peut être considérée comme le mandataire d'une personne publique[499]. Le principe, selon lequel deux personnes privées ne peuvent conclure de contrat administratif s'est vu reconnaître ici une exception, essentiellement pour des motifs d'opportunité. Cette jurisprudence est caractérisée par une divergence entre le commissaire du gouvernement Lasry - c'est selon lui la théorie du mandat implicite qui justifie exceptionnellement le caractère administratif du contrat entre une société d'économie mixte et une autre personne privée - et la formation de jugement quant aux motifs pour lesquels un tel contrat doit être qualifié d'administratif. Ces deux branches de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* ont toutes deux prospéré.

Pour le Tribunal des conflits, c'est l'objet particulier du contrat litigieux qui fonde le caractère administratif de contrats conclus entre de telles personnes privées. La jurisprudence ultérieure a confirmé ce cas de figure s'agissant de travaux de construction d'autoroutes ou de tunnels.Mais alors qu'elle n'avait été appliquée qu'à des hypothèses dans lesquelles l'une des

---

[497] Jean Rivero, « Personnes morales de droit public et arbitrage », *Rev. arbitrage* 1973, p 272.

[498] C.E. Sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, *Rec. Leb.* 69, concl. Guillaume, *A.J.D.A.* 1989, p 391, note Dufau, *J.C.P.* 1989, II, 21323, note Level, *R.F.D.A.* 1989, p 619, note Pacteau

[499] Trib. confl., 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot*, *Rec. Leb.* 787, concl. Lasry et note Josse, *D.* 1963 p 534, chron. Gentot et Fourré, *A.J.D.A.* 1963 p 463, note Auby, *J.C.P.* 1963, n° 13375, concl. Lasry, *R.D.P.* 1963 p 766, repris in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Le principe, selon lequel deux personnes privées ne peuvent conclure de contrat administratif s'est vu reconnaître ici une exception, essentiellement pour des motifs d'opportunité. Cette jurisprudence est caractérisée par une divergence entre le commissaire du gouvernement Lasry et la formation de jugement quant aux motifs pour lesquels un tel contrat doit être qualifié d'administratif. Pour le Tribunal des conflits, c'est l'objet particulier du contrat litigieux qui fonde le caractère administratif de contrats conclus entre de telles personnes privées, alors que, pour le commissaire du gouvernement, c'est la théorie du mandat implicite qui justifie exceptionnellement le caractère administratif du contrat entre une société d'économie mixte et une autre personne privée. Cette distorsion entre les conclusions du commissaire du gouvernement Lasry et la motivation finalement retenue par le Tribunal des Conflits a quelque peu obscurci la portée de l'arrêt *Société Entreprise Peyrot*. Mais ces deux solutions ont été reprises par la jurisprudence. Elles ont respectivement inspiré ce que la doctrine a appelé la théorie du mandat et celle du caractère administratif du contrat portant sur un service public par nature.

deux personnes privées était une société d'économie mixte, c'est-à-dire une société dont les capitaux sont essentiellement publics, la décision *Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes* du 3 mars 1989 concerne un concessionnaire d'autoroute qui n'avait, à la date des faits litigieux, que le caractère d'une société anonyme composée de capitaux exclusivement privés (ceux de sept grandes entreprises de travaux et de trois banques)[500].

A l'égard de l'arbitrage, cette décision *Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes* du 3 mars 1989 a conduit le commissaire du gouvernement Guillaume à se demander si l'exclusion de l'arbitrage est limitée aux personnes morales de droit public ou si elle s'étend aux personnes privées lorsque le litige qui les oppose relève de la compétence des juridictions administratives et, sur le fond, du droit administratif. Le commissaire du gouvernement y a répondu en rejetant les deux motifs sur lesquels l'interdiction de l'arbitrage est susceptible de reposer en matière administrative. En ce qui concerne l'ordre public, « il est difficile de soutenir que d'une manière générale les travaux publics intéressent l'ordre public. Le juge judiciaire ne considère pas, de son côté, que le contrat entre un entrepreneur chargé de travaux publics et son sous-traitant échappe de ce fait à l'arbitrage. Cela n'empêche pas que certains conflits relatifs à un marché de travaux publics puissent mettre en cause l'ordre public, s'il s'agit par exemple du mode d'exécution d'une opération comportant des risques pour la sécurité du chantier ou la solidité de l'ouvrage. Mais il n'en est rien en l'espèce ». En ce qui concerne le motif organique, le commissaire du gouvernement a estimé qu'on « peut difficilement interpréter l'article 2060 comme prohibant l'arbitrage dans toutes les affaires ayant une répercussion sur l'Etat car cela serait un critère beaucoup trop vague et extensif. L'issue de bon nombre de litiges entre personnes privées peut n'être pas indifférente à une personne publique [...] la personne publique est intéressée dans la mesure où elle est partie »[501]. Par voie de conséquence, le commissaire du gouvernement Guillaume concluait en admettant le principe de l'arbitrage entre deux personnes privées dans le cadre d'un rapport de droit administratif.

La Section du contentieux du Conseil d'Etat ne l'a pas suivi sur cette voie. Il a dégagé l'interdiction de la clause compromissoire de la qualification de marché de travaux publics du contrat liant les deux personnes privées, qualification à laquelle aucune disposition législative n'associe le recours à l'arbitrage. C'est donc la nature administrative du rapport entre ces deux personnes privées qui justifie cette solution qui ne concerne toutefois que la seule clause compromissoire. En l'état du droit et en l'absence de la moindre jurisprudence, le doute persiste à l'égard du compromis conclu dans le cadre d'un litige opposant deux personnes privées liées par un rapport de droit administratif.

---

[500] Le commissaire du gouvernement Guillaume a clairement envisagé l'apport de la décision *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes* à la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* : « le Tribunal des conflits n'a pas fondé la compétence administrative sur le statut de société d'économie mixte à capitaux publics majoritaires mais sur l'objet du contrat, sur la nature même des travaux. Peu importe la personne publique ou privée titulaire de la concession. Dans tous les cas, elle ne peut agir que pour le compte de l'Etat et réalise des travaux publics par essence. Le tribunal des conflits a donné compétence [à la juridiction administrative] pour éviter que, selon le montage juridique retenu par l'Etat, le contentieux des marchés passés par le maître d'ouvrage soit tantôt administratif, tantôt judiciaire, et que par conséquent, compte tenu du lien unissant le fond à la compétence, des travaux identiques relèvent dans un cas du régime original des travaux publics et dans l'autre du contrat d'entreprise [...] La décision entreprise *Peyrot* a eu le grand mérite de défendre l'unité du régime des travaux publics face aux démembrements de l'action administrative dans un domaine qui relève fondamentalement de l'Etat » (concl. Guillaume sur C.E. Sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes*, *Rec. Leb.* 74.

[501] concl. Guillaume sur C.E. Sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes*, *Rec. Leb.* 76.

Quoi qu'il en soit, l'interdiction de la clause compromissoire entre de telles personnes privées n'a qu'un champ d'application restreint : il porte seulement sur les marchés passés par des concessionnaires lorsqu'ils portent sur des travaux publics appartenant par nature à une personne publique, les contrats d'occupation du domaine public dont la gestion a été confiée à un délégataire, la responsabilité extra-contractuelle des personnes privées chargées d'une mission de service public dans l'exercice de prérogatives de puissance publique et les rapports entre les constructeurs participant à une opération de travail public[502].

Le recours à l'arbitrage doit encore être apprécié par rapport à la seconde branche de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot*, en vertu de laquelle un contrat entre deux personnes privées peut exceptionnellement revêtir un caractère administratif, en vertu de la théorie dite du mandat. Pour le commissaire du gouvernement Lasry, « la volonté du législateur a été de placer la société d'économie mixte dans une situation de fait et de droit assimilable à celle du mandataire, agissant pour le compte d'une personne morale de droit public et dans les mêmes conditions que celle-ci ». Pour apprécier si les conditions de ce mandat implicite sont réunies, le juge prend en compte « les conditions de réalisation des ouvrages, la surveillance technique des travaux, les conditions de leur réception et de leur remise à l'autorité concédante ainsi que les modalités de leur financement pour en déduire que le concessionnaire ne fait que s'interposer par commodité entre la collectivité publique et l'entreprise titulaire du marché, ce qui est très précisément la position du mandataire [...] on peut affirmer qu'un particulier agissant pour le compte d'une personne publique peut signer un contrat administratif. Il n'est pas nécessaire pour cela qu'il ait reçu un mandat au sens civil du terme. Mais il faut qu'il tienne de la loi, d'un règlement ou d'une convention compétence pour accepter des droits et assumer des obligations qui entreront dans le patrimoine de la personne pour le compte de laquelle il agit »[503].

Dans le cadre d'un tel mandat, « les règles régissant l'aptitude à compromettre des personnes de droit public doivent être étendues aux personnes de droit privé lorsqu'elles se bornent à représenter l'administration. Ainsi les personnes privées titulaires d'un mandat, les maîtres d'ouvrage délégués par exemple, seront traités de la même manière que la collectivité qui les a mandatées. La même solution doit être consacrée lorsque les liens entre la personne privée et l'administration sont si intimes que le droit, sans nier totalement l'autonomie juridique de la personne privée, la regarde comme une institution transparente ou même comme une simple émanation de la collectivité publique »[504]. Par voie de conséquence, de telles personnes privées ne peuvent pas davantage recourir au compromis que les personnes publiques.

Le champ d'application de l'interdiction de principe de l'arbitrage en matière administrative est donc considérable. Loin d'avoir fait l'objet de restrictions, il a au contraire été étendu aux rapports entre personnes privées lorsqu'ils revêtent une nature de droit administratif. Cette interdiction n'est cependant pas absolue et le droit français admet quelques exceptions.

---

[502] Domnique Foussard, « L'arbitrage en droit administratif », *Rev. arbitrage* 1990, p 29-30.
[503] Note Michel Durupty sous C.E., 18 juin 1976, *Dame Culard*, *A.J.D.A.* 1976 p 581.
[504] Domnique Foussard, « L'arbitrage en droit administratif », *Rev. arbitrage* 1990, p 25.

B) Le recours exceptionnel à l'arbitrage

A titre exceptionnel, l'administration est habilitée à utiliser l'arbitrage. Par souci de clarté, on ne suivra pas ici l'ordre chronologique d'apparition de ces exceptions, compte tenu de l'absence de cohérence globale dans leur succession. On s'interrogera dans un premier sur la possibilité pour les personnes publique de recourir à l'arbitrage lorsqu'elles agissent en tant qu'opérateurs du commerce international. On examinera ensuite les diverses exceptions permettant à l'administration de soumettre des litiges à arbitrage en droit interne.

En matière internationale, la possibilité pour les personnes publiques de compromettre leur a été reconnue par un arrêt *Société Myrtoon Steam Ship c/ Agent judiciaire du Trésor* du 10 avril 1957 de la Cour d'appel de Paris[505], en considérant d'une part « que la prohibition est limitée aux contrats d'ordre interne et est sans application pour les conventions ayant un caractère international », d'autre part « que l'interdiction qui résulte de l'article 1004 du Code de procédure civile n'est pas d'ordre public international ». Saisi d'un déclinatoire de compétence dans cette affaire, le Tribunal des conflits a reconnu dans un arrêt du 18 mai 1958 à cette convention une nature de droit privé, tout en réservant aux juridictions administratives l'examen de la compétence de l'agent susceptible d'engager ainsi l'administration[506].

Une controverse anima alors la doctrine. Interprétant l'interdiction de l'arbitrage comme ne reposant que sur la seule combinaison des articles 1004 et 83 du Code de procédure civile, des auteurs accordaient leur soutien à la solution dégagée par la Cour d'appel. Dans cette optique, puisque les litiges relatifs au commerce international n'étaient pas susceptibles d'être soumis à l'obligation de transmission au ministère public, il n'existait pas d'interdiction pour les personnes publiques de compromettre ou d'insérer une clause compromissoire dans un contrat avec une personne privée étrangère en matière de commerce international. Pour d'autres auteurs par contre, la validité du compromis ou de la clause compromissoire ne pouvait être appréciée que par rapport à la compétence de l'agent ayant engagé la personne publique, dans la mesure où l'interdiction faite aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage repose sur un principe général du droit et non sur les textes précités. La validité du compromis ou de la clause compromissoire dépendait alors en dernière analyse de l'état du droit interne[507]. En cas d'interdiction en droit interne, il était alors nécessaire de

---

[505] C.A. Paris, 10 avril 1957, *Société Myrtoon Steam Ship c/ Agent judiciaire du Trésor*, *J.C.P.* 1957, II, 10078, note Motulsky, repris in *Ecrits : études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, tome II, p 355. Dans cette affaire, il s'agissait de contrats conclu le 22 janvier 1940 et le 21 mars 1940 entre la direction de la mission française des transports maritimes à Londres et des armateurs pour l'affrètement de cargos.

[506] Trib. confl., 18 mai 1958, *Société Myrtoon Steam Ship* , *Rec. Leb.* 793, *D.* 1958, p 699, note Robert.

[507] Selon Georges Vedel, « la validité des clauses compromissoires ou des compromis d'arbitrage passés par l'Etat ou une personne publique avec une personne privée étrangère et hors du cadre de la loi nationale dudit Etat ou personne publique dépend au premier chef du point de savoir si, selon la loi interne dudit Etat, l'organe qui a souscrit la clause ou le compromis était habilité à le faire. D'où il suit que les limitations que le droit interne apporte à la faculté de compromettre sont parfaitement opposables à l'autre partie, sous réserve de la responsabilité éventuelle de l'Etat ou de la personne publique en raison de la faute que ses organes auraient commis en laissant croire à leur compétence. L'obstacle qui résulterait des dispositions du droit interne limitant la faculté de compromettre de l'Etat et des personnes publiques ne relève d'aucune incapacité naturelle ou essentielle. Il appartient à l'organe compétent de l'Etat considéré de l'écarter soit en prévoyant dans son droit interne une dérogation en faveur de l'arbitrage dans le cadre international, soit en souscrivant en bonne et due forme une convention internationale impliquant expressément ou tacitement pareille dérogation » (Georges Vedel, « Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé », *Rev. arbitrage* 1961, p 126-127).

rechercher si une convention internationale dûment ratifiée et publiée ne le prévoyait pas, que ce soit de manière générale ou ponctuelle[508].

La Cour de cassation régla la controverse avec deux arrêts du 14 avril 1964 et du 2 mai 1966. Dans la première affaire, il s'agissait d'un litige entre l'office national interprofessionnel des céréales (O.N.I.C.) et le capitaine du cargo qu'il avait affrété pour transporter du maïs d'Ethiopie à Marseille. L'O.N.I.C. ayant assigné ledit capitaine devant les juridictions judiciaires, il souleva une exception tirée de la clause compromissoire insérée dans leur contrat. Dans son arrêt *O.N.I.C. c/ Capitaine du San Marco* du 14 avril 1964[509], la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé dans un premier temps que « si la prohibition résultant des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile est d'ordre public interne, elle n'est pas d'ordre public international ». Par voie de conséquence, l'arbitrage est possible en matière internationale. Dans un second temps, la Cour a précisé que « l'interdiction faite à l'Etat et aux établissements publics de recourir à l'arbitrage, sauf dans des conditions particulières, ne soulevait pas de problème de capacité ». La loi de ce contrat de commerce international pouvait dès lors prévaloir sur « la loi personnelle des parties contractantes ». Dans l'arrêt *Trésor public c/ Galakis* du 2 mai 1966[510], la Cour de cassation a confirmé cette jurisprudence en estimant que l'examen de la compétence de la personne publique pour compromettre en matière de commerce international ne pouvait être considéré comme une question de capacité, seule à même de la soustraire à la clause compromissoire ou au compromis qu'elle avait conclu avec une personne privée étrangère.

Quoi qu'il en soit, la question a été confirmée par la convention de Genève du 21 avril 1961[511]. Publiée par le décret n° 68-117 du 26 janvier 1968, cette Convention s'applique, selon son article 1-1 « aux conventions d'arbitrage conclues pour le règlement des litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international ». Son article 2-1 mentionne, sous certaines réserves, que « les personnes morales qualifiées par la loi qui leur est applicable de ''personnes morales de droit public'' ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage ». Il ressort de cette convention internationale que les personnes publiques peuvent recourir à l'arbitrage pour les contrats conclus en matière de commerce international avec des personnes privées étrangères[512].

---

[508] Au titre des conventions internationales autorisant ponctuellement le recours à l'arbitrage, « on peut surtout citer le traité de Canterbury du 12 février 1986, relatif au tunnel sous la Manche, qui prévoit l'arbitrage pour régler les conflits non seulement entre Etats, mais entre Etats et concessionnaires, et entre concessionnaires » (Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 87).

[509] Cass. civ. 1e, 14 avril 1964, *O.N.I.C. c/ Capitaine du San Marco*, *D.* 1964, J, p 637, note Robert.

[510] Cass. civ. 1e, 2 mai 1966, *Trésor public c/ Galakis*, *D.* 1966, J, p 575, note Robert, *Rev. critique de droit international privé* 1967, p 553, note Goldman.

[511] Publiée par le décret n° 68-117 du 26 janvier 1968, la Convention de Genève du 21 avril 1961 s'appliquait, selon son article 1-1 « aux conventions d'arbitrage conclues pour le règlement des litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international entre personnes physiques ou morales ». L'article 2-1 mentionnait, sous certaines réserves, que « les personnes morales qualifiées par la loi qui leur est applicable de ''personnes morales de droit public'' ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage ». On voit ici la difficulté quant à l'interprétation du terme de « faculté ».

[512] D'après Daniel Labetoulle, « par dérogation aux principes qui viennent d'être évoqués [articles 2060 et 2061 du Code civil], les personnes publiques peuvent recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges mettant en cause ''les intérêts du commerce international'' : c'est la formule de l'article 1492 du nouveau Code de procédure civile (qui, il est vrai, n'a qu'une valeur réglementaire ...) ; la même idée apparaît à l'article 2 de la convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international publiée par un décret de février 1968 ; c'est elle encore qui fonde une jurisprudence judiciaire généralement rattachée à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 avril 1957 *Société Myrton Steam Ship J.C.P.* 1957, n° 10078 et à un arrêt de la

L'arbitrage est donc possible pour les personnes publiques en matière de commerce international[513].

En ce qui concerne le droit interne, la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 était *a priori* susceptible d'ouvrir de manière générale la voie à de nombreuses exceptions. Elle est en effet caractérisée par un champ d'application *a priori* important. L'article 7 de cette loi a inséré un 2ème alinéa à l'article 2060 du Code civil aux termes duquel « toutefois, les catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ». Il s'agit d'une habilitation du pouvoir réglementaire pour déroger de manière générale au principe de l'interdiction faite aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage. Les espoirs soulevés par cette réforme ont rapidement été déçus[514]. La raison en est simple : aucun décret n'a été pris sur cette base. Le gouvernement n'a donc autorisé aucune catégorie d'établissement public industriel et commercial à compromettre.

Cet échec résulte selon le Conseil d'Etat de la « difficulté d'identifier les catégories en cause. En réalité, c'est établissement par établissement que la solution doit être arrêtée »[515]. Le gouvernement étant dans l'impossibilité d'accorder, en application du 2ème alinéa de l'article 2060 du Code civil, des dérogations individuelles à des établissement publics, seul le législateur disposait de ce pouvoir.

Des textes législatifs ont alors ponctuellement autorisé certains établissements publics à compromettre. Créée en 1937 sous la forme juridique d'une société anonyme, la Société nationale des chemins de fer disposait alors évidemment de la capacité de recourir à l'arbitrage. Bien qu'il ne semble pas qu'elle ait utilisé cette possibilité, sa transformation en établissement public industriel et commercial par la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 a amené le législateur à pérenniser la possibilité de soumettre ses litiges à l'arbitrage. L'article 25 de cette loi du 30 décembre 1982 mentionne en effet que la S.N.C.F. « dispose de la faculté de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage ». Le recours à l'arbitrage a encore été reconnue à La Poste et à France Télécom par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 dont l'article 28 leur confère « la faculté de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage ». Quant aux établissements publics de recherche, l'article 19 de la loi du 15 février 1982 leur a aussi reconnu la possibilité de recourir à l'arbitrage. Ponctuels, dans la mesure où, à l'exception du dernier d'entre eux, chacun d'entre eux ne concerne qu'un seul

---

Cour de cassation Galakis du 2 mai 1966, *D.* 1966, p 575 » (*Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 1997, p 223).

[513] Voir *contra*, Jacques Ribs, « Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français », *J.C.P.* 1990, I, 3465.

[514] Achille Mestre estimait à l'époque que « la réforme de 1975 va introduire l'unité et la cohésion là où elles n'existaient pas en opérant un salutaire redressement. Des EPIC pourront compromettre comme les autres entreprises publiques » (« Les établissements publics industriels et commerciaux et le recours à l'arbitrage », *Rev. arbitrage* 1976, p 12).

[515] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 94. Selon le Conseil d'Etat, « certains d'entre eux effectuent à l'étranger des prestations pour lesquelles l'arbitrage est toujours une nécessité (EDF, GDF, Aéroports de Paris par exemple) ; d'autres concluent en France avec des partenaires, souvent étrangers, des contrats complexes, dont le contentieux ne peut trouver de solution que dans l'arbitrage (Assistance publique-Hôpitaux de Paris, pour des activités de recherche) ; ces exemples ne sont pas limitatifs ». Le Conseil en titre une conséquence : « il faut que le législateur donne au gouvernement le pouvoir de désigner par décret non pas les catégories d'établissements publics, mais les établissements publics, exactement identifiés, qui peuvent recourir à l'arbitrage » (*ibidem.*).

établissement public, ces textes leur ouvrent toutefois la possibilité tant d'insérer des clauses compromissoires dans leurs contrats, c'est-à-dire de décider de manière préventive de soumettre un litige éventuel à arbitrage, que de conclure des compromis.

Le législateur a encore posé une exception à l'interdiction faite aux personnes publique de recourir à l'arbitrage. Elle résulte de l'article 9 de la loi n° 86-672 du 19 août 1986 autorisant l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics, « dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères, pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et à l'interprétation des contrats »[516]. Purement conjoncturel, ce texte a été adopté pour permettre la création par la société Walt Disney Productions d'un parc d'attraction à Marne-la-Vallée. Le règlement des litiges par la voie de l'arbitrage était une garantie que cette société considérait comme essentielle dans le cadre du contrat qu'elle négociait avec l'Etat, la région Ile-de-France, le département du Val-de-Marne et l'établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Marne-la-Vallée.

Le ministre d'Etat chargé du plan et de l'aménagement du territoire ayant interrogé le Conseil d'Etat, celui-ci rendit un avis le 6 mars 1986 selon lequel un contrat portant sur cette opération ne pouvait être considéré comme relevant du commerce international, malgré la nationalité de la société Walt Disney Productions. Aucune disposition légale ne permettant à ces personnes publiques de recourir à l'arbitrage dans ces conditions, le Conseil d'Etat estima que le projet de contrat qui lui était soumis ne pouvait « valablement contenir une clause compromissoire qui serait entaché d'une nullité d'ordre public »[517]. Il a donc été nécessaire que le législateur adopte une disposition de circonstance pour autoriser l'insertion d'une telle clause compromissoire, à défaut de laquelle l'investisseur étranger refusait de contracter[518].

Aussi conjoncturelle qu'ait été son adoption, l'article 9 de la loi n° 86-672 du 19 août 1986 n'en est pas moins formulé en termes généraux. Il est donc théoriquement susceptible d'être appliqué, le cas échéant, pour la conclusion d'autres contrats entre une société étrangère et une personne publique portant sur des opérations d'intérêt national. Ce texte comporte toutefois « des restrictions importantes. D'abord la conclusion des contrats, limitée au cas des sociétés étrangères, peut entraîner des inconvénients lorsque le cocontractant est une filiale de société étrangère. Ensuite, une limite est posée par le terme ''conjointement''. Les régions, les départements, les personnes publiques autres que l'Etat peuvent bénéficier de la loi de 1986 seulement si elles contractent en même temps que celui-ci. Enfin, la dernière

[516] Bernard Pacteau, « Une nouvelle hypothèse d'arbitrage pour les litiges administratifs : l'article 9 de la loi du 19 août 1986 », *L.P.A.* 8 octobre 1986, p 12.

[517] C.E. Ass., avis n° 339.710, 6 mars 1986, repris in *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 1997, n° 21, pp.219-225, avec le commentaire de Daniel Labetoulle.

[518] La validité de la clause compromissoire insérée dans le contrat avec la société Walt Disney Productions a été admise par le Conseil d'Etat statuant au contentieux dans une décision *Martin et autres* du 23 mars 1992, Rec. Leb. 1103 : « Considérant, en cinquième lieu, que les stipulations de l'article 32 prévoyant le recours à l'arbitrage pour le règlement définitif des litiges entre les parties trouvent un fondement légal dans l'article 9 de la loi du 19 août 1986 susvisée qui dispose : ''Par dérogation à l'article 2060 du code civil, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats'' ».

limite au champ d'application de l'article 9 se trouve dans la référence à la notion ''d'opérations d'intérêt national'' »[519].

Reste que l'exception la plus importante au principe de l'interdiction faite aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage est issue du texte le plus ancien. Il s'agit de l'article 69 de la loi du 17 avril 1906. Ce texte est issue d'une expérience engagée lors de l'exposition universelle de Paris, l'administration ayant réglé par la voie de l'arbitrage un certain nombre des litiges que cette exposition avait occasionnée[520]. La loi du 17 avril 1906 en est la conséquence directe et a été adopté malgré l'avis du Conseil d'Etat. Ne concernant initialement que l'Etat, les départements et les communes, le texte a été étendu par l'article 52 du décret n° 60- 724 du 25 juillet 1960 aux syndicats de communes, syndicats mixte, districts urbains, secteurs de communes et aux établissements publics départementaux et communaux[521]. On peut par ailleurs considérer que la capacité de compromettre bénéficie aussi aux régions[522].

Dans le Code des marchés publics créé par le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964, l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 a été repris à l'article 247, alinéa 1er, du Code des marchés publics, aux termes duquel « l'Etat peut, pour la liquidation de ses dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du Code de procédure civile ». L'article 361 reprend exactement la même disposition en ce qui concerne les collectivités locales et leurs établissements publics. Ces deux articles sont repris en l'article 132 du Code des marchés publics, tel qu'il a été refondu par le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001[523].

Le domaine couvert par ce texte est étroit : « l'exception législative à la prohibition de l'arbitrage vise seulement la liquidation des dépenses que ces marchés entraînent. C'est donc exclusivement le contentieux de l'indemnité qui peut lui être soumis. Celui de la nullité, qu'il porte sur une mesure relative à la passation du marché, à son exécution ou à sa fin, ne relève pas de l'arbitrage. D'autre part, le contentieux relatif aux achats des collectivités publiques ne peut être couvert par le texte législatif »[524]. Les établissements publics nationaux sont par

---

[519] Apostolos Patrikios, *L'arbitrage en matière administrative*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 189, 1997, p 128-129. Pour une discussion de la notion d'opération d'intérêt national, voir encore Dominique Foussard, « L'arbitrage en droit administratif », *Rev. arbitrage* 1990, p 21-22.

[520] Fernand Collavet, « De l'arbitrage dans les procès où sont parties des personnes publiques », *R.D.P.* 1906, p 472 et suiv.

[521] La légalité de ce décret est d'ailleurs quelque peu douteuse, en l'absence d'habilitation légale.

[522] Comme le précise Dominique Foussard, les règles applicables aux départements ont été étendues aux régions par l'article 2 alinéa 2 du décret n° 73-856 du 6 septembre 1973, issu de l'article 1er du décret n° 83-485 du 10 juin 1983 ; à noter qu'une délégation a été donnée au pouvoir réglementaire par l'article 22 de la loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 » (« L'arbitrage en droit administratif », *Rev. arbitrage* 1990, p 20, note 68).

[523] Selon l'article 132 du Code des marchés publics issu du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, « conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du nouveau code de procédure civile.
Pour l'Etat, ce recours doit être autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie ».

[524] Apostolos Patrikios, *L'arbitrage en matière administrative*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 189, 1997, p 139. Philippe Terneyre a de plus précisé que « la liquidation proprement dite des dépenses consiste, à partir des constatations du service fait (constatation de la quantité des travaux réalisés et des fournitures livrées, mais aussi de leur conformité aux stipulations des marchés) à calculer le montant des dettes publiques [...] Dès lors [...] les litiges pouvant faire l'objet d'un arbitrage seront très réduits en matière

ailleurs exclus du champ d'application de ce texte[525]. Cette disposition a ensuite subordonné la conclusion d'un compromis, en ce qui concerne l'Etat, à une autorisation par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie. Le Conseil d'Etat en a par ailleurs fait une interprétation restrictive : il n'admet sur cette base que le compromis et pas la clause compromissoire[526].

En l'état du droit, les exceptions à l'interdiction faites aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage sont donc d'une ampleur extrêmement réduite.

Dans son étude intitulée *Régler autrement les conflits*, le Conseil d'Etat a brutalement changé d'attitude à l'égard de l'arbitrage. Certes, il a évidemment considéré que des raisons de fond interdisent de soumettre le contentieux de la légalité des actes administratifs à l'arbitrage. Certes, il n'a pas estimé opportun d'y soumettre le contentieux de la responsabilité administrative extra-contractuelle. Mais le Conseil d'Etat a quand même proposé d'en étendre la possibilité : « - aux marchés publics (autres que ceux de travaux et de fournitures, pour lesquels cette possibilité existe depuis 1906) ; - aux contrats des collectivités locales conclu avec des collectivités étrangères en vertu de la loi du 6 février 1992 ; - à certains établissements publics (la SNCF, la Poste, France Télécom ont déjà cette possibilité) ; - aux contrats de droit privé conclus par les personnes publiques ». Prenant l'exact contre-pied de la jurisprudence *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes* du 3 mars 1989, il a souhaité « donner aux personnes privées qui concluent entre elles des contrats administratifs la faculté d'y insérer des clauses compromissoires »[527]. La portée, notamment économique, c'est-à-dire à l'égard de la gestion des deniers publics, de ces changements serait considérable. Adoptées par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 4 février 1993, ces propositions sont restées lettre morte.

§ 2 : Un régime juridique incertain

Le régime juridique de l'arbitrage en matière administrative est délicat. Certes, on peut convenir avec Stéphane Rials que l'arbitrage « peut s'opérer selon les règles du nouveau Code de procédure civile telles qu'elles résultent du décret n° 81-500 du 12 mai 1981. C'est le cas si un texte renvoie à ces règles, comme la loi de 1906 précitée »[528]. En effet, un arbitrage dans un litige d'ordre administratif « obéit à la plupart des règles civilistes [...] et

---

contractuelle » (*La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica, 1989, p 254).

[525] C.E. , 28 avril 1948, *O.P.H.L.M. du département de la Seine-et-Oise*, *Rec. Leb.* 180 ; C.E., 27 décembre 1948, *Hospices de Montpellier*, *Rec. Leb.* 497 ; C.E., 5 juillet 1950, *Société française de construction et d'aménagement industriel*, *Rec. Leb.* 416.

[526] C.E., 27 janvier 1928, *Rec. Leb.* 137 ; C.E., 15 janvier 1937, *Debachy*, *Rec. Leb.* 93 ; C.E., 5 juillet 1950, *Société française de construction*, *Rec. Leb.* 416 ; C.E., 8 mars 1961, *Société Air-Couzinet Transocéanie*, *Rec. Leb.* 162 ; C.E., 13 juillet 1961, *Commune de Thuir*, *Rec. Leb.* 484.

[527] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 146. Une telle extension peut être considérée comme logique avec le fait que, « bien que puissent exister des arbitrages obligatoires prévus par la loi, l'arbitrage appartient au monde du contrat : il est prévu dans son principe et organisé dans son fonctionnement par des stipulations contractuelles (compromis, clause compromissoire) et, dans la majorité des cas, il est utilisé pour résoudre des litiges contractuels » (Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., coll. Manuels, 1995, p 253).

[528] Stéphane Rials, *Répertoire de contentieux administratif*, V° « Arbitrage et règlement amiable », n° 71, p 8.

notamment le dessaisissement du juge étatique, la composition du tribunal arbitral, la procédure devant ce tribunal et la rédaction de la sentence. Mais la nature du litige entraîne certaines particularités, en dehors du fait que de nombreux litiges qui touchent à l'application de règles d'ordre public ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'un arbitrage »[529].

La particularité essentielle est d'ailleurs la présence d'incertitudes sur ce régime de l'arbitrage en matière administrative. Sa fréquence est tellement rare que les juridictions administratives ou judiciaires n'ont que très rarement été saisies d'affaires dans lesquelles un tel arbitrage avait été engagé. Par voie de conséquence, de très nombreuses questions attendent encore leur solution, sauf à considérer que l'arbitrage administratif ne doit se voir reconnaître aucune autonomie par rapport au nouveau Code de procédure civile, ce qui semble douteux compte tenu de l'histoire juridique française.

Tant le régime de la procédure arbitrale (**A**) que celui de la sentence arbitrale (**B**) ont fait l'objet d'adaptations ponctuelles, au fur et à mesure des rares affaires dont le juge administratif était saisi. De sorte que cette adaptation est loin de régler toutes les incertitudes. Dans son étude intitulée *Régler autrement les conflits*, le Conseil d'Etat a toutefois fait des propositions sur lesquelles il est nécessaire de s'attarder.

A) L'adaptation de la procédure arbitrale

L'arbitrage, on l'a dit, comporte nécessairement une origine contractuelle. L'insertion à titre préventif d'une clause compromissoire étant dans la quasi-totalité des cas interdite, l'article 2060 du Code civil permet aux personnes publiques de conclure des compromis, c'est-à-dire des contrats par lesquels les parties au litige décident de confier le soin de le régler à un arbitre[530]. La conclusion même d'un tel compromis peut se révéler délicate en matière administrative.

En ce qui concerne l'Etat, l'article 132 du Code des marchés publics, tel qu'il résulte de la refonte de ce Code par le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, dispose, en son 2ème alinéa, que le compromis doit être autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie. Reprenant exactement l'article 69 de la loi du 17 avril 1906, l'ancien article 247, 2ème alinéa, du Code des marchés publics dans la rédaction du décret n° 64-729 du 17 juillet 1964, était encore plus exigeant puisqu'il nécessitait un décret en conseil des ministres contresigné par le ministre compétent et par le ministre de l'économie et des finances. Malgré ce relatif allègement, cette procédure reste solennelle. Elle ne peut que contribuer à réduire sensiblement la fréquence des compromis conclus par l'Etat.

Dans son étude intitulée *Régler autrement les conflits*, le Conseil d'Etat a estimé « raisonnable de réserver au ministre dont relève l'affaire devant donner lieu à arbitrage le soin de prendre la décision d'y recourir, mais cette décision devrait être prise par arrêté conjoint de ce ministre et du ministre chargé du budget, eu égard aux lourdes conséquences

---

[529] Jean-Pierre Jouguelet, *Juris-Classeurs administratif*, V° « Conciliation, transaction et arbitrage », fasc. 1005, n° 139, p 14

[530] Selon l'article 1447 du nouveau Code de procédure civile, « le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes ».

d'une telle décision et à la garantie que représente l'intervention du ministre du budget »[531]. Les ministres ayant la charge d'intérêts susceptibles de diverger, la signature d'un tel arrêté autorisant la conclusion d'un compromis d'arbitrage risquerait de rendre nécessaire un compromis soit préalablement dégagé entre ces autorités ministérielles. Il est loin d'être certain qu'il serait facile à établir. Si la signature du Premier ministre n'étant alors plus nécessaire, dans la mesure où un décret ne serait plus imposé, il serait toutefois vraisemblablement saisi en cas de difficulté entre ces ministres pour « arbitrer » leur différend[532].

En ce qui concerne les collectivités locales et les établissements publics, la conclusion d'un compromis est soumise aux mêmes conditions que la passation de n'importe quel contrat. La négociation est donc menée par l'autorité exécutive et doit être approuvée préalablement par l'organe délibérant[533].

En tout état de cause, ces actes administratifs doivent être considérés comme détachables. En tant que tels, ils peuvent par voie de conséquence faire l'objet de recours pour excès de pouvoir intentés par des tiers[534].

La deuxième étape de la procédure arbitrale porte sur la désignation des arbitres. En effet, puisqu'il constitue une justice occasionnelle, l'arbitrage se différencie ici nettement de la justice étatique, qu'Apostolos Patrikios qualifie d'officielle : « la justice officielle, à cause exactement de ce caractère officiel, se met en marche automatiquement, oserait-on dire, sans préparation particulière, seulement avec l'introduction de l'action en justice. L'arbitrage n'ayant pas de structure permanente, nécessite une organisation préparatoire qui précède le déroulement de l'instance arbitrale proprement dite »[535].

Le compromis est censé comporter, sinon les noms du ou des arbitres, du moins leurs modalités de désignation. L'article 1444 du nouveau Code de procédure civile prévoit que le président du tribunal de grande instance dispose du pouvoir de les nommer en cas de difficulté. Le Conseil d'Etat a proposé que cette mission soit confiée au président du tribunal

---

[531] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 96.

[532] Alexandre Bonduelle, *L'arbitrage du Premier ministre*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit constitutionnel, 1998.

[533] A l'égard des collectivités locales, le Conseil d'Etat a proposé que de les soumettre à une « garantie supplémentaire », à savoir que la délibération « soit précédée de l'avis du président de la cour administrative d'appel dans le ressort duquel se trouve la collectivité locale (sauf pour celui-ci à se récuser si l'éventuelle sentence arbitrale vient ensuite devant la même cour par la voie de l'appel ou du recours en annulation » (*Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 96).

[534] Comme l'a précisé Jean-Marie Auby, « les procédures arbitrales en matière administrative nécessitent un certain nombre d'actes administratifs, décision de recourir à l'arbitrage, actes d'autorisation, désignation de l'arbitre par l'administration. Ces actes sont détachables de l'opération arbitrale et peuvent donner lieu àà des recours en annulation devant le juge administratif (C.E., 8 février 1935, *Ville de Saint-Servan*, *Rec. Leb.* 173 ; C.E., 1er février 1946, *Office d'H.B.M. de Marseille*, *Rec. Leb.* 35. Voir aussi Font. Reaulx. Durnerin et Maziris, *Les conseils de préfecture*, tome I, p 50). Lorsque le juge prononce l'annulation d'un de ces actes, la sentence arbitrale, à la supposer rendue, continue à lier les parties. Mais celles-ci peuvent en demander l'annulation au juge compétent et par ailleurs il ne peut être fait état de l'arbitrage dans des instances juridictionnelles ultérieures (C.E., 8 février 1935, *Ville de Saint-Servan*, *Rec. Leb.* 173) » (« L'arbitrage en matière administrative », *A.J.D.A.* 1955, I, p 87).

[535] Apostolos Patrikios, *L'arbitrage en matière administrative*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 189, 1997, p 163.

administratif pour les arbitrages en matière administrative[536]. Une telle perspective a été rejetée par Dominique Foussard pour lequel « la compétence du juge judiciaire s'impose d'un double point de vue. L'activité arbitrale, il faut le répéter, se développe dans un contexte étranger à toute notion de service public et est exclusive de toute idée de puissance publique : les titres qui fondent habituellement la compétence du juge administratif font ici défaut. De plus, les textes qui organisent l'intervention du juge ont été édictés en considération du droit substantiel régissant la procédure arbitrale et ils font corps avec lui : la cohérence commande que ces règles ne soient pas dissociées les unes des autres dans toute la mesure du possible »[537]. La question est donc ouverte.

Une difficulté subsiste en tout état de cause. L'article 1455 du nouveau Code de procédure civile ouvre la possibilité pour les parties de se contenter de renvoyer la désignation des arbitres à une tierce personne. Apostolos Patrikios est favorable à un tel renvoi du fait des difficultés que peuvent rencontrer l'administration et l'autre partie pour se mettre d'accord sur la personne même des arbitres : « le recours à l'arbitrage *ad hoc* présuppose une liaison étroite entre les parties et la procédure arbitrale qui se concrétise par leur faculté de contrôler le choix de leurs propres arbitres. En matière administrative, une telle situation est difficilement concevable car les structures administratives sont impersonnelles et par conséquent on ne peut pas soutenir que l'administration peut choisir un arbitre de la même manière que le fait une personne physique. Le choix donc de l'arbitrage institutionnel, qui à travers cette institutionnalisation offre une sécurité juridique, est une solution pour l'arbitrage administratif [...] En matière administrative et surtout pour le contentieux des travaux publics, la désignation des arbitres à travers un centre d'arbitrage peut être une solution heureuse. Le choix des parties est facilité puisqu'il est fait suivant les listes proposées par les centres d'arbitrage et donc une garantie supplémentaire leur est offerte à cause de la présomption de leur compétence et de leur impartialité »[538].

Ces arguments seraient convaincants s'ils n'étaient accompagnés par cet auteur de la mention du règlement d'un centre d'arbitrage qu'il considère comme exemplaire. Or, l'article 2 de ce règlement précise notamment que « le comité d'arbitrage des travaux publics (C.A.T.P.), composé de huit membres désignés pour deux ans par le conseil d'administration de la Fédération nationale des travaux publics, a pour mission de faire respecter le règlement d'arbitrage de la fédération nationale des travaux publics, sans participer au jugement des litiges. Il dresse une liste d'arbitres agréés ». Car il serait quand même cocasse que des litiges, essentiellement d'ordre contractuel et portant pour la plupart sur des marchés publics de travaux, soient jugés par des arbitres issus d'une organisation professionnelle. Quant on sait les difficultés qu'ont rencontrées les juridictions administratives pour s'émanciper de l'administration active, il ne semble guère opportun pour l'administration de se livrer à des personnes choisies par les représentants des intérêts de ses cocontractants[539].

---

[536] Le Conseil d'Etat précise que le tribunal administratif territorialement compétent devrait alors être celui que désigne la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel doivent avoir lieu les opérations d'arbitrage, ou encore le tribunal administratif compétent en vertu des règles du contentieux administratif. En tout état de cause, ces ordonnances du président du tribunal administratif devraient pouvoir faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat (Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 97).

[537] Dominique Foussard, « L'arbitrage en droit administratif », *Rev. arbitrage* 1990, p 35.

[538] Apostolos Patrikios, *L'arbitrage en matière administrative*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 189, 1997, p 180-181.

[539] Le droit de l'expropriation a été longtemps caractérisé par l'existence d'un jury, chargé de déterminer le montant des indemnités dues aux propriétaires expropriés. Ces derniers ne s'en plaignaient guère.

Les arbitres désignés, le déroulement de l'instance n'appelle pas de mention particulière. Deux propositions ont toutefois été faites par le Conseil d'Etat dans son étude de 1993. Il a souhaité la reconnaissance à l'arbitre du « pouvoir d'enjoindre aux parties, y compris l'administration, la production des éléments de preuve qu'elles détiennent : c'est la transposition des principes de la jurisprudence *Barel* au profit des arbitres, qui sont des juges privés ; cette solution paraît nécessaire pour que l'arbitrage puisse avoir son plein effet. En revanche, il ne paraît pas possible de reconnaître aux arbitres le pouvoir de vérifier l'authenticité d'un acte administratif, pouvoir qui ne peut appartenir qu'au juge étatique »[540]. Le Conseil d'Etat tourne ici autour d'une question particulièrement délicate, celle de savoir si l'arbitre peut ou non apprécier un acte administratif ou s'il doit au contraire dans ce cas de figure saisir le juge administratif d'une question préjudicielle. Concrètement, la réponse à cette question est essentielle dans la mesure où elle est susceptible soit de confier à l'arbitre un pouvoir considérable, soit de le paralyser.

B) L'adaptation du régime de la sentence arbitrale

La sentence arbitrale est considérée comme un véritable jugement. Elle doit évidemment être signée par les arbitres. Elle doit identifier les parties et exposer leurs prétentions et moyens. La sentence est soumise à une obligation de motivation. Elle est revêtue de l'autorité de chose jugée et dessaisit pleinement les arbitres de la contestation qu'ils ont ainsi tranchée. Rien ne s'oppose à l'application de ces dispositions à l'égard des arbitrages en matière administrative.

La force juridique d'une sentence arbitrale n'est toutefois pas totalement comparable à celle d'un jugement d'une juridiction étatique. Si elle est bien revêtue de l'autorité de chose jugée et si l'arbitre est bien un juge, il n'est pas doté de l'*imperium*. Il ne peut donc conférer de force exécutoire à la sentence qu'il rend. Les articles 1477 et 1478 du nouveau Code de procédure civile prévoient que l'exécution forcée d'une sentence arbitrale n'est possible qu'après qu'une décision d'exequatur ait été rendue par le tribunal de grande instance. L'état actuel du droit étant incertain[541], MM. De Laubadère, Moderne et Delvolvé ont admis que le juge judiciaire rende la décision d'exequatur : « il ne tranche pas ici un litige d'ordre administratif, mais se borne à donner force exécutoire à une sentence »[542]. Le Conseil d'Etat a au contraire proposé un aménagement de cette procédure pour qu'il soit « donné par le président du tribunal administratif dans le ressort duquel la sentence a été rendue »[543].

---

[540] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 98.

[541] C'est ce que confirme Jean-Pierre Jouguelet : « actuellement, aucun texte ne donne compétence au juge administratif pour prendre l'ordonnance d'exequatur et l'on ne peut s'adresser à l'autorité judiciaire qui est incompétente. L'absence d'exequatur [...], à notre connaissance, n'a donné lieu à aucune jurisprudence » (, *Juris-Classeurs administratif*, V° « Conciliation, transaction et arbitrage », fasc. 1005, n° 143, p 14).

[542] André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1983, tome II, n° 1741, p 964.

[543] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 99. Le Conseil précise par ailleurs que « le contrôle du juge de l'exequatur est purement formel : il porte sur l'existence d'une clause compromissoire ou d'un compromis, celle de la sentence et celle de sa signature. Quant au fond, seule une sentence manifestement contraire à l'ordre public pourrait ne pas recevoir l'exequatur » (*ibidem.*). Pour Dominique Foussard, au contraire, la jurisprudence consacre déjà « formellement l'existence d'une procédure d'exequatur.

Quoi qu'il en soit, la question principale est celle des pouvoirs dont dispose l'arbitre pour régler le litige et du contrôle susceptible d'être opéré sur sa sentence.

L'application de l'article 1474 du nouveau Code de procédure civile est discutée. En vertu de ce texte, « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur ». Cet article 1474 constitue une particularité essentielle du droit de l'arbitrage : non seulement les parties instituent l'arbitre en tant que juge par la conclusion d'une clause compromissoire ou d'un compromis, mais encore elles en déterminent encore les pouvoirs. L'amiable composition permet en effet le règlement du litige en équité.

Le Conseil d'Etat s'est opposé de manière catégorique à la reconnaissance aux parties du pouvoir de confier un tel pouvoir à l'arbitre : « la mission d'amiable composition prévue par l'article 1474 ne peut être retenue en matière administrative compte tenu des risques de ''dérapage'' qu'elle comporte »[544]. Apostolos Patrikios considère qu'il est « difficile d'accepter le rejet de l'amiable composition par le groupe du Conseil d'Etat quant à l'arbitrage administratif. D'autant plus que même dans le droit commun de l'arbitrage, l'arbitre, amiable compositeur, n'est pas dispensé d'appliquer toutes les règles du droit mais il est habilité à les interpréter dans un sens plus large. Par conséquent, il n'y a [...] aucune objection théorique ou de principe, qui s'oppose à l'admission de l'amiable composition en matière d'arbitrage administratif »[545].

L'attitude du Conseil d'Etat n'est toutefois pas aussi nette lorsqu'on envisage les voies de recours pouvant être engagées pour contrôler la sentence arbitrale. Les aménagements qu'il propose pour adapter les dispositions du nouveau Code de procédure civile en matière administrative démontrent sa volonté de laisser à l'arbitre une remarquable liberté d'appréciation, même s'il ne souhaite pas qu'il puisse statuer en tant qu'amiable compositeur.

Admettant la tierce opposition et le recours en révision, le nouveau Code de procédure civile prévoit surtout que la sentence peut être contestée soit par un appel, soit par un recours en annulation. Selon l'article 1482, « la sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage. Toutefois, elles n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage ». A défaut d'appel ou après y avoir renoncé, une partie peut toujours contester la sentence devant la Cour d'appel en engageant un recours en annulation. Les cas d'ouverture de ce recours en annulation sont toutefois limitativement énumérés par l'article 1484 du nouveau Code de procédure civile. Ce recours en annulation n'est ouvert que : « 1° si

---

Et à vrai dire, on ne voit pas qu'il puisse en être autrement. C'est que l'arbitre n'ayant pas l'*imperium*, il faut bien que le juge donne l'ordre d'exécuter pour que les moyens de contrainte permettant l'exécution forcée soient mis en action, et cela que les modes d'exécution en cause soient ceux du droit administratif ou ceux du droit commun » (« L'arbitrage en droit administratif », *Rev. arbitrage* 1990, p 49 ; sont cités par cet auteur à l'appui de cette remarque les arrêts suivants : C.E., 21 avril 1943, *Société Les ateliers de reconstruction du Nord de la France*, *Rec. Leb.* 107 ; C.E., 2 juillet 1943, *Société des établissements Leprieur et C^ie^*, *Rec. Leb.* 171). La jurisprudence citée par cet auteur concerne toutefois de manière exclusive l'arbitrage prévu par des textes ponctuels qui ont perdu toute raison d'être.

[544] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 98.

[545] Apostolos Patrikios, *L'arbitrage en matière administrative*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 189, 1997, p 264.

l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ; 2° si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ; 3° si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ; 4° lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respectée ; 5° si l'arbitre a violé une règle d'ordre public ».

En l'état de la jurisprudence, le droit administratif ne connaît pas à l'heure actuelle cette distinction entre l'appel et le recours en annulation d'une sentence arbitrale. Dans une décision *Lamborot* rendue par l'assemblée du Conseil d'Etat le 4 janvier 1957[546], le Conseil d'Etat était saisi d'une action contre une sentence rendue par une commission arbitrale habilitée par la loi du 17 mai 1946 à régler les litiges relatifs à la nationalisation d'une société de mines dont le requérant était actionnaire. Un décret d'application du 24 juin 1947 avait précisé que les sentences rendues par cette commission arbitrale l'étaient en dernier ressort. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Chardeau a rappelé que « la loi seule peut créer les juridictions, déroger aux règles normales de répartition des compétences. Ici, la commission arbitrale a bien été créée par la loi : mais, sauf disposition légale expresse, tout arbitrage implique la possibilité d'un appel »[547]. L'assemblée du Conseil d'Etat a suivi ces conclusions : le requérant l'ayant directement saisi de l'évaluation de son indemnité sans que la moindre sentence ait été rendue par la commission d'arbitrage, la juridiction administrative ne s'est déclarée compétence que pour statuer en appel et a donc rejeté la requête. En l'état de la jurisprudence administrative, l'appel d'une sentence arbitrale semble donc toujours possible, sauf disposition légale expressément contraire.

Dans son étude intitulée *Régler autrement les conflits*, le Conseil d'Etat a pourtant proposé de transposer fidèlement la combinaison des articles 1482 et 1484 du nouveau Code de procédure civile. Car, selon lui, « la faculté laissée aux parties par le nouveau Code de procédure civile de renoncer à l'appel pour ne disposer que du recours en annulation est largement utilisée en pratique. Elle correspond à l'esprit de l'arbitrage, qui est à la fois de régler le différend rapidement et de soumettre le litige à des juges privés : le juge étatique n'a à exercer de contrôle que sur le respect des règles essentielles ; l'ordre public est en toute hypothèse garanti. C'est pourquoi il est proposé pour l'arbitrage de droit administratif, d'admettre les solutions de l'arbitrage de droit privé en ouvrant aux parties la faculté de renoncer à l'appel, et d'organiser un recours en annulation sur le modèle de celui de l'article 1484 du nouveau Code de procédure civile. Les articles 1482 et 1483 du nouveau Code de procédure civile pourraient donc être repris, à l'exception des dispositions relatives à l'amiable composition, exclue dans ce cas »[548]. Le Conseil d'Etat propose par ailleurs de confier l'examen de ce recours en annulation des sentences arbitrales aux cours administratives d'appel, sous son contrôle en tant que juge de cassation.

L'étude du Conseil d'Etat est donc loin d'être hostile à la reconnaissance de pouvoirs à l'arbitre. Si elle ne propose de le voir statuer en tant qu'amiable compositeur, c'est-à-dire en équité, elle envisage toutefois de permettre à l'administration de renoncer à l'appel. Une telle renonciation aboutit à l'attribution d'une protection remarquable à la sentence rendue par l'arbitre. L'attitude du Conseil d'Etat est, on le voit, à la recherche d'un équilibre entre la

[546] C.E. Ass., 4 janvier 1957, *Lamborot*, *A.J.D.A.* 1957, II, n° 96, p 108, concl. Chardeau.
[547] Concl. Chardeau sur C.E. Ass., 4 janvier 1957, *Lamborot*, *A.J.D.A.* 1957, II, n° 96, p 109.
[548] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 99-100. Le Conseil propose en outre de rejeter tout recours en révision, dans la mesure où il n'existe dans le contentieux administratif qu'en ce qui concerne ses décisions.

protection des intérêts publics dont l'administration a la charge et la logique propre à l'arbitrage.

Cette attitude du Conseil d'Etat et les attentes qu'elle peut susciter occultent un aspect important des pouvoirs de l'arbitre, qu'il statue ou non en tant qu'amiable compositeur. Même en procédure civile, un arbitre doté de ces pouvoirs reste tenu de respecter l'ordre public, tant en ce qui qu'il porte sur la procédure juridictionnelle que sur le fond du litige[549]. Dès lors, il faut identifier les règles qui, en droit administratif, sont susceptibles d'être considérées comme étant d'ordre public et devant, par voie de conséquence, être respectées par un arbitre statuant en tant qu'amiable compositeur.

Or, les règles d'ordre public, c'est-à-dire celles auxquelles l'administration ne peut renoncer, sont nombreuses en droit administratif. On les a déjà mentionnées à propos des règles au bénéfice desquelles l'administration ne peut renoncer dans le cadre d'une transaction. Il s'agit notamment de la prescription quadriennale des dettes publiques et de l'interdiction faite aux personnes publiques de régler une somme qu'elles ne doivent pas, telle qu'elle a été définie par la décision *Sieurs Mergui* rendue le 19 mars 1971 par la Section du contentieux du Conseil d'Etat[550]. Si ces règles sont bien d'ordre public en matière administrative, les réticences pour admettre qu'un arbitre puisse statuer en tant qu'amiable compositeur perdent beaucoup de leur intensité. Mais il faut reconnaître que l'amiable composition se voit alors réduire à une peau de chagrin.

Quoi qu'il en soit, cette question des pouvoirs de l'arbitre est essentielle dans la mesure où elle conditionne l'attrait de ce mode de règlement des litiges. A défaut d'admission de l'amiable composition, l'arbitrage ne présente guère, pour les parties, que deux éléments qui la distinguent radicalement du jugement de leur litige par les juridictions administratives. D'une part, l'arbitrage est permet un règlement rapide du conflit[551]. D'autre part, si l'arbitrage est considéré comme un jugement, il n'est pas rendu publiquement. La confidentialité caractérise l'arbitrage et c'est là l'un de ses attraits principaux pour les acteurs de la vie économique.

On peut se demander si cette confidentialité est compatible avec la nature des personnes publiques, qui soit sont des collectivités publiques, soit des émanations de ces collectivités. Car « l'Etat ou les personnes publiques présentent par rapport à tous les plaideurs un aspect spécifique : ils ne sont jamais pleinement maîtres des intérêts qui leur sont confiés. C'est une collectivité de citoyens, d'administrés ou de contribuables qui, en dernière analyse, est le véritable titulaire des droits et obligations en litige »[552]. Il nous semble inadmissible d'étendre l'arbitrage au détriment de la protection devant résulter de cette spécificité des personnes publiques.

---

[549] En ce qui concerne la procédure, voir par exemple C.A. Paris, 7 février 1957, *D.* 1957, II , 251 ; Cass. civ. 2e, 3 novembre 1960, *Bull. civ.* II, n° 633 ; Cass. civ. 2e, 22 novembre 1972, *Bull. civ.* II, n° 285 (motivation de la sentence). En ce qui concerne le fond du litige, voir Cass. civ. 2e, 20 décembre 1965, *Rev. arbitrage* 1966, p 16 (réglementation des prix) ; Cass. civ., 13 décembre 1978, *Rev. arbitrage* 1979, p 359 (législation des baux commerciaux) ; Cass. com., 4 mars 1980, *Rev. arbitrage* 1981, p 135, note Fouchard (réglementation des douanes).

[550] C.E. Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui (Maurice et André)*, *Rec. Leb.* 235, concl. Rougevin-Baville, *A.J.D.A.* 1971, p 274, chron. Labetoulle et Cabanes, *R.D.P.* 1972, p 234, note Waline.

[551] L'article 1456 du nouveau Code de procédure civile prévoit que la mission des arbitres est enserrée dans un délai de six mois.

[552] Georges Vedel, « Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé », *Rev. arbitrage* 1961, p 122.

L'opportunité même d'une extension de l'arbitrage est sujette à caution. Même si elle n'est pas censée comprendre ni le contentieux de l'excès de pouvoir[553] ni, pour l'heure, celui de la responsabilité administrative extra-contractuelle[554], l'extension de l'arbitrage en matière administrative aux contrats exige, comme l'a écrit Françoise Ducarouge, « une certaine prudence. Il faut en effet éviter qu'échappe au contrôle du juge [étatique] – sous réserve d'appel ou de cassation – tout un pan de l'activité des collectivités locales : un certain nombre d'affaires récentes montre que l'activité contractuelle des collectivités locales ou de leurs établissements publics mériterait un contrôle plus important de la part de la justice administrative. Celle-ci n'a pas, à la différence des chambres régionales des comptes, la possibilité de se saisir elle-même, et reste tributaire de la saisine des préfets dans le cadre du contrôle de légalité ou de requêtes de parties privées dans le cadre du contentieux contractuel »[555]. Pertinente à l'égard des collectivités locales et de leurs établissements publics, cette critique est susceptible de l'être de la même manière à l'égard de l'Etat et de ses démembrements.

[553] Pour le Conseil d'Etat, l'exclusion de l'arbitrage de certains types de litiges « est liée à des raisons de fond : elle concerne le contentieux de la légalité entraînant annulation ou réformation des actes administratifs contraires à la règle de droit. Seul le juge étatique, et spécialement le juge administratif, est compétent en la matière. Le juge privé qu'est l'arbitre ne peut lui être substitué [...] une contestation directe d'un acte administratif pour qu'il l'annule et *a fortiori* qu'il le réforme ne peut pas être portée devant lui » (*Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 89-90).

[554] L'attitude du Conseil d'Etat est différente car « il estime que d'autres litiges que ceux portant sur la légalité des actes « ne sont pas radicalement étrangers à l'arbitrage mais, en opportunité, il ne paraît pas pour le moment expédient de les y admettre : ils portent sur la responsabilité extra-contractuelle des collectivités publiques (qu'elle relève du droit public ou du droit privé). Le besoin d'arbitrage en la matière ne se fait pas sentir, du moins pas de manière suffisamment pressante pour qu'une proposition en ce sens ait paru nécessaire au groupe » (*Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 90).

[555] François Ducarouge, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *R.F.D.A.* 1996, p 89.

CHAPITRE III – LES RECOURS ADMINISTRATIFS

Contrairement à la transaction, la conciliation, la médiation et l'arbitrage, les recours administratifs constituent des modes de règlement des conflits propres au droit administratif. Leur existence même n'est pas objet de discussion. La problématique est par voie de conséquence différente à leur égard : il s'agit non d'opérer une quelconque transposition en matière administrative, mais plus simplement de procéder à leur « revitalisation »[556]. Le rôle qu'ils sont susceptibles de remplir est évident, même s'il a été et est encore profondément sous-estimé. Malgré le caractère unilatéral de la décision prise par l'autorité administrative sur le recours dont elle est saisie, ils peuvent en effet aboutir à un règlement amiable des conflits. Comme les modes alternatifs issus du droit privé, il s'agit en principe de « rechercher, en droit et en opportunité comme en équité, une solution qui satisfasse à la fois les intérêts de l'administration et ceux de l'administré »[557]. Leur effectivité est par contre, on l'a vu, l'objet de critiques radicales.

Au-delà du constat de l'ineffectivité des recours administratifs, il est nécessaire d'en dégager les causes du déclin des recours administratifs en tant que mode de règlement des litiges en matière administrative. Il sera alors possible de dégager les éléments de leur régime juridique et d'organisation de l'administration qui peuvent être aménagés pour conforter leur fonction contentieuse et leur permettre de la remplir de manière satisfaisante.

Le règlement des litiges en matière administrative est inséparable de l'émergence de la juridiction administrative. Sa distinction progressive de l'administration dite active et l'affirmation de son contrôle sur cette dernière sont les causes fondamentales du déclin des recours administratifs de droit commun. Considérés comme « purement administratifs »[558], la fonction contentieuse de ces recours administratifs de droit commun a été profondément méconnue et, par voie de conséquence, dévalorisée (**Section 1**). Le droit administratif a ensuite compensé leur déclin par une multiplication de recours administratifs spéciaux, dont le caractère obligatoire résulte soit des textes, soit paradoxalement de la jurisprudence administrative elle-même. La doctrine les a alors considérés comme des recours quasi-contentieux »[559]. Il n'est donc pas étonnant que certains de ces recours obligatoires se sont même vus reconnaître une véritable nature juridictionnelle, soit en vertu de textes, soit en vertu de la jurisprudence administrative. Ils sont à la fois caractérisés par une absence de cohérence et une profonde disparité de leur régime (**Section 2**).

Section 1 : La dénaturation des recours administratifs de droit commun

La dénaturation des recours administratifs de droit commun est inséparable de l'histoire du droit administratif. L'origine des recours administratifs résulte en effet de l'évolution des

---

[556] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 32.
[557] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 32.
[558] Henry Puget, Georges Maleville, « Les recours purement administratifs mode de protection des administrés », *Rev. adm.* 1953, pp. 111-116.
[559] Henry Puget, « Les recours quasi-contentieux en droit comparé », *R.I.D.C.* 1953, pp. 255-264.

droits de plainte et de pétition[560]. Ils n'existaient sous l'Ancien Régime que « sous la forme de placets, de doléances humblement adressées au Roi ou à d'autres autorités. Il s'agissait principalement de plaintes exprimant des griefs personnels, non pas des préoccupations plus générales et politiques »[561]. A partir de la Révolution française, ce droit s'est dédoublé : à côté du droit de plainte a été reconnu un droit de pétition, d'ordre directement politique. Détenu par chaque citoyen, il constitue le moyen dont les citoyens disposent pour participer à la vie publique et de prendre part au gouvernement de la société. Le droit de pétition participe donc à la délimitation du domaine couvert par la représentation politique[562]. Le Chapelier a clairement distingué ces droits : « la plainte est un droit national de tout homme qui se croit lésé par une autorité ou un individu quelconque. Le droit de pétition, tout citoyen doit l'exercer par lui-même, d'après le principe que les citoyens ne doivent déléguer que les droits qu'ils ne peuvent exercer. Il ne peut donc appartenir qu'aux membres du corps social ; il est par conséquence, un droit exclusif du citoyen »[563]. Alors que le droit de pétition a connu un rapide déclin, le droit de plainte, lui, s'est progressivement transformé.

C'est de ces droits de plainte et de pétition que se sont progressivement dégagés les recours administratifs, les recours juridictionnels – essentiellement le recours pour excès de pouvoir[564] – étant progressivement distingués des recours administratifs. Comme l'a résumé le commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt, « le recours pour excès de pouvoirs, issu du texte si modeste de la loi des 7 et 14 octobre 1790, s'est développé lentement et a dû en partie son extension à cette circonstance qu'il n'était pas considéré comme un recours contentieux proprement dit ; c'était une sorte de pétition adressée au chef de l'Etat en son Conseil »[565]. En l'absence de juridiction administrative, ces litiges n'ont,

---

[560] Comme le note Didier Truchet, le recours administratif est « issu d'une tradition monarchique de recours au roi » (*Répertoire de contentieux administratif*, V° « Recours administratif », n° 48, p 7).

[561] Sonia Dubourg-Lavroff, « Le droit de pétition en France », *R.D.P.* 1992, p 1735. Les développements qui suivent reposent pour l'essentiel sur cet article.

[562] Voir Jacques Moreau, *Un inconnu : le droit de pétition sous la IV^e^ République*, Compagnie d'éditions libres, sociales et économiques, 1958.

[563] *Moniteur officiel*, 11 mai 1971, cité par Sonia Dubourg-Lavroff, « Le droit de pétition en France », *R.D.P.* 1992, p 1736.

[564] Voir les conclusions du commissaire du gouvernement Robert sur la décision *Académie des Beaux-Arts* du 21 juillet 1864, *Rec. Leb.* 681-682. Le commissaire du gouvernement y a d'abord présenté une distinction, qu'il considère comme nécessaire, « entre l'intérêt général de l'Etat et l'intérêt spécial de l'individu ». Il a ensuite assigné « à chacun de ces intérêts la sphère où il peut trouver protection. Tout citoyen peut être affecté de deux manières par les actes du gouvernement ou des autorités administratives : il peut être atteint directement dans ses intérêts privés ou ressentir seulement, pour sa part, comme membre du corps social, l'effet d'une mesure générale. Si rien de ce qui est humain ne doit rester étranger à l'homme, rien de ce qui touche à la patrie, à sa gloire, à sa grandeur, à sa prospérité morale ou matérielle ne doit laisser le citoyen indifférent. Notre loi constitutionnelle est ainsi faite qu'elle ne le condamne pas à rester spectateur passif de l'œuvre qu'accomplissement les pouvoirs publics. Si humble soit-il, il peut s'y associer par le droit de pétition au Sénat, soit pour demander l'annulation d'un acte quelconque du gouvernement qui lui semblerait inconstitutionnel ou illégal dans l'ordre politique, soit simplement pour soumettre au premier corps de l'Etat ses vues, ses projets et ses idées. Voilà pour l'*intérêt général* ; c'est devant le Sénat que chaque citoyen peut se constituer le défenseur de toute loi violée et demander la répression des illégalités, des excès de pouvoirs qui pourraient affecter l'intérêt de tous. Tout autre est la nature de l'*intérêt individuel et privé*. C'est lui et lui seul que vous avez mission de protéger ici. Cet intérêt, spécial à chaque citoyen, à chaque foyer, à chaque famille, à chaque patrimoine matériel ou moral devient, quand il est fondé sur la loi, la base inébranlable du *droit* que garantit contre toute atteinte et toute usurpation, dans le domaine administratif, la belle institution du recours pour excès de pouvoir » (c'est l'auteur qui souligne). Sur la base de la distinction révolutionnaire entre droit de plainte et droit de pétition, le commissaire du gouvernement Robert opère en quelque sorte une transposition en distinguant le droit de pétition, de nature politique, et le droit d'intenter un recours pour excès de pouvoir, dont la nature individuelle s'apparente à celle de l'ancien droit de plainte.

[565] Concl. Le Vavasseur de Précourt sur C.E, 13 avril 1881, *Bansais*, *S.* 1882, III, p 29.

pendant les trois quarts du 19ème siècle, pas été réglés autrement que par l'administration elle-même, saisie de recours émanant des administrés. Le Conseil d'Etat n'était pas alors une juridiction : il n'était qu'un organisme consultatif placé auprès du chef de l'Etat. C'était ce dernier qui agissait, selon les cas, soit en tant qu'autorité administrative, soit en tant qu'autorité juridictionnelle. En droit, le Conseil d'Etat ne disposait donc pas du pouvoir de trancher les litiges, même si, en fait, le chef de l'Etat se contentait de suivre les propositions qui lui étaient ainsi faites. La justice en cette matière était dite retenue et elle ne fut pleinement déléguée au Conseil d'Etat que par la loi du 24 mai 1872[566].

Les recours juridictionnels sont progressivement apparus en se distinguant de ces recours administratifs (**§ 1**). L'émancipation de la justice administrative a conduit à une dévalorisation des recours administratifs, la jurisprudence administrative leur faisant perdre l'essentiel des caractères nécessaires pour assurer un règlement des litiges (**§ 2**).

§ 1 : La distinction des recours administratifs et des recours juridictionnels

Au cours du 19ème siècle, le contentieux administratif est dominé par une distinction fondamentale entre les matières contentieuses et les matières de pure administration. Pierre Sandevoir a démontré que « sous la Révolution, la notion de justice administrative comprend exclusivement la question des recours ordinaires, c'est-à-dire des atteintes fondées sur une atteinte à une situation subjective [...] de recours qui font partie de la catégorie qu'on appelle aujourd'hui de pleine juridiction »[567]. En ce sens, la conception théorique du contentieux administratif était alors étroitement limité aux recours fondé sur la violation de droits. L'envers de ce contentieux administratif - des litiges intervenant dans ces matières auxquelles la qualification de contentieuses était réservées – était les matières de pure administration. Caractérisée par l'existence d'un intérêt général prédominant et par l'absence de droits subjectifs, les actes pris dans ces matières de pure administration n'étaient susceptibles d'être contestés que par la voie de recours strictement administratifs. Par voie de conséquence, dans la première moitié du 19ème siècle, les rapports entre le recours administratif, hiérarchique, et le recours contentieux peuvent être résumés de la manière suivante : « ce sont deux voies de droit exclusives l'une de l'autre et relevant chacune de systèmes juridiques différents et totalement étanches »[568].

Une double évolution caractérisa ces conceptions initiales. D'une part, le recours administratif caractérisant les matières de pure administration fit l'objet d'un dédoublement : à côté du sempiternel recours administratif fut progressivement aménagé un recours pour excès de pouvoir porté devant le Conseil d'Etat. Avec l'application de la loi du 24 mai 1872,

---

[566] Tony Sauvel, « La ''justice retenue'' de 1806 à 1872 », *R.D.P.* 1970, pp. 237-285.

[567] Pierre Sandevoir, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 56, 1964, p 42, cité par Jean-François Brisson, *Les recours administratifs en droit public français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 185, 1996, p 47. Cette conception de la justice administrative était facilitée par l'existence des conseils de préfecture, dont les arrêts étaient susceptibles d'appel devant le chef de l'Etat statuant au sein du Conseil d'Etat. Cette compétence du chef de l'Etat et du Conseil d'Etat étaient réputées être de nature juridictionnelle, le chef de l'Etat étant alors supposés détenir la qualité de juge. La détermination de la compétence juridictionnelle des Conseils de préfecture par les lois en vigueur permettait donc de délimiter le domaine de cette justice administrative.

[568] Jean-François Brisson, *Les recours administratifs en droit public français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 185, 1996, p 49.

le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat fut définitivement considéré comme un recours juridictionnel d'ordre contentieux (**A**). D'autre part, les matières contentieuses étaient caractérisées, pour les affaires qui n'étaient pas soumises en première instance, en vertu de lois spéciales, aux conseils de préfecture, par l'obligation d'en saisir le juge, ce dernier statuant en qualité de juge. L'abandon de la théorie du ministre-juge opéra, pour les matières contentieuses, une distinction radicale entre les recours d'ordre juridictionnel et les recours d'ordre administratif (**B**)[569].

A) La distinction du recours administratif et du recours pour excès de pouvoir

La conception des matières de pure administration a rapidement fait l'objet de changements remarquables. On a assisté progressivement à la naissance du recours pour excès de pouvoir en tant que voie de droit distincte du recours administratif, plus précisément du recours administratif hiérarchique. La raison en est simple : le Conseil d'Etat participait à l'instruction des recours hiérarchiques suprêmes et donnait « un avis au chef de l'Etat sur la suite à donner aux requêtes en annulation. Comme en matière contentieuse, le chef de l'Etat va prendre l'habitude de laisser au Conseil d'Etat le soin de statuer sur les réclamations dont il est saisi au titre de supérieur hiérarchique de l'administration »[570]. Dès lors, une distinction va être réalisée entre les recours administratifs, notamment hiérarchiques, et le recours pour excès de pouvoir, dérivé du recours hiérarchique suprême devant le chef de l'Etat.

Le recours pour excès de pouvoir contre les décisions administratives va rapidement être reconnu comme étant recevable sans qu'il soit préalablement nécessaire d'épuiser les voies administratives de recours, au sein de la hiérarchie administrative. Les conclusions du commissaire du gouvernement L'Hôpital sur la décision *d'Andigné de Resteau* du 9 février 1865 l'illustrent parfaitement : « le recours *omisso medio*, par la voie de l'excès de pouvoirs, et le recours ordinaire contre la décision du ministre, aboutissent tous les deux à l'Empereur, statuant au contentieux. Ils n'en sont pas moins très différents l'un de l'autre. Le premier, qui trouve sa base légale dans la loi des 7-14 octobre 1790, telle que l'a développée le grand bienfait de votre jurisprudence, a pour raison d'être, un intérêt politique de premier ordre, la nécessité pour le chef de l'Etat de connaître et de corriger les excès de pouvoirs. Le second est fondé sur le principe de la hiérarchie administrative. L'un peut exister là où l'autre n'existe pas. Comme il y a origine et sphère d'action différente, il ne saurait y avoir référence nécessaire d'une procédure à l'autre »[571]. Les recours pour excès de pouvoir et les recours administratifs sont donc pleinement indépendants.

Le Conseil d'Etat va ainsi soumettre la recevabilité des seuls recours pour excès de pouvoir à une condition de délai, alors que les recours administratifs peuvent toujours être

---

[569] La théorie du ministre-juge n'avait jamais été appliquée au recours pour excès de pouvoir. Comme l'avait précisé Edouard Laferrière, « si les ministres étaient juges ordinaires de premier ressort, les actes ou décisions des autorités inférieures ne pourraient jamais être attaqués devant le Conseil d'Etat avant d'avoir été déférés au ministre. A la vérité, on a admis de tout temps que les recours en annulation formés contre les actes administratifs argués d'excès de pouvoir peuvent être portés directement et *omisso medio* devant le Conseil d'Etat » (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, éd., Berger-Levrault, 1887, p 408, reprint L.G.D.J. 1989).

[570] Jean-François Brisson, *Les recours administratifs en droit public français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 185, 1996, p 55.

[571] Concl. L'Hôpital sur C.E., 9 février 1865, *d'Andigné de Resteau*, *Rec. Leb.* 173.

engagés à n'importe quel moment[572]. Les moyens susceptibles d'être invoqués dans le cadre des recours pour excès de pouvoir vont être sensiblement étoffés[573] : ne portant initialement que sur l'incompétence et le vice de forme, ils vont s'étendre à la violation de la loi[574] et au détournement de pouvoir[575], ce dernier moyen constituant la première incursion du Conseil d'Etat dans le contrôle des questions de fait[576]. La loi du 24 mai 1872, consacrant dans le droit le passage d'une justice retenue à une justice déléguée, confirma la distinction entre les recours pour excès de pouvoir et les recours administratifs, en associant définitivement les recours pour excès de pouvoir aux recours en matière contentieuse[577].

B) L'abandon de la théorie du ministre-juge dans les matières contentieuses

Les matières dites contentieuses restaient encore caractérisées par une assimilation entre recours administratifs et recours juridictionnels, celui de la théorie dite du ministre-juge, selon laquelle le ministre agissait dans certaines hypothèses en qualité de juge[578]. Le Conseil d'Etat ne pouvant en tout état de cause être saisi, en vertu du décret du 22 juillet 1806, que

---

[572] C.E., 20 mars 1862, *Ville de Châlons c/ Navarre*, *Rec. Leb.* 235, concl. L'Hôpital. Selon le commissaire du gouvernement, « l'article 11 du décret de 1806 pose une règle générale et n'admet point l'exception de toute une catégorie (et ce n'est pas la moins intéressante) des affaires portées devant vous. Le texte nous paraît très absolu. Si le préfet n'est pas, en général, une autorité ressortissant directement au Conseil d'Etat, son arrêté y ressortit dans le cas d'excès de pouvoirs. S'il y a un intérêt d'ordre public à ce que les excès de pouvoirs puissent toujours être réprimés, il y a un intérêt d'ordre public aussi à ce que les situations faites et acceptées par les parties depuis longtemps ne puissent être éternellement dérangées sur la provocation de l'une d'elles. Et si le recours est toujours ouvert devant le supérieur hiérarchique, tant mieux ! car là est le remède extrême contre la perpétuité d'un excès de pouvoirs qui serait trop anormal » (*ibid.*, p 236).

[573] Parallèlement, « à mesure que se développe le contrôle de l'excès de pouvoir, la théorie des actes de pure administration change de portée. L'acte administratif n'est plus celui qui est soustrait au contrôle juridictionnel, par opposition à l'acte contentieux qui y est soumis. Le caractère administratif de l'acte ne s'oppose plus à l'examen de la requête, mais seulement à l'examen de tout moyen qui ne serait pas un moyen d'excès de pouvoir » (Jean-François Brisson, *Les recours administratifs en droit public français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 185, 1996, p 61). La jurisprudence ne fit ultérieurement que creuser ce sillon, à travers les distinctions contemporaines entre la légalité et l'opportunité, entre la compétence liée et le pouvoir discrétionnaire.

[574] C.E., 27 août 1840, *d'Alençon*, *Rec. Leb.* 329, avec les réserves de Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 97, 1970, p 180.

[575] C.E., 25 février 1864, *Lesbats*, *Rec. Leb.* 209, concl. L'Hôpital.

[576] Voir l'analyse de la jurisprudence par P. Landon, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir*, 1954, p 147, cité par Jean-François Brisson, *Les recours administratifs en droit public français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 185, 1996, p 61.

[577] Aux termes de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, « le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ». Le Conseil d'Etat disposant en vertu de cette loi de la qualité de juridiction, il s'ensuivit évidemment une assimilation entre les recours de pleine juridiction et les recours pour excès de pouvoir, sous la dénomination de recours contentieux. C'est ce qu'affirmait par exemple le commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt : « nous croyons que, depuis la loi du 24 mai 1872, les règles du contentieux doivent être appliquées aux recours pour excès de pouvoirs » (concl. sur C.E., 13 avril 1881, *Bansais*, *S.* 1882, III, p 30).

[578] Voir les avis législatifs des 16 thermidor an XII, 29 octobre 1811 et 24 mars 1812. Ces avis ont été confirmés par des arrêts du Conseil d'Etat (C.E., 22 mai 1813, *Chenantais*, *Rec. Leb.* 446 et C.E., 26 mars 1814, *Rey*, *Rec. Leb.* 520, cités par Théodore Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome CLII, 1987, p 204, note 126).

d'un recours contre une décision[579], cette règle conduisait, dans les matières contentieuses, les requérants à saisir le ministre compétent pour qu'il définisse la position de l'administration. Si la décision du ministre ne satisfaisait pas le requérant, celui-ci pouvait alors déposer un recours devant le Conseil d'Etat. La doctrine a rapidement assimilé cette activité à une activité d'ordre juridictionnel : « les décisions ministérielles en matière contentieuse acquièrent, par l'expiration du délai de recours au Conseil d'Etat, la même fixité que les jugements des tribunaux. Voilà pourquoi on les assimile à des jugements et l'on dit que les ministres ont *une espèce de juridiction analogue* à celle des tribunaux. Leurs décisions empruntent de leur nature, de la voie de recours admissible contre elles et des effets qu'elles produisent *une apparence, une couleur de jugement*, qui a fait dire que les ministres *exerçaient dans certains cas une juridiction analogue* à celle des juges administratifs de premier ressort tels que les conseils de préfecture »[580].

A l'époque, la théorie du ministre-juge reposait à la fois sur des arguments théoriques et pratiques. On les a résumés de la manière suivante : « tout d'abord, le ministre est appelé, dans l'exercice de la fonction administrative, à trancher des litiges contentieux : cette décision est donc, au fond, de la même nature que celle par laquelle un juge dit le droit, dans la mesure où la juridiction est définie, selon la conception matérielle qui prédomine, comme une fonction consistant à dire le droit. Ensuite, la théorie en question est renforcée, d'une part, par la théorie de l'Etat-débiteur selon laquelle toutes les actions tendant à faire déclarer l'Etat débiteur relèvent de l'autorité administrative et, d'autre part, par le principe hiérarchique qui est à la base de l'administration française. Enfin, elle est justifiée par des considérations pratiques : l'intervention ministérielle est rapide et sans frais et la solution du litige présente, en raison de la place du ministre dans la hiérarchie, des garanties d'impartialité »[581].

La théorie du ministre-juge produisait une conséquence essentielle : considéré comme juge de droit commun, le ministre devait obligatoirement être saisi de toute demande. Le Conseil d'Etat n'intervenait qu'au titre de l'appel. Le recours au ministre avait donc tout à la fois un caractère obligatoire et une nature assimilée à celle d'un recours juridictionnel.

En l'absence du moindre texte attribuant expressément aux ministres la qualité de juge dans les matières contentieuses[582], la théorie du ministre-juge reposait sur une assimilation abusive d'une évidente fragilité. La décision *Cadot* du 13 décembre 1889 est généralement considérée comme marquant son abandon par le Conseil d'Etat[583]. L'affaire portait sur une demande d'indemnité adressée par le sieur Cadot à la ville de Marseille, du fait de la suppression de son emploi de directeur de la voirie et des eaux. Les juridictions judiciaires

---

[579] Sous réserve de textes expressément contraires tels que la loi du 28 pluviôse an VIII. Ce texte conférait d'ailleurs compétence pour statuer en première instance sur ces litiges aux conseils de préfecture.

[580] Serrigny, *Traité de la compétence administrative*, tome III, p 186, cité par Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, éd., Berger-Levrault, 1887, p 400-401, reprint L.G.D.J. 1989. C'est l'auteur qui souligne.

[581] Eugénie Prévédourou, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 180, 1996, p 45.

[582] Les avis législatifs précités du Conseil d'Etat (16 thermidor an XII, 29 octobre 1811 et 24 mars 1812) ayant fait l'objet, pour fonder la théorie du ministre-juge, d'une interprétation particulièrement constructive. Sur ce point, Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, éd., Berger-Levrault, 1887, p 402-405, reprint L.G.D.J. 1989.

[583] C.E., 13 décembre 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille*, *Rec. Leb.* 1148, concl. Jagerschmidt, *D.* 1891.3.41, *S.* 1892.3.17, note Hauriou, repris in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Voir par ailleurs Jacques Chevallier, « Réflexions sur l'arrêt *Cadot* », *Droits* 1989, n° 9, p 79.

s'étant déclarées incompétentes pour statuer sur ce litige, le requérant s'adressa au conseil de préfecture qui se déclara incompétent, ce que confirma le Conseil d'Etat en tant que juge d'appel[584]. Le sieur Cadot saisit alors le ministre de l'intérieur, puis le Conseil d'Etat de la décision ministérielle de rejet. Davantage que la décision elle-même du Conseil d'Etat, les conclusions du commissaire du gouvernement Jagerschmidt ont clairement montré l'incohérence de la théorie du ministre-juge : « il est évident que les décisions prises par les autorités administratives électives ne relèvent pas des ministres comme supérieurs hiérarchiques. A quel titre déférer au ministre, avant de les déférer au Conseil d'Etat, les délibérations exécutoires des conseils généraux ou municipaux rendues sur des questions d'administration départementale ou communale que la loi a décentralisées ? Le ministre n'étant pas le supérieur hiérarchique de ces autorités, n'ayant sur elles qu'un droit de surveillance et non un droit de commandement, ne pourrait pas substituer ses décisions aux leurs. L'absence d'autorité hiérarchique a pour conséquence nécessaire la suppression de la prétendue juridiction ministérielle »[585]. Le Conseil d'Etat suivit ces conclusions et refusa de considérer le ministre comme juge de droit commun du contentieux administratif[586].

A la fin du 19ème siècle, la jurisprudence administrative avait donc abouti à distinguer nettement les recours administratifs et des recours juridictionnels.

§ 2 : La méconnaissance fonctionnelle des recours administratifs

Refusant au fur et à mesure des affaires dont il était saisi d'aligner le régime de tels recours ministériels sur les garanties procédurales inhérentes aux recours juridictionnels, le Conseil d'Etat opéra alors une sorte de « déclassement »[587] des recours ministériels en matière contentieuse, en alignant leur régime sur celui des recours hiérarchiques d'ordre administratif. Ayant abandonné la distinction des matières contentieuses et des matières de pure administration pour distinguer fondamentalement les recours d'ordre administratif des recours d'ordre juridictionnel, la jurisprudence a, par voie de conséquence, unifié le régime

---

[584] C.E., 12 janvier 1883, *Rec. Leb.* 28.

[585] Concl. Jagerschmidt sur C.E., 13 décembre 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille*, *Rec. Leb.* 1151. Le commissaire du gouvernement précisait par ailleurs qu'il s'agissait d'une de ces affaires à l'égard desquelles « la compétence ministérielle se justifie le moins aisément. En effet, il s'agit d'une action en responsabilité dirigée contre une commune à raison d'une révocation injustifiée prononcée par un maire contre un agent communal. Or, il n'est pas douteux, suivant nous, que lorsque le maire agit dans la sphère des intérêts purement locaux, des intérêts pécuniaires de la commune, il ne peut être considéré comme le subordonné du ministre. Nous ne comprendrions pas que le ministre, en pareil cas, substituât sa décision à celle de l'autorité municipale et condamnât la commune à payer une indemnité à l'agent révoqué ; ni qu'une pareille décision pût être prise, après une instruction faite dans les bureaux d'un ministère, sans publicité, sans débat contradictoire et en dehors de toutes les formes judiciaires. Nous ne voyons pas non plus de quelle façon le ministre ferait exécuter sa décision ; faudrait-il qu'il enjoignît au préfet d'inscrire d'office le montant de la condamnation au budget de la commune ? Toutes ces difficultés, toutes ces contradictions nous conduisent à renoncer à suivre l'opinion d'après laquelle le ministre aurait eu cette matière, aucune juge n'étant désigné par la loi, les pouvoirs d'un juge ordinaire des réclamations contre les actes des diverses autorités administratives » (*ibid.*, p 1150).

[586] Cela étant, puisque le Conseil d'Etat ne peut être saisi que de litiges relatifs à des décisions, Edouard Laferrière a estimé qu'on « ne doit donc pas dire, si l'on veut être exact, ''le juge ordinaire du contentieux administratif'', mais ''le juge ordinaire des décisions administratives donnant lieu à des réclamations contentieuses'' » (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, éd., Berger-Levrault, 1887, p 414, reprint L.G.D.J. 1989).

[587] Jean-François Brisson, *Les recours administratifs en droit public français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 185, 1996, p 74.

des recours administratifs, tant en ce qui concerne leur régime juridique (**A**) que les pouvoirs dont dispose l'autorité administrative pour statuer sur la réclamation (**B**).

A) Un régime juridique tronqué

Avant même la jurisprudence *Cadot* du 13 décembre 1889 et l'abandon définitif de la théorie du ministre-juge, la jurisprudence avait fait perdre aux décisions ministérielles prises sur recours portant sur des matières contentieuse les caractères qu'ils partageaient avec les jugements. En ce qui concerne la procédure et la forme, les choses étaient radicalement simples : « aucune forme, disait-on, n'a été prescrite pour la procédure devant les ministres considérés comme juges »[588]. De sorte que « aucune particularité procédurale ne [permettait] de distinguer le traitement [par le ministre] d'une affaire contentieuse de celui d'une affaire de pure administration »[589]. En ce qui concerne les effets des décisions ministérielles rendues en matière contentieuse, le Conseil d'Etat leur avait progressivement fait perdre tous les éléments qu'ils partageaient avec les actes juridictionnels. Dans une décision *Carrière* du 20 février 1880, le Conseil d'Etat a ainsi considéré que les décisions administratives ne sauraient en aucun cas être considérées comme des jugements, susceptibles d'être frappés d'opposition lorsqu'ils sont rendus par défaut[590]. Dans une décision *Harouel et Morin* du 30 avril 1880, le Conseil d'Etat a de manière comparable refusé de soumettre les décisions prises par les ministres dans les matières dites contentieuses à l'exigence de motivation, les distinguant radicalement des jugements[591].

La décision *Bougard* rendue le 24 juin 1881 par le Conseil d'Etat, sur les conclusions du commissaire du gouvernement Gomel, illustre de manière remarquable les rapports dégagés par la jurisprudence administrative entre le recours juridictionnel et le recours administratif. Dans cette affaire, le litige portait sur un arrêté préfectoral liquidant, en application des décrets de déconcentration des 25 mars 1852 et 13 avril 1861, la pension du

---

[588] Léon Bequet, *Répertoire du droit administratif*, tome VIII, V° « Contentieux administratif », 1891, p 261.

[589] Eugénie Prévédourou, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 180, 1996, p 46.

[590] C.E., 20 février 1880, *Carrière*, *Rec. Leb.* 186, concl. Gomel. Selon le commissaire du gouvernement, « la jurisprudence du Conseil d'Etat admet depuis longtemps que les décisions ministérielles, même prises sans que la partie intéressée ait été préalablement entendue, ne peuvent être réformées que par la voie du recours au Conseil d'Etat. C'est là un principe de procédure administrative fort important à mettre en relief, car la partie lésée par une décision prise d'office par un ministre, qui en appellerait à ce ministre par voie d'opposition sans former dans le délai de trois mois son pourvoi devant le Conseil d'Etat, s'exposerait à se voir opposer la déchéance, quand ensuite elle attaquerait devant le Conseil la nouvelle décision ministérielle confirmant la première » (*ibid.*, p 188).
A l'époque, le recours hiérarchique et le recours pour excès de pouvoir étaient considérés comme des voies de droit totalement indépendantes l'une de l'autre. Par voie de conséquence, le dépôt d'un recours hiérarchique ne prorogeait pas le délai du recours pour excès de pouvoir.

[591] C.E., 30 avril 1880, *Harouel et Morin*, *Rec. Leb.* 419 : « la décision par laquelle le ministre de la Guerre a refusé d'allouer une indemnité aux requérants n'est pas de celles auxquelles s'appliquent l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 ». Comme le précise la note anonyme du *Recueil Lebon*, le commissaire du gouvernement avait estimé au contraire que ces décisions ministérielles devaient en tout état de cause être soumises à une motivation obligatoire, quelle que soit la nature juridique qu'on leur attribue.
Voir encore C.E., 2 juillet 1880, *Maillard*, *Rec. Leb.* 631 : « sur le moyen tiré de ce que les décisions attaquées devaient être annulées pour défaut de motifs : considérant qu'aucune disposition de loi n'oblige les ministres à motiver les décisions par lesquelles ils refusent de faire droit aux réclamations qui leur sont adressées par les entrepreneurs des marchés de fournitures à peine de nullité desdites décisions ».

requérant. Le Conseil d'Etat a considéré que, « si l'arrêté attaqué pouvait être déféré au ministre de l'intérieur, conformément à l'article 6 du décret du 25 mars 1852, il n'en avait pas moins à l'égard du sieur Bougard le caractère d'une décision de nature à être déférée directement au Conseil d'Etat par la voie contentieuse »[592]. En vertu de cette jurisprudence particulièrement explicite, le recours administratif est réduit au rang de simple voie de droit facultative.

Depuis cette affaire *Bougard*, le requérant est donc face à au choix qu'avait présenté le commissaire du gouvernement Gomel : « ou bien il emploiera la voie du recours hiérarchique qui lui est réservée par les articles 6 et 7 des décrets de 1852 et 1861, il attaquera l'arrêté devant le ministre de l'intérieur, et il pourra ensuite déférer au Conseil d'Etat la décision du ministre ; si celui-ci ne statue pas dans le délai de quatre mois, il pourra même, aux termes de l'article 6 du décret du 2 novembre 1864, considérer sa réclamation comme rejetée et se pourvoir au Conseil d'Etat. Ou bien, il ne se prévaudra pas des dispositions des articles 6 et 7 [des décrets des 25 mars 1852 et 13 avril 1861] et il attaquera directement devant vous l'arrêté préfectoral intervenu à la suite de sa demande de pension »[593]. Dans la décision *Bougard*, le Conseil d'Etat a confirmé, on l'a dit, la dernière de ces deux alternatives, reconnaissant ainsi au recours devant l'autorité administrative, dans une matière contentieuse, un caractère facultatif.

Dans l'hypothèse du dépôt successif d'un recours hiérarchique et d'un recours juridictionnel, correspondant à la première des deux alternatives mentionnées ci-dessus, une question devait être résolue : celle des délais de recours, sachant que les recours administratifs n'en connaissant alors que la recevabilité du recours pour excès de pouvoir était subordonné à son dépôt dans un délai de trois mois, en application de l'article 11 du décret du 22 juillet 1806[594]. Le Conseil d'Etat a résolu cette difficulté dans une décision *Bansais* du 13 avril 1881 selon laquelle « si le recours pour excès de pouvoirs peut être, au gré des parties intéressées, formé directement devant le Conseil d'Etat ou préalablement porté devant le supérieur hiérarchique de l'autorité dont la décision est attaquée, ledit recours ne saurait être affranchi, dans ce dernier cas, du délai de trois mois qui lui est imposé lorsque le Conseil d'Etat en est directement saisi »[595]. Dans la mesure où il est introduit dans le délai du

---

[592] C.E., 24 juin 1881, *Bougard*, *Rec. Leb.* 649, *S.* 1882, III, pp. 48-49, concl. Gomel.

[593] Concl. Gomel sur C.E., 24 juin 1881, *Bougard*, *S.* 1882, III, p 49.

[594] C.E., 20 mars 1862, *Ville de Châlons c/ Navarre*, *Rec. Leb.* 235, concl. L'Hôpital.

[595] C.E., 13 avril 1881, Bansais, S. 1882, III, concl. Le Vavasseur de Précourt. Dans cette affaire, les requérant demandaient l'annulation d'un arrêté délivré en 1831 au bénéfice de leur voisin. En 1879, ils avaient introduit successivement un recours devant le préfet, ensuite devant le ministre, enfin devant le Conseil d'Etat.
Le commissaire du gouvernement avait développé dans ses conclusions une argumentation dont la terminologie jouait quelque peu sur les mots : « qu'est-ce, en effet que le recours contentieux introduit devant le préfet, puis devant le ministre, avec suite devant le Conseil d'Etat ? Pas autre chose, suivant nous, que le recours même pour excès de pouvoirs qui, à raison de sa nature et du respect dû au supérieur hiérarchique, peut être introduit soit directement devant le Conseil d'Etat, soit au préalable devant le préfet ou le ministre, qui ne sont ici, pour ainsi dire, que les juges préparatoires de l'excès de pouvoirs. Dès lors, nous pensons que le recours initial, soit direct devant le Conseil, soit indirect devant le supérieur hiérarchique, doit être formé dans le même délai de trois mois. La partie a deux voies à choisir pour aboutir au Conseil d'Etat, mais ces deux voies ont le même point de départ. Mais, dira-t-on, il est de principe que le supérieur hiérarchique peut toujours être saisi d'un recours contre l'acte de son inférieur. Nous ne contestons pas ce principe. Mais le supérieur hiérarchique statue en deux qualités distinctes : comme supérieur hiérarchique, il peut statuer à toute époque ; mais, comme juge contentieux, statuant sur une décision qui peut être déférée au Conseil d'Etat, il doit être saisi dans le délai légal. Nous complétons ainsi la jurisprudence de 1862 et nous appliquons, par un effort d'interprétation qui ne nous semble pas excessif, aux recours pour excès de pouvoirs, directs ou indirects, les règles substantielles à tout

recours juridictionnel, le dépôt d'un recours administratif a pour conséquence une prorogation de ce délai, c'est-à-dire d'une « *interruption conservatrice* du délai de recours juridictionnel »[596]. La prorogation du délai de recours juridictionnel est donc subordonnée au dépôt, dans le délai dudit recours juridictionnel, d'un recours devant l'autorité administrative, qu'il s'agisse d'un recours hiérarchique ou gracieux[597].

A la fin du 19ème siècle, la jurisprudence administrative a donc clairement distingué les recours administratifs des recours juridictionnels. Simple démarcation du recours hiérarchique, le recours pour excès de pouvoir s'est vu progressivement reconnaître la qualité de recours juridictionnel et, par voie de conséquence, celle de recours contentieux. Le recours hiérarchique, dans les matières contentieuses, a par contre perdu la dimension juridictionnelle qui lui était initialement reconnue. Obligatoire dans la mesure où le ministre-juge était perçu comme juge de droit commun dans ces matières, il a perdu cette qualité pour devenir une simple faculté ouverte au requérant. Uniformisant le régime de l'ensemble formé par ces recours dorénavant tous d'ordre administratif, la jurisprudence administrative en a fait une voie de droit subsidiaire. Cette voie de droit offre au requérant une possibilité d'obtenir de la part de l'administration un règlement rapide du litige, sans toutefois perdre la possibilité d'intenter un recours devant le juge administratif si la décision prise par l'autorité administrative saisie de son recours ne le satisfait point.

Dans sa note sur la décision *Reynaud* du 25 mai 1928, Maurice Hauriou a parfaitement dégagé la logique inhérente à cette jurisprudence : « à mesure que le Conseil d'Etat s'engageait dans cette politique de conservation du recours contentieux par l'exercice préalable d'un recours gracieux ou d'un recours hiérarchique, il devait être frappé davantage par cette idée que, sous les formes diverses de ces recours administratifs ou contentieux, se cachait une seule et même réalité qui était celle de la réclamation contentieuse. C'était même là la seule explication juridique de sa jurisprudence. On ne pouvait ramener à une procédure unique cette succession de formes différentes que par l'unité substantielle qu'est la réclamation contentieuse »[598].

On mesure ici l'erreur consistant à opposer systématiquement les recours administratifs aux recours juridictionnels. Au-delà de la seule perspective historique démontrant leur origine

---

recours contentieux en supprimant un circuit d'actions indéfini, dont on ne trouvait l'analogie devant aucune juridiction » (*ibid.*, p 30).

[596] René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat, 1998, 7ème éd., n° 731, p 543 (c'est l'auteur qui souligne). Ainsi définie, la prorogation « ne doit pas être confondue avec la simple *prolongation* du délai, telle que celle qui a pour objet de reporter au ''premier jour ouvrable suivant'' le dernier jour d'un délai. Ni avec le report à plus tard du point de départ du délai, par le fait d'une demande (justifiée) de données complémentaires. Déclenché, le délai va se trouver interrompu. Après quoi, et l'effet de la cause d'interruption ayant pris fin, il courra *à nouveau*, c'est-à-dire *pour la totalité* de sa durée légale (contrairement à ce qu'il en est quand il y a seulement suspension d'un délai) » (*ibidem.*).

[597] C.E., 12 janvier 1917, *Marchelli*, *Rec. Leb.* 42 : « considérant qu'il n'est pas établi par l'instruction qu'à la date à laquelle le président du syndicat des employés civils de l'artillerie et du génie du 14e corps d'armée a, au nom du sieur Marchelli, adressé une réclamation au ministre de la guerre, plus de deux mois se fussent écoulés depuis la notification à l'intéressé de la décision attaquée ; que, dans ces conditions, le sieur Marchelli qui s'est pourvu, en temps utile, contre la nouvelle décision prise par le ministre sur la réclamation présentée en son nom est recevable à déférer au Conseil d'Etat, pour excès de pouvoir, en même temps que cette dernière décision, celle qui est intervenue le 27 septembre 1911 ».

[598] Maurice Hauriou, note sous C.E., 25 mai 1928, *Reynaud*, *S.* 1928, III, p 81, reprise in *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Sirey, 1929, tome 3, p 782-783. Et cet auteur de préciser que la réclamation contentieuse est « le droit lui-même ou l'intérêt légitime lui-même dans son état de prétention contentieuse » (ibid., p 783).

commune, « l'unité substantielle », pour reprendre les termes de Maurice Hauriou, est flagrante. Les recours administratifs et les recours devant les juridictions administratives ont à l'évidence la même substance. Ils remplissent la même fonction portant sur le règlement des litiges opposant l'administration à des administrés. La doctrine est unanime pour considérer qu'une réclamation adressée à une autorité administrative ne peut être qualifiée de recours administratif que dans la mesure où elle conteste une décision administrative. Pour Jean-Marie Auby, « le recours administratif suppose, en tout cas, l'existence d'un litige. Les demandes, les requêtes adressées à l'administration en dehors de toute contestation ne doivent pas être considérées comme des recours administratifs, sous peine de faire perdre à cette notion la plus grande partie de sa spécificité »[599].

Paradoxalement, c'est en s'appuyant sur la jurisprudence relative aux conditions de recevabilité des recours juridictionnels que l'on peut démontrer que la contestation d'une décision administrative est la condition *sine qua non* pour qualifier une réclamation adressée à une autorité administrative de recours administratif et lui faire bénéficier, par voie de conséquence, du régime juridique correspondant, c'est-à-dire notamment de la protection résultant, le cas échéant, de la prorogation du délai de recours juridictionnel. Ainsi, « pour déterminer si des réclamations en général adressées par simple lettre à l'administration constituent ou non des recours administratifs, le juge en examine le contenu et l'objet : il s'efforce de déterminer si, compte tenu de leur rédaction, elles comportent le degré minimum de précision et de ''contestation'' nécessaire pour que l'administration s'estime saisie, même de manière informelle, de conclusions dirigées contre un acte »[600].

Avec l'existence d'un litige, la deuxième condition pour qu'une réclamation soit qualifiée de recours administratif concerne l'objet de cette contestation qui doit impérativement porter sur un acte juridique de l'administration. Edouard Laferrière avait clairement dégagé cette caractéristique du contentieux administratif – devant les autorités administratives comme devant le Conseil d'Etat - et rejeté toute « assimilation trop étroite entre le droit privé et le droit administratif. En droit privé, une partie peut toujours citer directement son adversaire devant un juge à qui elle expose sa prétention, et l'on appelle juge ordinaire celui devant lequel elle doit assigner, à défaut d'un autre juge spécialement désigné. En droit administratif, au contraire, la partie ne peut pas, en général, assigner directement une administration publique devant la juridiction administrative pour faire juger *de plano* ses prétentions ; elle ne peut que déférer les actes, les décisions de l'administration qu'elle prétend contraires à ses droits. Ces actes ou décisions sont en quelque sorte la matière première du débat contentieux ; s'ils n'existent pas, il faut que la partie les provoque afin de

---

[599] Jean-Marie Auby, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.* 1955, I, p 117.

[600] Didier Truchet, *Répertoire de contentieux administratif*, V° « Recours administratif », n° 23, p 5. Et cet auteur de citer, à l'appui de cette affirmation, les décisions suivantes refusant la qualification de recours administratifs à des réclamations : C.E., 3 décembre 1952, *Dubois*, *Rec. Leb.* 555, *J.C.P.* 1953, II, 7353, note Vedel (lettre demander de préciser le motif d'une décision prise à l'encontre d'un agent public) ; C.E., 3 juin 1953, *Préziosi*, *Rec. Leb.* 750 (lettre demandant le sursis à exécution d'une mesure disciplinaire jusqu'à ce que l'intéressé prenne connaissance de son dossier) ; C.E., 8 mars 1963, *Mouille*, *Rec. Leb.* 949 (lettre adressée au ministre déclarant former un recours juridictionnel et lui demandant de le transmettre au juge administratif).
Plus récemment, voir par exemple C.E., 5 décembre 1990, *Commune d'Hyères c/ Salvi*, *Rec. Leb.* 352, *A.J.D.A.* 1991, p 243, obs. Prétot, *Dr. adm.* 1991, n° 91, *R.F.D.A.* 1991, p 203 (la lettre par laquelle un requérant se borne à demander communication des motifs d'une décision explicite résiliant le contrat de recrutement d'un agent public ne constitue pas un recours administratif, quand bien même cette décision aurait dû être motivée en application de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979).

pouvoir les dénoncer au juge »[601]. Cette exigence a été systématisée par la doctrine sous la dénomination de règle de la décision préalable[602]. Comme les recours juridictionnels, les recours administratifs doivent donc porter sur la contestation d'une décision préexistante.

Au terme de cette analyse trop rapide, on ne peut que considérer qu'ils remplissent tous deux la même fonction visant au règlement des litiges. En suivant les distinctions dégagées par Jacques Chevallier, on doit admettre qu'il n'y a pas de raison logique pour réserver la qualification de contentieuse au seul règlement juridictionnel des litiges, comme le fait la doctrine quand elle réserve la dénomination de recours contentieux aux « seuls recours portés devant un juge public, à l'exclusion des recours purement administratifs. Cette confusion terminologique apparaît critiquable puisqu'elle conduit à enlever toute spécificité à la notion de contentieux, et donc à négliger les procédés non juridictionnels qui peuvent contribuer à sa solution. La définition du contentieux, d'ordre strictement matérielle, ne doit pas préjuger des moyens institutionnels contingents destinés à trancher des litiges »[603]. Tel qu'ils viennent d'être caractérisés, les recours administratifs constituent, avec les recours juridictionnels, l'un des modes d'exercice de la fonction contentieuse.

Comme l'a démontré Jean-François Brisson, « la mise en exergue de l'unité matérielle des recours administratifs et juridictionnels permet, à la différence de l'analyse classique, de donner un fondement juridique à la règle de la prorogation du délai et de montrer corrélativement que la construction jurisprudentielle n'est pas contraire à la Loi. D'une part, elle justifie la conservation du recours juridictionnel par l'idée qu'en formant un recours gracieux ou hiérarchique appuyé sur des moyens de droit, le requérant engage une action contentieuse qui doit, dans un Etat de droit, pouvoir se poursuivre devant le juge. D'autre part, parce qu'il est, au regard des exigences de sécurité juridique, de l'essence d'une action contentieuse d'être enfermée dans un délai préfix, elle permet d'expliquer juridiquement pourquoi le recours préalable est ainsi soumis au délai contentieux »[604].

---

[601] Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, éd., Berger-Levrault, 1887, p 413-414, reprint L.G.D.J. 1989. Maurice Hauriou a lui expressément mentionné qu'il n'existait pas, dans le contentieux administratif, de confusion entre le recours juridictionnel et le droit de réclamation : « cette confusion existe toujours en matière civile où il n'y a point d'autre moyen de réclamation que le recours contentieux. Elle n'existe pas toujours en matière administrative où l'intéressé possède d'autres moyens de réclamation que le recours contentieux, par exemple, le recours gracieux et le recours hiérarchique ». Et de préciser que la combinaison de ces divers moyens de réclamation avec le recours contentieux était particulièrement délicate, dans la mesure où « le recours gracieux et le recours hiérarchique n'étaient enfermés dans aucun délai, tandis que le recours contentieux était enfermé dans un délai » (note précitée sous C.E., 25 mai 1928, *Reynaud*, *S.* 1928, III, p 81, reprise in *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Sirey, 1929, tome 3, p 782).

[602] Cette règle ne concernait à l'origine que le Conseil d'Etat. Elle a été étendue aux tribunaux administratifs par l'article 3 du décret-loi du 30 septembre 1953 (Henri Bonneau, « La règle de la décision préalable devant les nouveaux tribunaux administratifs », *D.* 1955, chron. III, pp. 11-22).

[603] Jacques Chevallier, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *Mélanges Stassinopoulos*, L.G.D.J., 1974, pp. 278. Cette analyse reprend d'une certaine manière les analyses de Roger Bonnard (notamment « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Sirey, 1933, réed. Librairie Edouard Duchemin, 1977, pp. 3-29). En adoptant une conception matérielle de la fonction contentieuse, autour du règlement juridique des litiges, elle permet de clarifier les résultats auxquels cet auteur avait abouti en distinguant selon que cette fonction contentieuse est assurée par des voies d'ordre administratif ou juridictionnel.

[604] Jean-François Brisson, , *Les recours administratifs en droit public français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 185, 1996, p 104.

Reste toutefois une différence importante : l'exercice de la fonction contentieuse par les juridictions administratives constitue leur activité essentielle, sinon exclusive du fait qu'elles peuvent exercer par ailleurs des compétences qui leurs sont confiées à titre accessoire (consultation, etc.). Par contre, en ce qui concerne les autorités administratives, l'exercice de la fonction contentieuse ne constitue de leur point de vue qu'une activité accessoire. Edouard Laferrière l'avait pressenti : « le droit de décision des ministres en matière contentieuse est inhérent à leur droit de décision en matière administrative, et l'on ne conçoit guère comment il pourrait en être séparé. Il n'est pas possible d'administrer les affaires de l'Etat sans apprécier incessamment des questions de droit et de justice aussi bien que des questions d'opportunité. La solution de ces dernières a un caractère purement administratif ; celle des questions de droit et de justice est contentieuse. Mais il faut que le ministre puisse prendre parti sur les unes comme sur les autres, car sa fonction serait paralysée s'il était obligé de se retirer devant un juge ou d'attendre qu'on l'y appelle, toutes les fois que son action se heurte à une réclamation contentieuse »[605].

Compte tenu de ce qui précède, on ne peut que considérer que les recours administratifs et les recours juridictionnels remplissent la même fonction, même s'ils ne le font évidemment pas de manière absolument identique. Mais la fonction contentieuse des recours administratifs de droit commun est profondément méconnue par le régime juridique que la jurisprudence administrative leur a reconnu.

Les garanties dont disposent les administrés exerçant de tels recours administratifs sont, en l'état du droit, insuffisantes pour les rendre attractifs du point de vue des requérant et excessivement laxistes à l'égard de l'administration.

Garantie la plus élémentaire, l'introduction d'un procédure contradictoire devrait être accordée aux requérants : « instrument de formalisation du dialogue entre l'administration et les administrés, elle permet l'échange des points de vue ainsi que la mesure des prétentions réciproques, éléments indispensables à l'élaboration d'un règlement amiable. La procédure contradictoire est ainsi de nature à améliorer tant l'effectivité que l'efficacité des recours préalables. Elle permet, d'abord, la participation effective à l'instance de toute personne intéressée par la situation litigieuse. Elle peut, d'autre part, accroître l'efficacité des recours préalables en améliorant la qualité des décisions rendues, l'administration disposant de tous les éclaircissements nécessaires, et en favorisant l'information des administrés. Plus les parties auront la conviction que leur situation a été examinée et moins ils auront la tentation, en cas de rejet de leur recours, de saisir le juge administratif »[606].

La reconnaissance d'un effet suspensif aux recours administratifs constituerait une autre garantie de nature à les rendre attractifs du point de vue des requérants, sous réserve de la possibilité pour l'autorité administrative de mettre en œuvre la décision contestée en cas d'extrême urgence et de nécessité impérieuse.

---

[605] Edouard Laferrière, , *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, éd., Berger-Levrault, 1887, p 398, reprint L.G.D.J. 1989.

[606] Jean-François Brisson, « Régler autrement les litiges administratifs : les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés ? » , *R.D.P.* 1997, p 828. Selon cet auteur, « il convient ainsi de permettre au requérant de développer son recours en organisant à sa demande une rencontre avec l'autorité chargée d'instruire le dossier, rencontre au cours de laquelle le requérant doit pouvoir se faire assister par un conseil et éventuellement citer des témoins. Il est également aussi indispensable d'assurer l'information des tiers intéressés au maintien de l'acte attaqué en leur donnant communication du recours et en leur laissant la possibilité d'adresser des observations en réplique » (*ibidem.*).

La motivation des décisions administratives prises sur de tels recours constitue enfin une nécessité dès lors que l'on envisage les recours administratifs en tant qu'instruments de règlement amiable des litiges. Comment espérer convaincre un administré du bien-fondé de la décision initiale sans expliquer au requérant les raisons pour lesquelles elle a été prise ?

Ces trois garanties de base sont indispensables pour rendre effectif le règlement des litiges intéressant l'administration par la voie de ces recours administratifs. L'adaptation de l'organisation des services administratifs en est le corollaire. Compte tenu de l'inertie dont sait faire preuve l'administration, il n'est pas de meilleur moyen de la faire changer que de rendre ce changement indispensable pour faire face à de nouvelles réglementations. Les trois garanties précitées sont de nature à provoquer cette évolution, notamment si on leur associe le mécanisme envisagé, mais non retenu, par le Conseil d'Etat dans son étude intitulée *Régler autrement les conflits*. Il a suggéré de sanctionner les autorités administratives n'examinant pas effectivement les recours dont elles sont saisies : « le président du tribunal saisi d'une demande de conciliation ou d'une requête contre une décision prise sur recours préalable pourrait, soit à l'initiative du demandeur, soit d'office, condamner l'administration à verser au demandeur une sorte d'amende [...] pour défaut d'examen effectif de la demande préalable. La menace de cette sanction et l'usage prudent que ne manquerait pas d'en faire le juge pourraient constituer un moyen à la fois souple et efficace de vaincre l'inertie des administrations qui négligeraient de procéder à un examen effectif des demandes préalables dont elles sont saisies »[607]. Considérant finalement une telle sanction comme inopportune, le Conseil d'Etat a proposé plus simplement de permettre au juge administratif de faire peser la charge des frais irrépétibles sur l'administration, quel que soit le résultant de l'instance, dès lors qu'elle n'a pas procédé à un tel examen effectif.

Quoi qu'il en soit, les failles du régime juridique des recours administratifs de droit commun sont béantes à un tel point que leur identification n'est pas en elle-même compliquée. Mais il faut que les volontés politiques s'en emparent.

B) Les pouvoirs de l'autorité administrative statuant sur recours

Si les recours administratifs de droit commun ont un objet comparable à celui des recours juridictionnels, à savoir régler la contestation résultant d'une décision administrative, il est nécessaire de déterminer si les pouvoirs que les autorités administratives peuvent de ce fait mettre en œuvre pour régler le litige sont susceptibles de leur permettre de remplir cette fonction.

En ce qui concerne les juridictions administratives, leur fonction est évidemment de trancher le litige en disant le droit[608]. Dans le cadre de son activité juridictionnelle, le juge est

---

[607] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 36.

[608] A l'instar de toute juridiction. Sur ce point, Dominique d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, tome 236, 1994. Voir aussi la définition de l'acte juridictionnel par Henri Motulsky : « l'acte juridictionnel consiste, de la part d'un organe qualifié, à mettre en œuvre, selon des formes spéciales et une technique appropriée, une règle de droit, en vue de trancher un conflits d'intérêts par la consécration ou le rejet d'une prétention juridique soumise à cet organe » (*Droit processuel*, Montchrestien, 1973, p 17).

censé être étranger à toute considération autre que juridique. Il ne peut évidemment régler un litige ni au regard de l'équité, ni au regard de l'opportunité[609]. La différence est *a priori* considérable entre les jugements, arrêts et décisions des juridictions administratives d'une part, les décisions administratives prises sur recours gracieux ou hiérarchiques d'autre part[610]. Car la jurisprudence administrative a notamment consacré un principe général du droit selon lequel l'autorité administrative saisie d'un recours hiérarchique le pouvoir de régler le litige en appréciant tant la légalité que l'opportunité de la décision litigieuse, sous réserve de l'examen des décisions créatrices de droits[611].

Les pouvoirs de l'autorité administrative saisie d'un recours, qu'il soit gracieux ou hiérarchique, sont en effet sujets à variation. Leur variation est dominée par la notion ô combien délicate de décisions créatrices de droits. Fonctionnelle, cette notion est destinée à assurer une sécurité aux destinataires de ces décisions en accordant une stabilité à la situation résultant de ces décisions. Il ressort de la jurisprudence *Dame Cachet* que les décisions créatrices de droits ne peuvent être retirées par leur auteur ou par son supérieur hiérarchique que lorsque deux conditions sont réunies : d'une part il est nécessaire que cette décision soit illégale, d'autre part elle ne doit pas être devenue définitive, le délai de deux mois du recours juridictionnel ne devant pas avoir expiré[612].

Le régime du retrait des décisions créatrices de droits, qu'il émane de l'auteur de l'acte ou de l'autorité hiérarchique, est donc aligné sur celui du recours pour excès de pouvoir[613]. L'une ou l'autre des autorités saisies d'un recours administratif de droit commun ne peut qu'annuler la décision créatrice de droits si celle-ci est entachée d'une illégalité, dans la mesure où elle ne peut encore être considérée comme définitive.

L'appréciation du caractère définitif d'une décision créatrice de droits a fait l'objet d'une remarquable évolution jurisprudentielle. Dans le souci de protéger les bénéficiaires de ces décisions, le Conseil d'Etat a certes estimé qu'une telle décision créait des droits dès la date de sa signature, quelle que soit celle de sa notification. Mais l'assemblée du Conseil d'Etat, dans une décision *Ville de Bagneux* du 6 mai 1966, a ensuite estimé que ces décisions ne pouvaient être considérées comme définitives tant qu'une publication n'avait pas fait courir le délai de recours juridictionnel à l'égard des tiers. Par voie de conséquence, il suffisait à l'administration de ne pas publier une décision créatrice de droits pour conserver le

---

[609] Pour une critique convaincante de cette conception, Guy Braibant, « Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration », *Itinéraires : mélanges Léo Hamon*, Economica, 1982, pp. 99-105 et « Nouvelles réflexions sur les rapports entre le droit et l'équité », *R.F.A.P.* 1992, n° 64, pp. 687-691. Dans une perspective d'érudition, voir Pierre-André Lecocq, « L'équité prétorienne du Conseil d'Etat », *Histoire de la Justice*, 1998, n° 11, pp. 99-140.

[610] Jean-Marie Auby, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.* 1955, I, p 117 : le litige sur lequel repose un recours administratif « n'est pas nécessairement susceptible d'être solutionné par l'application d'une règle de droit et [...] peut être tranché par des considérations d'équité ou d'opportunité ».

[611] C.E. Sect., 30 juin 1950, *Sieur Quéralt*, *Rec. Leb.* 413 : « considérant que la décision prise à cet égard par l'inspecteur du travail reste soumise, à défaut de dispositions contraires de la loi et conformément aux principes généraux du droit public, au contrôle hiérarchique ; que l'exercice, par le ministre, d'un tel contrôle, qui peut porter même sur l'opportunité du licenciement, dès lors que la décision de l'inspecteur du travail n'a pas créé de droits au profit des délégués intéressées du personnel, est seul de nature à donner à tous les intérêts en présence les garanties indispensables, le Conseil d'Etat sur recours pour excès de pouvoir ne pouvant exercer en la matière, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, qu'un contrôle de légalité ».

[612] C.E., 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, *R.D.P.* 1923, p 552, note Jèze, concl. Rivet.

[613] Concl. Labetoulle sur C.E., 4 mai 1984, *Epoux Poissonnier*, *A.J.D.A.* 1984, p 512.

pouvoir de la retirer à n'importe quel moment[614]. Une insécurité en découlait pour les prétendus bénéficiaires de ces décisions créatrices de droits.

Le Conseil d'Etat opéra heureusement une nouvelle inflexion jurisprudentielle par une décision *Mme de Laubier* du 24 octobre 1997[615]. L'autorité administrative ayant l'obligation de mentionner les délais de recours dans la notification de sa décision, le Conseil d'Etat en a tiré une conséquence : elle ne peut arguer de l'absence de cette mention pour estimer que les délais de recours n'ont pu courir. Qu'elle ait ou non mentionné ces voies de recours, l'administration ne peut retirer de sa propre initiative une décision créatrice de droits illégale dès lors que le délai de deux mois à compter de sa signature a expiré.

En l'état du droit, le retrait des décisions créatrices de droits illégales dépend donc de l'expiration des délais à l'égard de l'administration et des tiers. Si un délai de deux mois à compter de la signature de ladite décision a expiré, l'administration ne peut en aucun cas la retirer. Par contre, si la décision créatrice de droits n'a pas fait l'objet de mesures de publicité susceptibles de faire courir le délai de recours à l'égard des tiers ou si le délai de deux mois déclenché par cette publicité n'a pas expiré, un recours adressé par un tiers à l'auteur de l'acte ou à son supérieur hiérarchique fait renaître le pouvoir de retirer la décision créatrice de droits, dans la mesure où elle est illégale. Le recours administratif est donc déterminant pour caractériser les pouvoirs de l'autorité administrative à l'égard des décisions créatrices de droits.

En ce qui concerne les décisions non créatrices de droits, la doctrine dominante considère qu'elles peuvent être retirées portant tant sur leur légalité que sur leur opportunité.

Il faut éviter ici de commettre de contresens. L'autorité administrative est soumise au droit et ne peut statuer sur recours *contra legem*. Saisie dans le délai du recours pour excès de pouvoir d'un recours dirigé contre une décision illégale, l'autorité administrative est tenue de l'annuler. Sa compétence est liée et l'autorité administrative ne peut renoncer à l'exercer[616]. Certes, l'autorité administrative peut ensuite réformer la décision, c'est-à-dire la remplacer par une décision légale dont elle est par ailleurs censée apprécier l'opportunité[617]. Mais elle doit en tout état de cause respecter le principe de légalité, tout comme le juge administratif. En d'autres termes, si l'autorité administrative saisie, dans les délais du recours pour excès de pouvoir, d'un recours de droit commun n'est pas contrainte, comme le juge administratif, de ne statuer qu'exclusivement au regard du droit, elle doit aussi statuer sur le droit.

---

[614] C.E. Ass., 6 mai 1966, *Ville de Bagneux*, *R.D.P.* 1967, p 339, concl. Braibant.

[615] C.E. Ass., 24 octobre 1997, *Mme de Laubier*, *R.F.D.A.* 1998, p 527, concl. Valérie Pécresse.

[616] Dans ses conclusions sur la décision précitée *Sieur Quéralt* de la Section du contentieux du Conseil d'Etat du 30 juin 1950 (*Dr. soc.* 1951, p 248), le commissaire du gouvernement Jean Delvolvé a affirmé que, « lorsqu'elle est saisie d'un tel recours, l'autorité supérieure est tenue de l'examiner et de prendre une décision [...] le supérieur hiérarchique ne peut refuser d'examiner le recours en le déclarant irrecevable ou en se déclarant incompétent S'il le fait, sa décision encourt l'annulation pour ce seul motif [...] Le recours hiérarchique met en jeu le contrôle de la légalité et le contrôle de l'opportunité et, de ce double point de vue, l'affaire relevait de son examen ».
Dans cette affaire, le sieur Quéralt, exploitant une bonneterie, désirait licencier deux ouvrières déléguées du personnel de l'établissement. Après rejet de sa demande par l'inspecteur du travail, il saisit le ministre du travail d'un recours hiérarchique – dans les conditions du droit commun, compte tenu du droit alors en vigueur – qui refusa de statuer sur ce recours en considérant qu'il était incompétent pour ce faire. C'est cette fin de non-recevoir que le Conseil d'Etat annula sur recours pour excès de pouvoir du sieur Quéralt.

[617] Correspondant à la doctrine dominante, cette affirmation a fait l'objet d'une critique radicale par Jean-Claude Groshens, « A propos du pouvoir hiérarchique », *A.J.D.A.* 1966, p 146 et suiv.

Le principe selon lequel l'autorité administrative saisie d'un recours contre une décision non créatrice de droits dispose du pouvoir de statuer au regard de la légalité comme de l'opportunité doit encore être précisé. Car tout dépend ici du régime applicable à la décision initiale. L'autorité saisie du recours ne peut disposer de davantage de pouvoir que l'auteur de la décision initiale. Par voie de conséquence, lorsque cette décision initiale est soumise à un régime de compétence liée, cette exigence s'impose encore à l'autorité saisie du recours. Tel est le cas en ce qui concerne les décisions purement recognitives, c'est-à-dire celles à l'égard desquelles l'administration ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation[618].

On doit admettre, avec Jean-Claude Groshens, que l'autorité saisie d'un recours de droit commun ne peut retirer de décision que du fait de son illégalité. Il en va ainsi tant pour l'auteur de l'acte que pour son supérieur hiérarchique[619]. Par rapport aux décisions créatrices de droits, il existe donc une différence fondamentale : les décisions non créatrices de droits peuvent être retirées pour motif d'illégalité à n'importe quel moment. Si l'autorité saisie du recours peut apprécier l'opportunité de la décision initiale, elle ne peut la réformer dans le sens qu'elle estime opportun que pour l'avenir. La décision prise sur recours administratif de droit commun ne se substitue pas, en effet, à la décision initiale. Elle se contente de la modifier pour l'avenir.

Reste que dans tous les cas, qu'il s'agisse ou non de décisions créatrices de droits, l'autorité administrative peut opérer une régularisation de la décision initiale lorsque cette dernière est illégale. Sur la base de la décision *Dame Bonnetblanc* du 1er octobre 1954[620], le commissaire du gouvernement Galabert a parfaitement démontré la signification de cette possibilité ouverte par la jurisprudence dans ses conclusions sur la décision *Dame veuve Ducroux* du 23 avril 1965 : « elle permet au recours hiérarchique de remplir sa pleine fonction, qui n'est pas seulement d'offrir une garantie à l'administré, mais qui est aussi de donner la possibilité au supérieur hiérarchique, et notamment au ministre, de contrôler et de corriger l'action de ses subordonnés. En outre, en reconnaissant au supérieur hiérarchique le pouvoir de réformer la décision du subordonné ou de régulariser la procédure suivie, elle souligne opportunément que l'attitude du supérieur hiérarchique à l'égard de la décision qui lui est déférée se distingue radicalement de celle d'un juge [...] si la possibilité d'opérer une substitution de base légale n'est reconnue au juge de l'excès de pouvoir que dans des conditions strictement définies et n'existe en principe que dans les hypothèses où l'autorité administrative avait compétence liée, il n'y a aucune raison, dans le cas du supérieur hiérarchique, qui n'est pas un juge, et n'est pas saisi par le recours hiérarchique d'un recours juridictionnel, de limiter la possibilité d'opérer une substitution de base légale »[621]. Mais cette régularisation ne peut valoir que pour l'avenir et ne fait donc pas disparaître l'illégalité de la décision initiale entre la date à laquelle elle est entrée en vigueur et celle à laquelle elle a été remplacée par la décision prise sur le recours.

[618] C.E. Sect., 15 octobre 1976, *Buissière*, *Rec. Leb.* 419, concl. Labetoulle.
[619] Jean-Claude Groshens, « A propos du pouvoir hiérarchique dans l'administration », *A.J.D.A.* 1966, p 146.
[620] C.E. Sect., 1er octobre 1954, *Dame Bonnetblanc*, *Rec. Leb.* 491.
[621] Concl. Galabert sur C.E., 23 avril 1965, *Dame Veuve Ducroux*, *R.D.P.* 1965, p 1194

Section 2 : L'ambiguïté des recours administratifs spéciaux

La classification des recours administratifs repose traditionnellement sur la situation de l'autorité administrative à laquelle est adressée le recours par rapport à l'auteur de l'acte contesté : « le recours adressé à l'auteur même de l'acte constitue le recours gracieux ou recours à l'autorité mieux informée. Le recours hiérarchique est adressé au supérieur de l'auteur de l'acte. Enfin, il y a recours de tutelle ou de contrôle lorsqu'il est adressé à une autorité dont les pouvoirs de tutelle ou de contrôle sur l'auteur de l'acte attaqué lui permettent de faire disparaître cet acte ou d'en modifier les effets »[622].

MM. Henry Puget et Georges Maleville ont toutefois proposé une autre classification des recours susceptibles d'être engagés contre des décisions administratives. Selon ces auteurs, « ces recours se répartissent en trois catégories : les uns devant l'administration active, ils sont purement administratifs ; d'autres sont portés devant une véritable juridiction, ce sont des recours contentieux ; sur d'autres enfin, de type intermédiaire, il est statué par une autorité administrative, mais celle-ci ne se prononce qu'après une procédure qui revêt des formes contentieuses et implique souvent l'intervention d'organes divers à allure presque juridictionnelle, chargés de procéder à des enquêtes ou d'émettre des avis sur les solutions que doit recevoir le litige. Ces recours là sont quasi-contentieux »[623].

Cette distinction, au sein des recours administratifs, entre ceux qui sont purement administratifs et ceux qui sont purement contentieux, présente l'intérêt d'insister sur l'identité fonctionnelle entre les recours quasi-contentieux et les recours juridictionnels, même si elle contribue par là-même à la dévalorisation des recours de droit commun qu'elle qualifie de purement administratifs. Elle a été considérée par Jean-Marie Auby comme « valable à la condition qu'il ne lui soit pas donné un caractère systématique. D'une part, les garanties donnant à un recours le caractère quasi-contentieux peuvent être plus ou moins développées ; d'autres part, elles n'influent pas sur la nature juridique du recours administratif prévu par un texte, qui reste toujours identique »[624]. Compte tenu de la spécificité des recours prévus par des textes, la doctrine s'est orientée vers une distinction entre les recours de droit commun et ces recours administratifs spéciaux. Le caractère obligatoire attaché à la plupart d'entre eux constitue alors le fondement essentiel de cette seconde distinction, compte tenu des effets que la jurisprudence administrative en dégage.

Ce ne sont pourtant pas les deux distinctions consacrées par la doctrine – d'une part entre les recours gracieux et hiérarchiques, d'autre part entre les recours de droit commun, c'est-à-dire facultatifs, et les recours spéciaux obligatoires – que nous retiendront. A l'égard du règlement des litiges, la perspective tracée par MM. Henry Puget et Georges Maleville est significative, même si elle ne peut être reprise purement et simplement. Car la jurisprudence administrative a certes isolé les recours administratifs obligatoires des recours de droit commun (**§ 1**). Elle les considère comme excluant, lorsqu'ils existent, les recours de droit commun. Mais la jurisprudence a aussi isolé, au sein de ces recours obligatoires, d'une part la réclamation préalable devant le service des impôts, auquel elle a expressément reconnu une

---

[622] Jean-Marie Auby, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.* 1955, I, p 117. Voir encore, de manière emblématique, Jean Michel, *Les recours administratifs gracieux, hiérarchiques et de tutelle*, La documentation française, 1996, p 19.

[623] Henry Puget, Georges Maleville, « Les recours purement administratifs mode de protection des administrés », *Rev. adm.* 1953, p 111-112.

[624] Jean-Marie Auby, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.* 1955, I, p 120.

fonction contentieuse, d'autre part certains recours qu'elle a qualifiés de juridictionnels, donnant ainsi naissance à des juridictions administratives spécialisées (**§ 2**).

§ 1 : Les recours administratifs obligatoires

Tous les recours administratifs spécialement aménagés par un texte ne sont pas obligatoires et ne constituent le préalable au dépôt d'un recours juridictionnel[625]. Le caractère obligatoire de certains recours administratifs spéciaux découle soit directement des textes qui les ont organisés[626], soit de leur interprétation par la jurisprudence. Dans ses conclusions sur la décision *Ministre de la santé publique c/ demoiselle Bruguière* rendue par la section du contentieux du Conseil d'Etat le 19 novembre 1971, le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville a exprimé son incrédulité face à une telle jurisprudence « foisonnante, mais qui semble rebelle à toute systématisation »[627]. Aussi s'attachera-t-on dans un premier temps à leur identification et aux effets qui sont directement attachés à cette notion de recours administratif obligatoire (**A**), avant de dégager les traits saillants de leur régime (**B**).

A) La notion de recours administratif obligatoire

Le critère que la jurisprudence administrative utilise pour déterminer si un recours spécial est ou non obligatoire repose sur l'intention de l'auteur du texte organisant ces procédures particulières de recours. Mais encore faut-il se demander ce qui peut être entendu « par procédures particulières. Cette notion ne peut pas englober, à notre avis, tous les cas dans lesquels un texte a prévu une voie de recours administrative, et a, notamment, fait état d'un recours au ministre. Mais elle doit s'appliquer chaque fois qu'un recours administratif spécial a été institué, comportant des délais, des règles de procédure ou des organes de décision particuliers ou qu'il résulte du texte que le législateur a eu l'intention d'écarter tout [autre] recours administratif »[628].

---

[625] Comme le confirme Didier Truchet, « les recours administratifs spéciaux doivent en principe être considérés comme facultatifs : il n'est normalement pas obligatoire de les exercer avant de saisir le juge » (*Répertoire de contentieux administratif*, V° « Recours administratif », n° 74, p 9). A l'appui de cette affirmation, voir notamment C.E. Sect., 15 février 1935, *Bladanet*, *Rec. Leb.* 201 ; C.E. Sect., 3 mars 1944, Société pour la fabrication d'aliments composés pour le bétail, *Rec. Leb.* 75 ; C.E. Ass., 16 juin 1944, *Debroise*, *Rec. Leb.* 172.

[626] Voir notamment l'article R. 351-34 du Code du travail aux termes duquel « le travailleur intéressé ou les institutions du régime d'assurance chômage doivent, s'ils entendent contester la décision prise par le préfet en application de l'article R. 351-33, former un recours gracieux préalable ». Il s'agit du contrôle administratif sur la recherche d'emploi.

[627] Concl. Rougevin-Baville sur C.E. Sect., 19 novembre 1971, *Ministre de la santé publique c/ demoiselle Bruguière ,Rec. Leb.* 695. Dans cette affaire, il s'agissait des décisions prises par les chefs de service sur les demandes de révision de notation des fonctionnaires que les commissions administratives paritaires leur ont adressées, en vertu de l'article 6 du décret n° 59-308 du 14 février 1959, sur réclamation du fonctionnaire intéressé. Le Conseil d'Etat a estimé qu'elles peuvent faire l'objet d'un recours hiérarchique.

[628] Concl. Guy Braibant sur C.E.Sect., 13 juin 1958, *Sieur Esnault*, *Rec. Leb.* 344. Il s'agissait dans cette affaire de savoir si la décision d'une commission départementale de remembrement était susceptible de faire l'objet d'un recours gracieux, conservant le délai de recours juridictionnel, alors que la loi du 9 mars 1941 prévoyait uniquement un recours devant le ministre de l'agriculture. Le Conseil d'Etat a considéré que cette procédure particulière excluait tout autre recours administratif et que le recours pour excès de pouvoir contre la décision de la commission départementale était par voie de conséquence tardif.

Comme l'a exprimé le commissaire du gouvernement Gilbert Guillaume dans ses conclusions sur la décision *Sieur Gen* du 30 mars 1973, « la difficulté vient de ce qu'il [...] faut dégager la volonté présumée de ses auteurs à l'aide de critères tels que les expressions employées, la nature de la matière et, en définitive, l'opportunité de la solution. On peut seulement remarquer que vous [*i.e.* la section du contentieux du Conseil d'Etat à laquelle s'adressait le commissaire du gouvernement] considérez souvent le recours préalable comme obligatoire lorsqu'il est qualifié ''d'appel'', par exemple en matière d'optique-lunetterie ou d'inscription sur des listes professionnelles. Vous semblez adopter une solution analogue lorsque le verbe ''pouvoir'' n'est pas employé [...] D'une manière générale, les recours préalables au préfet ou au ministre sont le plus souvent obligatoires lorsqu'ils sont prévus par un texte : ainsi en matière de démission d'office des conseillers municipaux ou d'élections aux commissions administratives paritaires »[629]. Plus précisément encore, « l'intention de l'auteur du texte de rendre un recours administratif obligatoire est le plus souvent reconnue aux indices suivants : la procédure du recours est clairement précisée et déroge (même légèrement) aux règles du recours de droit commun, notamment en matière de délai ; la procédure fait intervenir un organe particulier, souvent collégial. Selon les cas, cet organe statue lui-même, ou donne son avis à l'autorité compétente. Il en va particulièrement ainsi lorsque l'organe doit procéder à des examens techniques »[630].

La doctrine considère que la jurisprudence administrative, en conférant aux recours administratifs spéciaux un caractère obligatoire, poursuit « un triple objectif : d'abord garantir les droits des administrés en leur offrant une possibilité de réexamen de leur situation et en leur épargnant ainsi, au moins dans un premier temps, l'engagement d'une procédure contentieuse longue, complexe et coûteuse ; ensuite, préserver les droits et prérogatives de l'administration elle-même en lui permettant de réinstruire une affaire au besoin après avis d'un organisme collégial, de corriger les illégalités éventuelles affectant la décision initiale, de prendre ainsi une nouvelle décision en parfaite connaissance de cause, et en lui évitant les risques inhérents à toute procédure juridictionnelle (annulation, condamnation au paiement des frais irrépétibles, engagement de la responsabilité et condamnation au paiement de dommages-intérêts) ; enfin, éviter une saisine directe du juge, source d'encombrement et de lenteur, alors même que l'administration est en mesure de réinstruire l'affaire dans un délai – du moins peut-on l'espérer – beaucoup plus raisonnable »[631].

La reconnaissance du caractère obligatoire d'un recours administratif spécial produit à elle-seule des conséquences. D'une part, un recours adressé directement au juge administratif sans que la réclamation ait été préalablement adressée à l'autorité administrative est entaché d'une fin de non-recevoir. D'autre part, l'existence de ce recours administratif obligatoire à l'égard d'une catégorie de décisions exclut qu'elles puissent faire l'objet d'un recours administratif de droit commun[632]. Telle est la conséquence que le commissaire du gouvernement Guy Braibant proposait à la section du contentieux du Conseil d'Etat de consacrer, en matière de remembrement rural, dans ses conclusions sur la décision *Sieur Esnault* du 13 juin 1958 : « une telle solution serait conforme aux principes généraux [...]

---

[629] Concl. Gilbert Guillaume sur C.E. Sect., 30 mars 1973, *Sieur Gen*, *A.J.D.A.* 1973, II, n° 63, p 269-270. Pour plus de précision, voir les jurisprudences citées par le commissaire du gouvernement.

[630] Didier Truchet, *Répertoire de contentieux administratif*, V° « Recours administratif », n° 80, p 9.

[631] Jean Michel, *Les recours administratifs gracieux, hiérarchiques et de tutelle*, La documentation française, 1996, p 31.

[632] C.E., 29 mai 1963, *Ministre de la santé publique c/ Maurel*, *Rec. Leb.* 334 ; C.E. Sect., 3 mars 1989, *Clinique Blomet*, *Rec. Leb.* 67, *A.J.D.A.* 1989, p 319, chron. Honorat et Baptiste. C.E., 1er avril 1992, *Clinique des Maussins*, *Rec. Leb.* 144, *A.J.D.A.* 1992, p 676, concl. Abraham.

Elle traduirait la volonté du législateur, qui a manifestement entendu exclure tout recours administratif autre que le recours hiérarchique à la commission départementale ouvert aux intéressés [...] Elle serait enfin opportune : les commissions de remembrement sont dotées de pouvoirs étendus [...] il n'est pas souhaitable que les intéressés puissent revenir devant elles par la voie du recours gracieux, et les obliger à reprendre l'examen de l'ensemble du remembrement »[633]. Ces propositions ont été consacrées par le Conseil d'Etat.

L'existence d'un recours administratif obligatoire exclut donc en principe la possibilité d'engager un recours administratif de droit commun à l'encontre de la décision couverte par cette procédure particulière. Cela étant, il faut éviter tout contre-sens à l'égard de cette jurisprudence. Les textes organisant des recours administratifs obligatoires définissent, en règle générale, leurs conditions de recevabilité. Dans la plupart des cas, seules certaines catégories de personnes se voient reconnaître la possibilité de les engager[634]. L'exclusion des recours administratifs de droit commun ne vaut par voie de conséquence qu'à l'égard des personnes soumises à l'obligation de déposer préalablement un tel recours administratif spécial[635]. Par souci de protection, la jurisprudence exige d'ailleurs que les décisions couvertes par une telle procédure spéciale mentionnent ledit recours administratif, même si elle n'exige pas que son caractère obligatoire y soit expressément mentionné[636]. Les tiers, c'est-à-dire les personnes qui ne sont pas recevables à déposer un tel recours administratif spécial, ne sont évidemment pas concernées par cette exclusion[637].

B) Les caractères des recours administratifs obligatoires

Au-delà des conséquences juridiques attachées à la notion même de recours administratif obligatoire, leur régime est différent de celui des recours administratifs de droit

---

[633] Concl. Guy Braibant sur C.E.Sect., 13 juin 1958, *Sieur Esnault*, *Rec. Leb.* 345.

[634] Voir les illustrations mentionnées par Jean Michel in *Les recours administratifs gracieux, hiérarchiques et de tutelle*, La documentation française, 1996, p 79-80.

[635] Les autres personnes, c'est-à-dire celles qui ne sont pas considérées par les textes comme recevables à engager le recours administratif spécial, peuvent toujours déposer soit un recours administratif de droit commun, soit un recours juridictionnel. Il appartient au juge de déterminer alors si ces personnes ont ou non un intérêt à agir contre la décision contestée.

[636] C.E., 9 février 1996, *Ragot*, *Rec. Leb.* 32, *Dr. adm.* 1996, n° 224, *R.F.D.A.* 1996, p 399 : « Considérant que le recours auprès du recteur organisé par les dispositions précitées constitue un préalable obligatoire au recours contentieux ; que la notification de la décision du 8 avril 1992, par laquelle l'inspecteur d'académie, directeur des services départementaux de l'éducation nationale, a refusé l'attribution d'une bourse du second degré au fils du requérant, mentionnait la possibilité d'exercer, à l'encontre de cette décision, un recours gracieux auprès du recteur dans un délai de huit jours ; qu'ainsi et alors même que le caractère de préalable obligatoire à l'action contentieuse de ce recours gracieux n'y était pas expressément précisé, cette notification satisfaisait aux prescriptions susrappelées de l'article 1 du décret du 11 janvier 1965 ; que, dès lors, le délai de huit jours pour saisir le recteur était opposable à M. Ragot ».
Voir par ailleurs C.E., 24 janvier 1996, *Blancard*, *Dr. adm.* 1996, n° 105, obs. R.S. : « Considérant que la circonstance que l'exigence de ce recours préalable n'a pas été indiquée dans la notification de la décision attaquée, si elle empêchait que cette notification fasse courir le délai du recours administratif préalable à l'égard de M. Blancard, est sans incidence sur l'irrecevabilité de la demande directement présentée devant le tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion ».

[637] Par contre, un recours administratif spécial devant obligatoirement être introduit dans un délai déterminé ne peut être imposé aux tiers lorsque la décision contestée peut être une décision implicite d'autorisation. Ils n'ont en effet aucun moyen, dans ce cas de figure, pour connaître simplement l'existence de la décision implicite. Le décret instituant un tel dispositif est donc illégal (C.E. Sect., 5 mars 1982, *Ministre de la santé c/ Clinique chirurgicale de l'Aigle*, *Rec. Leb.* 104, *R.T.D.S.S.* 1982, p 630, concl. Bacquet).

commun. Il n'est toutefois pas uniforme et dépend étroitement de l'ampleur des dérogations prévues par chacun des textes instituant ce type de recours administratifs. De manière générale, on peut cependant mentionner que les délais dans le cadre desquels ils doivent être déposés peuvent être différents et sont fréquemment plus courts que le délai de recours juridictionnel.

L'expiration de ces délais produit ensuite une cristallisation du débat, tant devant l'autorité administrative saisie de ce recours spécial obligatoire que, le cas échéant, devant le juge administratif ultérieurement saisie de la décision prise sur ce recours. Le débat « contentieux » ne peut porter que sur les conclusions et les moyens contenue dans la demande présentée dans le délai, sous réserve évidemment des moyens d'ordre public. Cette conséquence a été expressément dégagée par la jurisprudence administrative à l'égard des recours administratifs en matière de remembrement rural et d'élections administratives dans la fonction publique[638]. René Chapus a précisé que cette irrecevabilité des moyens nouveaux (par rapport à ceux du recours administratif) « se situe dans la logique de l'obligation du recours préalable, qui est destinée à imposer un premier examen (on pourrait même dire un ''préjugement'') de l'affaire et qui perdrait son sens s'il était possible, en innovant, de renouveler le débat devant le juge. Il est vrai qu'on ne trouve pas dans la jurisprudence la consécration explicite, dans l'hypothèse considérée, d'un principe général d'irrecevabilité des moyens non soumis à l'autorité administrative. Mais les solutions dont on dispose et que la jurisprudence ne relie pas à ce qu'auraient de spécifique le contentieux du remembrement rural et le contentieux électoral, peuvent être considérés comme représentatives de l'état du droit en général »[639].

Contradictoire si le texte organisant le recours spécial le prévoit expressément, l'instruction du recours administratif obligatoire n'est soumise à aucune prescription particulière. La décision prise sur ce recours doit par contre fréquemment être motivée, indépendamment de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs. Telle est par exemple le cas en matière de remembrement rural depuis une décision *Sieur Billard* du 27 janvier 1950. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Maxime Letourneur a comparé les autorités statuant sur de tels recours administratifs spéciaux obligatoires comme des « organismes para-juridictionnels » : « en imposant certaines règles de forme et de fond à l'autorité administrative, le législateur a entendu accorder certaines garanties aux administrés [...] le fait que le législateur n'ait pas formellement précisé cette obligation [de motivation des décisions prises sur ces recours] ne prouve nullement, dans le cas des organismes para-juridictionnels qu'il ait entendu ne pas le prévoir ; on peut, au contraire, estimer qu'il ne l'a pas mentionné parce qu'il croyait, étant données les précautions qu'il prenait d'autre part, que la chose allait de soi. Dès que la loi a entouré de règles très précises un organisme à qui il a donné compétence pour statuer sur les

---

[638] S'agissant du remembrement rural, voir C.E., 20 mai 1949, *Berc*, *Rec. Leb.* 230 et C.E., 8 février 1980, *Dame Sivagnanam*, *Dr. adm.* 1980, n° 76. S'agissant des élections administrations, voir C.E., 11 octobre 1972, *Elections au conseil de l'U.E.R. Mathématiques et information à l'Université de Rennes*, *Rec. Leb.* 628 et C.E. Sect., 23 octobre 1981, *Fédération des groupes autonomes de l'enseignement public de l'académie de Strasbourg*, *Rec. Leb.* 390, *A.J.D.A.* 1982, p 99.

[639] René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat, 7e éd., 1998, n° 498, p 343-344. Cet auteur précise toutefois que « l'irrecevabilité des moyens nouveaux n'est pas, de toute façon, absolue. Elle doit en effet s'entendre sous réserve des dispositions particulières intéressant le contentieux fiscal et, plus généralement, sous réserve des moyens d'ordre public, qui peuvent être invoqués en tout état de la procédure. Il serait normal que puissent également être ainsi invoqués les moyens nouveaux procédant de la même cause juridique que les moyens du recours administratif, par analogie avec la recevabilité de tels moyens après l'expiration du délai de recours juridictionnel) » (*ibidem.*).

droits et obligations d'une certaine catégorie d'administrés, le juge doit être très prudent et veiller avec soin à ce que toutes les garanties manifestement voulues par le Parlement soient effectivement accordées »[640]. Le Conseil d'Etat a suivi ces conclusions.

La décision prise par l'autorité administrative sur un tel recours administratif spécial obligatoire présente encore un certain nombre de particularités. D'une part, l'autorité administrative apprécie la légalité de la décision contestée à la date à laquelle il se prononce[641]. Cette autorité dispose ici d'un pouvoir dont ne dispose pas le juge administratif statuant sur recours pour excès de pouvoir, ce dernier n'appréciant la légalité de l'acte administratif dont il est saisi qu'à la date à laquelle il a été pris. D'autre part, la décision prise par l'autorité administrative sur ce recours administratif obligatoire se substitue à la décision contestée. Selon la jurisprudence administrative, une telle « substitution n'a lieu [...] que lorsque ce recours présente un caractère obligatoire »[642].

Le régime auxquels sont soumis les recours administratifs spéciaux est, on le voit, comparable à celui des recours juridictionnels. Les garanties procédurales sont certes sensiblement moins fortes que celles caractérisant la procédure juridictionnelle. Mais les pouvoirs de l'autorité administrative sont même plus étendus que ceux du juge de l'excès de pouvoir. Paradoxalement, L'autorité saisie du recours obligatoire, c'est-à-dire dans la plupart des cas le supérieur hiérarchique, « est ainsi appelée à agir en tant qu'administrateur actif et non dans le but de régler la contestation [...] L'organisation d'une procédure particulière de

---

[640] Concl. Maxime Letourneur sur C.E., 27 janvier 1950, *Sieur Billard*, *S.* 1950, III, p 43-44. Le commissaire du gouvernement rattache toutefois cette exigence de motivation des décisions prises sur les recours administratifs spéciaux au contrôle juridictionnel : « lorsque le législateur a, d'autre part, enfermé les pouvoirs de l'autorité compétente dans des limites qu'il a précisées, lui a tracé des règles de fond à observer, l'obligation de motiver les décisions nous paraît s'imposer inéluctablement, afin de permettre au juge de l'excès de pouvoir de contrôler si les limites légales ont été respectées, si les règles générales ont été appliquées et correctement appliquées. En l'absence de motifs, le contrôle de l'excès de pouvoir est nécessairement aléatoire » (*ibid.*, p 44).

[641] Voir, à titre d'illustration particulièrement claire, C.E., 13 novembre 1991, *Girer*, *Rec. Leb.* 392, *Dr. adm.* 1991, n° 530 : « Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que le conseil national de l'ordre des médecins, statuant en matière administrative, sur le recours formé devant lui par M. Alain Girer contre une décision du conseil régional de Haute-Normandie a, par la décision attaquée, estimé, comme l'avait d'ailleurs fait le conseil régional, qu'il convenait de se placer, pour apprécier les droits de M. Girer à l'inscription au tableau du département de la Seine-Maritime, à la date à laquelle avait statué le conseil départemental, sans tenir compte des éléments ultérieurs d'appréciation dont il disposait au moment où il a rendu sa décision ; que, ce faisant, il a commis une erreur de droit ; que la décision qu'il a rendue doit, dès lors, être annulée ».
Voir encore C.E., 29 novembre 1993, *Mme Garelli*, *Rec. Leb.* 1072 : « Considérant, en premier lieu, que la légalité de la décision prise par le préfet des Alpes-Maritimes à la suite du recours préalable prévu par l'article R. 351-34 du code du travail doit s'apprécier compte tenu des éléments d'appréciation dont disposait le préfet au moment où il a statué sur ce recours ; qu'ainsi le Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Nice a pris en considération non seulement les deux démarches accomplies par Mme Garelli antérieurement au 1er août 1986, date de la décision initiale d'exclusion, mais aussi les quatre démarches accomplies entre cette date et celle du 3 décembre 1986 à laquelle le préfet s'est prononcé sur le recours préalable ».

[642] C.E., 3 octobre 1979, *Lasry*, *Rec. Leb.* 358. Dans ses conclusions sur la décision *Serrat* du 5 décembre 1980 (*Rec. Leb.* 463), Mme Latournerie a considéré que « la substitution de la décision prise sur le recours administratif à la décision initiale devrait être admise non seulement quand ce recours administratif est le préalable obligatoire du recours contentieux, mais aussi quand il est, non pas le recours gracieux ou le recours hiérarchique ouvert sans texte contre toute décision administrative à toute personne y ayant intérêt, mais un recours organisé dans un domaine particulier par un texte spécial dérogatoire au droit commun ». La section du contentieux du Conseil d'Etat ne l'a pas suivie sur ce point.

recours aboutit ainsi, en l'état actuel du droit, à renforcer les pouvoirs de l'autorité administrative davantage qu'à apporter aux requérants des garanties supplémentaires »[643].

La jurisprudence permet en effet à l'autorité administrative saisie d'un recours obligatoire de statuer au-delà des conclusions et des moyens de la réclamation. Elle confère à cette autorité le pouvoir d'arrêter la position définitive de l'administration, ladite autorité pouvant décider au vu d'éléments que le requérant n'a pas envisagés[644]. La fonction de contrôle administratif est bien privilégiée par rapport à la fonction strictement contentieuse qui pourrait caractériser ces recours administratifs obligatoires.

§ 2 : La reconnaissance ponctuelle de la fonction contentieuse de certains recours obligatoires

Qu'il s'agisse des recours administratifs de droit commun ou des recours spéciaux obligatoires, leur fonction contentieuse est systématiquement méconnue. Ils sont envisagés par la doctrine essentiellement en tant qu'instrument de contrôle du supérieur hiérarchique sur les actes de ses subordonnés. Le règlement des litiges qu'ils peuvent occasionner n'est en ce sens qu'une cerise sur le gâteau. Cet état de fait et du droit n'est pourtant ni systématique ni immuable.

La jurisprudence administrative a parfois été amenée à reconnaître la fonction contentieuse de certains recours obligatoires. Elle l'a reconnue d'une part en matière fiscale sans que cette qualification produise véritablement de conséquences sur le recours visé dans la mesure où le Livre des procédures accordait d'ores et déjà des garanties significatives aux contribuables (**A**), d'autre part en matière de répression disciplinaire, en considérant dans le silence des textes les recours obligatoires comme étant de nature juridictionnelle, de manière à les soumettre à toutes les garanties résultant de cette qualification, dans un souci de protection des justiciables (**B**).

A) La réclamation préalable devant le service des impôts

Parmi les recours administratifs obligatoires, la doctrine et le Conseil d'Etat, dans ses diverses études, ont loué la manière dont l'administration fiscale résout les réclamations dont elle est saisie. Dès sa première étude sur la prévention du contentieux, le Conseil d'Etat citait

---

[643] Jean-François Brisson, *Les recours administratifs en droit public français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 185, 1996, p 372.

[644] Tell est bien la logique qu'a fait prévaloir M. Vught, dans ses conclusions sur la décision d'assemblée *Manufacture française des pneumatiques Michelin* du 29 mars 1968 : « le gouvernement a voulu réserver au ministre du travail la possibilité d'établir une certaine harmonie, dans le temps et dans l'espace, entre les appréciations portées par les inspecteurs sur des situations de fait souvent analogues, et de substituer son appréciation à celles de l'inspecteur du travail, qui peut être influencée par les répercussions locales d'une situation socialement difficile et qui, de toute façon, doit prendre sa décision rapidement. Il appartient au ministre de ne pas tenir compte de l'équilibre existant à l'intérieur d'une entreprise déterminée, mais de se fonder sur des motifs d'intérêt général qui peuvent se situer au plan national, qui concernent, par exemple, le maintien de la paix sociale et les relations avec les organisations patronales et ouvrières. Le système de protection dont bénéficient les représentants du personnel est un élément de la politique sociale dont la responsabilité incombe au ministre » (*Rec. Leb.* 231).

la réclamation préalable devant le service des impôts comme un exemple pour les autres administrations : « en matière fiscale, 900 000 réclamations sont, en moyenne, présentées annuellement, 7 000 seulement font ultérieurement l'objet de recours devant les tribunaux administratifs »[645]. Dans sa seconde étude sur le même thème, le Conseil d'Etat a précisé ces données : « l'histoire du contentieux fiscal est [...] instructive. Les statistiques montrent qu'à deux dates aussi éloignées l'une de l'autre que 1865 et 1925, le nombre des affaires présentées chaque année aux juridictions administratives s'élevait à 400 000 environ, soit sept fois plus qu'aujourd'hui. Ce chiffre, qui était monté certaines années jusqu'à 600 000, est tombé en quelques années à une vingtaine de mille, par le seul effet des mesures de prévention prises en 1927 ; aujourd'hui, à peine 1 % des quatre millions de réclamations présentées chaque année devant l'administration sont soumises aux juridictions »[646].

La nature des litiges fiscaux explique vraisemblablement un tel succès, dans la mesure où leur caractère répétitif – sous réserve de la prolifération des textes fiscaux et de la doctrine administrative – a sûrement facilité le règlement des litiges. La nature des tâches de l'administration fiscale est un autre facteur d'explication : l'établissement de l'impôt et son recouvrement constituent les missions exclusives de cette administration. Les litiges qui peuvent apparaître ne correspondent pas pour ces administrations à une activité accessoire. Compte tenu des réticences des contribuables face à l'impôt et de la fréquence des réclamations qui lui sont adressées, l'administration est directement confrontée à cette difficulté qu'elle ne peut contourner. Elle est caractérisée pour ce faire par une remarquable déconcentration qui facilite sans aucun doute le règlement de ces litiges. Dans ce cadre, on peut considérer que l'ensemble de l'administration fiscale participe à une activité d'ordre juridique, alors que pour les autres administrations, sous réserve des services chargés du contentieux, la dimension juridique de leur activité est rarement considérée comme essentielle.

Ces facteurs ont évidemment contribué au succès des administrations fiscales et au règlement amiable des litiges que leur activité génère inévitablement. Reste que la procédure fiscale ne doit pas non plus être occultée. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs été amené à reconnaître solennellement sa nature contentieuse dans une décision *Société Coq-France* du 31 octobre 1975[647]. Dans ses conclusions sur cette décision d'assemblée, Mme Latournerie a

---

[645] Conseil d'Etat, « Etude sur la prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.* n° 32, 1980-1981, p 303.

[646] Conseil d'Etat, « La prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.* n° 39, 1988, p 16. Le Conseil précise ensuite qu'il « serait illusoire de vouloir généraliser ce succès spectaculaire, qui est dû pour une large part à l'organisation de l'administration fiscale et à la nature des litiges ; en outre, les fonctionnaires collaboraient étroitement au travail des juges avant les réformes de 1927, de sorte que le transfert de charges des seconds aux premiers n'a pas été aussi important que semblent le montrer les chiffres. Néanmoins, l'évolution a été significative : elle a permis à l'époque de réduire de trois quarts le nombre des conseils de préfecture sans inconvénients pour le cours de la justice et ses effets se sont prolongés heureusement jusqu'à maintenant » (*ibidem.*).

[647] C.E. Ass., 31 octobre 1975, *Société Coq-France*, *Rec. Leb.* 534, *A.J.D.A.* 1976, II, 314, note Castagnède, *Dr. fisc.* 1975, comm. 1608 bis, p 1173, concl. Latournerie, *R.J.F.* 1975, p 373, chron. Martin-Laprade : « considérant, d'une part, qu'en subordonnant le droit au paiement d'intérêts moratoires à la condition que le dégrèvement ait été prononcé à la suite d'une instance fiscale devant les tribunaux en excluant ainsi les dégrèvements accordés à la suite de l'introduction d'une instance devant le directeur départemental, instance ressortissant à la juridiction contentieuse en vertu des articles 1930 et 1931 du Code général des impôts, le texte réglementaire a illégalement restreint le champ d'application de l'article 1957-1 du Code ; Considérant, d'autre part, qu'il est constant que les reversements effectués par l'administration au profit de la société Coq-France l'ont été en raison d'une décision prise par le directeur départemental des impôts à la suite de l'introduction d'une instance contentieuse devant lui ; que, par suite, ces reversements doivent, en application de l'article 1957-1, donner lieu au paiement d'intérêts moratoires ».

estimé que « la structure du contentieux fiscal est spécifique, en ce sens qu'elle intègre, avant la saisine du juge compétent, la saisine obligatoire du directeur des impôts – lequel, saisi d'une réclamation ressortissant à la juridiction contentieuse – telle que celle-ci est définie à l'article 1930 du Code par opposition à la demande ressortissant à la juridiction gracieuse – n'a aucun pouvoir discrétionnaire et doit appliquer la loi fiscale objectivement même si elle est défavorable aux intérêts immédiats du Trésor. Le litige est né entre le contribuable et l'administration dès que celui-ci amorce la procédure lui permettant de voir éventuellement consacrées ses prétentions, autrement dit dès qu'il présente sa réclamation au directeur »[648].

La reconnaissance de cette fonction contentieuse ne doit toutefois pas induire en erreur. L'intérêt de la jurisprudence *Société Coq-France* ne créée pas de « nouvelle catégorie de procédures préalables au recours juridictionnel, qui serait spécifique au contentieux de l'impôt. Il est plus fondamentalement de suggérer que le règlement d'une situation contentieuse, fiscale ou non, exige en lui-même, c'est-à-dire indépendamment de la forme administrative ou juridictionnelle qu'il revêt, un traitement juridique particulier. Il est aussi d'ouvrir des perspectives nouvelles quant au développement des recours administratifs comme mode complémentaire de règlement des litiges »[649].

Le succès de la réclamation préalable doit être mis en rapport avec le régime juridique, défini aux articles R. 196-1 et suivants du Livre des procédures fiscales, auquel elle est soumise[650]. Force est alors de reconnaître qu'il accorde des garanties importantes au contribuable. Le délai pour déposer cette réclamation est particulièrement long, puisqu'il expire au 31 décembre de la deuxième année suivant celle de la mise en recouvrement de l'impôt. Si la seule introduction de la réclamation ne suspend pas l'obligation d'acquitter l'impôt, le contribuable peut y échapper en précisant dans la réclamation qu'il sollicite le sursis au paiement : « l'article L. 277 du Livre des procédures fiscales exige alors qu'il précise le montant ou les bases du dégrèvement auquel il estime avoir droit. Le sursis est alors automatique, à condition que le contribuable ait constitué auprès du comptable public

---

[648] Concl. Latournerie sur C.E. Ass., 31 octobre 1975, *Société Coq-France*, *Dr. fisc.*1975, comm. 1608 bis, p 1176. La commissaire du gouvernement mentionne par ailleurs que « l'instance fiscale comporte, avant la saisine du premier degré de juridiction, la phase préalable de la réclamation au directeur, qui a une nature mixte, mi-administrative, mi-juridictionnelle » (ibidem.).

[649] Jean-François Brisson, *Les recours administratifs en droit public français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 185, 1996, p 185-186. Cet auteur estime ensuite que « l'officialisation, spécifique au contentieux de l'impôt, de la fonction contentieuse des recours administratifs appuyés sur des éléments de droit semble résulter de la combinaison de diverses considérations. Le premier argument est d'ordre historique : l'institution de la réclamation préalable devant le directeur des contributions date de la loi du 27 décembre 1927. Elle n'a depuis jamais été remise en cause. Au contraire, sa généralisation à l'ensemble des contributions fiscales par la loi du 27 décembre 1963 témoigne de son enracinement dans le contentieux de l'impôt où elle apparaît comme une institution capitale [...] Le second argument est d'ordre pratique : actuellement, ce sont plus de 98 % des litiges fiscaux qui se règlent définitivement dès l'instance administrative préalable. Une telle efficacité atteste de la volonté de l'administration fiscale de se comporter comme une autorité contentieuse à part entière et de se livrer systématiquement à l'examen sérieux du recours. Le troisième argument est d'ordre matériel : l'autonomie, mais également le volume, du contentieux fiscal, qui en font un contentieux à part entière, justifient qu'un traitement spécifique soit réservé aux réclamations préalables portées devant l'administration fiscale sans que les solutions particulières à la matière fiscale n'engagent le juge administratif pour l'ensemble du contentieux administratif. Le dernier argument est d'ordre formel : au critère matériel qui consiste à régler une contestation déjà née au moyen d'une solution fondée en droit s'ajoute, en raison du caractère obligatoire du préalable fiscal, un critère formel tiré de l'indissociabilité des voies administratives et juridictionnelle de recours » (*ibid.*, p 186).

[650] Pour plus de précision, voir d'abord et avant tout Gilles Noël, *La réclamation préalable devant le service des impôts*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de science financière, tome XXI, 1985.

chargé du recouvrement, des garanties suffisantes »[651]. L'instruction se déroule dans un délai de six mois, à l'issue duquel l'administration est réputée prendre une décision. En vertu de l'antépénultième alinéa de l'article R. 198-10 du Livre des procédures fiscales, « en cas de rejet total ou partiel, la décision doit être motivée ». De manière générale, si on la compare aux recours administratifs et aux recours juridictionnels, il manque seulement à la réclamation préalable devant le service des impôts un caractère contradictoire pour que les garanties soient satisfaisantes.

Le succès de cette réclamation préalable ne correspond donc pas à un quelconque miracle fiscal. Au-delà de la nature de ces litiges ou de l'organisation de l'administration fiscale, le régime juridique de ce recours administratif spécial obligatoire présente un intérêt remarquable pour le contribuable. Sachant que les questions fiscales et financières sont encore caractérisées par l'existence d'un milieu professionnel particulièrement actif, il ne faut donc pas s'étonner du volume de ces réclamations fiscales. Par ailleurs, la régularité des contacts entre l'administration fiscale et les contribuables et l'importance des prérogatives dont cette administration dispose par ailleurs constituent des facteurs extrêmement favorables au développement du règlement amiable de ces litiges.

L'exemple de la réclamation préalable devant le service des impôts démontre donc aisément, d'une part qu'il est possible de reconnaître à un type de recours administratif spécial une dimension contentieuse, d'autre part que ce recours peut remarquablement remplir cette fonction.

B) Le critère jurisprudentiel des juridictions administratives spécialisées

Le droit administratif connaît un autre exemple de recours obligatoires qualifiés de contentieux par la jurisprudence administrative. Il s'agit de certaines juridictions administratives spécialisées. Il est certes *a priori* paradoxal de les mentionner en examinant les recours administratifs. Ils en illustrent pourtant la dimension contentieuse.

Le juge administratif a en effet fréquemment été confronté à la situation suivante : un texte confère compétence à une autorité pour prendre une décision, le texte précisant ensuite que cette décision initiale doit être contestée devant une autre autorité, toujours dotée d'un ressort géographique plus important. Dans le silence de la loi sur la nature juridique au titre duquel ces autorités agissent, le juge administratif a dû le définir. Il est alors confronté à une alternative : soit il considère ces autorités comme administratives et le recours obligatoire est alors un recours administratif, soit il considère ces autorités comme des juridictions et le recours obligatoire est alors un recours juridictionnel. Dans le silence des textes, une telle qualification est nécessaire pour déterminer la juridiction administrative compétente pour statuer contre ces décisions. Si les autorités et le recours obligatoire sont considérés comme administratifs, c'est le tribunal administratif qui est compétent en premier ressort pour connaître de leurs décisions. Si ces autorités et le recours obligatoires sont considérés comme juridictionnels, le Conseil d'Etat est seul compétent pour statuer en tant que juge de cassation.

[651] Jacques Grosclaude, Philippe Marchessou, *Procédures fiscales*, Dalloz, coll. Cours, 1998, n° 194, p 186.

La jurisprudence administrative a été définitivement fixée sur ce point par la décision *de Bayo* rendue par l'assemblée du Conseil d'Etat le 12 décembre 1953[652]. Dans le silence des textes sur la qualité en vertu de laquelle une autorité statue et sur la nature d'un recours obligatoire, le Conseil d'Etat opère cette qualification en fonction du critère tiré de la nature de la matière litigieuse. Dans ses conclusions sur cette décision, le commissaire du gouvernement Chardeau avait évoqué « un principe traditionnel selon lequel un organisme collégial doté de pouvoirs propres lui permettant d'infliger des sanctions doit être regardé comme une juridiction »[653]. Cette liaison entre la définition jurisprudentielle de la juridiction administrative spécialisée et cette nature de la matière litigieuse a été démontrée par René Chapus selon lequel d'une part « il existe une liaison absolue entre la qualité d'organisme exerçant une mission de répression disciplinaire et celle de juridiction », d'autre part « lorsque l'activité de l'organisme à qualifier n'est pas disciplinaire, la qualité de juridiction lui a toujours été refusée »[654].

En adoptant ainsi le critère de la nature de la matière pour qualifier une autorité d'administrative ou de juridictionnelle, le Conseil d'Etat a été amené à dissocier la nature juridique des activités d'une même autorité. Les autorités des ordres professionnels prennent ainsi des décisions administratives lorsqu'il s'agit d'inscription et rendent des jugements lorsqu'elles prononcent des sanctions disciplinaires à l'égard d'un de leurs membres. Comme l'a analysé René Chapus, « le rejet, par l'arrêt *de Bayo*, du critère organique et procédural ne s'est pas traduit, contrairement à ce qu'on pouvait attendre, par la consécration de l'équation ''contentieux égale juridiction''. Beaucoup plus étroitement, c'est la répression disciplinaire qui (selon la formule de l'arrêt) constitue la ''matière'' dont la nature est propre à conférer un caractère juridictionnel à l'organisme qui y intervient »[655].

En d'autres termes, cette jurisprudence confirme qu'il est possible de distinguer les fonctions juridictionnelle et contentieuse. Si une juridiction exerce en principe une fonction contentieuse, cette fonction peut fort bien être exercée par une autorité de nature administrative. On peut donc résumer, avec Michel Degoffe, « l'état du droit en cette proposition : une juridiction statue en principe sur une contestation, est créée pour régler un litige, mais toutes les contestations ne sont pas apurées par des juridictions »[656].

On peut dès lors se demander la raison pour laquelle le juge administratif réserve aux seules autorités collégiales statuant en matière de répression disciplinaire la qualité de juridiction. On ne peut qu'y voir sa volonté de protéger les personnes susceptibles de subir de telles sanctions disciplinaires. En effet, la qualification de juridiction reconnue à ces autorités les soumet par voie de conséquences à un ensemble de règles jurisprudentielles que le commissaire du gouvernement Corneille avait mentionné dans ses conclusions sur la décision *Téry* du 20 juin 1913 : « quant aux juridictions disciplinaires, les règles de procédure ne sont

---

[652] C.E. Ass., 12 décembre 1953, *de Bayo*, *A.J.D.A.* 1954, II, 138, note de Soto, chron. Gazier et Long, *R.P.D.A.* 1954, 3, concl. Chardeau : « les décisions prises en la matière des inscriptions au tableau [de l'Ordre des vétérinaires] n'ont pas, eu égard à la nature de cette matière et quelles que soient les formes dans lesquelles elles interviennent, le caractère de décisions rendues par une juridiction ».

[653] Concl. Chardeau sur C.E. Ass., 12 décembre 1953, *de Bayo*, *R.P.D.A.* 1954, n° 1, cité par Michel Degoffe, *La juridiction administrative spécialisée*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 186,1996, p 22.

[654] René Chapus, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *Mélanges Eisenmann*, 1975, p 284-285.

[655] René Chapus, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *Mélanges Eisenmann*, 1975, p 289-290.

[656] Michel Degoffe, *La juridiction administrative spécialisée*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 186,1996, p 76.

pas écrites dans un texte général, dans un code [...] ces garanties de droit commun, on les a cataloguées : c'est la citation en forme, c'est le délai de comparution, ce sont les droits de la défense. Or les droits de la défense exigent : 1° que tous les membres du tribunal professionnel aient assisté à toute la séance, ou à toutes les séances de l'affaire en cause, afin qu'aucun d'eux ne se forme une impression incomplète de l'ensemble des débats, 2° que la décision contienne les noms de tous ceux avec le concours desquels elle a été rendue, car la défense a le droit de connaître la composition du tribunal pour en contester, le cas échéant, la régularité ; 3° que l'ordre logique des phases de la procédure ait été respecté, la défense devant se présenter après le rapport, après le développement de l'inculpation et avant le délibéré ; 4° que les décisions soient motivées, car l'énoncé des motifs permet à l'inculpé de voir si la sanction appliquée est étayée sur un texte, et lui permet encore de se rendre compte de l'observation par les juges d'un principe fondamental en matière répressive, et qui est que le juge ne doit se déterminer que sur les pièces produites, et par suite discutées, dans l'instance même sur laquelle il a été statué. Enfin, il est un dernier point sur lequel nous insistons parce qu'il est essentiel à la garantie du justiciable : l'inculpé doit avoir été entendu, et l'absence d'audition ne peut se couvrir que par la justification (apportée dans la décision même)d'une exception au principe motivée par une faute de l'inculpé qui, mis à même de présenter sa défense, n'a pas comparu, bien que dûment convoqué, sans invoquer d'excuse, ou après avoir allégué une excuse reconnue non valable par le juge lui-même »[657].

Avec cette jurisprudence *de Bayo*, le Conseil d'Etat a soumis l'activité contentieuse de certaines autorités au respect de ces garanties fondamentales, dans la mesure où elles statuaient en matière de répression disciplinaire. Mais il a inséparablement refusé de soumettre l'activité contentieuse des autorités administratives dans les autres matières aux mêmes garanties.

On le mesure maintenant, l'ineffectivité de la plupart des recours administratifs, y compris de ceux qui sont obligatoires, en tant que mode de règlement amiable des litiges ne peut analysée seulement en termes d'organisation et de bonne volonté de l'administration. Aussi ne faut-il pas s'étonner si la circulaire du Premier ministre du 9 février 1995 relative au traitement des réclamations adressées à l'Administration - concrétisant la proposition faite par le Conseil d'Etat dans son étude intitulée *Régler autrement les conflits* d'adresser une recommandation générale « invitant toutes les administrations à prendre les dispositions nécessaires pour organiser leurs services afin de pouvoir procéder à un examen effectif des réclamations dont elles sont saisies »[658] - n'ait elle-même guère brillé par son effectivité. Un renouveau des recours administratifs ne peut vraisemblablement pas faire l'économie d'une consolidation de leur régime juridique.

---

[657] Concl. Corneille sur C.E., 20 juin 1913, *Téry*, *Rec. Leb.* 736, cité in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 12ème éd., 1999, n° 30, p 165

[658] Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1993, p 37.

CONCLUSION

Au terme de cette étude sur les alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration, on ne peut que constater la profonde disparité de ces modes alternatifs. Ne reposant communément que sur leur seule base consensuelle, ils posent au droit administratif des questions d'une nature et d'une ampleur variant considérablement de l'un à l'autre. L'arbitrage en est le paroxysme. Leur disparité est telle qu'il est nécessaire de déterminer leurs champ d'application respectifs pour les rendre intelligible. Ce faisant, il est apparu que les activités de l'administration sont elles-mêmes profondément disparates. Elles sont caractérisées par des situations juridiques profondément différentes, dans lesquelles les rapports entretenus entre les administrations et les destinataires de leurs actions diffèrent de manière radicale. Il est vraisemblable que les modes alternatifs puissent faire l'objet d'une adaptation satisfaisante en les articulant par rapport à ces situations fonctionnelles.

Certaines des fonctions exercées par les administrations sont absolument rétives à toute logique contractuelle. Tel est évidemment le cas des fonctions de réglementation et de police administrative. Par voie de conséquence, les pratiques d'ordre transactionnel devraient être interdites en ce qui les concerne[659]. La jurisprudence administrative admet par contre évidemment l'utilisation des recours administratifs gracieux et hiérarchique à leur égard. La raison en est simple : quelle que soit leur dimension consensuelle, ils préservent formellement le rapport de sujétion entre l'autorité administrative et les administrés qui caractérise l'exercice de ces fonctions. Même s'ils aboutissent à un règlement amiable des litiges et à la réalisation de concessions, leur nature juridique est compatible avec la situation, c'est-à-dire le rapport entre l'administration et les destinataires de son action, correspondant à la nature de ces fonctions.

On trouve une situation juridique comparable en ce qui concerne la fonction de répression administrative, dans la mesure où la mission confiée à l'administration est alors de sanctionner des comportements, et en matière fiscale, qui constitue pour l'administration davantage un moyen qu'une fonction. Dans les deux cas, les pouvoirs dont l'administration dispose sont tellement importants qu'il n'est tout simplement pas vraisemblable qu'elle les exerce régulièrement. Par voie de conséquence, la répression administrative et le droit fiscal sont tous deux caractérisés par une remarquable utilisation des modes alternatifs de règlement des litiges. Cette utilisation repose dans certains cas sur une habilitation textuelle. Elle est réalisée dans d'autres cas en l'absence du moindre texte. Se pose alors la question de savoir si ces pratiques doivent être confirmées officiellement ou si au contraire l'interdiction de transiger doit faire l'objet d'un rappel solennel.

L'autre fonction essentielle remplie par l'administration sont, elles, beaucoup plus accueillantes à l'égard des modes alternatifs de règlement des litiges issus du droit privé, à l'exception de l'arbitrage, comme des recours administratifs. Lorsqu'il s'agit de réaliser des prestations (fonction de service public), la gamme des modes alternatifs de règlement des litiges est utilisable, dans l'exacte mesure où l'usager se trouve dans la plupart des cas en

[659] Cette interdiction de principe n'exclut bien évidemment pas que l'exercice de ces fonctions fasse l'objet d'une négociation préalable à l'édiction des règles de droit. Cette négociation entre l'administration et des groupes d'intérêts étant antérieure à l'adoption de la décision considérée, on ne peut donc qualifier ces rapports de litigieux.

situation de profane ou de demandeur à l'égard des services fournis par l'administration[660]. La seule réserve réside en ce que ces modes de règlement amiable doivent présenter un attrait du point de vue des requérants. En l'absence de garanties procédurales en ce qui concerne les recours administratifs et d'adaptation des contrôles financiers et comptables sur les transactions, les litiges ne peuvent massivement être réglés de manière amiable.

Si l'on souhaite par ailleurs que les modes consensuels de règlement des litiges soient fréquemment utilisés en droit administratif, il est nécessaire de prendre en compte l'organisation de l'administration. A cet égard, tant les entretiens que les réponses au questionnaire sont clairs : ce sont les services chargés d'instruire les décisions ou de réaliser les activités litigieuses qui sont saisis des litiges qui en découlent. A l'égard de l'administration, la survenance d'un litige ne se traduit par aucun dessaisissement du service dont l'action ou l'inaction est considéré par le demandeur comme étant à l'origine dudit litige. L'intervention de tiers est donc rare. Les modes alternatifs privilégiés sont ici soit les recours administratifs gracieux ou hiérarchique, soit la demande préalable, soit la transaction conclue sans intervention de tiers.

Il est possible d'envisager plusieurs possibilités pour remédier aux difficultés induites par cette organisation du travail administratif. Il est évident que les différents types de services doivent bénéficier de supports juridiques plus satisfaisants et que les activités juridiques en leur sein doivent être revalorisées. En l'absence de mémoire collective sur ce point ou de culture d'ordre juridique, les services répugnent tout simplement à user de ces modes alternatifs. Il est encore possible d'envisager une association des services juridiques au traitement de l'ensemble des réclamations adressées à une administration. En l'état, il n'est pas certain qu'ils soient suffisamment étoffés pour faire face à une telle réorganisation du travail.

Cela étant, quelles que soient les types d'activité exercées par l'administration, il existe concrètement une différence radicale entre les services de l'Etat et ceux des collectivités locales à l'égard du règlement des litiges. La spécialisation fonctionnelle caractérisant l'organisation des services déconcentrés de l'Etat induit en effet une double conséquence : d'une part les agents qui exercent ces fonctions relèvent souvent de catégories élevées de la fonction publique, d'autre part et surtout le public avec lequel ces services sont en rapport est relativement circonscrit. Les activités et les difficultés qu'elles sont susceptibles d'engendrer étant relativement précises et constantes, il s'ensuit que le règlement des litiges est susceptible de faire plus facilement l'objet d'une réflexion, voire d'une organisation destinée à le faciliter.

Par contre, en ce qui concerne les collectivités locales, leur caractéristique est d'être généraliste, de réaliser une gamme d'actions considérable et, par voie de conséquence, de

[660] La qualité de profane attachée ici à l'usager est évidemment susceptible d'être discutée. Elle ne se vérifie guère, voire pas du tout, dans certaines hypothèses, telles que les différends opposant des personnes publiques (fréquents dans l'éducation nationale, notamment entre les rectorats et les établissements d'enseignement), la plupart des litiges contractuels ou les conflits opposant une administration à des organisations (associations, etc.). Dans ces hypothèses, les litiges sont susceptibles de faire l'objet d'une discussion approfondie, d'un débat formalisé. De telles catégories de litiges ne peuvent être traités de la même manière que ceux opposant l'une de ces administrations aux usagers " classiques ". Ces derniers n'ont, généralement, pas la capacité ou le temps de mobiliser une quelconque expertise à l'appui de leurs demandes. En témoigne le fait que ces demandes sont, dans la plupart des cas, présentées directement, soit verbalement au guichet, soit sur simple papier libre, et quasiment jamais par des tiers (avocats, experts-comptables, etc.).

rencontrer des litiges de nature profondément différente. L'organisation des services des collectivités locales ne doit pas ici induire en erreur. Même si certaines collectivités ont un organigramme distinguant plusieurs directions, services ou bureaux, c'est-à-dire une spécialisation fonctionnelle transposant celle de l'administration déconcentrée de l'Etat, ces services ne représentent bien souvent qu'un personnel réduit, ne bénéficiant pas toujours d'une formation directement adaptée à la tâche exercée, voire même, prosaïquement, d'une documentation satisfaisante et actualisée. Les rapports avec les usagers sont par voie de conséquence sensiblement différents de ceux entre l'Etat et les usagers de ses services. Plus précisément, si le rapport de sujétion est, juridiquement, comparable, il ne peut être aussi aisément fondé sur un rapport entre un initié - l'autorité administrative et les agents placés sous sa direction, compétents dans les deux sens, juridique et commun, du terme - et un profane, à savoir l'usager.

Le rapport avec le politique est par ailleurs radicalement différent dans les collectivités locales et dans les services déconcentrés de l'Etat. Au sein de ces administrations d'Etat, il se traduit essentiellement à l'égard des litiges présentés pour le compte d'usagers par des élus. C'est alors le cabinet de l'autorité administrative qui se saisit du litige et non le service administratif normalement chargé d'instruire les demandes ayant un objet comparable. Au sein des collectivités locales, le rapport au politique est nécessairement différent, dans la mesure où les autorités administratives, compétentes au sens juridique du terme pour décider, sont elles-mêmes des élus (maire, adjoints, etc.). Leur rapport avec le public, notamment en cas de litige, ne peut en aucun cas être identique à celui d'autorités nommées.

Quoi qu'il en soit, il est donc nécessaire d'opérer sur cette base une double distinction quant aux litiges rencontrées par les administrations. D'une part, leur règlement dépend dans une large mesure de la définition de la fonction exercée par l'administration et des capacités dont elle dispose pour l'exercer. Les services déconcentrés de l'Etat sont ici dans une situation sensiblement différente de celle des services des collectivités locales. Les modalités de règlement de ces litiges seront d'autant plus aisément susceptibles d'être affinés que la spécialisation de l'administration est importante. D'autre part, les litiges ne peuvent être envisagés indépendamment de leurs parties, c'est-à-dire des personnes qu'elles opposent. La situation juridique caractérisant les rapports entre les requérants et les administrations est ici fondamentaux pour déterminer le mode de règlement consensuel du litige susceptible d'être utilisé de manière satisfaisante.

Subsiste une difficulté propre au droit administratif. Les personnes publiques sont toutes des collectivités publiques ou l'un de leurs démembrements. On ne peut par voie de conséquence envisager isolément les litiges entre l'une de ces personnes et un administré. La question des tiers doit être constamment posée. Car les personnes publiques engagent aussi leurs membres, c'est-à-dire les tiers par rapport au litige considéré. Ces tiers doivent en tout état de cause bénéficier de garanties quant au bon fonctionnement de l'administration, y compris lorsque ce fonctionnement concerne le règlement de litiges avec d'autres personnes.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 3

PARTIE I - LES ENJEUX D'UNE REFORME ATTENDUE 12

CHAPITRE I – UN CONSTAT ACCABLANT 15

Section 1 : Les insuffisances du règlement amiable des litiges intéressant l'administration 15

§ 1 : Des recours administratifs léthargiques 16
A) Une fonction contentieuse dénaturée 16
B) Une absence d'effectivité substantielle 18

§ 2 : Une demande préalable sous-estimée 22
A) Une fonction méconnue 24
B) Une pratique médiocre 26

Section 2 : Les insuffisances du règlement juridictionnel des litiges intéressant l'administration 28

§ 1 : L'adaptation des juridictions administratives 30
A) L'extension des pouvoirs du juge administratif des référés 30
B) L'exécution de la chose jugée 34

§ 2 : L'explosion du contentieux administratif 38
A) Un contentieux de masse 38
B) L'adaptation des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse 39
C) Les causes de l'explosion du contentieux administratif 44

CHAPITRE II - DES TENTATIVES DE REFORME 46

Section 1 : L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés 46

§ 1 : La transparence administrative 46

§ 2 : La procédure décisionnelle 48

§ 3 : La motivation des actes administratifs 50

Section 2 : La timide reconnaissance des modes consensuels de règlement des litiges 53

§ 1 : De la prévention du contentieux au règlement alternatif des litiges 53

§ 2 : Les tergiversations des pouvoirs législatif et réglementaire 55

PARTIE II – L'EXERCICE DES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES LITIGES INTERESSANT L'ADMINISTRATION 58

CHAPITRE I – LA TRANSACTION EN MATIERE ADMINISTRATIVE 61

Section 1 : La transposition de la transaction dans les litiges intéressant l'administration 61

§ 1 : La transposition de la transaction dans les litiges intéressant l'administration 61
A) La reconnaissance de la faculté de transiger 62
B) L'exercice de la faculté de transiger 65

§ 2 : La qualification de transaction en matière administrative 67

A) Un contrat spécial 67
B) La transposition des concessions réciproques en droit administratif 71

Section 2 : La portée de la transaction à l'égard des litiges intéressant l'administration 80

§ 1 : Le régime de la transaction en matière administrative 81
A) Les effets juridiques de la transaction 82
B) La force obligatoire de la transaction 88
C) La nature juridique du contrat 93

§ 2 : Le champ d'application des transactions en matière administrative 99
A) L'indisponibilité des compétences 100
B) L'interdiction de renoncer au recours pour excès de pouvoir 104
C) Les régimes spéciaux de transaction 106

CHAPITRE II - LA MEDIATION, LA CONCILIATION ET L'ARBITRAGE EN MATIERE ADMINISTRATIVE 113

Section 1 : La médiation et la conciliation administratives 114

§ 1 : La médiation en matière administrative 116
A) Le Médiateur de la République 118
B) Une dénomination accueillante 124

§ 2 : La conciliation 128
A) La conciliation *ad hoc* 129
B) La conciliation d'ordre institutionnel 134
C) La conciliation d'ordre juridictionnel 140

Section 2 : L'arbitrage en matière administrative 145

§ 1 : Une improbable transposition 146
A) L'interdiction de principe 147
B) Le recours exceptionnel à l'arbitrage 155

§ 2 : Un régime juridique incertain 160
A) L'adaptation de la procédure arbitrale 161
B) L'adaptation du régime de la sentence arbitrale 164

CHAPITRE III - LES RECOURS ADMINISTRATIFS 169

Section 1 : La dénaturation des recours administratifs de droit commun 169

§ 1 : La distinction des recours administratifs et des recours juridictionnels 171
A) La distinction du recours administratif et du recours pour excès de pouvoir 172
B) L'abandon de la théorie du ministre-juge dans les matières contentieuses 173

§ 2 : La méconnaissance fonctionnelle des recours administratifs 175
A) Un régime juridique tronqué 176
B) Les pouvoirs de l'autorité administrative statuant sur recours 182

Section 2 : L'ambiguïté des recours administratifs spéciaux 186

§ 1 : Les recours administratifs obligatoires 187
A) La notion de recours administratif obligatoire 187
B) Les caractères des recours administratifs obligatoires 189

§ 2 : La reconnaissance ponctuelle de la fonction contentieuse de certains recours administratifs 192
A) La réclamation préalable devant le service des impôts 192
B) Le critère jurisprudentiel des juridictions administratives spécialisées 195

CONCLUSION 198