

Université Panthéon-Assas
École doctorale Georges Vedel
Droit public interne, science administrative
et science politique

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 25 avril 2013

Les pouvoirs implicites
en droit administratif français



Université Panthéon-Assas

Florian MAUGER

sous la direction de Jacques PETIT

Membres du jury : Monsieur Jean COMBACAU
Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Monsieur Laurent FONBAUSTIER
Professeur à l'Université Paris-Sud (IX), rapporteur
Monsieur Fabrice MELLERAY
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), rapporteur
Monsieur David MONGOIN
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)
Monsieur Jacques PETIT
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), directeur de
recherche

Université Panthéon-Assas
École doctorale Georges Vedel
Droit public interne, science administrative
et science politique

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 25 avril 2013

Les pouvoirs implicites
en droit administratif français

Florian MAUGER

sous la direction de Jacques PETIT

Membres du jury : Monsieur Jean COMBACAU
Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Laurent FONBAUSTIER
Professeur à l'Université Paris-Sud (IX), rapporteur

Monsieur Fabrice MELLERAY
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), rapporteur

Monsieur David MONGOIN
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

Monsieur Jacques PETIT
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), directeur de
recherche

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Je tiens à exprimer ma gratitude à Monsieur le Professeur Jacques Petit pour avoir dirigé ce travail avec grande amabilité et patience.

Gweltaz et Servane ont accepté sans hésiter de me relire. La somme de ce que je leur dois dépasse largement ce que je pourrai leur offrir.

J'adresse mes remerciements les plus chaleureux à mes Parents et à Martin. Leur temps m'a été précieux.

Pour Marine



Résumé :

Les pouvoirs implicites, dans une acception large, sont les pouvoirs déduits par le juge et faisant appel à une argumentation distincte de celle fondée sur le seul sens accordé aux termes d'une disposition expresse.

Le lien entre ce pouvoir et les textes est susceptible de varier, selon que le pouvoir est reconnu sur le fondement d'une disposition précise ou sur une appréhension globale des attributions de l'autorité qui en bénéficie. Pourtant, indépendamment de cette distinction, les pouvoirs implicites correspondent tous à la mise en œuvre d'un raisonnement similaire : il faut considérer que l'auteur d'un texte désire que celui-ci puisse produire tous ses effets.

Les textes doivent alors être entendus comme confiant non seulement tous les pouvoirs prévus expressément, mais aussi ceux qui sont nécessaires à l'accomplissement des objectifs confiés par leur auteur. Ce principe d'interprétation posé, le juge est ensuite conduit à apprécier cette nécessité au regard d'une ou d'un ensemble de dispositions.

La jurisprudence administrative témoigne de la reconnaissance de pouvoirs implicites. Leur identification est cependant le plus souvent incertaine. Par ailleurs, les termes par lesquels le juge admet ces pouvoirs lient étroitement la reconnaissance de ceux-ci à la nécessité de fait des mesures adoptées, en dépit d'une distinction indispensable. Enfin, l'origine la plus souvent textuelle des pouvoirs conditionne leur régime : issus du texte, ils y restent soumis.

Descripteurs : droit administratif – pouvoir – compétence – interprétation – nécessité

Title and Abstract: Implicit Powers in French Administrative Law

Broadly defined, implicit powers are powers that the judge deduces by interpreting the text of an express provision beyond the very meaning of the terms.

The link between the power and the text from which it is deduced may vary: the power can be admitted on the basis of a specific provision or can derive from an extended view of the remit of the authority which receives this power. However, the same reasoning is at work in each case: we must presume that the author intended that his text shall fully take effect.

Then we also assume that the authority has received not only all the powers explicitly described by the text, but also all those which are necessary to achieve the goals the author has assigned to this authority. Once this principle of interpretation set, the judge evaluates the requirement of an implicit power in relation with one or a body of provisions.

Implicit powers have been admitted by the administrative case law. However, their designation is most often doubtful. Furthermore, the terms used by the judge for their recognition tightly connect their acceptance to the *de facto* necessity of the measures taken, despite a necessary differentiation between the one and the other. At last, the fact that this powers most often originate from a text determines their status, for the spirit of the text, if not the letter, still limits them.

Keywords: administrative law – power – jurisdiction – interpretation – necessity

Principales abréviations

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique Droit administratif</i>
<i>AJFP</i>	<i>Actualité juridique Fonction publique</i>
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
al.	alinéa
art.	article
ATF	arrêt du Tribunal fédéral (Suisse)
<i>BJCP</i>	<i>Bulletin juridique des contrats publics</i>
c/	contre
CAA	cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CE, ass.	Conseil d'État, assemblée du contentieux
CE, sect.	Conseil d'État, section du contentieux
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEE	Communauté économique européenne
CEEA	Communauté européenne de l'énergie atomique
chap.	chapitre
concl.	conclusion
considér.	considérant
chron.	chronique
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
coll.	collection
CPJI	Cour permanente de justice internationale
Cts.	consorts
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
dir.	directeur

éd.	édition, éditeur
<i>EDCE</i>	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
fasc.	fascicule
<i>FF</i>	<i>Feuille fédérale</i> (Chancellerie fédérale suisse)
FNR	fin de non recevoir
<i>GAJA</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
<i>JCP</i>	<i>Juris-Classeur périodique (Semaine juridique)</i>
<i>JCP, A</i>	<i>Juris-Classeur périodique, Administrations et collectivités territoriales</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites affiches</i>
n°	numéro
obs.	observations
OIT	Organisation internationale du travail
<i>op. cit.</i>	ouvrage cité
ord.	ordonnance
p., pp.	page, pages
préc.	précité
préf.	préface
<i>RCADI</i>	<i>Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye</i>
<i>RCS</i>	<i>Recueil des arrêts de la Cour suprême</i> (Canada)
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public</i>
<i>Rec.</i>	selon la juridiction : - <i>Recueil des décisions du Conseil d'État</i> - <i>Recueil des décisions du Conseil constitutionnel</i> - <i>Publications de la Cour permanente de justice internationale</i> - <i>Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice européenne</i> - <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de justice</i>
req.	requête
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RJEP</i>	<i>Revue juridique de l'économie publique</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique</i>

<i>RTDSS</i>	<i>Revue trimestrielle de droit sanitaire et social</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
sect.	section
suiv.	suivant(e)s
t.	tome
TA	tribunal administratif
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
trad.	traduction, traducteur
v.	versus
vol.	volume

Sommaire

<i>Introduction.....</i>	<i>11</i>
<i>La notion de pouvoirs implicites.....</i>	<i>24</i>
Titre 1. Délimitation de la notion de pouvoirs implicites.....	25
Chapitre unique	
L'unité des pouvoirs implicites.....	27
Titre 2. Les soutiens à l'extension des pouvoirs implicites en droit administratif français.....	68
Chapitre 1	
Une nécessité pragmatique.....	70
Chapitre 2	
L'interprétation d'une volonté idéalisée.....	113
<i>L'utilisation des pouvoirs implicites en droit administratif français.....</i>	<i>158</i>
Titre 1. Les pouvoirs implicites reconnus en droit administratif français.....	159
Chapitre 1	
Les pouvoirs reconnus à une autorité en raison de sa qualité.....	160
Chapitre 2	
Les pouvoirs et compétences reconnus pour garantir l'efficacité des missions expressément confiées.....	194
Titre 2.	
L'appréciation par le juge de la nécessité des pouvoirs implicites	261
Chapitre 1	
Le contrôle de l'exercice des pouvoirs implicites.....	262
Chapitre 2	
Le rôle du juge dans la reconnaissance et l'exercice des pouvoirs implicites.....	284
<i>Conclusion.....</i>	<i>305</i>
<i>Bibliographie.....</i>	<i>307</i>
<i>Table des matières.....</i>	<i>331</i>

Introduction

*Si les signes vous faschent,
ô quant vous fascheront les choses signifiées !*

François RABELAIS, *Tiers livre des faitz
et dictz héroïques du noble Pantagruel.*

L'une des objections soulevées par les antifédéralistes américains lors des discussions précédant l'adoption de la nouvelle constitution de la Fédération tenait à l'étendue des compétences accordées à l'État fédéral. Alors que les auteurs des *Federalist papers* insistaient sur la nécessaire logique qu'il y avait à accorder ces pouvoirs à un État fédéral et s'efforçaient de minimiser leur portée, le *Federal farmer* insistait sur l'importance de ces pouvoirs et leurs implications. « *Powers to levy and collect internal taxes, to form the militia, to make bankrupt laws, and to decide on appeals, questions arising on the internal laws of the respective states, are of a very serious nature, and carry with them almost all other powers*¹. » L'idée que certains pouvoirs accordés impliquent inévitablement une multitude d'autres pouvoirs était perçue par les opposants à la Constitution avec d'autant plus d'acuité que l'article I, section 8, [18] disposait que le Congrès aura le pouvoir « de faire toutes lois qui seront nécessaires et appropriées pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus énumérés.² » Ce dernier sera interprété comme étant l'énoncé d'une lapalissade. Encore faut-il dire qu'une telle interprétation aura une influence considérable,

1. « Les pouvoirs de lever et de percevoir des taxes fiscales, de constituer la milice, d'adopter des lois sur les faillites, et de décider, en appel, des questions soulevées par les lois internes des états, sont d'une nature très sérieuse, et emportent avec eux presque tous les autres pouvoirs. » (J. DICKINSON, « Letter III », *Empire and Nation: Letters from a Farmer in Pennsylvania (John Dickinson). Letters from the Federal Farmer (Richard Henry Lee)*, éd. par F. McDONALD, Indianapolis : Liberty Fund, 1999. Nous traduisons.)

2. É. ZOLLER (trad.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, éd. commentée, Paris : Dalloz, 2010, p. 871.

donnant naissance à la théorie des *implied powers*, dont la traduction par « pouvoirs impliqués » est aujourd'hui parfois préférée à celle de pouvoirs implicites³.

Les abondantes références à cette théorie dans la littérature internationaliste ou communautaire témoignent de cette influence. Ainsi, et pour ne citer qu'eux de prime abord, les dictionnaires et manuels relatifs à cette matière comportent très fréquemment une entrée ou des développements y correspondant⁴. En effet, les pouvoirs implicites, utilisés pour déterminer la compétence accordée par les entités fédérées à l'État fédéral dans ce qui pourrait être considéré comme un traité fondateur, n'ont besoin que d'adaptations mineures pour être mis en œuvre en droit international.

Là où les juges fédéraux américains ou internationaux n'hésitent pas à dire expressément qu'ils utilisent cette notion, le juge français semble plus réticent. Ce partage de compétences entre différentes autorités ne peut-il se concevoir que dans le cadre d'une répartition verticale des pouvoirs ? La doctrine interniste ne semble pas adhérer à cette idée et les pouvoirs implicites ne sont pas absents de l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État. Si E. LAMBERT estime qu'« on chercherait, en vain, depuis le début du siècle, dans la doctrine publiciste française, mention des compétences implicites. Les seules allusions, à cet égard, sont exceptionnelles et tout à fait récentes⁵ », cette idée nous semble devoir être nuancée. Ainsi, dès 1964, P. WEIL écrit, à propos des pouvoirs implicites : « Si cette expression n'est pas courante en droit administratif, la notion n'en est pas moins sous-jacente à l'ensemble de la jurisprudence⁶. » En outre, si les termes mêmes de « pouvoirs implicites » ne sont pas toujours expressément utilisés, la plupart des manifestations de cette théorie ont fait

3. « On notera que ce que la doctrine persiste à appeler les compétences « implicites » sont, en réalité, les compétences « impliquées », *implied* en anglais (non *implicit* qui existe aussi comme en français) » (É. ZOLLER, « De la constitutionnalité de l'ordre international à l'internationalité de l'ordre interne - Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, t. 294, 2002, p. 59). D. SIMON écrit également : « On sait que la théorie dite des pouvoirs implicites, qui devrait en toute rigueur être dénommée théorie des pouvoirs « impliqués » (*implied powers*) tire son origine de l'interprétation des textes constitutionnels dans les États fédéraux. » (D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales : Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris : A. Pédone, 1981, p. 399.)

4. Pour exemples : J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 10^e éd., Paris : Montchrestien, coll. « Domat – Droit Public », 2012, p. 725 ; D. NGUYÈN QUÔC, P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris : LGDJ, 2009, p. 1497 ; P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2012, p. 891 ; J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles : Bruylant, coll. « Universités francophones », 2001, pp. 216 et 859.

5. E. LAMBERT, « Les compétences implicites sont-elles absentes du droit public français ? – Quelques considérations sur les techniques de répartition en l'absence de règles secondaires claires », *RRJ*, 2000, p. 241.

6. P. WEIL, *Le droit administratif*, 1^{re} éd., Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 1964, p. 50.

l'objet de développements souvent conséquents. À cet égard, il suffit de songer au pouvoir réglementaire du chef de service, ou encore à la création de services publics communaux.

S'il existe des références, le sujet de la réception de la théorie des pouvoirs impliqués en droit public interne n'a pourtant pas encore fait l'objet d'une étude portant sur ce seul sujet⁷ alors même que comme le soulignait J.-C. VENEZIA, d'autres manifestations du « fait que le juge se fait parfois le gardien des prérogatives de l'administration⁸ » ont pu être longuement analysées. Ce sujet est sans doute fuyant, et le laconisme du Conseil d'État oblige parfois à une lecture elle-même implicite des arrêts. Pourtant, les questions suscitées par une telle réception sont multiples.

Le sujet lui-même appelle un travail préalable de définitions **(I)**, avant d'en cerner les difficultés spécifiques **(II)**.

I. Définitions

Nous étudierons tout d'abord les conséquences immédiates du terme implicite **(A)**, avant de nous pencher sur le sens à donner aux termes pouvoir et compétence **(B)**.

A. L'implicite

Le terme d'« implicite » suppose en premier lieu quelques éclaircissements. Pour être qualifié comme tel, un pouvoir ne doit tout d'abord pas avoir été expressément prévu par un texte, mais doit avoir été reconnu à la suite d'une opération d'interprétation. Il y a là un premier élément d'identification de ces pouvoirs. Certes, dès lors que le juge applique une norme, y compris une norme d'habilitation, il se livre à une interprétation, ne serait-ce que pour confronter l'étendue de cette norme à l'acte adopté dans le cadre de sa mise en œuvre. Une acception aussi étendue de

7. Il faut néanmoins noter ici que la thèse de A. JENNEQUIN consacre de longs développements aux pouvoirs implicites en droit administratif français. (A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif*, thèse de droit public, Lille : université Lille 2, 2007, notamment pp. 169- 206 et pp. 291-319.)

8. J.-C. VENEZIA, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », in *Le juge et le droit public : Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris : LGDJ, 1974, t. 2, p. 795.

l'implicite ne saurait cependant être retenue dans le cadre de notre étude, sous peine de dénaturer complètement le sujet⁹. S'il existe une catégorie de pouvoirs susceptibles d'être qualifiés d'implicites, ceux-ci doivent nécessairement être distincts de l'interprétation usuelle d'une habilitation expresse. La spécification de ces pouvoirs impose alors une différenciation entre pouvoir exprès et pouvoirs implicites.

Les pouvoirs implicites sont fréquemment présentés comme les pouvoirs qui ne sont pas expressément prévus par un texte. L'implicite est au sens commun ce « qui est virtuellement contenu dans une proposition, un fait, sans être formellement exprimé, et peut en être tiré par voie de conséquence, par déduction, inclusion¹⁰ ». Une telle présentation des pouvoirs implicites tient donc de l'évidence : ce qui est dit ne peut pas, dans le même temps, ne pas être dit. Elle présente cependant un inconvénient, en ce qu'elle n'est pas sans introduire une certaine subjectivité. En effet, si le juge se réfère expressément à un texte pour fonder un pouvoir, une telle définition suppose que l'interprétation de l'analyste se substitue à celle du juge pour déterminer si le pouvoir est expressément reconnu par le texte ou si au contraire l'interprétation donnée par le juge est extensive au point d'avoir révélé un pouvoir qui ne peut être rattaché aux termes du texte.

Dans sa mise en œuvre, une telle définition impliquerait également que soit déterminé un critère permettant d'apprécier le degré de fidélité du juge à la lettre du texte, et donc de répartir les pouvoirs selon qu'ils sont implicites ou exprès. Une telle analyse est alors plus littéraire que juridique, ou entraîne là encore une appréciation subjective du travail juridictionnel d'interprétation.

Nous avons pour notre part préféré privilégier, à l'instar de nombre d'analyses doctrinales, une approche fondée sur le discours du juge et l'argumentation invoquée à l'appui de la reconnaissance de ces pouvoirs. Seront ainsi considérés comme implicites les pouvoirs témoignant de l'utilisation d'une argumentation spécifique, les distinguant de ceux qui pourraient être le résultat d'une interprétation extensive de la lettre des normes d'habilitation. Sans pour l'instant rentrer dans le détail de cette

9. Il conviendrait alors de l'entendre comme l'appréciation de l'interprétation des normes d'habilitation par le juge.

10. A. REY (dir.), *Le Grand Robert de la langue française*, 2^e éd., Paris : Le Robert, 2001 (ci-après : *Grand Robert*). Voir également Institut de la langue française (Nancy), *Trésor de la langue française : Dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle*, t. 9, Paris : CNRS / Gallimard, 1982 : « Qui, sans être énoncé expressément, est virtuellement contenu dans un raisonnement ou une conduite » ; R. MORTIER (dir.), *Dictionnaire Quillet de la langue française*, Paris : Quillet, 1984 : « Qui n'est pas contenu dans une proposition, dans un acte, en termes formels, mais qui s'en déduit naturellement par conséquence nécessaire. »

argumentation, il apparaît que le terme même d'implicite impose que le juge ne fonde pas le pouvoir sur la lettre du texte, mais sur ce qui peut être inféré d'une « donnée ».

Il reste à préciser ce que peut être cette donnée. Il convient alors de revenir à la définition courante de l'implicite. Essentiellement, celui-ci consiste en une opération de déduction à partir d'une manifestation de volonté, puisqu'il vise à révéler toutes les conséquences que la volonté a cherché à obtenir par cette manifestation¹¹. L'implicite nécessite par conséquent un support, sur lequel l'interprète pourra asseoir son interprétation. Délimiter les pouvoirs implicites impose alors de s'interroger sur la nature de ce support. Il y a là deux possibilités : ou le support est un énoncé, ou il est, plus largement, un fait.

Le premier cas ne soulève guère de difficultés. Le pouvoir implicite est alors un pouvoir qui, sans être prévu expressément, est déduit des termes du texte qui sont interprétés comme entendant une telle habilitation. Le second cas est plus épineux. Il est établi que certaines circonstances peuvent parfois amener le juge à valider un acte pris par une autorité manifestement incompétente en temps normal. La jurisprudence des circonstances exceptionnelles en est une illustration. Ces pouvoirs d'exception ne sont pas nécessairement prévus par le texte. Peut-on pour autant les considérer comme implicites ? Dès lors qu'il est admis que l'implicite suppose une volonté, il convient de répondre par la négative. Ces pouvoirs ne sauraient être considérés comme implicites puisqu'ils sont reconnus en raison d'impératifs étrangers à la recherche de la volonté d'une autorité ayant implicitement habilité¹².

Cette idée apparaît pourtant faire écho à certains arrêts et certaines théories doctrinales. Ainsi, on retrouve une telle conception dans la théorie de l'institution d'HAURIOU : « L'idée directrice de toute entreprise tend à s'exprimer subjectivement ; elle s'exprime d'abord dans toute institution par des règles de droit disciplinaire ou statutaire que, pour ainsi dire, elle secrète¹³. » Par ailleurs, dans l'arrêt *Jamart*, c'est,

11. Il faut ici préciser, à la suite d'A. JENNEQUIN, que cette manifestation n'est pas nécessairement positive, mais qu'il reste possible de « déduire » une volonté d'une inaction (*L'implicite en droit administratif, op. cit.*, pp. 53-54).

12. Cela ne résulte bien sûr que d'une première analyse des pouvoirs d'exception, ceux-ci pouvant en réalité être considérés comme procédant de la volonté du juge de rendre possible la réalisation d'une fonction ou d'une mission attribuée à une autorité. Il s'agit alors de permettre à la volonté de l'auteur d'une habilitation de trouver à s'appliquer en dépit des contraintes de fait. Cependant, il est encore possible de différencier les pouvoirs implicites de tels pouvoirs en considérant que la volonté de l'habilitant ne joue qu'un rôle indirect dans la reconnaissance de ces pouvoirs, puisque ceux-ci restent étroitement liés aux faits qui amènent à les reconnaître, et non à une interprétation de la formalisation de la volonté de l'habilitant.

13. M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », in HAURIOU M., *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté* (fac-similé de l'édition de 1933, Paris : Bloud et Gay), Caen : Centre de Philosophie politique et juridique, coll. « Bibliothèque de philosophie politique et juridique », 1986, p. 116.

selon RIVERO, de l'existence même du service que l'on doit déduire certaines règles : « Le législateur prononce un mot : celui de « service public » ; du seul fait qu'il a voulu le service, il en a voulu les éléments nécessaires : le pouvoir du chef de service est un de ces éléments¹⁴. » On a encore cette impression à la lecture du commentaire de cet arrêt dans *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* : « Ce pouvoir est fondé sur la nécessité d'un « fonctionnement régulier » des services publics et sur l'idée que toute autorité doit naturellement disposer des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission¹⁵ ». Ce pouvoir trouve-t-il son fondement dans le fait même que le service existe, ou doit-on considérer qu'il est implicitement déduit des missions données ou du texte le créant ? La frontière entre le texte et le fait peut donc sembler ténue.

Le fait n'est, quoi qu'il en soit, pas exclu dans le raisonnement par implication. Ce peut être sur une nécessité de fait que le juge se fonde pour reconnaître un pouvoir implicite¹⁶ : ainsi, le juge MARSHALL, dans l'arrêt *McCulloch v. Maryland*, écarte « une interprétation de la Constitution qui rendrait ces opérations (notamment collecte et dépense des deniers publics) difficiles, incertaines et coûteuses¹⁷ ». S'il est impossible d'exclure *a priori* les faits en tant que fondement direct possible d'un pouvoir implicite¹⁸, il convient néanmoins de limiter une telle possibilité, puisqu'elle suppose que le juge déduise de ce fait une habilitation implicite, et donc qu'un fait puisse répondre aux exigences formelles de mise en œuvre du pouvoir appartenant à l'autorité habilitant implicitement.

Sous, ces réserves, les pouvoirs implicites imposent donc le rattachement à une volonté. Ce point invite à deux précisions. D'une part, si cette volonté est déduite d'un texte, le pouvoir ne saurait être soumis à des aléas de fait, du moins en ce qui concerne le principe de sa reconnaissance. Le pouvoir étant le résultat d'une interprétation du texte, il existe tant que le texte qui le fonde n'a pas été modifié, ou qu'un autre texte de valeur supérieure ou égale n'est pas venu contredire cette

14. J. RIVERO, note sous CE, 7 février 1936, *Jamart, S.*, 1937, III, p. 113.

15. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ. et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^e éd., Paris : Dalloz, 2011, p. 301 (ci-après : *GAJA*).

16. On peut aussi remarquer que le juge ne se fonde très souvent sur une nécessité de fait pour reconnaître un pouvoir impliqué. C'est une interprétation réaliste du texte qui est le plus souvent privilégiée. Cela est particulièrement présent dans les arrêts de la Cour suprême des États-Unis, où les juges multiplient les exemples pour démontrer une nécessité ou écarter l'idée que tel pouvoir ne puisse être reconnu. On a un rattachement du pouvoir au texte qui fait suite à la constatation d'une nécessité de fait.

17. Cour suprême des États-Unis, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819) in É. Zoller (trad.), *Les grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, op. cit., p. 33.

18. Si l'on se fonde uniquement sur les définitions de l'implicite et leurs conséquences logiques.

interprétation. D'autre part, ce rattachement implique que le contraire de ce qui a été considéré comme implicitement prévu n'ait pas été précisément écarté par une disposition expresse. Il faut en ce sens considérer que l'auteur d'un texte n'a pu entendre implicitement ce qu'il a explicitement exclu.

Le pouvoir implicite sera donc à cette étape entendu comme le pouvoir déduit par le juge d'une manifestation de volonté et faisant appel à une argumentation distincte de celle fondée sur le seul sens accordé aux termes d'une disposition expresse¹⁹. Il convient ensuite de définir le sujet de l'implicite.

B. Pouvoir et compétence

Les termes mêmes de « pouvoirs implicites » recouvrent une imprécision. En effet, si c'est généralement sous cette expression que l'on fait référence à la solution dégagée par la Cour suprême dans l'arrêt *McCulloch v. Maryland*, les multiples applications ultérieures de cette solution témoignent d'une extension des pouvoirs, mais aussi des compétences de l'autorité qui en bénéficie.

Plusieurs éléments militent en faveur d'une conception extensive du sujet. Compétences et pouvoirs sont en effet deux notions qui se rejoignent dans le sens le plus courant. Ainsi, le pouvoir est défini au sens général comme étant la « maîtrise de fait, [la] force, [la] puissance²⁰ », une « prérogative juridique »²¹. En droit constitutionnel, le pouvoir s'entend comme l'« ensemble des compétences juridiques et des capacités matérielles de l'État²² » ou encore comme la « capacité d'agir²³ ». Quant à la compétence, elle est l'« ensemble des pouvoirs et devoirs attribués et imposés à un agent pour lui permettre de remplir sa fonction²⁴ ». La différence n'est donc pas toujours flagrante entre les notions de pouvoir et de compétence, celle-là pouvant s'atténuer au point que celles-ci se confondent.

19. Cette définition volontairement imprécise sera bien évidemment affinée tout au long de cette étude.

20. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., 2005, PUF, *Quadrige*, p. 687.

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*

23. M. DE VILLIERS et A. LE DIVELLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 8^e éd., 2011, Paris : Sirey, p. 268.

24. G. CORNU, *op. cit.*, p. 186.

Néanmoins, il arrive que ces deux notions soient assez clairement distinguées. La compétence peut ainsi être l'« aptitude juridique à prendre les actes correspondant à l'exercice d'une fonction gouvernementale, administrative, juridictionnelle ou d'un mandat électif²⁵ » ; l'« habilitation légale à agir pour les autorités administratives ou à trancher un litige pour les autorités juridictionnelles²⁶ », ou encore « l'aptitude à agir dans certains domaines²⁷ ». La compétence n'est donc plus l'action elle-même, mais l'habilitation à agir, ce qui donne au titulaire d'un pouvoir la possibilité de l'exercer. Cette conception est d'ailleurs retenue par P. THERY dans le *Dictionnaire de la culture juridique*²⁸, qui envisage la compétence comme « l'aptitude à exercer un pouvoir dans une situation définie à partir de ses caractères propres²⁹ ».

En ce sens, elle est la délimitation de l'exercice du pouvoir et non plus le pouvoir lui-même. C'est ainsi que la compétence limitera l'exercice du pouvoir à un territoire, à certains domaines, à certaines personnes, à certaines affaires en fonction de données plus ou moins objectives. Si l'on choisit de s'appuyer sur cette distinction, privilégiant un sens strict, les compétences implicites seront alors l'extension du champ d'action du titulaire d'un pouvoir, les pouvoirs implicites étant alors compris comme la reconnaissance de nouveaux moyens d'action³⁰. Se pose alors la question de la pertinence de cette distinction dans une étude sur les pouvoirs implicites.

Tout d'abord, il convient de déterminer si cette distinction peut être perçue comme utile. B. ROUYER-HAMERAY, bien qu'il ne distingue pas la compétence du pouvoir, s'interroge sur l'opportunité d'une différenciation des questions portant sur l'« existence d'une compétence » (soit le pouvoir au sens strict) de celles portant sur « l'étendue d'une compétence³¹ » (soit la discussion sur la compétence *stricto sensu*). Si l'on considère la question posée au juge lorsqu'il reconnaîtra une compétence ou un pouvoir implicite, celle-ci ne concerne en effet pas directement ce problème : elle porte sur la reconnaissance à une personne d'un quelconque pouvoir dans un domaine précis. Il importe peu du point de vue du résultat que ce pouvoir lui soit conféré dans d'autres domaines (donc que l'on reconnaisse une compétence implicite) ou que

25. M. DE VILLIERS et A. LE DIVELLEC, *op. cit.*, p. 61.

26. A. VAN LANG, G. GONDOUIN et V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 5^e éd., Paris : Sirey, 2008, p. 82.

27. G. CORNU, *ibid.*

28. P. THERY, « Compétence » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy / PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2003, pp. 247-251.

29. *Id.*, p. 251.

30. Cette distinction sera à nouveau étudiée (*infra*, pp. 145 et suiv.).

31. B. ROUYER-HAMERAY, *Les compétences implicites des organisations internationales*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit international », 1962, p. 9.

d'autres pouvoirs, mais pas celui sur lequel porte la question, lui soient attribués dans le domaine en cause (reconnaissance d'un pouvoir implicite). On a dans les deux cas la reconnaissance de la possibilité nouvelle d'agir dans un domaine précis, que ce soit le pouvoir ou le domaine qui n'aient pas été expressément énoncés auparavant.

En outre, cette distinction ne présentera de réelle utilité que si les compétences et les pouvoirs implicites obéissent à des raisonnements dissemblables, ou si les conséquences attachées à la reconnaissance d'un pouvoir ou d'une compétence sont différentes eu égard à cette qualité.

Sur ce point, et sans anticiper sur les développements ultérieurs, il convient de souligner qu'une partie au moins des pouvoirs implicites sont admis en raison de leur nécessité à la mise en œuvre des pouvoirs exprès ou à l'accomplissement d'une mission. Le Conseil d'État, dans l'arrêt de section *Jamart* du 7 février 1936³² associe ainsi à la qualité de chef de service le « pouvoir réglementaire [...] de prendre l'ensemble des mesures nécessaires au bon fonctionnement du service ».

Il faut voir ici la reconnaissance d'un pouvoir implicite, à savoir celui de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement du service, en ce que ce pouvoir n'est énoncé nulle part. Le fondement de ce pouvoir n'est cependant pas précisé. On peut considérer qu'il reconnaît ce pouvoir réglementaire en raison de la qualité de chef de service du ministre³³, mais cela ne fait en réalité qu'éviter la question. Il faut alors ajouter que le chef de service dispose d'un tel pouvoir réglementaire car l'édition de mesures d'organisation du service apparaît nécessaire.

Or, le Conseil d'État pourra aussi fonder la reconnaissance d'une compétence implicite sur la nécessité. C'est, nous semble-t-il, ce que l'on peut déduire de l'arrêt du 12 décembre 1953, *Union nationale des associations familiales*³⁴. La loi du 5 janvier 1950 confiait à un règlement d'administration publique le soin de déterminer ses « modalités d'application, notamment en ce qui concern[ait] la technique de vaccination par le vaccin antituberculeux BCG³⁵ ». L'article 7 du décret du 9 juillet 1951 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 5 janvier 1950 énonçait : « la vaccination par le BCG (...) comporte éventuellement et dans les conditions indiquées à l'article 9 ci-dessous la séparation

32. *Rec.*, p. 172 ; *S.*, 1937, III, p. 113, note J. RIVERO ; *GAJA*, n° 48, p. 300.

33. En effet, pourquoi ce pouvoir est-il associé à cette qualité ?

34. CE, ass., *Rec.*, pp. 545-546 ; *S.*, 1954, III, p. 45, note TIXIER ; *D.*, 1954, p. 511, note ROSSILLION.

35. Loi 50-7 du 5 janvier 1950 rendant obligatoire pour certaines catégories de la population la vaccination par le vaccin antituberculeux BCG.

prophylactique des sujets, avant et après la vaccination, des milieux contagieux où ils vivent³⁶ », l'article 9 imposant une séparation de deux mois des personnes vivant dans un milieu contagieux avant la vaccination, celles-ci pouvant alors se voir admises dans des établissements spécifiques.

Le Conseil d'État va considérer que : « la séparation prophylactique du sujet du milieu contagieux où il vit est une mesure indispensable pour garantir l'efficacité et l'innocuité de la vaccination ; qu'elle doit donc être regardée comme faisant partie intégrante de la technique de la vaccination ». Le juge administratif entend donc d'une manière très extensive la « technique de vaccination », permettant au Gouvernement de prendre des mesures « susceptibles de porter atteinte à la liberté individuelle et à l'exercice des droits de puissance paternelle ». Or, pour étendre la compétence du Gouvernement, le juge invoque le caractère « indispensable » de la mesure en cause, caractère étayé, il est vrai, par les avis conformes de l'Académie nationale de médecine et du Conseil permanent d'hygiène sociale. C'est là encore sur l'idée de nécessité, ou du moins sur une idée très proche, que se fonde le Conseil d'État.

Dans les deux cas, c'est la nécessité qui constitue le véritable motif de la reconnaissance du pouvoir et de la compétence implicites, et il paraît difficile d'établir en quoi la distinction entre compétence et pouvoir implicites pourrait aider à la compréhension du raisonnement suivi par le juge.

De telles réserves pourraient, quoi qu'il en soit, être évitées en recourant au concept plus large d'habilitation, tel que l'a théorisé G. TUSSEAU. Avec pour volonté d'appréhender l'ensemble des énoncés habilitant, cet auteur estime qu'« une norme d'habilitation inclut quatre éléments : un acteur, une action, un champ d'application et un champ de réglementation déterminé par le principe *lex superior*. À la réunion de ces quatre éléments, la norme d'habilitation confère la signification qu'une norme est produite »³⁷. Si l'on englobe compétence et pouvoir dans le terme plus vaste d'habilitation, il faut entendre les « pouvoirs implicites » au sens large comme une extension du champ de l'habilitation, à savoir le champ d'application et le champ de réglementation, de l'acteur.

36. Décret n°51-953 du 9 juillet 1951 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'art. 7 de la loi 50-7 du 5 janvier 1950 rendant obligatoire pour certaines catégories de la population la vaccination par le vaccin antituberculeux BCG.

37. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris : Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006, pp. 306-307.

Pourtant, il nous semble que l'expression « pouvoirs implicites » soit préférable. Certes, le pouvoir est alors entendu très largement, mais cette opinion a pour avantage de faire référence à une théorie connue. La réception et l'utilisation de cette théorie en droit administratif français étant l'objet de cette étude, nous avons décidé, en dépit de sa relative imperfection, de la conserver.

II. Difficultés et méthode envisagée

Il est fréquent, ainsi que nous l'avons fait, de voir dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique la première utilisation des pouvoirs implicites. Cette origine soulève la question de la transposition de la solution mise en œuvre dans l'arrêt *McCulloch v. Maryland* en droit administratif français. L'objet en est différent, puisque les pouvoirs implicites concernent la répartition des compétences entre État fédéral et États fédérés. Cette différence de structure peut en elle-même soulever des difficultés³⁸. Il s'agit en outre de déterminer l'étendue et les limites d'une compétence existante à la lueur de dispositions expresses, et non, comme ce peut être le cas en droit administratif, de fonder un pouvoir qui ne semble avoir fait l'objet d'aucune habilitation expresse. Par ailleurs, le juge américain fonde sa décision sur une interprétation de la Constitution, et plus particulièrement de la *necessary and proper clause*. Une telle clause est souvent totalement absente des cas de recours aux pouvoirs implicites dans la matière ici étudiée.

Les auteurs eux-mêmes sont alors partagés sur la mise en œuvre des *implied powers* en droit français, ou du moins sur une proximité des raisonnements des juges américains et français. J.-C. VENEZIA³⁹ et A. JENNEQUIN admettent cette parenté, la seconde soulignant que « le juge administratif transpose [...] en droit public français la théorie des pouvoirs implicites, apparue à l'origine aux États-Unis⁴⁰ ». Toutefois, G. TUSSEAU étudie séparément le cas des pouvoirs implicites, tels que mis en œuvre par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, relevant d'une nécessité pratique, du

38. « [Le] refus [de mentionner les compétences implicites en droit public français], délibéré ou non, s'explique probablement par le contexte spécifique propre au droit constitutionnel des États-Unis d'élaboration de ce concept : sa transposition ne paraissait admissible que dans le cadre de structures de type fédéral » (E. LAMBERT, « Les compétences implicites seraient-elles absentes du droit public français ? », art. préc., p. 241.)

39. J.-C. VENEZIA, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », art. préc., pp. 806-807.

40. A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif*, op. cit., p. 170.

cas du pouvoir réglementaire reconnu au chef de service, témoignant d'un raisonnement fondé sur une nécessité aléthique⁴¹. Il convient alors de se demander si l'utilisation de ces termes pour décrire les solutions dégagées par le juge administratif constitue un abus de langage ou, du moins, s'il existe une spécificité de ces solutions. Autrement dit, il faut examiner s'il pourrait exister une spécificité des « pouvoirs implicites » reconnus par le juge administratif.

À ce point s'ajoute la multitude des manifestations de la notion et les distinctions opérées en son sein par la doctrine. Ainsi, les pouvoirs implicites sont fréquemment différenciés selon les arguments mis en avant par le juge. Sitôt établie une apparente unité de la notion, celle-ci est ensuite répartie selon que le juge se fonde sur les compétences expressément attribuées, sur une analyse structurelle, sur l'interprétation des termes de l'habilitation, sur la nécessité, etc.⁴². En l'absence d'unité de la notion, il faudrait alors s'interroger sur les catégories qui pourraient se retrouver en droit administratif.

Outre une difficulté générale, liée à la définition précise de ce que pourrait être un pouvoir implicite, le sujet de l'existence de pouvoirs implicites en droit administratif soulève un problème spécifique. Là où les juges fédéraux ou internationaux rendent des décisions particulièrement argumentées, facilitant ainsi l'identification d'un recours aux pouvoirs implicites, le laconisme du juge administratif rend délicate une telle lecture. Le raisonnement n'est que rarement apparent, et il faut alors établir une grille d'analyse aussi précise que possible. L'élaboration de celle-ci impose par conséquent de déterminer les arguments soulevés par ces différents juges afin tout d'abord d'examiner leur pertinence.

De ce point de vue, les pouvoirs implicites sont fréquemment perçus comme un moyen précieux de combler les lacunes considérées comme inévitables des textes organisant les pouvoirs et compétences d'une autorité, permettant de garantir l'efficacité de ces dispositions en considérant que celles-ci peuvent être étendues. À ce titre, les pouvoirs implicites constituent en effet un élément important de justification des solutions dégagées par le juge dès lors que l'exercice d'un pouvoir ne peut être rattaché à une disposition expresse d'un texte. Ils possèdent de ce fait un

41. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation, op. cit.*, pp. 561-602.

42. Ce point sera développé dans le premier chapitre.

intérêt explicatif indéniable. Il faut cependant noter à cet égard que l'analyse des pouvoirs implicites n'est pas nécessairement développée : ils justifient la solution sans que leur utilisation elle-même soit analysée, et sans non plus que leur mécanisme soit toujours expliqué. Plus encore, le recours aux pouvoirs implicites en tant que facteur d'explication d'une solution jurisprudentielle est parfois interprété comme un pis-aller, révélateur de l'absence d'identification réellement satisfaisante du fondement d'un pouvoir reconnu par le juge⁴³.

L'étude des pouvoirs implicites en droit administratif français a, en ce sens, pour intérêt de chercher s'il est possible de dégager des règles encadrant leur exercice et, plus largement, de trouver en eux une explication de certaines solutions jurisprudentielles.

La méthode envisagée consiste alors en premier lieu à identifier les caractéristiques fondamentales de la notion et à les détacher d'un système juridique spécifique. Cela suppose évidemment que les arguments invoqués pour justifier la reconnaissance de pouvoirs implicites soient eux-mêmes distincts des contraintes propres à ce système. Il est par ailleurs nécessaire que ces arguments puissent trouver un écho pertinent en droit administratif. Autrement dit, il faut identifier la notion même de pouvoirs implicites ainsi qu'établir et étudier les raisons justifiant son utilisation en droit administratif (**Première partie**).

Une fois définie, avec autant de précision possible, la notion de pouvoirs implicites, il convient ensuite d'envisager les applications de celle-ci dans la jurisprudence administrative, en s'attachant d'une part à la variété de ses mises en œuvre et, d'autre part, aux raisons guidant leur reconnaissance ainsi qu'aux conséquences tirées de celle-ci par le juge (**Seconde partie**).

43. « Cette recherche du fondement de la jurisprudence Ville de Paris ne peut donc être considérée comme pleinement achevée. Car il n'est d'autre fondement envisageable que la théorie des pouvoirs implicites, qui constitue peut-être davantage une manière de refuser de répondre à la question qu'une véritable réponse. » (A. NOURY, « Permis de construire, risques naturels et preuve – Remarques à propos de la décision *Ville de Paris* rendue par le Conseil d'État le 14 mars 2003 », *RFDA*, 2004, p. 355.)

La notion de pouvoirs implicites

La notion de pouvoirs implicites est fréquemment employée. Elle connaît cependant un grand nombre de définitions et de distinctions opérées en son sein. Le terme même d'« implicite » demande à être précisé, et le juge comme la doctrine identifient des pouvoirs inclus, accessoires ou ancillaires, induits ou encore impliqués. Toutes ces distinctions témoignent de la richesse du lien pouvant exister entre le pouvoir reconnu et la manifestation de volonté qui le fonde.

Une telle richesse conduit toutefois à s'interroger sur la pertinence même du recours à l'expression « pouvoirs implicites », dès lors que celle-ci recouvre en réalité des mécanismes très différents, leur seul point commun résidant dans l'idée que le pouvoir reconnu par le juge ne fait pas l'objet d'une habilitation expresse. Au-delà de la question de la délimitation des pouvoirs implicites, il faut par conséquent établir l'existence d'une unité de la notion (**Titre 1**).

Cette unité constatée, il convient ensuite de rechercher les raisons de son utilisation dans un grand nombre d'ensembles juridiques différents. Cette investigation portera alors sur les arguments invoqués à l'appui de la reconnaissance d'un pouvoir implicite et sur leur pertinence en droit administratif français (**Titre 2**).

TITRE 1.

DÉLIMITATION DE LA NOTION DE POUVOIRS IMPLICITES

Définir les pouvoirs implicites ne saurait se concevoir sans au préalable reprendre les définitions classiques de cette notion. Deux grandes lignes se distinguent parmi ces définitions : les pouvoirs implicites sont les pouvoirs nécessaires afin de garantir l'efficacité des dispositions de la norme d'habilitation ou les pouvoirs implicites sont les pouvoirs qui ne sont pas expressément prévus dans un texte.

Le *Dictionnaire de droit international public*, tant dans les définitions de la compétence implicite que dans celles du pouvoir implicite, se réfère à la nécessité. Ainsi, une compétence implicite est une « compétence reconnue à une organisation internationale sans lui être expressément attribuée par un texte, mais comme conséquence nécessaire d'une compétence expresse⁴⁴ ». De la même manière, les pouvoirs implicites sont les « pouvoirs ou droits revendiqués par un État partie à un traité ou par une organisation internationale créée par un traité, qui, n'étant pas expressément énoncés dans le traité, y sont sous-entendus parce qu'ils s'avèrent nécessaires à la réalisation des buts ou à l'exercice des fonctions expressément prévus⁴⁵ ». La nécessité est aussi utilisée concernant le droit communautaire : « à ce titre, les institutions communautaires doivent se voir reconnaître tous les pouvoirs nécessaires à la réalisation des missions qui leur ont été confiées⁴⁶ ». Enfin, selon J.-Cl. VENEZIA, « réduite à sa plus simple expression, la notion de pouvoirs implicites

44. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 216.

45. *Id.*, p. 859.

46. *Ibid.*

se résume dans le fait qu'un organe qui participe à l'activité de l'Administration doit se voir reconnaître l'ensemble des pouvoirs nécessaires à sa mission⁴⁷ ».

Ces définitions, s'intéressant principalement au lien pouvant exister entre le texte et le pouvoir reconnu, ne sont pas nécessairement partagées. Certains auteurs préfèrent privilégier une approche plus extensive. Le pouvoir implicite devient alors le pouvoir que l'on ne peut fonder sur une disposition expresse d'une norme d'habilitation. Ainsi, pour B. ROUYER-HAMERAY, les compétences implicites sont toutes les « compétences qui ne sont pas expressément données à l'organisation internationale par sa charte fondamentale ou quelque autre texte pertinent, mais dont l'existence se déduit naturellement de ces actes internationaux⁴⁸ ». En retenant une telle définition, l'auteur opte pour une conception extensive des pouvoirs implicites, comprenant les pouvoirs reconnus en raison de leur nécessité, mais aussi l'ensemble des pouvoirs admis à la suite d'une opération d'interprétation des termes de l'acte international. L'origine textuelle des pouvoirs implicites est alors privilégiée, à travers l'étude des principes mis en œuvre pour son interprétation.

Il semble par conséquent qu'adopter l'un ou l'autre des points de vue revient de prime abord à écarter ou intégrer les pouvoirs inclus, qui sont issus de certains pouvoirs à la reconnaissance d'une qualité, qui seront distingués des pouvoirs fondés sur leur seule nécessité à l'accomplissement des objectifs de la norme d'habilitation.

Les premières définitions, assises sur l'existence d'un lien de nécessité entre le texte et le pouvoir reconnu, nous paraissent plus justifiées du point de vue historique, car correspondant aux pouvoirs impliqués tels que définis dans l'arrêt *McCulloch v. Maryland*⁴⁹. La Cour suprême reconnaît en effet « le droit du Congrès d'employer les effets nécessaires à l'exécution des pouvoirs conférés au Gouvernement⁵⁰ ».

Ces définitions permettent en outre de préserver l'homogénéité de la notion de pouvoirs implicites. Enfin, une étude des exemples invoqués pour soutenir la différenciation opérée entre pouvoirs inclus et pouvoirs impliqués laisse apparaître des raisonnements très proches, invitant à considérer les pouvoirs inclus comme également fondés sur la nécessité (**Chapitre unique**).

47. J.-C. VENEZIA, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », *Le juge et le droit : Mélanges offerts à Marcel Waline*, op. cit., t. 2, p. 797.

48. B. ROUYER-HAMERAY, *Les compétences implicites des organisations internationales*, op. cit., p. 3.

49. Arrêt préc.

50. É. Zoller (trad.), *Les grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, 2010, op. cit., p. 35.

Chapitre unique

L'unité des pouvoirs implicites

La définition donnée est liée au contenu de la notion. La doctrine distingue généralement deux catégories de pouvoirs implicites. Le fondement de cette distinction va alors influencer la manière dont seront appréhendés les pouvoirs implicites. Ce chapitre portera donc tout d'abord sur ces classifications (**Section 1**), dont nous verrons par la suite qu'elles révèlent presque toutes des pouvoirs en réalité reconnus en raison de leur nécessité (**Section 2**).

Section 1. La classification doctrinale des pouvoirs implicites

La plupart des classifications distinguent les pouvoirs implicites en se fondant sur la méthode d'interprétation utilisée par le juge. Ainsi, presque classiquement, on oppose un raisonnement fondé sur la nécessité (les pouvoirs *impliqués*) à un raisonnement basé sur l'idée de pouvoirs inhérents ou inclus. Cependant, cette distinction se fonde également sur le rattachement du pouvoir au texte : les pouvoirs impliqués découlent directement des pouvoirs expressément attribués (**I**), alors que les pouvoirs inhérents ou inclus, déduits de la mission ou de la qualité de l'organe, n'ont qu'un lien médiat avec le texte (**II**).

I. Les pouvoirs impliqués

Dans sa thèse, C. BEAUGENDRE part d'une définition assez vague des compétences implicites : celles-ci se rattacheraient à une théorie des compétences implicites qui « englobe[rait] des raisonnements très divers, dont le seul point commun est qu'ils permettent de préciser les contours des compétences sur la base de données

implicitement contenues dans les textes⁵¹ ». Pour cet auteur, la théorie des compétences implicites serait née des *implied powers*, pouvoirs impliqués, utilisés par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique. En ce sens, la doctrine qui parlerait de compétences ou de pouvoirs implicites commettrait une erreur terminologique, les pouvoirs impliqués ne recouvrant que les pouvoirs « considérés comme « nécessaires » pour mettre en œuvre les compétences expresses⁵² ».

A. Un élargissement des pouvoirs fondé sur la nécessité

Les pouvoirs impliqués font l'objet d'un consensus doctrinal. Ceux-ci sont fondés sur une relation de nécessité entre les dispositions expresses du texte, plus particulièrement les dispositions d'habilitation, et le pouvoir reconnu comme impliqué (1°). Cette nécessité peut cependant connaître différentes déclinaisons (2°).

1° La nécessité, caractérisation de l'implication

La traduction littérale de *implied powers* par pouvoirs impliqués est aujourd'hui privilégiée par certains auteurs qui fondent une catégorie de pouvoirs implicites sur un mécanisme d'implication différent de l'implicite compris au sens large. Pour B. ROUYER-HAMERAY, l'implication s'entend comme un rapport « cré[ant] entre deux notions, ou deux phénomènes, étrangers l'un à l'autre, un lien qui est fonction d'une tierce notion ou d'un tiers phénomène⁵³ ». Cette tierce notion est ici la nécessité. Pour reprendre les termes de C. BEAUGENDRE : « toute compétence étant une autorisation à agir, elle inclut les moyens nécessaires à sa mise en œuvre, y compris les compétences qui ne sont pas expressément attribuées⁵⁴ ». Cette définition est finalement très proche de celle proposée par B. ROUYER-HAMERAY, et ces deux auteurs se rejoignent sur cette catégorie de pouvoirs implicites.

C. BEAUGENDRE⁵⁵ attache trois éléments aux *implied powers* reconnus par la Cour suprême des États-Unis : ceux-ci sont liés à l'une ou l'autre des compétences

51. C. BEAUGENDRE, *La notion de compétences implicites, étude de droit comparé*, thèse de droit public, Amiens : université de Picardie-Jules Verne, 2003, p. 4.

52. *Id.*, p. 15.

53. *Les compétences implicites des organisations internationales, op. cit.*, p. 59.

54. C. BEAUGENDRE, *La notion de compétences implicites, étude de droit comparé, op.cit.*, p. 35.

55. Nous ne reprendrons ici que les éléments les plus caractéristiques de l'analyse développée par C. BEAUGENDRE. Il convient également de préciser que l'auteur ne pose pas de réelle distinction entre pouvoir et compétence.

énumérées ; ils présentent une utilité pour l'exercice des compétences expresses ; enfin, ils ne doivent pas être contraires à la Constitution⁵⁶. Quant à sa justification, la théorie des compétences impliquées est liée d'une part à la notion même de compétence, d'autre part à la nature des textes.

Ainsi, pour V. CONSTANTINESCO, la compétence doit s'entendre comme « le fondement juridique de l'action des autorités publiques dans un état de droit⁵⁷ ». C. BEAUGENDRE, à partir de cette définition, estime qu'il faut ensuite déterminer l'organe à qui sera confiée cette compétence, et par suite préciser l'étendue de la compétence. La difficulté réside alors dans l'évitement des chevauchements, que l'on ait recours à la délimitation d'un champ matériel ou à une distribution fonctionnelle pour préciser cette étendue. La nature du texte attributif de compétences⁵⁸ ne saurait cependant éviter un tel désagrément : la pratique du texte aussi bien que la nécessaire évolution du contexte impose une ré-interprétation constante de sa signification. La compétence serait alors un moyen de distinguer parmi les « activités potentielles du politique⁵⁹ » celles qui peuvent être mises en œuvre de celles qui ne le peuvent pas. À cet égard, c'est également la nécessaire adaptation du texte qui permettrait de concilier l'idée que les compétences d'attribution doivent s'entendre strictement avec la théorie des compétences impliquées : la variation du contexte dans lequel est interprété le texte imposerait une relative flexibilité des compétences d'attribution⁶⁰.

De surcroît, cela n'interdit pas une certaine liberté de celui qui se voit attribuer une compétence. C. BEAUGENDRE soulève encore que, lorsque l'intervention du juge est requis, ce n'est pas pour remettre en cause le partage initial des compétences, mais pour déterminer si l'acte a bien été pris dans le champ des attributions conférées à son auteur⁶¹, ce qui témoignerait de « l'interdépendance entre la norme de compétence et la norme matérielle⁶² ».

C. BEAUGENDRE, ainsi que G. CEREXHE, soulignent tous deux la parenté entre théorie des compétences impliquées, effet utile et méthode téléologique.

56. C. BEAUGENDRE, *La notion de compétences implicites, étude de droit comparé*, op. cit., pp. 72-73.

57. V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes – contribution à l'étude de la nature juridique des communautés*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit international », 1974, p. 70.

58. En l'occurrence, dans l'arrêt *McCulloch v. Maryland*, la Constitution des États-Unis d'Amérique.

59. C. BEAUGENDRE, *La notion de compétences implicites, étude de droit comparé*, op. cit., p. 79.

60. *Id.*, p. 90.

61. *Id.*, p. 83.

62. *Ibid.*

L'effet utile vise à éviter que tout ou partie d'un texte soit dépourvu d'effet en privilégiant une interprétation permettant une application de l'ensemble de ses dispositions, partant du postulat que l'auteur n'a pu vouloir disposer inutilement. La théorie des compétences impliquées, en veillant à ce que chaque compétence expresse puisse être exercée pleinement, est considérée par C. BEAUGENDRE comme à l'origine de la notion d'effet utile. Par la suite, l'effet utile serait à son tour venu justifier l'admission de compétences impliquées⁶³.

« Le principe d'effet utile comprend ainsi une gamme de procédés d'intensité croissante dont le dernier se confond dans une large mesure avec la méthode d'interprétation téléologique.⁶⁴ » La méthode téléologique ne serait pas étrangère à la reconnaissance de compétences impliquées, en ce qu'elles témoigneraient toutes deux d'un primat du but qui guiderait l'interprétation du texte par le juge. C. BEAUGENDRE pose cependant une distinction entre la méthode téléologique, qui ne serait utilisée que pour autant que le texte à interpréter présente des dispositions obscures, et la théorie des compétences impliquées, qui serait quant à elle un parti pris du juge selon lequel toute compétence expresse nécessite pour sa mise en œuvre d'autres compétences, quand bien même les dispositions du texte attributif de compétences seraient claires.

La catégorie des pouvoirs impliqués a été également reprise en droit français. Pour A. JENNEQUIN, en vue de garantir au mieux l'efficacité des pouvoirs exprès, il importe de reconnaître à leur titulaire les pouvoirs nécessaires à cette efficacité, qui interviennent en complément des dispositions expresses. Les pouvoirs reconnus en raison de leur « implication nécessaire » sont donc un développement et un approfondissement des pouvoirs exprès⁶⁵.

Si la catégorie des pouvoirs impliqués est appréhendée de manière relativement uniforme, J.-C. VENEZIA distingue toutefois l'existence de plusieurs liens de nécessité.

2° L'indivisibilité et la relativité, déclinaisons de la nécessité

Il convient de remarquer que tous les auteurs ne fondent pas les pouvoirs impliqués sur le seul lien de nécessité existant entre ceux-ci et les pouvoirs

63. L'auteur s'appuie ici sur CJCE, 29 septembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique c/ Haute autorité de la CECA*, 8/55, *Rec.*, p. 296.

64. G. CEREXHE, *Les compétences implicites et leur application en droit belge*, *op. cit.*, p. 127.

65. *L'implicite en droit administratif*, *op. cit.*, p. 173.

expressément énoncés. J.-C. VENEZIA donne une définition différente des pouvoirs implicites, fondée exclusivement sur la nécessité : « Réduite à sa plus simple expression, la notion de pouvoirs implicites se résume dans le fait qu'un organe qui participe à l'action de l'administration doit se voir reconnaître l'ensemble des pouvoirs nécessaires à sa mission⁶⁶. » La mission remplace ici le pouvoir exprès. Il est sans doute important de relativiser cette première remarque, car l'auteur vient ensuite préciser cette première définition « simple » : les pouvoirs implicites seraient reconnus en raison de l'existence d'un lien entre eux et les pouvoirs exprès, lien qui connaîtrait trois déclinaisons : nécessité, indivisibilité et relativité, qui seront l'objet de ce développement.

La relation d'indivisibilité est liée à l'idée que si un service se voit confier l'exercice d'une activité, il doit également lui être confiées les activités accessoires de l'activité principale. Cette idée aurait guidé la solution du Conseil d'État dans son arrêt du 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre et autres*⁶⁷. Si la loi ne prévoit pas expressément la possibilité pour le ministre de réglementer l'activité de distribution des produits importés, le Conseil d'État va considérer qu'eu égard aux visées des pouvoirs accordés par les textes, à savoir le contrôle étroit de l'activité des entreprises importatrices, cette possibilité doit être reconnue, car comprise dans l'activité d'importation⁶⁸.

C'est le même esprit qui guiderait la jurisprudence relative aux activités accessoires d'une activité économique principale. Pour J.-C. VENEZIA, « le législateur a voulu le service. Il a par là même implicitement mais sûrement voulu les éléments nécessaires au service, ceux en particulier qui constituent pour lui une amélioration nécessaire ou une condition nécessaire⁶⁹ ». Le lien d'indivisibilité apparaît bien comme une déclinaison de la nécessité, puisqu'il faut l'entendre comme la qualification de celle-ci : le pouvoir est indivisible parce qu'il est lui-même nécessaire.

Dernière catégorie de lien unissant le pouvoir implicite aux dispositions expresses, la relativité est « l'idée qu'un élément ne peut être apprécié que par rapport

66. « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », art. préc., p. 795.

67. *Rec.*, p. 344 ; *RDP*, 1964, p. 1018, concl. N. QUESTIAUX ; *AJDA*, 1964, p. 440, note A. DE LAUBADÈRE.

68. « Cette activité doit être comprise comme englobant du départ à l'arrivée toutes les phases successives en lesquelles elle se décompose : réception, stockage, transformation, distribution. » (J.-C. VENEZIA, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », art. préc., p. 803).

69. *Id.*, p. 804.

à l'ensemble dont il fait partie⁷⁰ ». Relève de cette catégorie la jurisprudence selon laquelle un pouvoir réglementaire peut venir limiter une liberté dans la mesure où un texte de loi prévoit lui-même une telle limitation, l'intervention réglementaire se situant dans le prolongement de la loi.

Cette première solution sera étendue aux professions dont l'exercice est soumis à autorisation ou concession par le législateur, qui ne pourront invoquer la liberté du commerce et de l'industrie, avant d'être entendue très largement : ainsi, dans une décision du 27 novembre 1959, le Conseil constitutionnel a considéré que si l'article 34 de la Constitution réservait au législateur la détermination des principes fondamentaux concernant certaines matières, il appartient au « pouvoir réglementaire de déterminer [les règles nécessaires à la mise en œuvre de ces principes] dans le respect des dits principes fondamentaux⁷¹ ».

J.-C. VENEZIA souligne néanmoins l'existence de deux limites à cette solution : le règlement doit intervenir dans le respect des limitations législatives antérieures ; les législations antérieures doivent s'entendre des lois adoptées avant la Constitution de 1958. « Tout se passe comme si le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'État considéraient que les compétences implicites du pouvoir réglementaire sont en quelque sorte « incluses » dans les dispositions de la législation antérieure⁷². »

Il convient de rappeler que J.-C. VENEZIA commençait par définir les pouvoirs implicites comme étant l'ensemble des pouvoirs nécessaires à la mission d'un organe. Les relations d'indivisibilité et de relativité ne sont en fait que la caractérisation de cette nécessité. Le pouvoir sera nécessaire parce qu'indivisible de l'activité principale, ou au regard du système juridique dans son ensemble.

Quoi qu'il en soit, les pouvoirs impliqués répondent à deux exigences : l'existence de dispositions reconnaissant expressément des pouvoirs ou compétences et la nécessité d'étendre ces pouvoirs et compétences afin de permettre une mise en œuvre efficace de ceux-ci. Ce lien de nécessité appelle néanmoins certaines précisions. La nécessité est objectivée ; il est difficile de l'étudier sans se pencher sur son objet. Les pouvoirs impliqués et les exemples sur lesquels s'appuient les auteurs font-ils appel à une nécessité liée étroitement à une disposition précise ou, à l'inverse,

70. *Id.*, p. 805.

71. CC, décision n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959, *Proposition de loi tendant à la stabilisation des fermages*, *Rec.*, p. 57.

72. « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », art. préc., p. 808.

témoignent-ils d'une prise en compte globale de l'ensemble des pouvoirs reconnus à une entité, voire de l'ensemble des dispositions des textes sur lesquels le juge pourra se fonder ?

B. Les pouvoirs nécessaires à la mise en œuvre des compétences expresses

Pour reprendre la définition énoncée par C. BEAUGENDRE, les pouvoirs impliqués sont ceux « considérés comme « nécessaires » pour mettre en œuvre les compétences expresses⁷³ ». C'est l'existence d'une compétence expresse permettant la reconnaissance de la compétence implicite qui serait le fondement de la distinction entre les compétences impliquées et les autres compétences implicites. Or, il apparaît que la plupart des exemples utilisés par les auteurs témoignent en réalité d'un lien plutôt distendu entre les dispositions relatives aux pouvoirs exprès et les pouvoirs impliqués par elles⁷⁴. Nous envisagerons successivement le droit international (1°), puis le droit administratif français (2°), en nous appuyant sur les exemples développés par les auteurs évoqués.

1° En droit international

Dans l'affaire des *Zones franches*, la Suisse et la France demandent à la Cour permanente de Justice internationale, saisie par un compromis, l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 435 du Traité de Versailles, et notamment si celui-ci a entraîné l'abrogation ou l'obligation d'abroger les stipulations de diverses conventions internationales relatives aux zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex. Par ailleurs, les deux États demandaient dans l'article 1, alinéa 2 de ce compromis que la Cour « dès la fin de son délibéré et avant tout arrêt, impartisse aux deux Parties un délai convenable pour régir entre elles le nouveau régime desdits territoires⁷⁵ ». Les parties avaient par ailleurs fait part à la Cour de leur souhait de se voir communiquer le résultat de son délibéré de manière officieuse, afin qu'elles puissent, éclairées par la Cour sur l'interprétation à donner à l'article 435, se mettre d'accord sur un nouveau régime avant que la Cour n'ait rendu son arrêt.

73. *Id.*, p. 15.

74. L'arrêt *McCulloch v. Maryland*, reconnu par tous les auteurs comme étant la première utilisation des pouvoirs impliqués sera étudié en ce sens dans la Section 2.

75. CPJI, *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, Série A, n° 22, p. 7.

La Cour, dans l'ordonnance fixant le délai prévu à l'article 1, alinéa 2 du compromis, va se prononcer sur la possibilité de communiquer aux parties le résultat de son délibéré avant le prononcé de l'arrêt. La Cour rappelle tout d'abord que les articles 54-3⁷⁶ et 58⁷⁷ de son statut ne semblent pas lui permettre une telle communication, en ce qu'ils prévoient le secret des délibérés et la lecture publique des arrêts. B. ROUYER-HAMERAY rappelle également que l'article 14⁷⁸ du Pacte de la Société des Nations interdit à la Cour de donner un avis à la demande d'un État, cette possibilité étant réservée au Conseil ou à l'Assemblée de la Société des Nations.

La Cour va cependant écarter ces arguments textuels en rappelant tout d'abord que « le règlement judiciaire des conflits internationaux [...] n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces litiges⁷⁹ » ajoutant que la Cour doit « faciliter, dans toute la mesure compatible avec son Statut, pareil règlement direct et amiable⁸⁰ ». Ayant par ailleurs constaté que les deux États n'avaient pas réussi à élaborer un nouveau régime des zones franches en raison des divergences d'interprétation devant être tranchées par la Cour, celle-ci estime la communication de son délibéré nécessaire afin de faciliter un règlement amiable du litige, et ne serait-ce que pour donner sens au délai réclamé par les parties pour élaborer ce nouveau régime, « les clauses d'un compromis [...] [devant], si cela n'est pas faire violence à leurs termes, être interprétées d'une manière permettant à ces clauses de déployer leurs effets utiles⁸¹ ». La Cour va donc profiter du fait que les ordonnances ne sont pas soumises au même régime que les arrêts pour préciser l'interprétation qu'elle entend donner à l'article 435 alinéa 2 du Traité de Versailles.

C'est en recourant également à la nécessité que la Cour permanente de justice internationale donne compétence à l'Organisation internationale du travail pour établir une réglementation touchant accessoirement au travail patronal⁸². En effet, elle estime qu'une telle réglementation est possible si elle s'avère nécessaire au but de

76. « Les délibérations de la Cour sont et restent secrètes. »

77. « L'arrêt est signé par le Président et le greffier. Il est lu en séance publique, les agents dûment prévenus. »

78. « Le Conseil est chargé de préparer un projet de Cour permanente de justice internationale et de le soumettre aux Membres de la Société. Cette Cour connaîtra de tous différends d'un caractère international que les Parties lui soumettront. Elle donnera aussi des avis consultatifs sur tout différend ou tout point, dont la saisira le Conseil ou l'Assemblée. »

79. Ord. préc., p. 13.

80. *Ibid.*

81. *Ibid.*

82. CPJI, 23 juillet 1926, *Compétence de l'OIT pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron*, Série B, n° 13.

l'organisation, à savoir « assurer un régime de travail humain et la protection des travailleurs salariés⁸³ ».

Ces divers exemples confirment que le juge ne semble pas tant s'attacher à une ou des compétences expressément énoncées qu'à ce que l'on pourrait appeler « l'esprit » du texte, ses finalités ou les buts que l'on peut déduire de l'octroi de compétences.

2° *En droit administratif français*

A. JENNEQUIN, qui distingue entre pouvoirs impliqués et pouvoirs inhérents, voit dans les premiers un raisonnement fondé sur une « logique d'efficacité des pouvoirs exprès »⁸⁴. Pour J.-C. VENEZIA, cette relation de nécessité entre compétence expresse et compétence implicite se retrouve en droit administratif dans la jurisprudence relative à l'exercice du pouvoir réglementaire : « Pouvoir réglementaire d'application des lois [...], du chef de service [...], des ordres professionnels⁸⁵ ». Il convient de détailler ces trois cas.

En ce qui concerne le pouvoir réglementaire d'application des lois, les extensions implicites de ce pouvoir sont ainsi illustrées par la jurisprudence qui reconnaissait la possibilité pour un règlement d'administration publique d'intervenir dans le domaine législatif au-delà de la délégation consentie par le législateur pour peu que « ces innovations apparaissent indispensables pour la réalisation même des dispositions de la loi⁸⁶ ».

Pour A. JENNEQUIN, le « pouvoir impliqué d'exécution des lois » correspond en réalité à la marge de manœuvre reconnue au titulaire du pouvoir réglementaire d'application des lois dans l'exercice de ce pouvoir. Loin de se contenter d'une application servile de la loi, le titulaire de ce pouvoir peut agir de sa propre initiative et en dehors de l'habilitation législative afin de donner plein effet aux dispositions législatives.

83. *Id.*, p. 18. Le raisonnement de la Cour est ici particulièrement net : « On ne saurait concevoir que [le but des Hautes Parties contractantes] eût été d'empêcher l'OIT d'élaborer et de proposer des mesures essentielles à la réalisation de cette fin. L'Organisation s'en trouverait empêchée si elle n'avait pas compétence pour proposer, afin de protéger les travailleurs salariés, une réglementation qui, pour atteindre son but, devrait nécessairement s'appliquer dans une certaine mesure, au travail des Patrons. » (*Ibid.*)

84. *L'implicite en droit administratif, op. cit.*, p. 173.

85. J.-C. VENEZIA, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », art. préc., p. 798.

86. *Ibid.*

Ainsi, le pouvoir réglementaire peut dépasser le cadre défini par la loi, les mesures expressément prévues par le législateur. C'est le sens donné à l'arrêt *Société des pétroles Shell Berre*. Pour l'auteur, « le pouvoir d'exécuter la loi relative à l'importation de produits pétroliers implique le pouvoir de réglementer la distribution, dès lors que cela est nécessaire⁸⁷ ».

Ce pouvoir implique également la possibilité pour le titulaire du pouvoir réglementaire d'intervenir dans le domaine législatif. En effet, dans l'arrêt du 12 décembre 1953 *Confédération nationale des associations catholiques des chefs de famille*⁸⁸, le Conseil d'État reconnaît la légalité des séparations prophylactiques imposées aux personnes soumises à la vaccination antituberculeuse. Ces mesures, privatives de liberté, pouvaient être prises en raison de la dangerosité du vaccin liée au maintien de la personne dans un environnement contagieux. Un décret devant déterminer les « modalités d'application notamment en ce qui concerne la technique de la vaccination » de la loi du 5 janvier 1950 rendant obligatoire la vaccination antituberculeuse, le pouvoir réglementaire était légalement en mesure d'intervenir dans le domaine législatif afin de rendre effective cette obligation.

Reste que la Constitution de 1958, en circonscrivant l'intervention du législateur à certaines matières énoncées à l'article 34, aurait pu remettre en cause cette solution, en interdisant au pouvoir réglementaire, qu'il soit autonome ou d'application des lois, de s'immiscer dans le domaine législatif.

L'arrêt du Conseil d'État du 16 juin 1967, *Ligue nationale pour la liberté des vaccinations*⁸⁹, démontre cependant pour A. JENNEQUIN que la solution antérieure à 1958 sera maintenue, en permettant au Gouvernement d'exclure les enfants non-vaccinés des établissements scolaires afin de garantir une application effective de la loi rendant obligatoire la vaccination antipoliomyélitique.

De même, cet auteur voit dans l'arrêt *Meyet* de 1992⁹⁰ une application de cette solution. Le Conseil d'État reconnaît en effet la légalité des décrets prévoyant les modalités d'organisation du référendum portant sur la ratification du traité de Maastricht, en raison de l'absence de dispositions législatives. L'inaction du

87. *L'implicite en droit administratif*, op. cit., p. 176.

88. *Rec.*, p. 546 ; *D.*, 1954, JP, p. 511, note C. ROSSILLION.

89. CE, 16 juin 1967, *Rec.*, p. 258 ; *JCP*, 1967, II, n° 15 303, concl. Y. GALMOT ; *AJDA*, 1968, p. 166, note G. PEISER ; *RTDSS*, 1968, p. 83, note F. MODERNE.

90. CE, 10 septembre 1992, *Rec.*, p. 327, concl. D. KESSLER ; *AJDA*, 1992, p. 643, chron. C. MAUGÛE et R. SCHWARTZ ; *D.*, 1993, p. 293, note O. GOHIN ; *JCP*, 1993, I, n° 3645, obs. E. PICARD ; *LPA*, 21 octobre 1992, note T. CELERIER ; *LPA*, 26 avril 1993, note M. LASCOMBE ; *RFDA*, 1993, p. 55, note D. POUYAUD ; *RDP*, 1992, p. 1822, note A.-M. LE POURHIET.

législateur permet donc au Gouvernement d'intervenir dans le domaine de la loi. A. JENNEQUIN souligne néanmoins l'importance des enjeux en cause dans ces arrêts (santé et démocratie), expliquant ainsi l'absence d'extension de cette jurisprudence à d'autres domaines⁹¹.

Le pouvoir du chef de service correspond évidemment au pouvoir reconnu dans l'arrêt *Jamart*. Pouvoir « discret » selon J.-C. VENEZIA⁹², en raison de son effacement devant un pouvoir expressément reconnu, mais aussi en raison de ses destinataires (agents et usagers du service concerné) et de la nature des mesures prises sur son fondement (mesures d'ordre intérieur le plus souvent).

S'appuyant sur la thèse de C. WIENER, selon laquelle le pouvoir des ministres de prendre des décisions individuelles « sous-tend pratiquement et nécessairement celui de poser des règles générales⁹³ », A. JENNEQUIN estime que le pouvoir de prendre des décisions individuelles induit celui d'énoncer des règles abstraites de détermination des critères permettant l'octroi ou la mise en œuvre de décisions individuelles. Il est cependant important de noter que, pour elle, le pouvoir réglementaire « issu de l'induction du pouvoir de prendre des décisions individuelles⁹⁴ » n'est pas rattaché aux pouvoirs impliqués, mais aux pouvoirs inhérents. « Si les textes ne confient expressément au ministre qu'un pouvoir de prendre des actes individuels, il serait néanmoins illogique de censurer l'exercice d'un pouvoir réglementaire qui ne fait que mettre en évidence le travail de rationalisation préalable à toute décision individuelle⁹⁵. »

L'auteur relève que, dans un arrêt de section, le Conseil d'État estime que si un décret prévoit la détermination par arrêté interministériel d'une liste d'entreprises, il autorise les ministres compétents à établir les catégories d'entreprises désignées⁹⁶. Ce pouvoir est également étendu aux collectivités locales, un arrêt du 5 octobre 1998 considérant que les communes ayant passé une convention avec les organismes d'HLM et disposant ainsi d'un pouvoir de proposition des candidats éligibles à

91. *L'implicite en droit administratif, op. cit.*, p. 180.

92. « Les pouvoirs implicites en droit administratif », art. préc., p. 800.

93. C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, Paris : LGDJ, 1970, p. 130.

A. JENNEQUIN reprend dans ses développements la distinction établie par C. WIENER entre les pouvoirs reconnus « sur la base d'une induction du pouvoir de prendre des décisions individuelles » (C. WIENER, *id.*, p. 141) et ceux qui se situent « dans le prolongement du pouvoir de prendre des décisions individuelles » (A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif, op. cit.*, p. 182).

94. A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif, op. cit.*, p. 182.

95. *Ibid.*

96. CE, sect., 23 mars 1945, *Union syndicale des ouvriers et ouvrières métallurgiques et similaires de la région parisienne et Fédération des ouvriers des métaux et similaires de France*, *Rec.*, p. 61.

l'attribution d'un tel logement : « ont la faculté de définir, par voie de dispositions de portée générale, les orientations ou les règles sur la base desquelles elles entendent formuler ces propositions, à condition, toutefois, qu'aucune atteinte ne soit portée par ces dispositions à l'ensemble des prescriptions législatives et réglementaires en vigueur⁹⁷ ». De même, l'autorité qui a pris une décision a le pouvoir de contrôler que ces conditions sont maintenues, afin de justifier le maintien de la décision.

Le pouvoir de prendre des décisions individuelles fonde encore un pouvoir d'élaboration des règles de procédure encadrant la prise de décision. Les règles de procédure permettent à la fois de garantir l'efficacité de l'action administrative et de protéger le citoyen de l'arbitraire⁹⁸, c'est donc en toute logique que celui qui est habilité à prendre des mesures individuelles se voit par là même autorisé à « compléter par voie réglementaire le cadre à l'intérieur duquel seront prises [ces] mesures⁹⁹ ».

Enfin, dernière manifestation des pouvoirs implicites reconnus en raison de l'existence d'un lien de nécessité avec le pouvoir exprès, le pouvoir réglementaire des conseils de l'ordre est lui considéré comme « plus redoutable [...] dans la mesure où il est de nature à imposer des sujétions aux libertés des citoyens dans la personne du professionnel¹⁰⁰ ». Trois éléments viennent néanmoins limiter ce pouvoir : il faut que l'ordre dispose d'un pouvoir réglementaire ; les pouvoirs implicites ne sont reconnus que dans la mesure où ils sont nécessaires au respect des principes du code de déontologie ; le juge lui-même effectuera un contrôle poussé de ces mesures¹⁰¹.

Les pouvoirs impliqués sont fréquemment présentés comme témoignant d'un rapport direct avec le texte. Néanmoins, s'ils sont le plus souvent rattachés à une compétence expresse, l'efficacité de la norme d'interprétation est fréquemment évaluée au regard d'une économie d'ensemble du texte, voire du système. Or, une telle évaluation est normalement l'un des fondements de la distinction entre les

97. CE, 5 octobre 1998, *Commune de Longjumeau, Rec.*, tables, p. 768.

98. A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif, op. cit.*, p. 184. L'auteur s'appuie ici sur les démonstrations de G. ISAAC (*La procédure administrative non-contentieuse*, Paris : LGDJ, 1968).

99. C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres, op. cit.*, p. 185.

100. J.-C. VENEZIA, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », art. préc., p. 801.

101. « Même dans les hypothèses où un pouvoir réglementaire a été délégué à cet ordre, [le Conseil d'État] entend [...] exercer sur les mesures prises au titre de ce pouvoir un contrôle identique à celui qu'il exerce en matière de police. » (*Ibid.*)

pouvoirs impliqués et les pouvoirs déduits de la nature juridique ou de la mission de l'organe.

II. Les pouvoirs déduits de la nature juridique ou de la mission de l'organe

Selon les auteurs étudiés, les pouvoirs implicites ne sauraient se résumer aux seuls pouvoirs impliqués : le juge ne consacre pas toujours des pouvoirs ou compétences implicites en raison du seul rapport de nécessité qui existerait entre ces pouvoirs et les pouvoirs et compétences expressément énoncés. Le juge sera parfois amené à dépasser ceux-ci et à se référer au texte pris dans son ensemble et non plus seulement en ce qu'il attribue certaines possibilités d'agir, afin de dégager une structure, une qualité ou une mission à laquelle il attachera certaines compétences.

Reste que cette qualité ou cette mission peut ne pas être explicitement énoncée. Il y a alors deux étapes dans le raisonnement : en premier lieu, le juge va dégager celle-ci, considérant qu'elle est induite par le texte (**A**), avant d'en déduire certains pouvoirs ou compétences (**B**).

A. L'induction de la nature juridique ou de la mission de l'organe

Le juge, devant se prononcer sur l'étendue des compétences d'une entité, va dans un premier temps chercher à déduire du texte les qualités de cette entité (**1°**). Dans le même ordre d'idées, le juge pourra se fonder sur l'ensemble du texte pour en dégager certaines missions étendues. Nous reprendrons là encore les exemples présentés par les auteurs à l'appui de la distinction évoquée (**2°**).

1° La qualité juridique induite par les textes

B. ROUYER-HAMERAY évoque tout d'abord¹⁰² l'avis de la Cour permanente de justice internationale du 28 août 1928 relatif à l'*interprétation de l'Accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926*¹⁰³ qui en est une première illustration. La Convention pour l'échange des populations grecques et turques, créant une Commission du même nom

102. B. ROUYER-HAMERAY, *Les compétences implicites des organisations internationales*, op. cit., p. 28.

103. CPJI, 28 août 1928, *Interprétation de l'Accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926*, Série B, n° 16.

est signée le 30 janvier 1923. Le 1^{er} décembre 1926, un Accord gréco-turc octroie des compétences supplémentaires à la Commission. Au sein de celle-ci apparaît un différend relatif à ces nouvelles attributions. Or, l'article 4 de l'Accord prévoit que « les questions de principe présentant quelque importance et qui pourraient surgir au sein de la Commission mixte à l'occasion des attributions nouvelles que lui confère l'Accord [...] seront soumises à l'arbitrage du président du Tribunal arbitral gréco-turc ».

Cet article fait l'objet d'interprétations différentes de la part des représentants grecs et turcs : pour ces derniers, une décision de la Commission est nécessaire afin de pouvoir saisir l'arbitre alors que les premiers estiment que seuls les deux États parties à l'Accord peuvent recourir à l'arbitrage du président du Tribunal gréco-turc, indépendamment de toute décision de la Commission.

La Cour permanente de justice internationale commence tout d'abord par examiner la structure de la Commission : elle relève que celle-ci est composée de onze membres nommés, quatre par la Turquie, quatre par la Grèce et trois membres désignés par la Société des Nations. Par ailleurs, l'article 12 alinéa 4 de la Convention du 30 janvier 1923 prévoit que : « les décisions de la Commission mixte seront prises à la majorité des voix ». La Cour en déduit l'indépendance des membres de la Commission, ainsi que leur vote individuel, constatation étayée par les procès-verbaux des délibérations de la Commission.

La Cour se penche ensuite sur les attributions de la Commission. Outre des fonctions administrative et normative, la Convention prévoit (article 12 alinéa 5) que « Toutes les contestations relatives aux droits, biens et intérêts à liquider seront réglées définitivement par elle. » La Commission a par conséquent des attributions juridictionnelles, fonction encore renforcée par les pouvoirs qui lui sont attribués par l'Accord du 1^{er} décembre 1926. L'indépendance de ses membres et une partie de ses fonctions permettent donc à la Cour de considérer que la Commission bénéficiera des attributs d'une juridiction, ce qui permettra ensuite à la Cour d'en préciser les attributions.

Dans son avis du 11 juillet 1950, *Territoire du Sud-Ouest africain*¹⁰⁴, la Cour internationale de justice va également procéder à une analyse du statut de ce territoire

104. CIJ, 11 juillet 1950, *Statut international du Sud-Ouest africain*, Rec., 1950, pp. 128-219. Il s'agit là du second exemple évoqué par B. ROUYER-HAMERAY (*Les compétences implicites des organisations internationales*, op. cit., p. 31).

pour en déduire la qualité d'organe de surveillance de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies. Suite au Traité de Versailles, l'Allemagne perd ses possessions coloniales. Néanmoins, les signataires du Pacte de la Société des Nations ne souhaitent pas que ces territoires accèdent à l'indépendance, considérant que les populations de ceux-ci sont incapables de se gouverner. Le système du mandat est alors créé pour répondre à deux principes : la non-annexion de ces territoires par les puissances occidentales et la nécessité d'œuvrer pour le bien-être de leurs habitants, ce dernier principe répondant à une « mission sacrée de civilisation ». Ce Mandat prévoit notamment l'exercice d'une tutelle sur les populations du territoire, exercée au nom de la Société des Nations, ainsi qu'un contrôle du mandataire par cette organisation. Un mandat pour les territoires du Sud-Ouest africain est confié au Gouvernement de l'Union sud-africaine.

Ce dernier considère que la fin de la Société des Nations a mis un terme au mandat, en raison de la disparition du mandant. La Cour, pour contredire cette thèse, rejette toute analogie entre le Mandat international et le mandat de droit interne, en raison de son but¹⁰⁵ et de son régime : outre la surveillance de la Société des Nations, tout membre de cette organisation pouvait saisir la Cour permanente de justice internationale d'un différend relatif à l'interprétation et à la mise en œuvre du mandat. Par ailleurs, le juge soutient que le mandat justifiait les prérogatives du Gouvernement de l'Union sur le Territoire du Sud-Ouest africain ; si le mandat a disparu, alors ces prérogatives ne peuvent plus être exercées. Le maintien des pouvoirs du Gouvernement de l'Union sud-africaine suppose qu'ont été maintenues les obligations liées au mandat.

La Cour relève l'existence de deux types d'obligations fondées sur l'article 22 du Pacte¹⁰⁶ : les obligations liées à la mission de civilisation et celles liées aux garanties pour l'accomplissement de cette mission, à savoir liées « au mécanisme de mise en œuvre et [...] étroitement liées à la surveillance et aux fonctions de contrôle de la

105. « Le Mandat a été créé, dans l'intérêt des habitants du Territoire et de l'humanité en général, comme une institution internationale à laquelle était assigné un but international : une mission sacrée de civilisation. » (Avis préc., p. 132.)

106. « Les principes suivants s'appliquent aux colonies et territoires qui, à la suite de la guerre, ont cessé d'être sous la souveraineté des États qui les gouvernaient précédemment et qui sont habités par des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne. Le bien-être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation, et il convient d'incorporer dans le présent Pacte des garanties pour l'accomplissement de cette mission. »

Société des Nations¹⁰⁷ ». Les premières, en raison de leur caractère¹⁰⁸, n'ont pu disparaître avec la Société des Nations.

La Cour se penche alors sur les garanties liées à l'accomplissement de cette mission : elle relève que la surveillance est intrinsèquement liée au régime du Mandat, ainsi qu'à celui de la Tutelle prévue par les chapitres X, XI et XII de la Charte des Nations unies : « [Les] droits des peuples ne sauraient être efficacement garantis sans contrôle international et sans l'obligation de soumettre des rapports à un organe de contrôle¹⁰⁹. » La Cour doit alors déterminer, en l'absence de décision explicite de la Société des Nations, qui s'est vu confier la mise en œuvre de cette obligation. S'appuyant sur la résolution du 18 avril 1946 déjà citée, et se fondant sur une analogie entre le régime des tutelles et celui des mandats, la Cour reconnaît la qualité d'organe de surveillance des mandats à l'Assemblée générale des Nations unies, la compétence de celle-ci pouvant se rattacher à l'article 10 de la Charte : « L'Assemblée générale peut discuter toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre de la présente Charte ou se rapportant aux pouvoirs et fonctions de l'un quelconque des organes prévus dans la présente Charte, et, sous réserve des dispositions de l'article 12, formuler sur ces questions ou affaires des recommandations aux Membres de l'Organisation des Nations unies, au Conseil de sécurité, ou aux Membres de l'Organisation et au Conseil de sécurité. »

Là encore, la qualité d'organe de surveillance permettra la reconnaissance d'un certain nombre d'attributions.

2° Les missions induites par la structure du texte

C. BEAUGENDRE relève également, au sein de ce qu'il appelle les « pouvoirs structurels », deux catégories de pouvoirs fondés sur une approche globale du texte : le juge va prendre en compte une « structure », dégagée par induction, ou inférée de ses éléments constitutifs. C'est sur la méthode utilisée pour dégager cette structure que repose la distinction utilisée par C. BEAUGENDRE entre pouvoirs résultants et pouvoirs inhérents.

107. Avis préc., p. 133.

108. « Ces obligations représentent l'essence même de la mission sacrée de civilisation. À tous égards leur raison d'être et leur objet primitif demeurent. Comme leur exécution ne dépendait pas de l'existence de la Société des Nations, ces obligations ne pouvaient devenir caduques pour la seule raison que cet organe de surveillance avait cessé d'exister. » (*Ibid.*)

109. *Id.*, p. 137.

Les premiers, d'origine américaine, sont inférés « à partir d'un ensemble de dispositions expresses¹¹⁰ ». Ceux-ci auraient été utilisés pour la première fois dans un arrêt de 1828, *American Insurance Company v. Canter*¹¹¹. Le litige est relativement complexe : suite au naufrage d'un navire de marchandises le long des côtes de Floride, alors simple territoire des États-Unis, la Cour de Key West indemnise les personnes ayant porté secours au navire en les autorisant à récupérer une partie de la marchandise, en vertu d'une loi adoptée par la législature territoriale de Floride. M. Canter acquiert ainsi un lot de balles de coton. Les assureurs du navire et ceux de la marchandise saisissent la Cour de district de Caroline du Sud, qui prive M. Canter d'une partie des balles de coton qui lui avaient été allouées. Les assureurs et M. Canter interjettent appel devant la Cour de circuit, qui donne raison à M. Canter. L'affaire est portée devant la Cour suprême.

Le problème soulevé est de savoir si la Cour de Key West était compétente pour rendre une décision dans cette affaire, problème lui-même lié au statut du territoire de Floride. La Cour va alors se fonder sur l'article I, section 8, [11]¹¹² et l'article II, section 2, [2]¹¹³, qui reconnaissent respectivement le pouvoir du Congrès de déclarer la guerre et le pouvoir du Président de conclure des traités avec l'approbation du Sénat. La Cour en déduit que le Gouvernement fédéral bénéficie du pouvoir d'acquérir des territoires, qui implique lui-même le droit de gouverner.

La primeur de l'utilisation des pouvoirs inhérents revient également à la Cour suprême des États-Unis d'Amérique. Celle-ci va déduire l'existence d'une compétence implicite ni d'une compétence expresse, ni d'un ensemble de compétences, mais du « sens [...] donn[é] à un certain nombre de notions¹¹⁴ ». C. BEAUGENDRE relève principalement deux notions ayant servi de socle à la découverte de ces compétences : la nation et la souveraineté.

La première a ainsi été utilisée dans un arrêt *Knox v. Lee*¹¹⁵, rendu en 1871, pour reconnaître la constitutionnalité de lois fixant la valeur des billets émis par la banque fédérale, les *Legal Tenders Acts*. M. Lee, résident de Pennsylvanie, possédait un

110. *Id.*, p. 283.

111. 26 U.S. 511.

112. « Le Congrès aura le pouvoir [...] de déclarer la guerre. » Trad. É. ZOLLER, *op. cit.*, p. 871.

113. « [Le Président] aura le pouvoir, sur l'avis et avec le consentement du Sénat, de conclure des traités. » Trad. É. ZOLLER, *id.*, p. 874.

114. C. BEAUGENDRE, *La notion de compétences implicites, étude de droit comparé, op. cit.*, p. 298.

115. 12 Wall. 457, 565 (1871).

troupeau de moutons au Texas qu'il avait laissé en charge à l'un de ses bergers. Ce troupeau, au moment où éclate la guerre de Sécession, est confisqué par les confédérés et vendu à M. Knox. À la fin de la guerre, M. Lee poursuit M. Knox en vue d'obtenir un dédommagement en raison de la perte de son troupeau et obtient gain de cause. M. Knox conteste alors le calcul de l'indemnité, tenant à l'évolution du taux de conversion des *greenbacks*. Il invoque l'inconstitutionnalité d'un acte adopté par le Congrès remettant en cause les relations contractuelles passées entre particuliers.

Pour C. BEAUGENDRE, la Cour suprême va reconnaître la constitutionnalité des *Legal Tenders Acts* en s'appuyant sur la qualité de nation. Les États-Unis étant un gouvernement national, ils ont compétence pour prendre toutes les lois qui intéressent directement l'ensemble des États. « Cette interprétation lui permet de conférer au Gouvernement fédéral des compétences qui ne sont ni contenues dans la liste des compétences énumérées, ni susceptibles d'être présentées comme impliquées par cette liste¹¹⁶. »

La souveraineté, quant à elle, sera utilisée conjointement avec la nation, dans un arrêt de 1936, *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*¹¹⁷. Des marchands d'armes, notamment la société Curtiss-Wright, sont condamnés pour avoir essayé de commercer avec la Bolivie en dépit d'un embargo résultant d'une déclaration du Président prise en application d'une déclaration des deux chambres du Congrès, toutes deux en date du 28 mai 1934. La société conteste cette condamnation, considérant que la délégation du Congrès en faveur du Président résultant de la déclaration était invalide.

Le juge distingue ici entre les questions internes et les questions internationales. Les premières ont fait l'objet d'une répartition entre États fédérés et État fédéral, mais cette répartition ne concerne justement que les pouvoirs détenus par les États fédérés. Or, la Cour estime que ceux-ci n'ont jamais possédé individuellement de compétences internationales. Par conséquent, les États ne pouvaient déléguer à l'État fédéral des pouvoirs qui ne leur appartenaient pas. Pour la Cour, ces pouvoirs ont toujours appartenu aux anciennes colonies prises dans leur ensemble¹¹⁸. Si la

116. C. BEAUGENDRE, *La notion de compétences implicites, étude de droit comparé, op. cit.*, p. 301.

117. 299 U.S. 304 (É. ZOLLER (trad.), *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, éd. bilingue anglais-français, Paris : PUF, 2000, pp. 457-466).

118. « Dans la mesure où les colonies se sont séparées de la Grande-Bretagne en tant que colonies unies, les pouvoirs de souveraineté externe sont passés de la Couronne, non aux colonies prises

Constitution mentionne certaines compétences internationales, elle ne les mentionne pas toutes, et ces pouvoirs absents de la Constitution appartiennent pourtant nécessairement aux États-Unis « en tant que membre de la famille des nations¹¹⁹ », faute de quoi ils « ne seraient pas pleinement souverains¹²⁰ ». La Cour suprême ne pourrait donc s'appuyer sur des règles qui ne sauraient concerner que les compétences internes pour juger de l'exercice des compétences internationales.

Pour A. JENNEQUIN, les pouvoirs implicites peuvent répondre à une « logique d'efficacité des missions ». Ce second type de pouvoir se rapproche des pouvoirs structurels tels que définis par C. BEAUGENDRE, et plus particulièrement des pouvoirs résultants : le juge, dans un premier temps, va déduire des dispositions expresses du texte une mission dévolue à l'organe, avant de lui reconnaître les pouvoirs nécessaires à la réalisation de sa mission. Pour A. JENNEQUIN, ce raisonnement en deux temps a permis de reconnaître un ensemble de « pouvoirs de réglementation inhérents à la mission de chef¹²¹ », ainsi qu'un « pouvoir de prestation inhérent à la mission de création de services publics¹²² ». Ainsi, pour ne prendre que cet exemple, le chef de l'État, puis le Premier ministre, en tant que chef, ont la « mission d'assurer l'ordre public et le bon fonctionnement des services publics¹²³ ».

Une fois précisées les qualités ou les missions d'une autorité, le juge en déduit l'existence d'un certain nombre de pouvoirs ou compétences.

B. La déduction de pouvoirs de la nature juridique ou de la mission de l'organe

« La qualité juridique d'un organisme correspond toujours à une notion juridique; et toute notion comporte des propriétés essentielles¹²⁴. » Le juge estime ainsi que les rédacteurs d'un texte, en conférant une qualité juridique, ont accepté l'ensemble des

individuellement, mais aux colonies prises dans leur capacité collective et sociétaire en tant qu'États-Unis d'Amérique. » É. ZOLLER (trad.), *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, 2000, *op. cit.*, p. 460.

119. *Id.*, p. 462.

120. *Ibid.*

121. A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif*, *op. cit.*, p. 188.

122. *Ibid.*

123. *Id.*, p. 195.

124. B. ROUYER-HAMERAY, *op. cit.*, p. 26.

droits et obligations attachés à cette qualité, partant, lui ont reconnu les compétences « incluses dans ladite qualité comme faisant corps avec elle »¹²⁵.

Dans l'avis *Interprétation de l'Accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926*, la Cour permanente de justice internationale va ainsi s'appuyer sur un « principe suivant lequel, en règle générale, tout organe possédant des pouvoirs juridictionnels a le droit de se prononcer lui-même, et en premier lieu, sur l'étendue de ses attributions dans ce domaine¹²⁶ ». La Commission possédant des attributions juridictionnelles, c'est donc elle, et elle seule, qui peut décider si les conditions prévues à l'article 4 du Protocole final de l'Accord du 1^{er} décembre 1926 sont remplies, notamment la condition prévoyant que seules « les questions de principe présentant quelque importance » seront soumises à l'arbitrage du président du Tribunal gréco-turc.

La Cour européenne des droits de l'homme utilise elle aussi ce rapport d'inclusion. Alors même que l'article 52 stipule : « L'arrêt de la Cour est définitif » et l'article 27-1 b) : « La Commission ne retient aucune requête introduite par application de l'article 52, lorsque [...] elle est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Commission », la Cour va estimer qu'elle est compétente pour se saisir d'un recours en révision. En effet, l'article 54 de son règlement énonce les conditions de la saisine pour un tel recours (fait inconnu lors du prononcé de l'arrêt de nature à exercer une influence décisive; saisine par les parties ou la Commission) ainsi que la procédure applicable. Pour B. ROUYER-HAMERAY, la Cour inclut dans sa qualité de juridiction la compétence de réviser un arrêt, qu'on ne saurait lui dénier sans disposition expresse¹²⁷.

Enfin, dans les arrêts *Lawless*¹²⁸, cet auteur estime que la Cour utilise un rapport d'« inclusion indirecte, ou médiate¹²⁹ », la Cour fondant certaines compétences de la Commission européenne des droits de l'homme (possibilité de communiquer des éléments du rapport, de faire état des observations du requérant sur le rapport) sur le caractère contradictoire de la procédure suivie devant elle; ce caractère étant lui-même déduit de la qualité d'organe judiciaire reconnue à la Cour.

Dans l'avis *Statut international du Sud-Ouest africain*, la Cour internationale de justice va également associer certaines prérogatives à l'Assemblée générale des

125. *Id.*, p. 27.

126. Avis préc., p. 20.

127. *Op. cit.*, p. 35.

128. CEDH, 14 novembre 1960, *Lawless*, Rec., Série A, n° 1.

129. *Id.*, p. 39.

Nations unies en raison de sa qualité d'organe de surveillance du Mandat. Ainsi, l'article 7 du Mandat prévoyait que tout changement dans son régime supposait l'approbation de la Société des Nations, autrement dit l'organe chargé de la surveillance de ce Mandat. Comme cette qualité a été reconnue à l'Assemblée des Nations unies, la Cour estime que celle-ci est compétente pour approuver d'éventuelles modifications¹³⁰.

Du pouvoir d'acquérir de nouveaux territoires, la Cour suprême, dans l'arrêt *American Insurance Co. v. Canter*, va déduire la possibilité pour le Gouvernement fédéral de mettre en place certaines institutions. La Floride a été cédée par l'Espagne aux États-Unis par le traité du 2 février 1819, et le Congrès dans un acte de 1822, amendé en 1823, a institué une législature en Floride, ainsi qu'un système juridictionnel. Cet acte était lui-même pris sur le fondement de l'article IV, section 3, (2) de la Constitution¹³¹. La décision de la Cour de Key West, rendue par un tribunal compétent se fondant sur un acte pris par une autorité compétente, est donc confirmée.

C. BEAUGENDRE insiste ici particulièrement sur le fondement de la capacité des États-Unis à gouverner un territoire, que la Cour déduit de l'article I, section 8, (11) et de l'article II, section 3, (2). Ce sont bien deux compétences expresses qui fondent une troisième compétence implicite.

Dans l'arrêt *Curtiss v. Wright*, la Cour suprême s'est appuyée sur la qualité des États-Unis, nation souveraine, pour reconnaître au Gouvernement fédéral l'ensemble des compétences internationales, et surtout pour distinguer leur exercice de celui des compétences internes. Si les délégations du Congrès sont soumises à certaines restrictions, en raison du fait que le pouvoir législatif est dévolu exclusivement au Congrès, ces restrictions ne sauraient s'appliquer aux questions internationales. La Cour suprême va même faire du Président le principal détenteur des compétences internationales de l'Union. De la même manière, dans l'arrêt *Chae Chan Ping v.*

130. En outre, la Cour s'appuie sur une analogie entre le régime des mandats et celui des tutelles : « D'autre part, pour substituer au Système du Mandat le Régime international de Tutelle, les articles 79 et 85 de la Charte exigent un Accord de Tutelle conclu par la Puissance mandataire et approuvé par l'Assemblée générale. Ces articles donnent également à l'Assemblée générale le pouvoir d'approuver toutes modifications ou amendements aux Accords de Tutelle. On peut admettre par analogie que la même procédure est applicable pour une modification au statut international du Territoire sous Mandat dont l'objet ne serait pas de le placer sous Régime international de Tutelle. » (Arrêt préc., pp. 141-142.)

131. «Le Congrès aura le pouvoir de disposer du territoire ou de toute autre propriété appartenant aux États-Unis, et de faire à ce sujet toutes lois et tous règlements nécessaires. » Trad. E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 876.

United States, la Cour va lier à la qualité de nation le pouvoir d'interdire l'accès au territoire.

La distinction entre pouvoirs impliqués et pouvoirs déduits d'une qualité ou d'une mission s'appuie essentiellement sur deux arguments : un rapport différent aux textes et une utilisation de la nécessité propre aux pouvoirs impliqués. Or, le rapport d'implication peut également témoigner d'une appréhension d'ensemble du système, ainsi que nous l'avons illustré. En outre, l'ensemble des pouvoirs et compétences implicites repose sur l'invocation de leur nécessité. Cela constituera l'objet de la seconde section.

Section 2. La nécessité, dénominateur commun des pouvoirs implicites

Si la nécessité est au cœur de l'implication, il apparaît à l'étude de l'ensemble des catégories déterminées par la Doctrine que celle-ci gouverne en réalité la reconnaissance de la très grande majorité des pouvoirs considérés comme implicites. L'idée qu'un organe doit se voir confier tous les pouvoirs nécessaires à sa propre efficacité transcende les distinctions opérées par les auteurs. La nécessité est donc l'argument avancé pour justifier la reconnaissance des pouvoirs implicites, quelle que soit par ailleurs la méthode utilisée par le juge pour les reconnaître (I). La nécessité n'existe pas en tant que telle, mais réclame un objet, comme nous le verrons dans un second paragraphe (II).

I. La nécessité, justification de la reconnaissance de l'ensemble des pouvoirs implicites

Que le juge reconnaisse un pouvoir implicite en se référant à la mission ou à la qualité de l'organe qui en sera le bénéficiaire, que cette mission soit expressément énoncée ou qu'elle soit déduite des dispositions expresses d'un texte, il s'appuie toujours sur la nécessité. Il existe certes une certaine diversité : la nécessité va parfois servir à mettre à jour la qualité ou la mission, elle pourra parfois emprunter un caractère purement logique (on ne saurait reconnaître tel point sans par ailleurs

admettre telle conséquence), mais cette diversité n'est pas rattachée à la méthode du juge, ni même à l'objet de la nécessité. En effet, la nécessité est utilisée tant pour justifier les pouvoirs reconnus en vertu d'une mission (A), que ceux inférés de la qualité d'une autorité (B).

A. Les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement d'une mission

L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, *Parlement c/ Conseil*, du 22 mai 1990¹³², va se rapporter à la structure du système communautaire et aux missions de chacune des institutions pour accepter un recours non prévu par les textes. Le Parlement, consulté par le Conseil sur un projet de règlement fondé sur l'article 31 du Traité CEEA¹³³, demande à ce que lui soit proposée une nouvelle mouture, fondée sur l'article 100 A du Traité CEE¹³⁴, ce qui lui aurait permis de participer plus étroitement à l'élaboration de cet acte. La Commission ne modifie pas le projet et le règlement est adopté sur la base de l'article 31 du Traité CEEA, ce qui amène le Parlement à introduire un recours en annulation. La Commission soulève une exception d'irrecevabilité, s'appuyant sur l'arrêt du 27 septembre 1988, *Parlement c/ Conseil*¹³⁵ dans lequel la Cour refusait au Parlement la qualité pour agir en annulation, se fondant sur l'article 155 du traité qui « attribue[rait] plus spécialement à la Commission la responsabilité de veiller au respect des prérogatives du Parlement et d'introduire à cet effet les recours en annulation qui se révéleraient nécessaires¹³⁶ ». Le Parlement défend la recevabilité du recours, estimant qu'un élément nouveau était apparu : la Commission aurait ici clairement démontré qu'elle n'était pas capable de défendre les prérogatives du Parlement, notamment quand « elle a[urait] fondé sa proposition sur une base autre

132. CJCE, 22 mai 1990, *Parlement européen c/ Conseil des Communautés européennes*, C-70/88, *Rec.*, p. 2067.

133. « Les normes de base sont élaborées par la Commission, après avis d'un groupe de personnalités désignées par le Comité scientifique et technique parmi les experts scientifiques des États membres, notamment parmi les experts en matière de santé publique. La Commission demande sur les normes de base ainsi élaborées l'avis du Conseil économique et social. / Après consultation de l'Assemblée, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission qui lui transmet les avis des Comités recueillis par elle, fixe les normes de base. »

134. « Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission en coopération avec le Parlement européen et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. »

135. CJCE, 27 septembre 1988, *Parlement européen c/ Conseil des Communautés européennes*, 302-87, *Rec.*, p. 5637.

136. *Id.*, § 27.

que celle considérée comme appropriée par le Parlement¹³⁷ ». La Cour reconnaît que le Traité ne permet pas d'assurer de manière certaine une garantie efficace des prérogatives du Parlement.

La Cour va alors s'attacher à la structure de la Communauté et à l'équilibre institutionnel : chacune des institutions a sa propre mission et doit « exercer ses compétences dans le respect de celles des autres¹³⁸ ». La Cour doit elle-même assurer le maintien de cet équilibre : s'il existe une « lacune procédurale, [...] elle ne saurait prévaloir à l'encontre de l'intérêt fondamental qui s'attache au maintien et au respect de l'équilibre institutionnel défini par les traités constitutifs des Communautés européennes¹³⁹ ». La Cour déclare recevable un recours en annulation du Parlement sous réserve que celui-ci vise à la sauvegarde de ses prérogatives et soit fondé uniquement sur la violation de celles-ci.

La reconnaissance de cette possibilité au Parlement est certes liée à la structure institutionnelle, mais le juge ne tire pas cette possibilité directement de celle-ci. C'est en raison de la nécessité de garantir le respect des prérogatives du Parlement que la Cour, elle-même chargée d'« assurer le contrôle juridictionnel du respect des prérogatives du Parlement », déclare recevable un tel recours.

Le « structuralisme » ne semble donc pas étranger à l'idée de nécessité. L'arrêt du 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*¹⁴⁰, relatif à l'Accord européen sur les transports routiers témoigne d'une approche structurelle : la Cour fait référence au « système » général du droit communautaire ou du traité¹⁴¹ et à « l'ordre juridique communautaire¹⁴² ». Deux questions étaient posées : la Communauté peut-elle conclure des engagements internationaux dans le domaine du transport routier ? Les États peuvent-ils encore conclure individuellement des traités avec des États tiers dans un domaine transféré à la Communauté ?

De la personnalité juridique de la Communauté, la Cour va déduire la capacité à conclure des engagements internationaux. C'est en vue de protéger les règles communes que les États membres ne peuvent conclure des traités qui risqueraient d'y porter atteinte. En effet, la « Communauté est seule en mesure d'assumer et

137. CJCE, 22 mai 1990, *Parlement européen c/ Conseil des Communautés européennes*, préc., § 6.

138. *Id.*, § 22.

139. *Id.*, § 26.

140. CJCE, 31 mars 1971, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil des Communautés européennes*, 22-70, *Rec.*, p. 264.

141. *Id.*, § 12 et 15.

142. *Id.*, § 18.

d'exécuter, avec effet pour l'ensemble du domaine d'application de l'ordre juridique communautaire, les engagements contractés à l'égard d'États tiers ». Cela permet à la Cour d'énoncer qu'il est impossible de séparer les compétences internes des compétences externes de la Communauté. La politique de transport fait l'objet d'une politique commune, y compris pour les transports en provenance ou à partir des États membres, la Communauté peut donc conclure des engagements internationaux dans cette matière.

La Cour va plus loin encore lorsqu'elle refuse aux États membres la possibilité de traiter avec les États tiers dans les domaines qui ont fait l'objet de dispositions communes. En effet, le Traité leur impose de « s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation de [ses] objectifs¹⁴³ ». La Cour en déduit que les États ne peuvent « prendre des engagements susceptibles d'affecter les [règles communautaires arrêtées pour réaliser les objectifs du Traité] ou d'en altérer la portée¹⁴⁴ ». C'est donc bien la nécessité de préserver les règles communes qui fonde à la fois la capacité internationale de la Communauté, mais aussi l'interdiction faite aux États de contracter des engagements internationaux.

L'avis de la Cour internationale de Justice sur le Statut du Sud-Ouest africain nous semble révélateur d'une démarche similaire, bien que la Cour se fonde sur la qualité d'organe de surveillance du Mandat pour reconnaître certaines compétences. Il n'y a ainsi pas à proprement parler de rapport direct de nécessité entre cette qualité et les pouvoirs qui ont été confiés à l'Assemblée générale des Nations unies. En effet, la Cour, ainsi qu'il a déjà été dit, se réfère au régime du Mandat. Elle relève que la Société des Nations, organe de surveillance, devait autoriser les modifications au Mandat. L'Assemblée des Nations unies a donc hérité de la compétence en même temps que de la qualité, raisonnement étayé par une analogie entre Mandat et Tutelle. La nécessité n'est pourtant pas absente du raisonnement du juge, en ce qu'elle va fonder la reconnaissance de la qualité.

La Cour appuie la différence qu'elle opère entre mandat de droit interne et mandat international sur le but poursuivi par le second : « Le Mandat a été créé, dans l'intérêt des habitants du Territoire et de l'humanité en général, comme une institution internationale à laquelle était assigné un but international : une mission sacrée de

143. *Id.*, § 21.

144. *Id.*, § 22.

civilisation. Il n'est donc pas possible de tirer une conclusion par analogie des notions de mandat en droit interne¹⁴⁵. »

La perpétuation du Mandat et donc des obligations nées de celui-ci est liée, au moins pour partie, à l'éminence de cette mission. Ainsi, les obligations relatives à l'administration du territoire représentent l'essence de cette mission sacrée, et on ne saurait les faire dépendre de l'existence de la Société des Nations. C'est afin de s'assurer de la réalisation de ce but que la surveillance du Mandat a été instituée¹⁴⁶. La surveillance demeure nécessaire¹⁴⁷, d'autant plus que l'article 80 de la Charte des Nations unies¹⁴⁸ prévoit la perpétuation des droits des peuples, et notamment, selon l'interprétation de la Cour, les droits des peuples des territoires placés sous mandat. « Or, ces droits des peuples ne sauraient être efficacement garantis sans contrôle international et sans l'obligation de soumettre des rapports à un organe de contrôle¹⁴⁹. »

La mission déduite, le juge va appuyer la reconnaissance de pouvoirs sur leur nécessité afin de permettre l'accomplissement de cette mission. La nécessité est également invoquée pour justifier les pouvoirs fondés sur la qualité reconnue à une autorité.

B. Les pouvoirs intrinsèquement liés à la qualité de l'autorité

La possibilité de communiquer au requérant individuel son rapport, en tant qu'il est « directement intéressé à la procédure qui se déroule devant la Cour », reconnue à la Commission européenne des droits de l'homme par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 novembre 1960, nous semble également fondée sur un rapport de nécessité. Pour B. ROUYER-HAMERAY, la Cour se fonde sur le fait qu'elle est un organe judiciaire, et que cette qualité entraîne une procédure contradictoire et

145. Arrêt préc., p. 132.

146. « Les rédacteurs du Pacte ont eu la pensée que, pour assurer effectivement l'accomplissement de la mission sacrée de civilisation confiée à la Puissance mandataire, il importait de soumettre à une surveillance internationale l'administration des territoires sous Mandat. » (*Id.*, p. 136.)

147. « La nécessité d'une telle surveillance subsiste en dépit de la disparition de l'organe de contrôle prévu pour les Mandats. » (*Ibid.*)

148. « À l'exception de ce qui peut être convenu dans les accords particuliers de tutelle conclus conformément aux articles 77, 79 et 81 et plaçant chaque territoire sous le régime de tutelle, et jusqu'à ce que ces accords aient été conclus, aucune disposition du présent Chapitre ne sera interprétée comme modifiant directement ou indirectement en aucune manière les droits quelconques d'aucun État ou d'aucun peuple ou les dispositions d'actes internationaux en vigueur auxquels des Membres de l'Organisation peuvent être parties. »

149. Arrêt préc., p. 137.

publique¹⁵⁰, pour reconnaître cette compétence, induite de manière médiate, à la Commission¹⁵¹.

Toute idée de nécessité est-elle pourtant absente de l'arrêt ? Le rapport d'induction est-il le seul fondement de cette compétence ? On pourrait d'abord objecter que c'est parce que la communication de ce rapport au requérant est nécessaire au respect du principe du contradictoire que la Cour autorise la Commission à le communiquer. C'est ce que sous-entend peut-être la Cour lorsqu'elle considère que « les autres documents de la procédure ne peuvent être publiés [...] qu'en vertu d'une autorisation expresse de la Cour, mais que cette dernière disposition ne saurait faire échec au caractère contradictoire de la procédure ».

D'autres éléments de la décision sont pour le moins troublants. Le principe du contradictoire ne saurait revêtir qu'un caractère absolu : il doit être respecté en tout état de cause. Par conséquent, nous ne savons que penser d'un principe du contradictoire où un élément intrinsèque au respect de ce principe ne serait communiqué à une personne « directement intéressé[e] à la procédure » que lorsque cela serait jugé utile¹⁵². C'est pourtant ce qu'énonce la Cour : « La Commission a la faculté de communiquer au requérant [...] son rapport ou partie de ce rapport ou un sommaire de ce rapport chaque fois que pareille communication lui paraît utile. »

Cette idée d'utilité nous semble devoir appeler deux remarques complémentaires. Tout d'abord, l'objet de l'utilité n'est pas énoncé. L'utilité pourrait ainsi se rapporter au respect d'une procédure contradictoire, cette faculté étant reconnue à la Commission sur ce fondement. Ensuite, l'idée d'utilité n'est pas forcément très éloignée de l'idée de nécessité, si l'on s'en tient du moins à l'arrêt *McCulloch v. Maryland*, où le Chief Justice MARSHALL estimait que le caractère nécessaire d'une chose impliquait qu'elle devait être « pratique, essentielle ou utile à une autre¹⁵³ ».

À la lumière de ces éléments, il semble effectivement exister un rapport d'implication. C'est en ce que la communication du rapport, et dans cette mesure, est utile au respect du principe du contradictoire que la Commission se voit reconnaître cette faculté. Pareillement, c'est parce que cela est utile au respect de ce principe que la Commission peut faire état des observations du requérant¹⁵⁴. Le raisonnement de la

150. « La procédure devant un organe judiciaire doit avoir un caractère contradictoire et public ».

151. *Op. cit.*, pp. 38-39.

152. Le terme anglais est *appropriate*.

153. Arrêt préc., p. 141.

154. On soulignera d'ailleurs que dans l'arrêt *Lawless* n° 3, du 1^{er} juillet 1961, la Commission ne fait pas état des observations du requérant lorsqu'elle conclut à la violation de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle n'y fait référence que lorsqu'elle se prononce dans le sens du

Cour semble en deux temps : la qualité d'organe judiciaire inclut le respect du principe du contradictoire ; ce principe implique que la Commission se voit reconnaître les pouvoirs utiles à son respect. On pourrait presque dire que si ce rapport d'implication n'existait pas, la Commission ou ne pourrait communiquer ce rapport, le requérant n'étant pas considéré comme une partie, ou devrait le faire systématiquement, le requérant étant assimilé à une partie. L'utilisation du rapport d'implication permet ainsi une plus grande souplesse.

La solution dégagée dans l'avis du 28 août 1928 par la Cour permanente de Justice internationale n'est pas non plus étrangère à l'idée d'efficacité de la Commission mixte, dont le juge estime qu'elle doit guider sa solution. La Cour relève que l'Accord gréco-turc vise à faciliter l'application des dispositions du Traité de Lausanne¹⁵⁵. L'interprétation du Protocole doit donc être conforme à cet esprit, et entendu comme facilitant le travail de la Commission mixte¹⁵⁶. C'est la raison pour laquelle la Cour refuse d'accorder la possibilité de saisir le Président du Tribunal gréco-turc à un État membre ou aux membres de la Commission, individuellement ou en groupe, car cela ne ferait qu'aboutir à « entraver la bonne marche des travaux de la Commission et à causer des retards dans l'exécution de la tâche qui lui incombe¹⁵⁷ ». Les attributions juridictionnelles de la Commission ne sont pas suffisantes pour justifier le fait qu'elle soit la seule qui puisse se prononcer sur sa compétence ; l'inclusion n'est donc pas le fondement unique de cette compétence. Ici encore, le juge va privilégier l'interprétation qui permet une action efficace, essentielle ou nécessaire eu égard à l'esprit du texte.

De la même manière, les pouvoirs inhérents n'excluent pas que le juge se fonde sur la nécessité pour reconnaître une compétence ou un pouvoir implicite. Dans l'arrêt *Knox v. Lee*, outre l'idée que la Nation puisse être le fondement du pouvoir du Congrès à prendre toutes lois intéressant l'ensemble des États ne soit véritablement développée que dans une opinion individuelle¹⁵⁸, le raisonnement de la Cour paraît

gouvernement irlandais.

155. Avis préc., p. 19.

156. « Il s'ensuit, de l'avis de la Cour, que la restriction apportée par ledit article aux attributions générales de la Commission mixte ne saurait constituer une entrave à l'exécution par celle-ci du rôle important à elle attribué, mais doit être interprétée de manière à rendre plus facile et plus rapide la marche des travaux de cet organe : la rapidité de la Commission mixte doit donc être considérée comme un élément essentiel de sa tâche » (*id.*, p. 24).

157. *Id.*, p. 26.

158. Opinion du juge BRADLEY.

s'inscrire dans la droite ligne de l'arrêt *McCulloch v. Maryland*. Ainsi, le juge STRONG considère, après avoir retracé la jurisprudence relative à la *necessary and proper clause*, que le Congrès a été amené à prendre les *Legal Tender Acts* en raison des besoins du Gouvernement fédéral liés à la Guerre de Sécession¹⁵⁹. Certes, d'autres moyens auraient pu être mis en œuvre, mais cela ne prouve, selon lui, rien d'autre sinon que le Congrès a le choix des moyens. Il n'appartient pas au juge de remettre en cause ces choix, sans quoi il exercerait le pouvoir législatif.

L'arrêt *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*¹⁶⁰ énonce que l'« Union [tient] ses pouvoirs internationaux de la nature de la souveraineté¹⁶¹ ». La Cour suprême ne pouvait lier ces compétences internationales aux pouvoirs énumérés ou impliqués par ceux-ci sans appliquer aux déclarations du Congrès et du Président les limitations relatives aux délégations législatives. La Cour doit donc chercher un autre fondement. Lier ces compétences à la notion de souveraineté permettait de s'affranchir des règles relatives au pouvoir législatif interne. Cependant, c'est encore, semble-t-il, la nécessité qui va amener le juge à reconnaître ces compétences au Gouvernement fédéral. Le juge souligne que l'Union possède « les pouvoirs de déclarer et conduire la guerre, de faire la paix, de conclure des traités, de maintenir les relations diplomatiques avec les autres souverains¹⁶² ». Ceux-ci sont attribués par le texte. Mais une telle attribution n'était pas nécessaire, car ils sont « les corollaires obligés de l'existence d'une nation¹⁶³ ». Les attributions de l'Union sont même plus étendues, car il faut y ajouter tous les pouvoirs dont disposent les autres États sur le plan international : « En tant que membre de la famille des nations, les États-Unis ont dans ce domaine des droits et des pouvoirs égaux à ceux des autres membres de la famille internationale¹⁶⁴. » C'est donc parce que cette reconnaissance et ces pouvoirs sont nécessaires à la souveraineté internationale qu'ils sont reconnus. Certes, il n'y a pas ici un raisonnement identique à celui utilisé pour reconnaître un pouvoir impliqué, mais ces raisonnements entretiennent cependant des relations étroites. La

159. « *It was at such a time and in such circumstances that Congress was called upon to devise means for maintaining the army and navy, for securing the large supplies of money needed, and, indeed, for the preservation of the government created by the Constitution.* » (« L'époque et les circonstances étaient telles que le Congrès a été appelé à concevoir des moyens pour entretenir l'armée et la marine, pour assurer la levée des sommes supplémentaires requises et, bien sûr, pour sauvegarder la pérennité du gouvernement établi par la Constitution. » Nous traduisons.)

160. Arrêt précité.

161. É. ZOLLER (trad.), *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 457.

162. *id.*, p. 462.

163. Arrêt préc., É. ZOLLER (trad.), *id.*, p. 462. Le texte anglais dit : « *necessary concomitants of nationality* » (nous soulignons).

164. *Ibid.*

nécessité a bien un objet différent : dans un cas, le pouvoir vise à garantir l'effectivité d'une compétence expresse ; dans un autre, à garantir l'effectivité d'une notion dégagée du texte. Cependant, c'est toujours la nécessité qui fonde le pouvoir. Le juge dégage une notion, une qualité et, de la même manière que tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice d'une compétence seront considérés comme impliqués par le texte, tous les pouvoirs nécessaires à cette qualité seront reconnus.

Lorsque le juge va par la suite étudier les pouvoirs du Président en ce domaine, c'est également l'idée d'efficacité qui va primer. Sa liberté d'action résulte selon le juge de la volonté d'assurer le succès des entreprises internationales et d'éviter des « embarras » car le Président est, dans les faits, le plus à même de décider en matière internationale car le mieux informé : « Il a ses sources confidentielles d'information. Il a ses agents en la personne des fonctionnaires diplomatiques, consulaires et autres. Le secret qui couvre l'information recueillie par ceux-ci peut être hautement nécessaire et une divulgation prématurée de cette information peut produire des résultats dommageables¹⁶⁵. »

La nécessité réclame un objet. Ainsi qu'il a déjà été dit, les pouvoirs implicites sont les « pouvoirs nécessaires à » des éléments divers : pouvoirs exprès, missions, effectivité d'une certaine qualité, etc. Le point commun de tous ces éléments est qu'ils sont toujours tirés, plus ou moins immédiatement, du texte lui-même.

II. Une nécessité objectivée

A. JENNEQUIN le reconnaît : « Derrière cette hétérogénéité apparente des applications de la théorie des pouvoirs implicites se profile toutefois une unité. Ces traductions correspondent en effet toutes à l'impératif plus général d'efficacité de la norme d'habilitation¹⁶⁶ ».

Ce rapport du pouvoir implicite au texte en est également l'une des bornes. Le pouvoir reconnu par le juge en raison d'une interprétation littérale des termes du texte ne peut être qu'explicite, quand bien même cette interprétation serait particulièrement extensive. Il faut alors envisager les pouvoirs implicites comme les pouvoirs reconnus en vue de garantir l'efficacité du texte (A). La recherche de cette efficacité permet

165. *Id.*, p. 464.

166. A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif*, *op. cit.*, p. 205.

également de les distinguer des pouvoirs que le juge reconnaîtra en vertu d'une interprétation, certes extensive, mais littérale, des termes d'un texte (B).

A. Des pouvoirs nécessaires à l'efficacité du texte

Les catégories utilisées par la doctrine s'attachent pour l'essentiel à la méthode utilisée par le juge pour reconnaître les pouvoirs implicites. Cela amène la plupart du temps les auteurs à distinguer les pouvoirs impliqués, qui sont pour l'essentiel définis comme les pouvoirs nécessaires à l'exercice des compétences expresses, des autres pouvoirs implicites. C'est cette seconde catégorie; ainsi que nous avons pu le voir, qui présente le plus de diversité. Le juge tire ces pouvoirs de l'ensemble du texte, ou de sa structure, ou du regroupement de plusieurs dispositions, ou de l'esprit de celui-ci, ou bien encore des qualités ou des missions du titulaire du pouvoir implicite, missions ou qualités qui seront elles-mêmes déduites de l'ensemble du texte ou de son esprit.

Cependant, ainsi qu'il a été dit dans ce chapitre, ces pouvoirs sont la plupart du temps eux-mêmes reconnus par le juge en raison de leur nécessité. Certes, cette nécessité a des objets différents selon que le pouvoir est « impliqué », inclus dans la qualité de juridiction ou encore nécessaire à l'exercice d'une mission déduite des dispositions expresses, mais elle correspond toujours, pour reprendre les termes d'A. JENNEQUIN, à la même « logique d'efficacité ». Distinguer les pouvoirs impliqués des autres pouvoirs en raison de la méthode utilisée par le juge nous semble assez peu opportun, car finalement assez éloigné de la démarche de celui-ci. Ainsi, les pouvoirs nécessaires à l'exercice d'un pouvoir exprès sont de même nature que ceux nécessaires à l'exercice d'une mission. Après tout, les pouvoirs exprès sont eux-mêmes reconnus afin de permettre la mise en œuvre d'une mission ; reconnaître les pouvoirs impliqués par ces pouvoirs exprès est donc reconnaître des pouvoirs nécessaires à l'exercice de la mission pour laquelle l'auteur du texte a accordé les pouvoirs.

La distinction est elle-même malaisée entre ce qui sera le fondement de la décision du juge, et entre pouvoir exprès et mission. Ainsi, la « technique de vaccination », dont les modalités d'application doivent être édictées par un règlement d'administration publique, permet au Gouvernement de prendre toutes les mesures

pour garantir l'efficacité de la vaccination¹⁶⁷. Plus le pouvoir, ou l'interprétation de ce pouvoir, est large, plus il s'apparente à une « mission ». Dans l'arrêt *McCulloch v. Maryland*, le juge MARSHALL établit une distinction entre un « grand pouvoir, substantiel et indépendant » et un pouvoir subordonné. Le pouvoir de créer une société « n'est jamais une fin en vue de laquelle d'autres pouvoirs sont exercés, mais un moyen par lequel d'autres buts sont réalisés ». Les compétences expressément reconnues, qui pourraient s'apparenter aux missions de leur possesseur, supposent pour leur réalisation un vaste ensemble de compétences subordonnées, en tant qu'elles seraient les moyens de la réalisation des compétences les plus larges. Le juge va-t-il adopter un raisonnement différent selon que le pouvoir est nécessaire à l'efficacité d'une mission expressément attribuée ou qu'il est utile à la mise en œuvre d'un large pouvoir ? Cela arrive sans doute parfois, mais souligner le rapprochement entre pouvoirs et missions permet de nuancer l'intérêt d'une distinction qui ne correspond que partiellement à la démarche du juge.

De même, le juge peut, bien que se fondant sur des pouvoirs exprès, appréhender le texte dans son ensemble. L'arrêt *McCulloch v. Maryland*, qui est l'exemple originel utilisé pour illustrer la reconnaissance d'un pouvoir impliqué ne semble guère se plier à cette exigence. Si la possibilité de créer une banque fédérale et ses succursales est dans cet arrêt liée à l'article I, section 8, [1], à savoir le pouvoir fiscal du Congrès, la Cour suprême ne rattache pas le pouvoir de créer une société à une disposition unique de la Constitution. Au contraire, celui-ci paraît se rattacher à une multitude de pouvoirs expressément énumérés. « Il est raisonnable de dire qu'un gouvernement investi d'aussi grands pouvoirs^[168], de la juste exécution desquels dépendent tellement le bonheur et la prospérité de la nation doit aussi se voir investi d'amples moyens pour les exercer. Les pouvoirs ayant été donnés, c'est l'intérêt de la nation d'en faciliter l'exécution. Il ne peut jamais être de son intérêt [...] d'entraver et de gêner l'exécution des pouvoirs en refusant les moyens les plus appropriés. À travers cette vaste république, [...] des deniers publics doivent être collectés et dépensés, des armées doivent avancer et être entretenues. [...] [La Constitution] ne professe pas d'énumérer les moyens par lesquels les pouvoirs qu'[elle] confère peuvent être

167. CE, 12 décembre 1953 *Confédération nationale des associations catholiques des chefs de famille*, préc.

168. « Les pouvoirs importants de lever et percevoir des taxes, de faire des emprunts, de réglementer le commerce, de déclarer et diriger une guerre, et de lever et d'entretenir des armées et une marine. » (Trad. É. ZOLLER, *McCulloch v. Maryland*, *op. cit.*, p. 33.)

exécutés, pas plus qu'[elle] n'empêche la création d'une société si l'existence d'un tel organe est essentiel à l'exercice bénéfique de ces pouvoirs¹⁶⁹. » De même, le juge, lorsqu'il souligne l'utilité d'une société, ne lie pas celle-ci uniquement au « pouvoir de lever l'impôt¹⁷⁰ » mais aussi au pouvoir « de l'utiliser à des fins fédérales¹⁷¹ ».

Il semble donc qu'on puisse également rattacher le pouvoir de créer une société aux [12]¹⁷² et [13]¹⁷³ de la section 8 de l'article I de la Constitution, voire à l'ensemble des pouvoirs du Congrès qui, pour être exercés, demandent que soient engagées des dépenses.

Enfin, la création d'une banque est considérée par la Cour suprême comme un moyen de garantir l'indépendance de l'Union : « Il n'y a pas dans la Constitution la moindre trace d'une intention de rendre le gouvernement de l'Union dépendant des États pour l'exécution des grands pouvoirs qui lui ont été cédés. Les moyens qui lui sont donnés sont en rapport avec les fins qui sont assignées et c'est seulement sur ces moyens qu'on s'attend à le voir s'appuyer pour réaliser les fins qui sont les siennes. Lui imposer de recourir à des moyens qu'il ne peut contrôler, qu'un autre gouvernement pourrait donner ou retirer, rendrait son action précaire, obérerait le résultat des mesures prises, et créerait une dépendance envers d'autres gouvernements qui pourrait contrecarrer ses desseins les plus importants et qui est incompatible avec la rédaction de la Constitution¹⁷⁴. »

Le pouvoir de créer une société, y compris celui de créer une banque, ne semble donc pas se rattacher expressément à l'une des dispositions expresses du texte, mais est bien plutôt fondé sur l'ensemble des pouvoirs reconnus au Congrès, en tant qu'il serait un moyen utile pour exercer ces pouvoirs. Ainsi, pour reprendre les termes d'É. ZOLLER, « l'Union devait être regardée comme ayant le pouvoir de créer une banque tout simplement parce que le bien public l'exigeait¹⁷⁵. » Certes, il faut le reconnaître, bon nombre de pouvoirs impliqués sont reconnus car nécessaires à la mise en œuvre d'une compétence expresse du Congrès, tels que les pouvoirs consacrés dans le cadre de la *Commerce Clause*, mais ce rattachement du pouvoir implicite à l'une ou l'autre des compétences énumérées semble en réalité plutôt lâche.

169. *Ibid.*

170. *Ibid.*

171. *Ibid.*

172. « De lever et d'entretenir des armées » (trad. É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, 2010, p. 871).

173. « De créer et d'entretenir une marine de guerre » (trad. É. ZOLLER, *ibid.*).

174. Arrêt préc., *id.*, p. 40.

175. « Le réalisme dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 147.

La théorie des pouvoirs résultants, qui les distingue des pouvoirs impliqués en ce que le juge déduirait un pouvoir implicite d'un ensemble de pouvoirs exprès, ne semble alors qu'une variante des pouvoirs impliqués, sans que l'on puisse établir une véritable différence de nature.

B. Une définition limitée aux pouvoirs nécessaires à l'effectivité du texte

Une chose est implicite quand elle n'est pas expressément formulée. Autrement dit, pour qu'une chose B soit implicite, il faut qu'elle entretienne un rapport logique à A, et non qu'elle soit A. Si elle est A, il n'y a rien d'implicite. Lorsque l'on énonce un ensemble, il va de soi que l'on désigne tous les éléments de cet ensemble, à moins d'en écarter expressément certains¹⁷⁶. Certes, le juge, en retenant telle ou telle définition, peut être amené à étendre le texte au-delà de son objet initial ; pour autant, il n'y a pas de ce fait même pouvoir implicite, en ce que le raisonnement du juge ne consiste pas à « lire entre les lignes » du texte, mais à travailler sur ses termes mêmes. C'est la raison pour laquelle les pouvoirs reconnus exclusivement en raison de leur inclusion dans les termes mêmes des textes d'habilitation, dernière catégorie dégagée par B. ROUYER-HAMERAY, ne peuvent pas être considérés comme étant des pouvoirs implicites.

Cet auteur rappelle qu'en raison du principe de spécialité¹⁷⁷, les organisations internationales ne sauraient avoir que des compétences d'attribution. Cette attribution découle des termes des chartes qui les créent. Si la plupart des mots ont un sens clair, des problèmes peuvent cependant surgir en raison de la rédaction des traités dans plusieurs langues, de l'évolution du langage, voire de l'apparente simplicité d'un terme. L'analyse littérale n'est pas, contrairement aux apparences, une interprétation systématiquement et absolument synonyme de fidélité à la volonté de l'auteur du traité ou de la charte¹⁷⁸.

176. Admettre le contraire reviendrait à dire que dès que le juge fait application du syllogisme juridique, il y a implicite.

177. « Même si le besoin commun est d'ordre politique (ONU, Conseil de l'Europe), les États ne s'aliènent pas à l'institution, par un transfert intégral de compétences : ils ne reconnaissent aux organes sociétaires que des pouvoirs déterminés à certaines fins. Ce principe de spécialité commande la capacité juridique des personnes morales, en droit interne et international. » (R.-J. DUPUY, *Le droit international*, 12^e éd., Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 2001, p. 91)

178. L'auteur souligne qu'« il existe un danger inhérent à l'idée d'un sens objectif, qui peut toujours diverger d'avec les acceptions effectives du même mot dans un texte donné. / Mais il faut voir que dans bien des cas, le sens du mot est fonction d'un cadre général de pensée, de systèmes idéels ou idéologiques, de conceptions ou de positions intellectuelles. Partant, que cette méthode de l'analyse littérale, qui paraît à première vue la plus exacte, peut laisser place à des interprétations véritablement créatrices » (B. ROUYER-HAMERAY, *Les compétences implicites des organisations internationales*, op.

L'auteur donne de multiples exemples, nous nous contenterons ici d'en reprendre une partie brièvement. Dans l'avis consultatif du 11 juillet 1950, *Territoire du Sud-Ouest africain*, la Cour internationale de justice, se prononçant sur la compétence de l'Assemblée générale à surveiller le titulaire d'un mandat, considère que l'article 10 de la Charte de l'Organisation des Nations unies « qui autorise l'Assemblée générale à discuter toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre de la Charte »¹⁷⁹ énonce une compétence très large de l'Assemblée, qui « n'a d'autres limites que la compatibilité de l'espèce en cause et du cadre de la Charte »¹⁸⁰.

L'avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale du 12 août 1922 porte sur la compétence de l'Organisation internationale du travail à examiner des questions relatives à l'agriculture¹⁸¹. La question se posait alors de savoir si le terme industrie, employé parfois dans la partie XIII du Traité de Versailles, excluait ces questions particulières. Se fondant sur les sens des termes « travail » et « industrie », la Cour estime que ceux-ci incluent le travail agricole. L'Organisation est donc compétente.

Le 8 décembre 1927, cette même Cour doit se prononcer sur la compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla¹⁸², et notamment délimiter les compétences de la Commission et celles des autorités roumaines. Selon B. ROUYER-HAMERAY, la Cour reconnaît, à travers une définition large de la navigation, la compétence de la Commission pour régler tout « mouvement des navires en tant que partie de leur voyage [y compris] la navigation dans un port ». La Commission est aussi compétente, en raison de sa mission de veiller à l'égalité des pavillons, pour exercer une surveillance des autorités roumaines concernant l'exercice des pouvoirs réglementaires et juridictionnels.

Ainsi qu'il a déjà été dit, l'implicite suppose que l'élément reconnu tel ne soit pas énoncé expressément. Reste que l'interprétation des termes peut être extensive ; certains termes peuvent être susceptibles d'interprétations variées. La délimitation entre implicite et explicite est donc délicate.

L'implicite demande cependant que soit effectuée une opération de déduction, ou d'induction, à partir des termes de l'énoncé. Autrement dit, l'interprète se fonde sur le

cit., p. 43).

179. Avis préc., p. 137.

180. B. ROUYER-HAMERAY, *op. cit.*, p. 45.

181. CPJI, 12 août 1922, *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture*, *Rec.*, Série B, n° 2.

182. CPJI, 8 décembre 1927, *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla*, *Rec.*, Série B, n° 14.

texte, mais en y ajoutant un élément non-présent au départ. Une telle opération ne nous semble pas être utilisée lorsque le juge reconnaît un pouvoir parce qu'inclus dans les termes des chartes fondamentales. En effet, l'inclusion dans les termes de la charte fondamentale suppose que le juge se contente d'interpréter le texte pour comprendre le sens à donner aux termes, et non que le juge se livre à une opération de déduction pour voir si, malgré l'absence dans les termes d'un pouvoir, celui-ci n'en est pas une conséquence nécessaire.

Certes, on pourrait objecter que toute interprétation suppose nécessairement l'implicite. Dès lors qu'il y a choix entre deux ou plusieurs interprétations, c'est que l'ensemble des interprétations possibles étaient implicitement contenues dans le texte. Le juge a à choisir entre ces différentes interprétations implicitement contenues. Quand bien même, ceux-ci ne nous semblent pas être des pouvoirs implicites : lorsque la CPJI énonce que le travail inclut le travail agricole, elle se fonde sur la définition du terme travail : le travail comprend le travail agricole car le travail est notamment le travail agricole¹⁸³. À cet égard, il nous semble important de rappeler que, dans son avis du 12 août 1922, la Cour permanente de justice internationale estime que « la question se réduit forcément à celle de savoir quel est le sens exact des termes mêmes du Traité », qui semble exclure l'idée d'une démarche constructive du juge.

Le raisonnement par inclusion dans la solution donnée à la question de la délimitation des compétences entre la Commission européenne du Danube et les autorités roumaines est par ailleurs assez proche de l'implication nécessaire. Tout d'abord, la Cour fait référence à ses développements précédents : « la Commission européenne est chargée d'assurer la liberté de la navigation, c'est-à-dire la libre circulation des navires¹⁸⁴ ». Cela permet au juge d'évacuer l'idée d'un partage territorial des compétences, en tant qu'« il serait inconcevable que la compétence territoriale de la Commission européenne fût interrompue par des secteurs de port exclusivement soumis à l'autorité territoriale ». Autrement dit, il serait inconcevable que la Commission ne soit pas compétente sur l'ensemble du fleuve entre Galatz et Braïla.

183. C'est, il nous semble, aussi le cas de l'interprétation de la « clause de commerce ». Le juge MARSHALL s'appuie sur une définition large du commerce, mais il n'ajoute rien à cette définition large.

184. Arrêt préc., p. 62.

Le raisonnement du juge est-il ici sensiblement différent d'un raisonnement par implication ? En effet, si le partage territorial des compétences est *inconcevable*, c'est parce que les mesures prises par la Commission en vue d'assurer la libre circulation pourraient être écartées par les autorités roumaines si elles étaient compétentes sur certaines portions du fleuve. La libre circulation pourrait donc ne plus être assurée. Autrement dit, il est *nécessaire* que la Commission soit compétente sur l'ensemble du fleuve pour pouvoir assurer la liberté de navigation. Il est ainsi possible de dire qu'en l'espèce, le raisonnement par inclusion n'est pas utilisé exclusivement pour la reconnaissance de pouvoirs implicites.

Ceci posé, la Commission va opérer un partage des compétences eu égard aux fonctions exercées par les autorités roumaines et la Commission européenne. La Cour va, selon B. ROUYER-HAMERAY, reconnaître un pouvoir inclus, se fondant sur le sens du terme navigation. La navigation va ainsi être définie comme étant « tout mouvement des navires en vue de l'accomplissement de voyages¹⁸⁵ ». « C'est là la définition même de la navigation; et l'on doit englober sous ce terme tout mouvement d'un navire qui fait partie de son voyage, où qu'il se place, depuis l'appareillage jusqu'à l'amarrage ou au mouillage¹⁸⁶. » Le raisonnement adopté par la Cour serait alors identique à celui qu'elle utilise dans l'avis du 12 août 1922 où, ainsi qu'on l'a vu, celle-ci étend le terme travail au travail agricole.

L'inclusion est ici utilisée, ce point est indéniable. Pour autant, elle nous semble couplée à un raisonnement fondé sur l'implication. Plusieurs éléments viennent conforter cette opinion. Avant d'aboutir à cette idée, la Cour énonce que la Commission « n'a que les attributions que lui confère le statut définitif, pour lui permettre de remplir cet objet, mais elle a compétence pour exercer ces fonctions dans leur plénitude¹⁸⁷ ». L'idée de plénitude tient de l'évidence. La raison pour laquelle le juge fait ainsi appel à cet argument alors même qu'il n'utiliserait qu'un raisonnement par inclusion nous échappe.

Par ailleurs, le juge international ne définit pas explicitement la navigation comme étendue à l'arrivée et au départ du port, mais la liberté de navigation : « La liberté de navigation, en tant que mouvement des navires, vise donc, non seulement

185. *Id.*, p. 64

186. B. ROUYER-HAMERAY, *Les compétences implicites des organisations internationales*, *op. cit.*, p. 53.

187. Arrêt préc., p. 64.

les navires qui traversent une section du fleuve correspondant à un port, mais aussi ceux qui arrivent au port ou qui en partent¹⁸⁸. » En effet, « la liberté de la navigation est incomplète si les navires ne peuvent, effectivement et dans les mêmes conditions, atteindre les ports¹⁸⁹ ». Si la navigation est entendue de manière large, c'est en référence à la liberté de navigation. La différence nous semble de taille. La référence à la plénitude trouve ici son sens, de même que le fait que la liberté serait incomplète. La Commission doit exercer ses fonctions dans leur « plénitude ». Il faut donc entendre la navigation en un sens très large car, sans cela, la liberté de navigation ne serait pas pleinement assurée. À quoi bon s'assurer qu'un navire puisse circuler librement d'un port A à un port B, s'il ne peut mouiller au port B ?

On pourrait ainsi dire que c'est parce que cela est nécessaire à l'exercice et à l'effectivité de sa mission que la Commission a seule compétence pour la navigation entendue en un sens très large. Nous ne pouvons pas, cependant, dire que seule l'implication est utilisée par le juge. Le recours à l'inclusion existe, les règlements de navigation de 1884 et 1911 viennent conforter la Cour dans son analyse. Mais il nous paraît impossible de dire que le juge se fonde uniquement sur l'idée que la navigation inclut une compétence sur les ports. Les deux méthodes sont ici utilisées concurremment.

Schématiquement, nous pourrions résumer ainsi la démarche du juge dans l'avis sur la Commission européenne du Danube : la réglementation de tout mouvement dans le port est nécessaire pour assurer la liberté de navigation, donc la navigation doit être entendue en son sens le plus large ; la Commission est par conséquent compétente pour tout mouvement des navires, y compris à l'entrée et au départ du port.

Cela nous donne donc un raisonnement différent de celui mis en œuvre dans l'avis sur la compétence de l'Organisation internationale du travail : Le travail comprend le travail agricole, donc l'OIT est compétente pour réglementer le travail agricole.

Grossièrement, le raisonnement est en trois temps dans l'avis sur la compétence de la Commission européenne du Danube, en deux temps dans l'avis sur la compétence de l'Organisation internationale du travail.

188. *Id.*, p. 65.

189. *Ibid.*

Un exemple permettra de présenter les différents raisonnements que peut mettre en œuvre le juge pour reconnaître un pouvoir à partir d'un texte d'habilitation susceptible de faire l'objet d'une interprétation extensive. Imaginons une convention dont le but serait la protection de l'écosystème maritime et qui créerait un organisme chargé de la réglementation de la pêche des poissons. Cet organisme peut-il prendre des dispositions concernant les mammifères marins ? Le juge aurait plusieurs possibilités pour justifier une telle compétence.

Tout d'abord, et l'on se rapproche de l'avis n° 2 de la CPJI, une des définitions données par le *Littré* du mot poisson est : « Animal vertébré qui naît et vit dans l'eau.¹⁹⁰ » Par conséquent, le terme poisson comprend les mammifères marins.

Le juge peut aussi prendre le mot poisson au sens zoologique¹⁹¹ et estimer alors que la convention peut prendre des dispositions concernant de manière incidente les mammifères marins au cas où celles-ci seraient nécessaires à la réglementation de la pêche des poissons.

Enfin, le juge peut considérer le but de la convention, à savoir assurer la protection de l'écosystème maritime, et estimer que la protection de cet écosystème englobe la protection des poissons, mais aussi la protection des mammifères marins, partie de l'écosystème maritime. La protection des mammifères marins est en effet nécessaire à la protection de cet écosystème¹⁹².

Dans les trois cas, il y a reconnaissance d'une compétence implicite au sens le plus étendu du terme. En outre, on a bien dans le premier et le troisième cas un raisonnement par inclusion¹⁹³. Pourtant, la méthode du juge¹⁹⁴ est sensiblement différente. D'un côté, le juge n'ajoute rien au texte, il ne fait que préciser le sens d'un terme (ici, le mot poisson)¹⁹⁵ ; de l'autre, il ajoute au texte, en étendant la compétence concernant la réglementation de la pêche. Si l'on s'en tient à une définition stricte de l'implicite, le premier cas ne conduit pas à la reconnaissance d'une compétence implicite, car le juge ne « rajoute » rien au texte, il ne fait que préciser le sens d'un terme¹⁹⁶. En ce qui concerne le troisième cas, il est possible de dire qu'il réalise cette

190. Littré É. (dir.), *Dictionnaire de la langue française*, Chicago / Paris : Encyclopaedia Britannica, 1994-1999, 7 vol. (ci-après : *Littré*).

191. « Dans le langage scientifique, le poisson est un animal qui respire par les branchies » (*Id.*).

192. Cet exemple est volontairement caricatural.

193. La deuxième méthode étant plus une forme d'implication.

194. Du moins, la méthode apparente.

195. Il opère en quelque sorte un choix entre des possibilités qui sont déjà strictement bornées par les termes employés.

196. À cet égard, il nous semble important de rappeler que, dans son avis du 12 août 1922, la cour permanente de justice internationale estime que « la question se réduit forcément à celle de savoir quel est le sens exact des termes mêmes du Traité ». Ceci nous semble exclure l'idée de compétence implicite en ce que la Cour exclut toute idée de nécessité. Pour contestable que soit cette

extension en utilisant à la fois l'implication et l'inclusion : la protection des mammifères marins est nécessaire à la protection de l'écosystème maritime (implication), donc la protection de l'écosystème maritime englobe la protection des mammifères marins (inclusion) et pas seulement la protection des poissons.

Il semble difficile de déterminer de manière certaine la catégorie à laquelle pourrait appartenir un tel pouvoir si l'on s'en tient à la typologie énoncée par B. ROUYER-HAMERAY. L'ensemble de ces considérations nous amène à estimer, à l'instar de G. CEREXHE¹⁹⁷, qu'il n'existe pas réellement de catégories de pouvoirs implicites, l'ensemble de ceux-ci obéissant en réalité à un même impératif : la nécessaire effectivité du texte, et à une même contrainte : un pouvoir tiré d'une interprétation extensive de l'« esprit » du texte, et non uniquement de sa lettre.

interprétation, et bien que la Cour s'appuie sur certains éléments utilisés pour reconnaître un pouvoir implicite, tel le raisonnement téléologique, il ne nous semble pas possible de classer l'arrêt OIT parmi les arrêts reconnaissant un pouvoir implicite.

197. « Les compétences implicites visent à désigner les compétences qui peuvent être exercées par une autorité alors même qu'elles ne lui sont pas expressément attribuées parce qu'elles sont nécessairement liées à des dispositions formelles et doivent même y être présumées incluses. » (G. CEREXHE, *Les compétences implicites et leur application en droit belge*, Bruxelles : Bruylant, 1989, p. 133.)

Conclusion du titre 1

Les pouvoirs implicites regroupent fréquemment une multitude de catégories en leur sein, distinguées selon le critère du rattachement du pouvoir au texte. Ce critère consiste en réalité à séparer les pouvoirs admis en raison de leur nécessité à la mise en œuvre des pouvoirs exprès et les pouvoirs reconnus en vertu de dispositions plus générales, témoignant d'une qualité attribuée ou d'une mission confiée. Cette qualité ou cette mission induirait par elle-même un certain nombre de pouvoirs.

Il apparaît à l'étude que le lien de nécessité transcende ces distinctions. Les pouvoirs inférés d'une qualité ou d'une mission ne le sont que parce qu'ils apparaissent nécessaires au plein exercice des attributs de la qualité ou à l'accomplissement de la mission. En outre, les pouvoirs reconnus comme nécessaires à la mise en œuvre d'un pouvoir exprès ne sont reconnus que grâce à une approche dynamique des pouvoirs, qui seront eux-mêmes assimilés à des « missions ».

Il nous semble donc possible de concevoir les pouvoirs implicites en tant que notion bénéficiant d'une certaine unité. Pour admettre la parenté des pouvoirs implicites reconnus en droit administratif français avec ceux consacrés dans d'autres systèmes, il faut encore que les arguments invoqués pour justifier ces derniers soient transposables au droit français.

TITRE 2.

LES SOUTIENS À L'EXTENSION DES POUVOIRS IMPLICITES EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

La notion de pouvoir implicite a prospéré, à tel point que la Cour de justice des Communautés européennes a pu dire : « il est permis, sans se livrer à une interprétation extensive, d'appliquer une *règle d'interprétation généralement admise tant en droit international qu'en droit national* et selon laquelle les normes établies par un traité international ou par une loi impliquent les normes sans lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou ne permettraient pas une application raisonnable et utile¹⁹⁸ ».

L'idée qu'il puisse exister des pouvoirs ou des compétences en dehors de toute disposition textuelle expresse est ainsi présentée comme une règle d'interprétation commune à un ensemble de systèmes. Admettre l'extension des pouvoirs implicites en droit administratif français nécessite que les arguments en leur faveur puissent être utilement invoqués. Une telle admission implique selon toute vraisemblance une certaine universalité des arguments.

Ceux-ci se déclinent en deux catégories, directement liés à la nature implicite de ces pouvoirs. L'implicite suppose une relation entre la volonté que l'auteur a exprimée et ce qui en est déduit ou induit. La justification des pouvoirs implicites concerne donc en premier lieu cette relation, que le juge va présenter comme étant une relation de nécessité, donnant à sa solution un caractère pragmatique (**Chapitre 1**). La nécessité seule ne constitue cependant qu'un argument justifiant la

198. CJCE, 29 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, C 8/55, *Rec.*, p. 306. Nous soulignons.

reconnaissance de pouvoirs implicites sans pour autant l'autoriser. Il est par conséquent indispensable de voir dans les dispositions expresses des normes d'habilitation la possibilité d'étendre les pouvoirs d'une autorité. Ceci est permis par la mise en œuvre d'une interprétation finaliste (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

Une nécessité pragmatique

La nécessité constitue le lien entre les textes et le pouvoir reconnu comme implicite. Pour admettre la parenté entre l'argumentation fondant les pouvoirs implicites en droit administratif français et celle utilisée pour les justifier dans d'autres systèmes juridiques, il semble impératif que l'invocation de cette nécessité ne soit pas soumise à des dispositions spécifiques autorisant une telle interprétation.

De ce point de vue, il apparaît que les pouvoirs implicites répondent à deux nécessités distinctes, la première justifie l'interprétation des textes, autorisant ensuite l'admission de l'ensemble des pouvoirs nécessaires à la mise en œuvre des missions ou compétences expresses.

La première de ces nécessités est étroitement liée à la nature même des textes, et non à leur contenu. Elle est par conséquent détachée des contraintes d'un système juridique particulier et se retrouve dans une multitude de décisions (**Section 1**). La seconde est quant à elle spécifique, mais témoigne d'une conception du droit bénéficiant d'un soutien théorique non négligeable en droit français (**Section 2**).

Section 1. La portée étendue de la justification classique des pouvoirs implicites

La nécessité est au cœur de la définition que nous avons donnée des pouvoirs implicites, comme elle l'est également de l'argumentation développée par MARSHALL. À cet égard, il est vrai que le juge pouvait se fonder sur une disposition expresse de la Constitution des États-Unis d'Amérique. L'interprétation particulièrement extensive de cette disposition la rend toutefois superfétatoire : elle est présentée, tant par les auteurs des *Federalist Papers* que dans les premiers arrêts rendus sur ce point par la

Cour suprême, comme l'énoncé d'un principe d'interprétation des normes d'habilitation. La nature même des textes, leur incomplétude, commande d'envisager que leur auteur n'a pu tout prévoir. L'action d'une autorité ne saurait être entravée en raison d'un énoncé partiel des possibilités d'agir. Cette conception de la norme d'habilitation n'est de ce fait pas liée à un système, ou à une disposition expresse, puisque fondée sur le pragmatisme.

Il est indéniable que ce pragmatisme de la solution américaine est séduisant, et la généralité des arguments invoqués en sa faveur (I) a permis à cette solution de rencontrer un écho tant en droit international qu'en droit communautaire (II).

I. L'argumentation pragmatique de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique

L'idée qu'il existe des pouvoirs implicites est généralement attribuée au régime américain et à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, et ce quel que soit le domaine où elle trouve à s'appliquer. Il semble donc essentiel de s'intéresser aux arguments qui ont pu être soulevés à l'appui de cette reconnaissance. L'arrêt *McCulloch v. Maryland* de 1819¹⁹⁹ développe une argumentation reprenant en grande partie celle mise en œuvre par MADISON (A). L'argumentation développée a cependant été largement utilisée au-delà de son objet initial (B).

A. L'arrêt *McCulloch v. Maryland*

Les *implied powers* ont été reconnus pour la première fois par la Cour suprême des États-Unis en 1819. Cet arrêt répond à la question de la légalité de la création en 1816 de la seconde banque fédérale par le Congrès. En réaction à cette création, l'État du Maryland impose un droit de timbre aux billets émis par les banques. James McCulloch, agent de la banque des États-Unis à Baltimore, refuse de s'acquitter de ce droit et est par conséquent poursuivi par le Maryland devant ses tribunaux et condamné au paiement de l'impôt sur l'émission des billets en première instance, puis en appel. McCulloch porte l'affaire devant la Cour suprême. L'arrêt *McCulloch v.*

199. Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), *McCulloch v. Maryland*, trad. et comm. É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, 2010, *op. cit.*, pp. 28-55.

*Maryland*²⁰⁰ est le fruit d'une argumentation extrêmement riche qui servira de fondement à un élargissement considérable des pouvoirs du Congrès. Nous en évoquerons brièvement les grandes lignes (2). Cette lecture reprend une partie des arguments développés par Hamilton dans le *Fédéraliste* n° XLIV, qu'il convient de rappeler (1).

1°) L'interprétation de la necessary and proper clause dans le Fédéraliste

Selon J. BEAUTÉ²⁰¹, les auteurs du *Fédéraliste*²⁰² s'étaient efforcés d'emporter l'adhésion à la nouvelle Constitution en minimisant l'étendue des compétences accordées à l'État fédéral. Ainsi, HAMILTON s'efforce d'écarter l'argument selon lequel le Gouvernement fédéral aurait tendance à vouloir empiéter sur les compétences des entités fédérées, arguant que les principaux pouvoirs qui seraient susceptibles de l'intéresser (commerce, finances, négociation et guerre) lui ont déjà été accordés (*Fédéraliste* n° XVII²⁰³) ; MADISON souligne que le gouvernement national ne pourra empiéter sur les pouvoirs accordés aux États fédérés²⁰⁴ (*Fédéraliste* n° XXXIX²⁰⁵). Ce dernier va même jusqu'à affirmer que si déséquilibre il y a au sein de l'union, il est au profit des États fédérés²⁰⁶ opposant les pouvoirs du Gouvernement fédéral « en petit nombre et définis » à ceux des gouvernements d'États, « nombreux et illimités²⁰⁷ » (*Fédéraliste* n° XLV²⁰⁸). Tous ces éléments démontreraient une vision restrictive du fédéralisme de la part de ces auteurs. Nous ne nous attarderons pas ici sur les dissensions entre les auteurs du *Fédéraliste* à propos de l'interprétation à

200. Arrêt préc.

201. J. BEAUTÉ, « Le partage des compétences entre les États et la Fédération », *Pouvoirs*, n° 59 : *La Cour suprême*, 1991, pp. 85-100.

202. A. HAMILTON, J. JAY et G. MADISON, *Le Fédéraliste*, G. JÈZE (trad.), préf. d'A. TUNC, Paris : LGDJ, 1957, 788 p.

203. *Id.*, pp. 126-131.

204. « Le Gouvernement proposé ne peut être appelé national, puisque sa juridiction ne s'étend qu'à un certain nombre d'objets déterminés et laisse aux différents États une souveraineté résiduaire et inviolable sur tous autres objets. » (MADISON G., n° XXXIX : « Conformité du projet aux principes républicains », *Le Fédéraliste*, *op. cit.*, p. 318. Nous soulignons.)

205. *Id.*, pp. 310-319.

206. « Il a été présenté des considérations importantes qui ne permettent pas de croire que l'exercice du Gouvernement fédéral deviendra jamais fatal aux gouvernements des États. Plus j'y réfléchis, plus je suis persuadé que l'équilibre sera rompu par la prépondérance des derniers plutôt que par celle du premier. » (G. MADISON, n° XLV : « Examen du prétendu danger que font courir aux gouvernements des États les pouvoirs de l'Union », *Le Fédéraliste*, *op. cit.*, p. 381.)

207. *Id.*, p. 385.

208. G. MADISON, n° XLV : « Examen du prétendu danger que font courir aux gouvernements des États les pouvoirs de l'Union », *id.*, pp. 379-386.

donner à cette clause²⁰⁹ pour ne voir que les arguments avancés en faveur de l'article I, section 8, [18] contenus dans cet ouvrage.

Lorsqu'il commente l'article I, section 8, MADISON concentre notamment son argumentation autour des termes « nécessaires et appropriées ». Il écarte les objections soulevées à l'encontre de ceux-ci en envisageant tout d'abord les différentes alternatives possibles.

Il était possible de restreindre les pouvoirs du Congrès aux compétences expressément attribuées. Cette rédaction aurait cependant, selon MADISON, eut des conséquences plus que gênantes : ou il fallait s'y conformer et par conséquent adopter une vision restrictive des compétences, au risque d'aboutir à une inaction déplorable de l'Union, ou celle-ci utilisait les pouvoirs nécessaires et convenables, mais par là même violait la Constitution.

Une énumération détaillée de la totalité des pouvoirs du Congrès aurait nécessité de trop longs développements²¹⁰ et aurait supposé une prescience des rédacteurs, afin de toujours garantir l'adéquation des moyens de l'Union avec les buts qui lui étaient donnés.

De la même manière, le recensement de l'ensemble des pouvoirs interdits au Congrès, outre cette prescience, aurait impliqué que la compétence de droit commun revienne au Congrès. Le seul remède à cela aurait été « une énumération partielle des exceptions²¹¹ », à laquelle il aurait été indispensable d'ajouter que « *tous les pouvoirs non nécessaires ni convenables*²¹² » ne pouvaient être exercés. C'était peu ou prou revenir à la rédaction contestée, à ceci près que « les pouvoirs inutiles et impropres contenus dans le reste auraient été exclus avec moins de force que s'il n'y eût aucune énumération partielle²¹³ ».

Enfin, et ce point est assez révélateur de l'interprétation qui pourra être faite par la suite de ce paragraphe, il estime que si celui-ci n'avait pas été inséré, les pouvoirs nécessaires auraient été quand même exercés car « il n'est pas de principe plus clairement établi en droit ou en raison que celui-ci : lorsque la fin est reconnue nécessaire, les moyens sont permis ; toutes les fois qu'un pouvoir général de faire une

209. Ces dissensions surgiront avec acuité lors de la création de la première banque fédérale alors qu'Hamilton est secrétaire au Trésor. Cf D. MONGOIN, *Le Pari de la Liberté, Étude sur Le Fédéraliste*, Paris : Classiques Garnier, coll. « PolitiqueS », 2012.

210. « Cette tentative aurait nécessité un Code complet de lois sur tous les sujets auxquels se réfère la Constitution » (G. MADISON, n° XLIV : « Restriction à l'autorité des différents États », *Le Fédéraliste*, *op. cit.*, p. 374).

211. *Ibid.*

212. *Ibid.*

213. *Id.*, p. 375.

chose est donné, tous les pouvoirs particuliers nécessaires pour la faire sont compris²¹⁴ ».

Cependant, cela aurait privé l'exercice de ces pouvoirs nécessaires (qui est donc légitime) d'un moyen de défense contre d'éventuelles attaques. MADISON rejoint ici les développements d'HAMILTON (Fédéraliste, n° XXXIII²¹⁵), qui défend l'idée que ce paragraphe de la Constitution ne fait qu'énoncer une vérité, et que son absence n'aurait eu absolument aucun effet²¹⁶.

Un point reste cependant dans l'ombre : ni HAMILTON, ni MADISON ne définissent avec précision le terme « nécessaire », terme qui fera l'objet d'une définition particulièrement extensive de la part de la Cour suprême. C'est d'ailleurs l'assimilation de la nécessité à l'utilité qui permettra aux juges d'étendre les pouvoirs du Congrès bien au-delà de ce à quoi il était possible de s'attendre au regard de l'argumentation développée par les auteurs du Fédéraliste.

2°) *L'argumentation déployée dans l'arrêt McCulloch v. Maryland*

Le *Chief Justice* MARSHALL rappelle tout d'abord la suprématie de la Constitution, adoptée par le peuple, pour mieux nier le fait que les États fédérés soient encore pleinement titulaires de leur souveraineté. Il souligne ainsi le fait que si cette Constitution a été approuvée par le peuple (et donc met en place un gouvernement du peuple) sans que les États fédérés puissent refuser ce texte une fois accepté par les conventions élues par le peuple, cela entraîne une suprématie de l'État fédéral dans tous les domaines qui lui ont été confiés²¹⁷.

Il n'en reste pas moins que ces domaines sont énumérés dans la Constitution, et que le Congrès ne saurait les excéder. L'État fédéral n'a donc qu'une compétence d'attribution. Toute la question est de savoir si cette énumération doit être entendue strictement ou si, des compétences expressément énoncées, il est possible de déduire des compétences impliquées.

214. *Ibid.*

215. A. HAMILTON, n° XXXIII : « Pouvoir général de taxation », *Le Fédéraliste*, *op. cit.*, pp. 253-259.

216. Restaient les réticences relatives à une interprétation erronée de ce paragraphe, étendant outre mesure la compétence du Congrès. Tant HAMILTON que MADISON laissent en premier lieu aux instances exécutives et judiciaires le soin de veiller à une bonne interprétation ou, à défaut, invoquent la possibilité pour le peuple de sanctionner ses représentants.

217. « S'il y avait au moins une proposition qui puisse réunir l'assentiment universel, nous pourrions nous attendre à ce qu'elle soit celle-ci : le gouvernement de l'Union, quoique limité dans ses pouvoirs, est suprême dans sa sphère d'action. » Trad. É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, p. 32.

L'argumentation de la Cour suprême est particulièrement claire et pourrait se décomposer en deux temps : la Constitution admet l'existence de pouvoirs impliqués ; les pouvoirs impliqués sont limités à une nécessité entendue largement.

Sur le premier point, la démonstration de la Cour suprême s'appuie en premier lieu sur deux arguments tenant au texte lui-même et à sa nature. Tout d'abord, le X^e amendement, qui a pourtant pour objectif de restreindre la portée des pouvoirs de l'État fédéral, dispose ainsi : « Les pouvoirs non délégués aux États-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, sont réservés aux États respectivement, ou au peuple. » Si les auteurs de cet amendement avaient véritablement souhaité écarter l'existence de pouvoirs impliqués, il ne fait guère de doute, selon MARSHALL, qu'il aurait plutôt été rédigé comme suit : « Les pouvoirs non délégués expressément aux États-Unis [...] ». Pour MARSHALL, cette absence tient à la nature même du texte : une énumération de tous les pouvoirs secondaires nécessaires à l'exercice des pouvoirs énoncés initialement « participerait de la prolixité d'un code juridique et pourrait à peine être embrassé[e] par l'esprit humain²¹⁸ ». En outre, seule cette volonté de laisser libre place à l'interprétation du texte explique l'absence de tout terme restrictif, alors même que les rédacteurs n'ont pas hésité à introduire certaines limitations dans l'article I, section 9²¹⁹.

L'existence de pouvoirs impliqués se déduit aussi selon MARSHALL de la nature des pouvoirs accordés à l'État fédéral. Ces pouvoirs sont particulièrement importants, à tel point que de leur exercice « dépendent [...] le bonheur et la prospérité de la nation²²⁰ ». Une telle importance ne justifie-t-elle pas que de grands moyens soient accordés pour les exercer, que tous les moyens rendant l'exercice de ces pouvoirs plus facile doivent être reconnus ? Soutenir l'inverse reviendrait à dire que l'intention des rédacteurs aurait été « d'entraver et de gêner l'exécution des pouvoirs²²¹ ».

Reste l'objection relative au fait que créer une société est exercer un pouvoir appartenant à la souveraineté. À cette objection, MARSHALL répond selon une argumentation similaire à celle exposée précédemment. Tout d'abord, la souveraineté a fait l'objet d'un partage entre les États et l'Union. Les États n'ont concédé qu'une partie de leur souveraineté, mais dans la sphère de compétences dévolue à l'État

218. (Trad. É. ZOLLER, *id.*, p. 33). Cet argument est constamment repris à toutes les phases de la démonstration de MARSHALL.

219. Pour n'en citer que quelques-unes : interdiction des lois rétroactives ou emportant condamnation sans jugement, interdiction de taxer les articles exportés d'un quelconque état, maintien de l'ordonnance d'*habeas corpus* sauf exigence d'ordre public en cas de rébellion ou d'invasion.

220. Trad. É. ZOLLER, *id.*, p. 33.

221. Trad. É. ZOLLER, *ibid.*

fédéral, celui-ci est pleinement souverain. MARSHALL s'appuie ici sur le fait que le Congrès a le pouvoir de faire des lois, attribut indéniable de la souveraineté, ce d'autant plus que les lois de l'Union s'imposent aux États fédérés. En outre, le pouvoir de créer une société doit, toujours selon la Cour suprême, être considéré comme un moyen et non une fin en soi. Ainsi, à l'inverse des autres « grands » pouvoirs (tel celui de déclarer la guerre), le pouvoir de créer une société peut être considéré comme un pouvoir incident.

L'idée que certains des pouvoirs énoncés expressément constituent des buts, alors que d'autres pouvoirs seraient accordés comme moyens nécessaires à la réalisation de ces buts²²², vient donc apporter une justification à la possible existence de pouvoirs impliqués²²³. Reste à savoir quel est le cadre dans lequel s'exercent ces pouvoirs implicites.

Sur le second point, les juges vont combler les silences du Fédéraliste, en précisant ce qu'il convient d'entendre par « pouvoirs nécessaires ». Tout d'abord, la Cour écarte l'argument quelque peu fallacieux invoqué par l'avocat du Maryland selon lequel le paragraphe 18 de la Constitution n'aurait été inséré que pour permettre au Congrès de faire des lois : le Congrès étant législateur, l'idée de l'autoriser expressément à faire des lois n'a guère de sens. Les rédacteurs ont donc souhaité avec ce paragraphe préciser les limites des pouvoirs du Congrès.

Le Maryland soutient que les lois « nécessaires et appropriées » sont les lois strictement indispensables à l'exercice des compétences énoncées dans la section 8 de l'article I de la Constitution. MARSHALL va tout d'abord répondre que si « nécessaire » peut effectivement signifier absolument indispensable, ce terme a de nombreux autres sens, de la simple utilité au besoin impérieux, et qu'il faut étudier le contexte dans lequel il apparaît avant de choisir l'un ou l'autre.

À cet effet, il relève que nul ne conteste le droit au Congrès d'assortir certaines de ses lois de mesures de contrainte au cas où celles-là seraient enfreintes. Il rappelle que, alors même que la Constitution prévoit que le Congrès pourra prendre certaines sanctions dans des cas précis, celui-ci a mis en place d'autres sanctions non-prévues.

222. Ce qui fait écho à la conception Hamiltonienne des pouvoirs-objets, que D. MONGOIN décrit en ces termes : « Un pouvoir n'a de sens que pour la fin qui lui est assignée et une finalité n'a de sens que si des pouvoirs lui sont octroyés. [...] Toute institution existe en vue de l'accomplissement d'une fin. » (*Le Pari de la Liberté, Étude sur Le Fédéraliste, op. cit.*, pp. 372-373.)

223. C. BEAUGENDRE résume ainsi l'opinion de MARSHALL : « En somme, une « compétence-objectif » implique une « compétence-moyen » (BEAUGENDRE C., *La notion de compétences implicites, étude de droit comparé, op. cit.*, p. 60).

C'est le cas du vol de courrier, la Constitution n'accordant au Congrès qu'une compétence relative à l'établissement des bureaux de poste et des routes de poste (art. I, section 8, [7]). C'est encore le cas de la répression du parjure devant les tribunaux des États-Unis, la compétence étant ici relative à la constitution de tribunaux subordonnés à la Cour suprême (art. I, section 8, [9]). « Si cette interprétation stricte du terme « nécessaire » doit être abandonnée afin de punir, d'où serait dérivée la règle qui la rétablirait, quand le Gouvernement exécute ses pouvoirs par des moyens non-punitifs par leur nature²²⁴ ? »

Mais MARSHALL s'appuie aussi sur des arguments textuels : « nécessaires » est associé à « appropriées » ; le paragraphe 18 intervient dans une section où la Constitution énumère l'ensemble des compétences du Congrès. Il relève tout d'abord cette contradiction : comment les rédacteurs de la Constitution ont-ils pu vouloir limiter à l'absolue nécessité les lois pouvant être adoptées par le Congrès, alors même que le terme « appropriées » sous-entend qu'il puisse exister un choix entre divers moyens possibles ? En effet, ce terme est nettement moins fort que la nécessité au sens d'indispensable, et son utilisation vient contredire, ou du moins nuancer, l'interprétation des avocats de l'État du Maryland. En outre, ce paragraphe se situe à la fin d'une longue énumération des domaines possibles d'intervention du Congrès. Pourquoi la Convention de Philadelphie aurait-elle choisi d'insérer une telle limitation dans cette section, sans même l'énoncer formellement, alors que la section suivante traite justement des mesures dont l'adoption est interdite ?

Si nécessaire ne signifie pas indispensable, il convient pourtant de circonscrire les pouvoirs de la Fédération. Le *Chief Justice* n'aura eu de cesse de défendre l'idée selon laquelle le pouvoir fédéral devait se voir confier l'ensemble des moyens utiles à l'exercice des compétences expressément accordées par la Constitution, sauf disposition contraire. La nécessité devra donc s'entendre ainsi. « Que la fin soit légitime, qu'elle se situe dans la portée de la Constitution, et tous les moyens qui sont appropriés, qui sont simplement adaptés à cette fin et qui ne sont pas interdits, mais qui s'accordent avec la lettre et l'esprit de la Constitution, sont constitutionnels²²⁵. » MARSHALL va même plus loin, en reconnaissant que si la Cour peut déclarer une loi inconstitutionnelle car poursuivant des objectifs non prévus dans la Constitution, elle ne pourra jamais juger de la nécessité même d'une mesure dans le cas inverse.

224. Trad. É. ZOLLER, *id.*, p. 37.

225. Trad. É. ZOLLER, *id.*, p. 39.

La Cour suprême admet ensuite la constitutionnalité de la création d'une banque fédérale et de ses succursales, ne serait-ce que parce qu'une telle institution lui garantit vis-à-vis des états fédérés une indépendance indispensable à l'exercice de ses grands pouvoirs.

C'est donc logiquement que la Cour déclare que la loi de l'État du Maryland viole la Constitution en imposant une succursale de la Banque fédérale, car cette imposition vient, si ce n'est entraver, du moins gêner l'action de cette banque.

La reconnaissance de pouvoirs implicites par la Cour suprême, au-delà des éléments textuels et de la discussion sur les termes « nécessaires et appropriées », appuie sa démonstration sur des arguments pragmatiques : l'imprécision intrinsèque des textes et la volonté supposée du constituant qui n'a pu que vouloir que les compétences et pouvoirs expressément énoncés soient exercés le plus efficacement possible. Cette argumentation fait donc appel à deux « nécessités » : il est nécessaire que les pouvoirs puissent être exercés ; les pouvoirs nécessaires à cet exercice sont implicitement accordés au Congrès par la Constitution. Ces deux nécessités ne sont cependant pas identiques : alors que la première est une nécessité absolue, impérative, la seconde doit s'entendre comme plus relative. C'est sur celle-ci que porteront la plupart des discussions postérieures. Les juges ne remettront jamais en cause l'existence des pouvoirs implicites, mais pourront en élargir ou en limiter l'exercice en adoptant une vision plus ou moins stricte de la nécessité du pouvoir implicite à un exercice efficace du pouvoir exprès, d'un pouvoir indispensable à un pouvoir utile. La nécessité sert donc bien de fondement et de cadre aux pouvoirs implicites, mais dans une mesure différente.

La nécessité en tant que fondement de pouvoirs implicites n'est pas spécifique au régime américain, et peut facilement être étendue à tout texte, quel que soit le système juridique. Les pouvoirs implicites vont ainsi connaître une grande postérité, tant aux États-Unis, ce qui sera l'objet du prochain point, qu'en droit international.

B. Une jurisprudence pragmatique extrêmement étendue

Nous ne saurions ici détailler l'ensemble des compétences qui ont pu être reconnues à l'État fédéral en application d'une jurisprudence déjà ancienne. Nous nous contenterons donc de reprendre brièvement les grandes lignes de l'évolution des compétences fédérales, et particulièrement la plus riche de pouvoirs implicites : la *commerce clause*. B. ROUYER-HAMERAY estime que le juge reconnaît ces pouvoirs en se fondant sur leur inclusion dans le terme « commerce »²²⁶. Comme nous l'avons énoncé précédemment, de tels pouvoirs seraient alors distincts des pouvoirs impliqués. Cependant, cette distinction entre les pouvoirs impliqués et les pouvoirs inclus par la *commerce clause* paraît devoir être nuancée.

L'arrêt *Gibbons v. Ogden* de 1824²²⁷, qui traite de la portée à accorder et du sens à donner à l'article I, section 8, [3]²²⁸, fait ainsi appel à la même logique que celle qui sous-tend l'arrêt *McCulloch v. Maryland*.

Ainsi, à propos de la manière selon laquelle les dispositions de la Constitution doivent être entendues, la Cour écarte une interprétation étroite, définissant celle-ci, notamment, comme l'interprétation qui « refuserait au Gouvernement ces pouvoirs qui découlent des termes mêmes, tels qu'ils sont habituellement compris, des attributions de compétences, et qui s'accordent avec les objectifs et les buts de cet instrument²²⁹ », ajoutant aussitôt que cette interprétation « priverait [le Gouvernement] des moyens pour réaliser le but en vue duquel il a été institué, et en vue duquel les pouvoirs attribués, honnêtement entendus, lui ont donné compétence pour agir²³⁰ ». Selon la Cour, il importe de prendre en compte « les buts pour lesquels cette compétence a été conférée²³¹ ». La référence aux buts de l'organe n'est pas sans évoquer un élément central de la reconnaissance des pouvoirs implicites. Quant à la

226. En ce sens, voir également G. CEREXHE, qui estime que, dans son interprétation de la *Commerce clause*, la Cour suprême « se fonde sur une interprétation littérale et historique[...] » (*Les compétences implicites et leur application en droit belge, op. cit.*, p. 113).

227. Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824), *Gibbons v. Ogden*, trad. et comm. É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, op. cit.*, p. 72-94.

228. « [Le Congrès aura le pouvoir] De régler le commerce avec les nations étrangères, entre les divers États, et avec les tribus indiennes ». *id.*, p. 871.

229. *Id.*, p. 73.

230. *Ibid.*

231. *Id.*, p. 73.

nécessité, si elle n'est pas expressément citée en tant que guide de l'interprétation du juge, elle semble à tout le moins sous-jacente.

La référence à la nécessité va par la suite être expresse : l'arrêt *National Labor Relations Board v. Jones and Laughlin Steel Corp.*²³² est à cet égard particulièrement révélateur des relations étroites existant entre la jurisprudence *McCulloch v. Maryland* et les pouvoirs fondés sur la *commerce clause*. Cet arrêt pose le critère de distinction entre des activités intra-étatiques relevant du commerce entre États et celles ne concernant que le commerce intra-étatique : lorsque des activités « entretiennent avec le commerce inter-étatique une relation tellement étroite et importante que leur contrôle est *nécessaire ou souhaitable* pour protéger ce commerce de toute entrave ou obstruction, le Congrès a le pouvoir d'exercer ce contrôle²³³ ».

Un second arrêt vient encore renforcer ce sentiment : *US v. Underwriters South-Eastern Association*²³⁴. La Cour suprême écarte une interprétation restrictive du « commerce », et la parenté avec l'arrêt *McCulloch v. Maryland* nous semble ici flagrante : « *To accept a description less comprehensive, the court has recognized, would deprive the congress of that full power necessary to enable it to discharge its constitutional duty to govern commerce among the states*²³⁵. » La description à laquelle fait référence cet arrêt est celle donnée dans l'arrêt *Gibbons v. Ogden*. Si le commerce doit s'entendre de toute relation commerciale, cela ne tient pas uniquement au sens même du terme commerce, mais bien plutôt au fait que si ce dernier devait s'entendre de façon restrictive, le Congrès ne pourrait pleinement exercer les compétences qui lui ont été reconnues dans la Constitution. Il semble donc bien que la solution du juge soit guidée par les mêmes impératifs que lorsqu'il reconnaît l'existence des *implied powers*, et que la compétence du Congrès pour réglementer le commerce s'exerce dans le même cadre : la nécessité²³⁶.

232. Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *National Labor Relations Board (NLRB) v. Jones and Laughlin Steel Corp.*, É. ZOLLER (trad.), *id.*, pp. 467-477.

233. *Id.*, p. 475.

234. Cour suprême des États-Unis, 5 juin 1944, 322 U.S. 533.

235. « Retenir une description moins complète, la Cour l'a reconnu, priverait le Congrès de ce plein pouvoir nécessaire pour lui permettre de s'acquitter de son devoir constitutionnel : réglementer le commerce entre les États. » (Nous traduisons)

236. On notera cependant un élément assez remarquable, sur lequel nous reviendrons par la suite : la Cour suprême semble là encore laisser l'appréciation de cette nécessité au Congrès lui-même. Cela reviendrait donc à reconnaître au Congrès la compétence de sa compétence : « *Our basic responsibility in interpreting the Commerce clause is to make certain that the power to govern intercourse among the states remains where the Constitution placed it. That power, as held by this Court from the beginning, is vested in the Congress, available to be exercised for the national welfare as Congress shall deem necessary.* » (« Notre principale charge lorsque nous interprétons la clause de commerce est de s'assurer que le pouvoir de réglementer les relations inter-étatiques demeure dans les limites fixées par la Constitution. Ce pouvoir, ainsi que cette Cour l'a soutenu depuis le départ, est acquis au Congrès, disponible pour être exercé en vue du bien-être national tel que le Congrès l'estimera nécessaire. » Nous traduisons.) Cette conception atteindra son apogée avec l'arrêt *Garcia*

À l’instar de la jurisprudence issue de l’arrêt *McCulloch v. Maryland*, la jurisprudence relative à l’interprétation de la *commerce clause* fait donc appel à la nécessité de permettre une pleine réalisation des buts assignés au pouvoir fédéral : cette nécessité doit guider l’interprétation des termes de la Constitution ; elle va permettre une extension du pouvoir de réglementer le commerce entre États à certaines activités intra-étatiques.

Néanmoins, il a pu arriver que la clause de commerce soit interprétée de manière particulièrement large, étendant par conséquent la compétence du Congrès, sans pour autant, à notre sens, être une interprétation qui amènerait à la reconnaissance d’une compétence fondamentalement différente des pouvoirs implicites. En cela, l’arrêt *Hoke*²³⁷ apparaît particulièrement illustrant. Le *White Slave Act* de 1910 interdit d’apporter son aide à une personne qui souhaite voyager d’un État à l’autre dans le but de se livrer à la prostitution ou à quelque autre débauche, ou encore d’inciter à entreprendre un voyage dans un tel but. Effie Hoke et Basile Economides sont condamnés sur le fondement de cette loi, en ce que la première, assistée du second, aurait persuadé et aidé Annette Baden à se rendre de la Nouvelle Orléans à Beaumont, une ville du Texas où Miss Hoke tenait une maison close, afin qu’elle se livre à la prostitution. Ils contestent la constitutionnalité de l’*Act*, en ce que le Congrès aurait outrepassé sa compétence, notamment en ce que la clause de commerce ne saurait autoriser le Congrès à condamner une personne qui exerce son droit de se déplacer d’un État à l’autre, ou toute personne l’aidant, sur le fondement de ses motivations, quelles qu’elles soient.

Là encore, la Cour suprême doit se prononcer sur le sens à donner au terme *Commerce*. La Cour rappelle que le commerce « *consists of intercourse and trafic between their citizens, and includes the transportation of persons and property* »²³⁸ après avoir énoncé que ce pouvoir est direct et ne contient pas de limitations. Elle énonce ensuite que la Constitution des États-Unis vise « *general welfare, material and moral* »²³⁹, et que les compétences du Congrès doivent être appréciées à l’aune de leur utilité à mener à bien cette mission, ajoutant qu’un droit, en l’espèce celui de

v. *San Antonio Metropolitan Transit Authority*, É. ZOLLER (trad.), *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, 2000, *op. cit.*, pp. 1041-1054) : cf. *infra*, p. 152.

237. Cour suprême des États-Unis d’Amérique, *Hoke v. U.S.*, 24 février 1913, 227 U.S. 308.

238. « comporte les relations et les circulations de biens entre citoyens, et inclut le transport des personnes et des biens » (nous traduisons).

239. « le bien-être général, matériel et moral » (nous traduisons).

circuler d'un État à l'autre, ne saurait être invoqué afin de permettre la commission de méfaits²⁴⁰. Ainsi que l'a souligné C. BEAUGENDRE, le recours aux compétences implicites associé à une interprétation particulièrement extensive « réduit à peu de choses [le principe des compétences d'attribution]²⁴¹ ».

Enfin, et ce point semble aussi militer en faveur de l'idée selon laquelle la jurisprudence relative à la clause de commerce ne serait rien d'autre qu'une application de l'arrêt *McCulloch v. Maryland*, la discussion de l'étendue des pouvoirs du Congrès porte sur la nécessité d'une réglementation de telle ou telle activité, quand bien même l'une des parties aurait essayé de ramener le débat au sens même qu'il convient de donner à l'expression « commerce inter-étatique ». L'arrêt *United States v. Lopez*²⁴², qui va venir limiter l'extension des pouvoirs accordés en vertu de la *Commerce clause*, est à cet égard assez révélateur. Le Congrès avait adopté une réglementation interdisant le port d'armes de poing à proximité des établissements scolaires. La Cour suprême va confirmer l'arrêt de la Cour d'appel déclarant la loi inconstitutionnelle²⁴³. Cet arrêt est présenté comme un revirement de la jurisprudence relative à la clause de commerce. Or, il convient de noter que la discussion ne porte pas réellement sur le sens à donner au terme commerce, mais bien plutôt sur l'impact que peut avoir le port d'armes sur le commerce inter-étatique. En effet, le président REHNQUIST énumère les « catégories d'activités que le Congrès peut réglementer au titre de la clause de commerce²⁴⁴ » : il peut « réglementer l'utilisation des canaux du commerce entre États²⁴⁵ » ; « réglementer et protéger les moyens du commerce entre États, ou les personnes ou les choses qui appartiennent au commerce entre États, quand bien même le mal à prévenir proviendrait seulement d'activités internes aux États²⁴⁶ » ; « réglementer celles de ces activités qui ont un rapport substantiel avec le commerce interne aux États²⁴⁷ », avant de restreindre la question de la constitutionnalité de la loi adoptée par le Congrès à la question de savoir si celle-ci rentre dans la troisième catégorie, autrement dit à la question de savoir, non pas s'il

240. « *Their rights cannot fortify or sanction their wrongs* ». (« Leurs droits ne peuvent renforcer ou valider leurs fautes » nous traduisons).

241. *La notion de compétences implicites, étude de droit comparé, op. cit.*, p. 385.

242. Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *United States v. Lopez*, É. ZOLLER (trad.), *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, op. cit.*, pp. 1171-1189.

243. Pour un exposé détaillé des faits, nous renvoyons à la présentation de l'arrêt dans *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, 2000, op. cit.*, pp. 1171-1172, ainsi qu'au commentaire qui en est fait dans *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, 2010, op. cit.*, p. 29.

244. « *categories of activities that Congress may regulate under its commerce power* » (trad. É. Zoller, 2000, *id.*, p. 1179).

245. « *to regulate the use of channels of interstate commerce* » (*ibid.*).

246. « *to regulate and protect the instrumentalities of interstate commerce, or persons or things in interstate commerce, even though the threat may come only from intrastate activities* » (*ibid.*).

247. « *to regulate those activities having a substantial relation to interstate commerce* » (*ibid.*).

faut adopter une définition large ou stricte du commerce, mais si le port d'armes à feu aux alentours d'un établissement scolaire peut affecter substantiellement le commerce, c'est-à-dire si la possibilité d'adopter une telle loi est nécessaire à la réglementation du commerce inter-étatique.

Il n'y a cependant pas ici abandon du principe déterminant des pouvoirs implicites, à savoir la nécessité à la mise en œuvre de compétences expresses. En cela, l'arrêt *Lopez* reflète bien la démarche du juge, qui consiste non pas à produire un revirement de jurisprudence remettant en cause son interprétation extensive du commerce, non plus qu'à rogner sur les compétences implicites reconnues au Congrès, mais bien plutôt, tout en conservant ce qui fait l'essence des compétences implicites en matière de commerce, à réétudier le lien de nécessité entre les pouvoirs exprès et les pouvoirs implicites. En renforçant la nécessité requise, le juge adopte certes une position plus sévère à l'égard du Congrès, mais il réaffirme également que cette nécessité est toujours le fondement d'une « extension » des pouvoirs fédéraux.

La distinction entre compétences incluses et impliquées ne se justifie donc pas en ce qui concerne la *commerce clause*. L'extensivité de l'argumentation de MARSHALL a, selon nous, permis la reconnaissance de l'ensemble de ces pouvoirs et ne semble guère remise en cause dans ses grandes lignes : le recours à la nécessité, pierre angulaire de la théorie, est en effet présent dans tous ces arrêts. Cela confère une portée d'autant plus grande à la solution énoncée par MARSHALL : si la mesure en cause est précisée (en l'espèce la création d'une banque fédérale), l'argumentation est extrêmement générale et pourrait se résumer ainsi : celui qui accorde une compétence entend toujours que cette compétence soit exercée au mieux ; il faut par conséquent considérer qu'il a donné au bénéficiaire de cette compétence tous les moyens utiles à sa mise en œuvre.

Cet argument, bien qu'apparemment logique et frappé au coin du bon sens, présente cependant trois difficultés majeures. Il met tout d'abord en œuvre une présomption de volonté de l'auteur. Ainsi, la reconnaissance des pouvoirs implicites possède toutes les apparences d'une interprétation téléologique, à ceci près que le juge ne s'appuie pas sur des éléments du texte, voire d'éventuels indices paratextuels, pour en déduire le but poursuivi par l'auteur, mais sur sa volonté présumée, y compris si celui-ci a par ailleurs entendu restreindre l'exercice des compétences

expresses²⁴⁸. La deuxième difficulté provient d'une dénaturation de la logique des textes. En effet, le texte n'est plus reçu comme accordant des moyens d'action, mais comme imposant des objectifs. La réglementation du commerce n'est donc plus une compétence énoncée expressément, mais un objectif auquel le Congrès devra parvenir, qui l'autorise à prendre toutes les mesures nécessaires à sa poursuite. Enfin, l'idée même d'utilité est assez contestable : alors que la nécessité, entendue littéralement, suppose une compétence essentielle, l'utilité relâche encore le lien existant entre l'exprès et l'implicite, et renforce par là même le pouvoir de l'autorité au détriment de la volonté de son créateur.

En définitive, au-delà de cette argumentation somme toute assez contestable en certains de ses éléments, c'est avant tout le pragmatisme de la solution qui séduit, sa logique très pratique, même si celle-ci apparaît peu conforme aux textes eux-mêmes, et à la volonté de leurs auteurs. MARSHALL bénéficie, pour appuyer son argumentation, de l'article I, section 8, [18]. À ce titre, les pouvoirs qu'il reconnaît comme impliqués ne sont pas réellement implicites. Le juge américain ne fait ici qu'interpréter une disposition conférant expressément un certain nombre de pouvoirs. Cependant, l'interprétation de cette disposition s'appuie sur l'idée que celle-ci ne fait qu'énoncer une évidence : toute autorité doit se voir confier l'ensemble des pouvoirs nécessaires à la mise en œuvre des pouvoirs exprès. L'argumentation apparaît alors détachable des dispositions de la Constitution des États-Unis et peut être réutilisée dans d'autres systèmes juridiques.

II. La diffusion des pouvoirs implicites

MARSHALL a cet avantage de se prononcer sur la mise en œuvre de compétences énoncées dans une constitution qui fut soumise à l'approbation populaire. Il met à profit ce caractère en rappelant que le texte bénéficie de l'onction du suffrage. Il n'omet pas non plus de rappeler que c'est une constitution qu'il interprète, un texte destiné à durer et dont le caractère peu disert force le juge à se livrer à une interprétation constructive. Les solutions adoptées aux États-Unis semblent à cet égard aisément transposables dans nombre d'États fédéraux (A). En dépit des

248. Il suffit de songer ici à la facilité avec laquelle MARSHALL écarte le dixième amendement.

limitations apportées à l'interprétation des traités internationaux, les pouvoirs implicites vont également être utilisés, tant en droit international (B) qu'en droit communautaire (C).

A. La diffusion des pouvoirs implicites dans les États fédéraux

Les pouvoirs implicites permettent ainsi de préciser, voire redéfinir les compétences au sein d'un État fédéral. Sans se livrer à une analyse en détail de l'ensemble des solutions jurisprudentielles mises en œuvre dans un contexte fédéral et témoignant d'une approche similaire à celle préconisée par le juge américain, nous envisagerons brièvement les cas de la Suisse et du Canada²⁴⁹.

Bien que les termes de la Constitution fédérale de la Confédération suisse implique que toute attribution nouvelle de compétence en faveur de la Confédération doive faire l'objet d'une révision constitutionnelle²⁵⁰, certaines compétences nouvelles sont exercées sans qu'une telle procédure ne soit nécessaire. Les compétences implicites sont invoquées par les acteurs politiques²⁵¹ ainsi que par le juge, bien que beaucoup plus rarement.

L'article 3 de la Constitution fédérale dispose que « les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération ». De manière classique, celui-ci est d'abord neutralisé : « L'article 3 de la Constitution n'est pas une règle de conflit ; il ne fait qu'instituer une compétence générale et résiduelle des cantons²⁵². » Cela permet ensuite de privilégier une interprétation extensive des compétences accordées à la Confédération²⁵³ justifiant la reconnaissance de pouvoirs inhérents et de compétences

249. Des pouvoirs implicites sont également identifiés avec certitude en Australie ou en Belgique. Cf. C. Beaugendre, *Les compétences implicites des organisations internationales*, op. cit. ; G. CEREXHE, *Les compétences implicites et leur application en droit belge*, op. cit.

250. G. MALINVERNI, « Le droit comparé dans le contexte fédéral suisse », *RIDC*, 1988, p. 584.

251. Ainsi, le Conseil fédéral, dans un message adressé à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales, justifie la compétence fédérale en ces termes : « Le préambule et l'article 2 de la Constitution marquent la volonté de la Confédération d'assurer en Suisse et pour la Suisse une paix de cette qualité. Si la coopération au développement et l'aide humanitaire concourent au maintien de la paix dans le monde dont la Suisse tire aussi profit, si elles contribuent ainsi à la sauvegarde de l'indépendance de la Suisse et à la protection de la liberté, des droits et de la prospérité des Confédérés, elles sont alors de la compétence de la Confédération. » (*FF*, 1973, p. 865.)

252. Tribunal fédéral suisse, 21 avril 2004, *Canton de Genève c/ Conseil fédéral ainsi que Commission fédérale de recours en matière de marchés publics*, ATF 130 I 156, considér. 2.5, p. 162.

253. « Les dispositions attributives de compétences ne sont pas d'interprétation littérale, mais doivent être interprétées selon les méthodes ordinaires. Il n'est donc pas nécessaire que les compétences fédérales se fondent sur un texte exprès, la Confédération ayant aussi des compétences « tacites ». »

implicites. Les « pouvoirs inhérents » sont alors distingués des « compétences implicites » en ce que les premiers seraient « ceux qui reviennent naturellement à l'État central, par son essence même²⁵⁴ », les secondes « celles qui sont étroitement liées à l'exercice d'autres compétences²⁵⁵ ».

Les pouvoirs implicites, développés dans un contexte fédéral, peuvent également être utilisés en dehors des questions de répartition des compétences. Selon la Cour suprême canadienne, il peut être fait appel aux pouvoirs et compétences implicites dès lors qu'est interprétée une norme d'habilitation²⁵⁶. Ce principe est énoncé notamment, pour un exemple récent, dans un arrêt de la Cour suprême du Canada *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta* : « sont compris dans les pouvoirs conférés par la loi habilitante non seulement ceux qui y sont expressément énoncés, mais aussi, par déduction, tous ceux qui sont de fait nécessaires à la réalisation de l'objectif du régime législatif²⁵⁷ ». La Cour suprême a par conséquent recours aux pouvoirs et compétences implicites très fréquemment, notamment pour déterminer les attributions des autorités administratives²⁵⁸.

B. Les pouvoirs implicites reconnus par les juridictions internationales

Le droit international présente des spécificités qui interdisent une comparaison sans avoir au préalable déterminé si certaines de ces particularités pouvaient avoir une influence essentielle sur les conclusions auxquelles l'on pourrait aboutir.

Ainsi, il serait bien évidemment assez peu opportun d'omettre de prendre en compte la qualité des sujets de droit international et l'influence que celle-ci a sur l'interprétation des textes délivrée par le juge. Pleinement souverains, les États concluent des traités qui doivent être d'interprétation stricte.

(*Ibid.*)

254. Tribunal fédéral suisse, 29 mai 1991, *République et canton de Genève c/ Confédération suisse*, ATF 117 Ia 221, considér. 2, p. 227.

255. *Ibid.*

256. Il faut également noter ici que l'habilitation peut découler de la *Common law*.

257. Cour suprême du Canada, 9 février 2006, *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, RCS, p. 170.

258. Le juge LE DAIN justifie la possibilité pour les policiers d'arrêter des véhicules au hasard par l'idée que, « à cause de l'importance de l'objet public poursuivi, l'arrêt de véhicules au hasard, en tant qu'action policière nécessaire à la réalisation de cet objet, n'est pas une entrave déraisonnable au droit de circuler sur la voie publique. Il ne constitue donc pas un emploi injustifiable d'un pouvoir relié à un devoir de la police » (Cour suprême du Canada, 31 juillet 1985, *Dedman c/ La Reine*, RCS, p. 36).

La Constitution américaine organisait un partage de souveraineté entre les États fédérés et la Fédération : il y avait donc bien eu un transfert de souveraineté. Si les États fédérés en conservaient une partie, la Fédération était quant à elle pleinement souveraine dans l'exercice de ses pouvoirs. En outre, la Cour suprême, depuis l'arrêt *Marbury v. Madison*, avait démontré la supériorité de la Constitution sur tous les autres actes, qu'ils soient pris par les États fédérés ou par l'État fédéral, donnant tout son sens à l'article VI : « La présente Constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui en découleront, et tous les traités déjà conclus, ou qui le seront, sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays ; et les juges dans chaque État seront liés par les susdits, nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou des lois de l'un quelconque des États. » La clause de suprématie permettait, à défaut de justifier pleinement les atteintes à la souveraineté des États et l'immixtion de la Fédération dans leurs compétences, d'asseoir l'interprétation de la Constitution délivrée par le juge.

Ces éléments incitent à nuancer la transposition immédiate des *implied powers* aux organisations internationales. Certes, la Constitution américaine limite elle-même le pouvoir fédéral, mais elle assure aussi la suprématie de la Constitution sur les lois des entités fédérées alors que les États, en créant une organisation internationale, n'en restent pas moins pleinement souverains. Ils ne sauraient être liés ensuite que dans la mesure de leurs engagements, dans la mesure du traité fondateur. Ainsi que le souligne B. ROUYER-HAMERAY, cela tient notamment à deux caractères du droit international qui pèsent sur le juge lorsqu'il interprète un texte : il est volontariste ; il est formaliste²⁵⁹. D'où la grande importance accordée tant par la doctrine que par les États à l'énoncé de règles, ou plutôt de principes, d'interprétation.

L'Institut de droit international, dans une résolution de 1956, a suggéré quelques principes d'interprétation des textes. Il convient toutefois de signaler au préalable que ces principes ne valent que pour autant qu'il s'avère nécessaire d'interpréter²⁶⁰.

L'Institut estime que le sens naturel et ordinaire des termes du traité doit servir de base à une interprétation de bonne foi qui prendra en compte le contexte. Cependant, ce sens naturel sera écarté s'il est établi que les termes revêtent en réalité

259. B. ROUYER-HAMERAY, *op. cit.*, p. 12.

260. *A contrario*, on peut raisonnablement estimer que l'Institut considère qu'une interprétation n'est pas systématique. B. ROUYER-HAMERAY y voit une reprise du principe de Vattel : « La première maxime sur l'interprétation est qu'il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation. » (*Id.*, p. 14.)

un sens spécifique. Mais l'Institut relève d'autres moyens d'interprétation dans le cas d'un différend porté devant une juridiction internationale, et notamment la prise en considération des buts du traité.

Cette résolution est inspirée largement par le souci de préserver le caractère volontariste du droit international. Les États ne se sont engagés que dans les limites du texte, et c'est donc le texte lui-même qui doit baliser leurs engagements. Une interprétation autre que littérale ne peut qu'être mise en œuvre et encadrée par un juge.

Le traité de Vienne de 1969, s'il insiste lui aussi sur l'interprétation littérale des termes du traité, ajoute néanmoins que s'il convient de privilégier « le sens naturel » des termes, il importe de replacer ceux-ci « dans leur contexte et à la lumière [de l']objet et [du] but » du traité.

L'interprétation téléologique est donc susceptible d'éclairer incidemment le sens des termes du traité. Ce cadre ne semble ainsi guère propice à l'émergence de pouvoirs implicites au sens strict du terme, car une interprétation littérale ou encore une interprétation qui ne vise qu'à étudier les termes d'un traité ne peut amener le juge à reconnaître de tels pouvoirs.

Tout au plus pourra-t-on voir se développer des pouvoirs implicites par l'intermédiaire des règles ou principes de droit international, auxquels tant la résolution de l'Institut que la Convention de Vienne font référence. Cette dernière rajoute encore une autre possibilité : elle stipule que le recours aux moyens complémentaires d'interprétation sera possible si l'interprétation telle qu'elle est préconisée dans l'article 31 « conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ». Cette idée que l'interprétation d'un texte ne doit pas aboutir à un résultat dépourvu de sens n'exclut pas la possibilité de pouvoirs implicites, ceux-ci étant le plus souvent justifiés par la nécessité de permettre au texte d'être appliqué.

Quoi qu'il en soit, le juge international dispose donc vraisemblablement d'une assise moins sûre pour imposer ses décisions²⁶¹ : il ne saurait prendre trop de libertés avec le texte, d'autant plus que les organisations internationales sont limitées par le principe de spécialité. Le travail d'interprétation est balisé strictement par la volonté des États, et une interprétation trop extensive du texte n'aboutirait sans doute qu'à

261. Ainsi que le rappelle B. ROUYER-HAMERAY, « si les États se plient d'ordinaire aux arrêts de la Cour, l'exécution de ces derniers n'en suppose pas moins, en fait, l'adhésion *a posteriori* des intéressés » (*op. cit.*, p. 11, note 1).

desservir le juge ou, à tout le moins, à rendre sa décision intellectuellement contestable.

La « découverte » de pouvoirs implicites devrait par conséquent être particulièrement rare et s'appuyer sur des arguments textuels sans doute plus précis que ceux utilisés par la Cour suprême. C'est cependant faire peu de cas du pouvoir de séduction de l'argumentation de cette dernière. Ainsi, les obstacles soulevés par les traités seront assez aisément contournés par le recours à la nécessité et, au-delà, à la logique même.

L'avis consultatif concernant la compétence de l'Organisation internationale du travail pour régler accessoirement le travail du patron rendu par la Cour permanente de justice internationale, le 23 juillet 1926²⁶², illustre parfaitement bien la grande similitude de l'argumentaire déployé par les deux cours pour justifier l'extension d'une compétence.

Ainsi, la CPJI prend d'abord appui sur le but des parties contractantes « de conférer à l'Organisation internationale du travail des pouvoirs très étendus pour collaborer avec elles au sujet des mesures à prendre en vue d'assurer un régime de travail humain et la protection des travailleurs salariés²⁶³ ». Les Parties n'ont pu entendre écarter les mesures nécessaires à la réalisation de cette fin, or celle-ci serait compromise si une mesure destinée à protéger les salariés, mais ayant des incidences sur le travail des patrons, ne pouvait être prise. La compétence de l'Organisation est reconnue.

Cette compétence est donc fondée sur la nécessité de donner à l'Organisation tous les moyens nécessaires à la mise en œuvre des buts pour lesquels elle a été créée, tout comme les *implied powers* visaient à permettre à la Fédération d'exercer pleinement l'ensemble de ses attributions. En outre, la CPJI note que les États disposent des moyens d'empêcher l'Organisation d'outrepasser de manière illégitime ses compétences²⁶⁴, tout comme la Cour suprême avait pu relever qu'il appartenait

262. Préc.

263. *Id.*, p. 18.

264. Statuts de l'Organisation internationale du travail : art. 16 : « 1. Chacun des gouvernements des Membres aura le droit de contester l'inscription, à l'ordre du jour de la session, de l'un ou plusieurs des sujets prévus. Les motifs justifiant cette opposition devront être exposés dans un mémoire adressé au Directeur général, lequel devra le communiquer aux Membres de l'Organisation. / 2. Les sujets auxquels il aura été fait opposition resteront néanmoins inclus à l'ordre du jour si la Conférence en décide ainsi à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés par les délégués présents. »

aux États fédérés, à travers les pouvoirs constitués, de veiller à ce que la Fédération n'outrepasse pas ses attributions.

C'est un raisonnement très proche qui conduit la Cour internationale de justice à reconnaître à l'Organisation des Nations unies la possibilité de déposer une réclamation internationale, pour son propre compte ou pour celui de la victime, visant à obtenir la réparation d'un dommage subi par l'un de ses agents. Dans l'avis *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*²⁶⁵, la Cour va tout d'abord reconnaître à l'Organisation des Nations unies la personnalité internationale. Si cette qualité est inférée des compétences et des missions reconnues à l'organisation²⁶⁶, la Cour s'appuie tout autant sur l'intention des parties contractantes²⁶⁷ et sur un principe assez large, selon lequel la « nature [des sujets de droit] dépend des besoins de la communauté²⁶⁸ ». Il reste donc au juge à définir si le dépôt par l'Organisation des Nations unies d'une réclamation internationale en vue d'obtenir la réparation des dommages évoqués répond à ces besoins. Tout d'abord, elle peut déposer une telle réclamation pour son compte. La Cour justifie cette première hypothèse par le fait que, sans cela, l'Organisation ne pourrait obtenir réparation de ce dommage, sauf à considérer, ce que la Cour exclut, que tous les membres « [s'unissent] pour présenter une réclamation contre celui-ci (l'État auteur du dommage) pour le dommage subi par l'organisation²⁶⁹ ». L'Organisation peut également présenter une telle réclamation pour le compte de l'un de ses agents. Écartant la règle traditionnelle selon laquelle la protection diplomatique ne peut être invoquée que par l'état d'origine du diplomate, la Cour se fonde explicitement sur l'existence de pouvoirs implicites : « Selon le droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci²⁷⁰. »

La Cour va constater cette nécessité, s'appuyant sur la nature particulière de la mission des agents et le besoin de protection qui en découle, ainsi que l'indépendance

265. CII, avis consultatif, *Rec.*, 1949, p. 174.

266. « Ce développement aboutit, en juin 1945, à la création d'une organisation internationale dont les buts et les principes sont énoncés dans la Charte des Nations Unies. Pour atteindre ces buts, il est indispensable que l'organisation ait la personnalité internationale. » (Arrêt préc., p. 178) ; « De l'avis de la Cour, l'organisation était destinée à exercer des fonctions et à jouir de droits – et elle l'a fait – qui ne peuvent s'expliquer que si l'Organisation possède une large mesure de personnalité internationale et la capacité d'agir sur le plan international. » (*Id.*, p. 179.)

267. L'Organisation « ne pourrait répondre aux intentions de ses fondateurs si elle était dépourvue de la personnalité internationale » (*id.*, p. 179).

268. *Id.*, p. 178.

269. *Id.*, p. 181.

270. *Id.*, p. 182.

dont doivent bénéficier les agents, garante de l'indépendance d'action de l'Organisation des Nations unies. Pour la Cour, seule une protection accordée par l'Organisation permet de garantir ces deux éléments, que l'on ne saurait laisser à l'État dont dépend l'agent.

En outre, et comme cela a déjà pu être évoqué²⁷¹, le juge international, quand bien même il semblerait ne se fonder que sur le sens des termes d'une convention, va interpréter ceux-ci au regard de l'effectivité à donner à cette convention. L'avis de la Cour permanente de Justice internationale *Compétence de la Commission du Danube sur le canal entre Galatz et Braïla*²⁷² en témoigne. Le juge s'appuie sur une définition extensive du terme navigation pour y inclure le mouvement, mais aussi l'arrêt des navires dans un port, afin de donner pleine effectivité au but de la Commission, à savoir la libre circulation sur le canal. Cette préoccupation se retrouve dans l'avis précité de la Cour internationale de justice *Statut du Sud-Ouest africain* : la dissolution de la Société des Nations n'a pu entraîner la disparition de l'obligation de surveillance, car celle-ci était nécessaire pour assurer effectivement l'accomplissement de la mission sacrée de civilisation.

Enfin, le juge international a pu définir des pouvoirs inhérents à l'exercice d'une fonction judiciaire. Au-delà du problème soulevé dans l'arrêt *Lawless*, par lequel la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que la fonction judiciaire impliquait le respect du principe du contradictoire, la Cour internationale de justice a été amenée à étendre les pouvoirs relatifs à sa saisine.

L'affaire du *Cameroun septentrional*²⁷³ en constitue un exemple. La République du Cameroun demande en l'espèce à la Cour internationale de justice de se prononcer sur le non-respect de son mandat international par le Royaume-Uni, qui avait, selon elle, vicié le référendum d'auto-détermination organisé sur le territoire du Cameroun septentrional, rattaché administrativement au Nigeria par le mandataire. En outre, la demande d'annuler ce référendum avait été rejetée par l'Assemblée générale des Nations unies. Cette question ne pouvant selon la Cour l'amener à « rendre un arrêt effectivement applicable²⁷⁴ », elle rejette la requête en se fondant sur « les limitations

271. *Supra*, p. 60 et suiv.

272. Préc.

273. *Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c/ Royaume-Uni)*, Exceptions préliminaires, 2 décembre 1963, CIJ, *Rec.*, 1963, p. 15.

274. Arrêt préc., p. 22.

inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour, en tant que tribunal, doit toujours tenir compte²⁷⁵ ».

La chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a également été appelée à se prononcer sur les compétences reconnues à une juridiction, dans un arrêt du 2 octobre 1995²⁷⁶. Alors que la chambre de première instance s'était déclarée incompétente pour se prononcer sur l'éventuelle illégalité de la création de ce tribunal international, La chambre d'appel va estimer au contraire que « la compétence de déterminer sa propre compétence » [...] est un élément constitutif nécessaire dans l'exercice de la fonction judiciaire et [qu'] il est inutile qu'il soit expressément prévu dans les documents constitutifs de ces tribunaux²⁷⁷ ». La création d'un tribunal emporte attribution de l'ensemble des pouvoirs attachés à l'exercice d'une fonction juridictionnelle²⁷⁸.

Il convient toutefois de rappeler que le juge international, s'il reconnaît l'existence de pouvoirs implicites, limite ceux-ci au respect du principe de spécialité, et donc à la nécessité de ces pouvoirs pour mettre en œuvre les fonctions attribuées à une organisation internationale. Ainsi, dans l'avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*²⁷⁹, la Cour internationale de justice, après avoir rappelé que « les organisations internationales peuvent exercer [des] pouvoirs dits « implicites »²⁸⁰ », refuse de reconnaître à l'Organisation mondiale de la santé la compétence de traiter l'utilisation des armes nucléaires : « Une telle compétence ne saurait en effet être considérée comme nécessairement impliquée par la Constitution de l'organisation au vu des buts qui ont été assignés à cette dernière par ses États membres.²⁸¹ » La nécessité, qui justifie la reconnaissance de pouvoirs implicites, en est aussi par conséquent la condition.

Les compétences implicites sont également invoquées par le juge communautaire.

275. Arrêt préc., p. 29.

276. TPIY, 2 octobre 1995, *Procureur c/ Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence.

277. *Id.*, § 18.

278. Le juge, pour établir le rattachement de la compétence à la qualité de juridiction s'appuie sur l'avis du 13 juillet 1954, *Effets de jugements du tribunal administratif accordant des indemnités* (*Rec.*, p. 47) qui place au nombre des dispositions justifiant la nature judiciaire du tribunal administratif des Nations Unies l'article 2 § 3 qui précise : « En cas de contestation touchant sa compétence, le tribunal décide. » (*Rec.*, p. 51-52).

279. *Rec.*, 1996, p. 66.

280. *Id.*, p. 79.

281. *Ibid.*

C. Les compétences implicites dans la jurisprudence de la CJCE

C'est une logique là encore semblable qui va guider la Cour de justice des communautés européennes : il faut donner aux communautés les moyens nécessaires à la réalisation de leurs objectifs.

Si les auteurs sont parfois partagés sur le fondement exact de ces compétences, il nous semble cependant certain que celles-ci obéissent à une interprétation ou, plus largement, à une vision similaire du Droit. Dans l'arrêt du 29 novembre 1956, *Fédérations charbonnières de Belgique c/ Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*²⁸², la Cour de justice des communautés européennes énonce que l'interprétation qu'elle va mettre en œuvre est « généralement admise tant en droit international qu'en droit national²⁸³ ». La Cour n'innove aucunement, selon elle, en se fondant sur l'idée que « les normes établies par un traité international ou par une loi impliquent les normes sans lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou ne permettraient pas une application raisonnable et utile²⁸⁴ ».

Ainsi qu'il a été dit précédemment, la Cour va ici recourir à une interprétation globale du système institué par les traités. Celle-ci va lui permettre d'étendre considérablement les compétences externes des communautés. Outre l'arrêt relatif à l'accord européen sur les transports routiers²⁸⁵, qui justifie les compétences externes afin d'éviter que les compétences internes ne soient affectées, la Cour va réitérer cette solution dans l'arrêt *Kramer*²⁸⁶, et dans l'avis 1/76, avec un appel direct à la nécessité. Cet avis est particulièrement explicite : « La compétence pour prendre des engagements internationaux peut non seulement résulter d'une attribution explicite par le traité, mais également découler de manière implicite de ses dispositions. » Le raisonnement utilisé classiquement pour fonder les compétences implicites se retrouve ici encore avec netteté : « la communauté est investie de la compétence pour prendre les engagements internationaux nécessaires à la réalisation [d'un] objectif déterminé ». La Cour ne se contente cependant pas d'ajouter une compétence dans le

282. CJCE, C 8/55, 29 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, *Rec.*, p. 296.

283. *Id.*, p. 305.

284. *Ibid.*

285. CJCE, 31 mars 1971, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil des Communautés européennes*, 22-70, préc.

286. CJCE, 14 juillet 1976, *Cornelis Kramer et autres*, aff. jointes 3-4 et 6/76, *Rec.*, p. 127.

chef des communautés, elle ajoute que cette compétence peut être parfois exercée exclusivement. C'est la raison pour laquelle la Cour estimera incompatible avec les dispositions du traité le projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, qui prévoyait que certains États membres, à travers leurs représentants, assureraient les fonctions déterminantes dans le fonctionnement du Fonds, au détriment des institutions communautaires et d'une « action commune » des États membres, telle que prévue par l'alinéa 2 du préambule du traité CEE.

D'ailleurs, ainsi que le souligne V. MICHEL, « la jurisprudence, plus dense que par le passé, reflète non pas la contestation du principe des compétences implicites, mais celle de son corollaire nécessaire, à savoir une compétence communautaire exclusive²⁸⁷ ». Alors même que les compétences implicites pourraient être remises en cause, notamment eu égard au principe selon lequel les traités doivent être interprétés strictement, ce ne sont que les modalités de leur mise en œuvre qui sont soumises à discussion²⁸⁸.

Les arguments invoqués tant par le juge fédéral américain que par les juridictions internationales et européennes ne sont pas intrinsèquement liés à un système. Si la nécessité est expliquée par une économie d'ensemble des textes, le recours à la nécessité pour interpréter et compléter les dispositions expresses d'un texte est présenté comme universellement admis, ou du moins théoriquement incontestable. À cet égard, un tel recours ne semble pas rencontrer d'obstacle de principe en droit administratif français. Bien au contraire, ce recours apparaît pouvoir notamment s'appuyer sur les théories de l'institution et de l'accessoire.

287. V. MICHEL, « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique », *Europe*, n° 10, octobre 2006, p. 8.

288. Voir notamment l'avis 1/94 de la CJCE (*Rec.*, p. 5389) par lequel la Cour pose le principe que la compétence externe exclusive ne peut s'exercer que parallèlement à une compétence interne. B. BERTRAND estime également que la jurisprudence relative aux pouvoirs implicites constitue un « bloc de jurisprudence », continuellement « affiné », et donc dont le principe n'a pas été remis en cause (« Les blocs de jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, p. 754-755)

Section 2. Le soutien théorique envisageable à la nécessité des pouvoirs implicites

La reconnaissance de pouvoirs ou de compétences implicites est présentée par le juge comme répondant à la nécessité de donner plein effet aux attributions découlant d'une norme d'habilitation. L'autorité habilitée l'a été pour répondre à un certain nombre d'objectifs fixés par les auteurs de cette norme. Parmi ces objectifs, il est bien évidemment possible d'entendre la perpétuation de l'autorité elle-même et la réalisation de ses actions. C'est la réalisation de ceux-ci que les pouvoirs implicites ont pour but de permettre.

Cette reconnaissance trouve notamment un écho dans deux théories. L'institutionnalisme fait de l'édiction de ses propres règles par une institution une condition nécessaire à sa survie (I). L'adage *accessorium sequitur principale* permet également la reconnaissance des compétences ou pouvoirs accessoires aux pouvoirs et compétences principaux en raison de leur nécessité (II).

I. La théorie de l'institution : l'édiction de règles obéissant à une nécessité biologique

La théorie de l'institution suppose la sécrétion des règles permettant l'accomplissement de l'idée d'œuvre par les institutions elles-mêmes (A). Cette édition spontanée constitue alors une justification intéressante de l'existence d'un pouvoir implicite d'auto-organisation (B).

A. L'institutionnalisme et la sécrétion des règles par les institutions elles-mêmes

La théorie de l'institution trouve son origine dans un constat opéré par HAURIUO : les systèmes objectivistes, tout comme les systèmes subjectivistes, peinent à retranscrire la réalité de la formation de la règle de droit (1°), car ils écartent de leurs analyses la fondation des États ou des règles de droit. À l'inverse, c'est en intégrant l'opération de fondation qu'HAURIUO va ériger sa théorie de l'institution (2°). Celle-ci,

en assimilant les institutions à des organismes biologiques, reconnaît à ces dernières un pouvoir intrinsèque et spontané d'organisation (3°).

1° L'insuffisance des thèses subjectiviste et objectiviste

Dans son article « La théorie de l'institution et de la fondation », HAURIUO commence par exposer les grandes lignes de la querelle de l'objectif et du subjectif. Le droit subjectif s'entend comme « ce qui, dans le droit, se maintient par la volonté consciente de sujets déterminés²⁸⁹ », à l'inverse du droit objectif, dont l'existence n'est liée à aucune volonté consciente, mais « semble se maintenir par soi-même²⁹⁰ ». Cela amène l'auteur à envisager le droit subjectif comme fruit d'une volonté consciente et le droit objectif comme la perpétuation d'idées subconscientes²⁹¹.

Au milieu du XIX^e siècle, les théories ultra-subjectivistes vont remettre en cause la coexistence de ces deux formes de droit, considérant que la règle de droit est en réalité l'émanation de la volonté de la personne État. HAURIUO rappelle les objections que soulève une telle conception. Le subjectivisme ne permet pas de rendre compte de la réalité de la coutume comme règle de droit, antérieure à la formation de l'État moderne et dont la création échappe aux organes étatiques. En outre, lier la volonté de la personne État à la règle de droit revient à nier l'existence de règles juridiques avant l'existence de celui-ci. Enfin, l'association de la personnalité à la puissance de volonté rencontre deux écueils : la volonté peut varier, auquel cas le subjectivisme ne permet pas d'expliquer la continuité de la règle de droit ; de même, il peine à expliquer la personnalité reconnue aux incapables.

En réaction à l'ultra-subjectivisme, certains auteurs vont à l'inverse privilégier une vision essentiellement objective du droit : l'effet de droit est lié à la conformité à la règle, qui elle-même n'engendre que des situations juridiques objectives²⁹². Allant même plus loin, la règle de droit devient l'élément de formation des États. Pour HAURIUO, « admettre la création des institutions sociales par la règle de droit serait admettre leur création par le milieu social, qui est censé créer la règle de droit elle-

289. M. HAURIUO, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », art. préc., p. 90.

290. *Ibid.*

291. *Ibid.* : « les situations juridiques qui semblent se maintenir par elles-mêmes sont, en réalité, liées à des idées qui persistent d'une façon subconsciente dans les esprits d'un nombre indéterminé d'individus. Les idées subconscientes sont celles qui vivent dans le cadre de notre mémoire sans être actuellement, pour nous, des volontés conscientes ».

292. *Id.*, p. 93.

même²⁹³ ». Or le milieu social ne saurait faire preuve d'initiative, il se contente d'encourager ou d'inhiber certains comportements, sans jamais être force de création. De plus, la règle de droit n'aurait qu'un pouvoir créateur déplorable, en ce qu'elle contient un « principe de limitation²⁹⁴ » : « le rôle du législateur est celui d'un *agrimitor* qui pose des bornes entre des champs d'activité²⁹⁵ ». La loi n'est là que pour encadrer les comportements, comme en atteste la Déclaration des droits de l'homme de 1789²⁹⁶. Aussi, les thèses objectivistes reviennent à considérer que toute pratique qui n'a pas encore fait l'objet d'une réglementation se trouve en dehors du droit.

La théorie de l'institution et de la fondation veut dépasser cette querelle : le subjectif est alors perçu comme pouvoir d'action et de création, l'objectif permettant lui d'assurer la continuité de la règle.

2° Une insuffisance dépassée par la théorie de l'institution

HAURIOU insiste : la question de la fondation des institutions est la pierre d'achoppement des conceptions subjectiviste et objectiviste. La première nie l'existence d'un droit avant la formation de l'État ; la seconde voit dans la règle de droit l'origine des institutions, alors que ce sont bien plutôt les institutions qui créent la règle de droit. C'est donc une théorie privilégiant l'opération de fondation qu'il va créer : « son objet essentiel est de démontrer que la fondation des institutions présente un caractère juridique et qu'à ce point de vue les fondements de la durée juridique sont eux-mêmes juridiques²⁹⁷ ».

HAURIOU dégage trois éléments caractéristiques de l'institution : « une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures ».

Nous reprendrons brièvement les grandes lignes de chacun de ces éléments.

293. *Id.*, p. 94.

294. *Ibid.*

295. *Ibid.*

296. HAURIOU en rappelle à cet égard les articles 4 et 5.

297. M. HAURIOU, art. préc., p. 96.

a) L'idée de l'œuvre à réaliser

Le premier de ces éléments est considéré comme le plus important. L'idée de l'œuvre à réaliser ne doit se confondre ni avec la fonction, ni avec le but. En effet, ce dernier ne s'entend que comme un résultat à atteindre, alors que l'idée de l'œuvre à réaliser comprend non seulement ce but, mais également les moyens à mettre en œuvre pour atteindre ce but. De même, la fonction d'une institution est plus restrictive : celle-ci est la partie réalisée de l'entreprise, alors que l'idée de l'œuvre contient les extensions potentielles de cette fonction. L'idée de l'œuvre est donc inscrite dans le temps : elle est un objectif, mais contient aussi les développements réalisés et futurs en vue d'atteindre cet objectif.

HAURIOU va assimiler l'idée directrice de l'entreprise avec l'objet de l'entreprise, « l'entreprise a pour objet de réaliser l'idée²⁹⁸ ». Cette idée est objectivement intégrée dans le subconscient des individus qui approcheront de près ou de loin l'entreprise elle-même. Certes, souligne l'auteur, l'idée « passera par intervalles à l'état subjectif dans des manifestations de volontés conscientes, mais ce sera [...] d'une façon discontinue, tandis que la hantise de l'idée objective, dans le subconscient de la mémoire, sera continue²⁹⁹ ». La conception de cette idée pourra bien sûr varier selon les individus, mais il y aura toujours, en quelque sorte, un socle commun « objectif » de cette idée, dépassant les conceptions subjectives des individus.

Les exemples présentés par HAURIOU sont parlants : si la façon d'envisager le devoir, l'amour ou la justice a évolué au cours des siècles, « on ne peut pas dire [...] qu'il n'y ait rien de persistant, de réel et d'objectif³⁰⁰ » dans ces idées. Reste à préciser que le groupe des individus intéressés à la réussite de l'entreprise en supporte également les risques, ils sont donc ainsi considérés comme les porteurs de l'idée de l'entreprise, au même titre que les organes de gouvernement de l'institution. Ils acquièrent par là même le droit de participer et de contrôler ceux-ci, qui sont le deuxième élément caractéristique de l'institution.

298. M. HAURIOU, *id.*, p. 100.

299. *Ibid.*

300. *Id.*, p. 101.

b) Un pouvoir de gouvernement organisé

HAURIOU conçoit ce pouvoir de gouvernement comme « spirituel³⁰¹ » pour deux raisons : d'une part, les organes doivent en réalité être envisagés comme des « pouvoirs de volonté³⁰² » ; d'autre part, les « bases de l'organisation [...] sont elles-mêmes toutes spirituelles, elles se ramènent à deux principes, celui de la séparation des pouvoirs et celui du régime représentatif³⁰³ ».

Le premier de ces principes permet au pouvoir de gouvernement d'acquérir une dimension juridique, en s'assurant de ne pas s'appuyer uniquement sur la force, d'autant que les pouvoirs eux-mêmes, à travers les compétences, font l'objet d'un exercice concerté. Le principe représentatif permet quant à lui le maintien d'une cohérence dans l'action des membres de l'institution, en assurant que ceux-ci agissent bien pour la réalisation de l'œuvre et non pour eux-mêmes.

HAURIOU retient deux enseignements des épisodes historiques au cours desquels les dirigeants ont agi pour satisfaire leurs propres intérêts, s'éloignant par là même de l'objectif d'accomplissement de l'œuvre de l'institution. « Le pouvoir de gouvernement est une force d'action spontanée » et ne se limite pas à remplir une fonction, sans quoi celle-ci ne permettrait pas de tels écarts. L'autre leçon tirée est que l'idée de l'œuvre à réaliser est toujours parvenue, selon le doyen de Toulouse, à s'imposer aux gouvernements, démontrant par là même sa suprématie. HAURIOU en veut pour preuve la soumission volontaire de l'armée au pouvoir civil. « Elle est le résultat d'une mentalité créée par l'ascendant d'une idée, celle du régime civil liée à celle de la paix, considérée comme constituant l'état normal. »

c) Une manifestation de communion

Enfin, l'institution rejoint les théories subjectivistes en ce qu'elle se caractérise également par une manifestation de communion en l'idée de l'œuvre ou des moyens nécessaires à son accomplissement. Si l'institution se perpétue à travers l'idée de l'œuvre à réaliser, qui imprègne le subconscient de l'ensemble des membres du

301. Vraisemblablement pris dans ce sens : « qui n'appartient pas à la mesure sensible, au monde physique » (*Grand Robert*).

302. M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », art. préc., p. 103.

303. *Ibid.*

groupement et qui s'impose à ses organes de gouvernement, cette vie objective ne suffit pas à caractériser l'institution. HAURIUO refuse de ne voir dans l'institution qu'une entité extérieure à la volonté consciente des individus. Au contraire, la vie de celle-ci est pour lui sans cesse parcourue de temps pendant lesquels l'idée se manifeste consciemment. Qu'elle soit le fruit de mouvements sociaux d'envergure (formation des États pendant l'Antiquité, mouvements communaux au XI^e siècle, syndicalisme) ou de la rencontre d'un nombre d'intérêts particuliers (réunion des futurs associés au sein d'une entreprise), la fondation de l'institution est toujours un moment où l'idée de l'œuvre à réaliser fait l'objet d'une manifestation consciente parmi les individus y participant. HAURIUO insiste sur cette dimension subjective de la fondation, qui ne saurait pour lui être assimilée à l'expression d'une conscience collective. L'émotion est d'abord individuelle et ne devient collective qu'en ce que chacun reconnaît partager avec les autres des conceptions similaires autour d'une même idée. En outre, HAURIUO, ainsi que nous avons déjà pu le souligner, ne croit pas en une capacité d'action du corps social³⁰⁴, et ce sont bien les consciences individuelles « touchées » par l'idée, et notamment les plus éminentes, qui imprimeront le mouvement nécessaire à l'accomplissement de l'idée³⁰⁵. En effet, la communion « ne comporte pas seulement l'assentiment intellectuel, mais la volonté d'agir et le commencement de geste qui, par un risque couru, engage tout l'être dans la cause commune ; en un mot, c'est une communion d'action³⁰⁶ ». Ces manifestations ne sont cependant pas uniquement liées à l'opération de fondation : loin d'être ponctuelles, elles existeraient en fait sporadiquement tout le temps que dure l'institution, ne serait-ce qu'à travers l'obtention d'une majorité au sein des organes délibérants.

HAURIUO ajoute cependant, toujours dans une perspective vitaliste, que l'idée elle-même va imprégner l'institution jusqu'à lui permettre d'accéder à la personnalité morale³⁰⁷. Trois phénomènes sont ici prégnants : l'incorporation et la

304. « Analyser le phénomène en l'apparition d'une conscience collective, ainsi que le fait l'école de Durkheim, c'est rabaisser cette réalité, car la conscience collective serait liée à la formation d'une opinion moyenne dans le milieu social, c'est-à-dire dans la masse des esprits. » (*Id.*, p. 106.)

305. « L'idée si elle est « trouvée » ne saurait émerger sans l'action d'un promoteur, ce qu'on constate dans les associations avec le rôle singulier des fondateurs. L'idée d'œuvre se trouve alors diffractée entre les membres, existant en chacun d'eux, et s'unissant par le canal d'une communion. » (G. JEANNOT, « Les associations, l'État et la théorie de l'institution de Maurice HAURIUO », *Les Annales de la Recherche urbaine*, n° 89, juin 2001, p. 20.)

306. « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », art. préc., p. 106.

307. Nous ne reprendrons pas ici les développements de HAURIUO relatifs à l'idée selon laquelle le corps serait une organisation psycho-physique guidée par l'âme, qui serait l'idée directrice de l'homme. Ces développements ne servent en effet qu'à donner une justification biologique à la

personnification, elles-mêmes rendus possibles par le troisième phénomène, l'intériorisation de l'idée de l'œuvre à accomplir. L'incorporation représente en réalité la présence d'organes de gouvernement au service de l'idée, celle-ci imprègne ceux-là, et par là même prend corps. La personnification renvoie elle aux manifestations de communion, au cours desquelles l'idée est présente subjectivement dans les consciences individuelles. S'appuyant sur l'exemple de l'État, HAURIOU considère que l'on passe d'un pouvoir minoritaire et fortement exécutif, à un pouvoir majoritaire et délibérant, sans pour autant que toutes les caractéristiques acquises pendant l'incorporation aient disparu (l'exécutif perdue)³⁰⁸. Reste à déterminer l'avantage que retire l'idée à s'institutionnaliser.

L'incorporation permet à l'idée de durer objectivement. Les organes de gouvernement vont permettre, à travers leur action, de prolonger l'idée. En effet, « c'est le pouvoir organisé qui peut créer des situations juridiques et lui seul peut les maintenir³⁰⁹ », ce faisant, l'idée acquiert une assise. De la même manière, la personnification permet à l'idée de durer subjectivement.

3° L'institution, créatrice de ses règles d'organisation

L'incorporation, de même que la personnification, sont en réalité le moyen pour l'idée de l'œuvre à accomplir de se pérenniser. Ainsi, le passage de l'idée à l'état subjectif va lui permettre de s'exprimer, s'obliger et être responsable³¹⁰. C'est dans cette expression de l'idée que peut se trouver une des justifications à l'existence d'un certain nombre de pouvoirs implicites. Pour reprendre les termes mêmes d'HAURIOU : « L'idée directrice de toute entreprise tend à s'exprimer subjectivement ; elle s'exprime d'abord dans toute institution par des règles de droit disciplinaire ou statutaire que, pour ainsi dire, elle secrète. Sans doute, ces règles de droit s'objectivent rapidement, mais, au moment de leur émission, elles sont bien réellement des volontés subjectives du législateur qui parle au nom de l'institution³¹¹. » Ainsi que le souligne le doyen de Toulouse, les règles de droit ne

théorie de l'institution, en considérant l'homme lui-même comme dirigé par les mêmes phénomènes que l'institution.

308. HAURIOU va assimiler ces manifestations subjectives aux crises de conscience que connaissent les individus : la personnalité, pour cet auteur, se manifeste en effet au cours de ces crises, pendant lesquelles l'individu va se livrer à l'introspection, et qui dénoteraient en réalité des mouvements contradictoires au sein même des organes psycho-physiques (« La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », art. préc., p. 110).

309. *Id.*, p. 114.

310. *Id.*, p. 116.

311. *Ibid.*

sont souvent que des « négatifs » de l'idée institutionnelle ; une loi dédiée à une liberté ne pourra souvent aller plus loin que l'énoncé de cette liberté sans aussitôt être amenée à préciser les cas où cette liberté pourra trouver à s'exprimer (et par là même les cas où elle ne saurait être garantie), voire tout simplement à limiter cette liberté.

Mais ce constat ne doit pas faire oublier les interrogations relatives à la source du droit. Pour HAURIOU, ce sont bien les institutions qui créent leurs règles de droit, celles qui trouveront à s'appliquer en leur sein. La règle de droit est primitivement la réponse à un besoin de l'institution exprimé par elle en vue de permettre l'accomplissement de son œuvre, et ne devient règle objective qu'ultérieurement. Les termes mêmes employés renvoient à la vision presque biologique de l'institution et à son vitalisme : l'institution « secrète » nécessairement des règles d'organisation, de même qu'un être vivant secrète des humeurs. Si ces « humeurs » sont nécessaires à la vie de l'institution, ne pas leur reconnaître une portée juridique reviendrait à condamner l'institution. La vie intérieure de l'institution commande donc la possibilité pour celle-ci de se réguler. Une telle nécessité biologique doit-elle être inévitablement envisagée dans l'acte fondateur de l'institution, ou l'existence seule de l'institution justifie-t-elle l'édiction de ces règles ? Dans la mesure où de telles règles contribuent à assurer l'accomplissement de l'œuvre conformément à la raison d'être de l'institution, leur conformité à une règle de droit antérieure ne pourrait être finalement qu'une question accessoire.

Cette idée est évidemment relative dans la mesure où les règles de droit, pour être reconnues comme valides, doivent nécessairement pouvoir s'intégrer dans le corpus juridique. Cependant, il est possible de considérer qu'une règle prise en vue de l'accomplissement de l'œuvre de l'institution par une autorité légitime³¹² en son sein est légale dans la mesure où il n'y aurait pas contradiction entre une règle écrite maintenue et la nouvelle règle.

B. La théorie de l'institution, support théorique de la reconnaissance de pouvoirs implicites

La théorie de l'institution, en insistant sur le caractère spontané de l'édiction des règles au sein de l'institution, rejoint l'argumentation mise en avant par les juges pour

³¹². Cette légitimité pouvant d'ailleurs être purement pratique : si l'on reconnaît la nécessité des règles à la vie de l'institution en dehors de toute habilitation écrite, il est tout à fait logique de considérer qu'une autorité puisse être *de facto* légitime.

reconnaître l'existence de pouvoirs implicites. Le juge recherche constamment si le pouvoir reconnu est nécessaire à la mise en œuvre du but de son bénéficiaire, que ce but soit expressément énoncé ou déduit des textes l'instituant. Cette idée rappelle de manière évidente la subjectivisation de l'idée d'œuvre à accomplir et le caractère autopoïétique de l'institution. La théorie de l'institution se veut un essai de « vitalisme social³¹³ ». RIVERO rappelle à cet égard que HAURIOU, le premier, a reconnu l'existence d'une vie intérieure de l'institution. RENARD, qui se définit lui-même comme un héritier du doyen de Toulouse, énonce également la nécessité « biologique » de l'édiction spontanée de règles au sein de l'institution : « L'institution est le siège d'une vie juridique autonome et d'un commerce objectif d'organe à organe, très différent du commerce subjectif qui s'établit de personne à personne. Et parce que tout commerce juridique appelle des règles et que ces règles doivent être sanctionnées, l'institution appelle un droit intérieur et une justice intérieure, articulés au droit commun et à la justice commune³¹⁴. »

La théorie de l'institution et de la fondation semble ainsi apporter un soutien à l'existence de pouvoirs implicites, en introduisant l'idée d'une régulation de la vie institutionnelle qui ne serait pas liée uniquement à l'édiction de règles selon une procédure bien définie, mais obéirait en réalité à des nécessités presque biologiques, à la nécessaire « respiration » de l'institution. Ce n'est ainsi pas un hasard si L. SFEZ voit dans l'étude des mesures d'ordre intérieur par RIVERO l'influence, qui n'est d'ailleurs pas niée par l'auteur, de HAURIOU³¹⁵.

1° La vie intérieure de l'administration

313. « Au sens large, toute doctrine admettant que les phénomènes de la vie possèdent des caractères *sui generis*, par lesquels ils diffèrent radicalement des phénomènes physiques et chimiques et manifestent ainsi l'existence d'une « force vitale » irréductible aux forces de la matière inerte. » (A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, 10^e éd., Paris : PUF, coll. « Quadrige », 2010, p. 1214). Le vitalisme social est donc la recherche de ce principe vital au sein des institutions, mais aussi l'assimilation de l'institution à un organisme vivant.

314. G. RENARD, *La théorie de l'institution – Essai d'ontologie juridique*, t. 1 : *Partie juridique*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930, p. 215.

315. Cf SFEZ L., *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1966, p. 466-469. La fonction institutionnelle de l'administration, entendue comme son auto-organisation, est également défendue par Y. GAUDEMET qui distingue celle-ci des « missions externes de l'administration ». (« Remarques à propos des circulaires administratives », *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos : Problèmes de droit public contemporain*, Paris / Athènes : LGDJ / Revue du droit public, 1974, p. 568.)

« Si l'on veut intégrer [la] dualité [de l'ordre juridique] dans un système doctrinal, il semble bien que la théorie institutionnelle, de par sa souplesse même, soit celle qui s'y prête le mieux. D'ailleurs, la notion de vie intérieure elle-même se rattache de la manière la plus directe à la définition institutionnelle des services publics, éveillant l'idée d'un ordre clos, subordonné à la réalisation d'une fin, et se donnant lui-même ses règles³¹⁶. » Dans la conclusion de sa thèse, RIVERO souligne bien le lien étroit pouvant exister entre la théorie de l'institution et la dualité de l'ordre juridique³¹⁷ auquel il est parvenu. Deux des caractéristiques de l'ordre intérieur, étroitement unies entre elles, semblent en effet directement liées à cette théorie : la spontanéité des règles intérieures et leur nécessité.

a) La nécessité de règles intérieures

L'ordre intérieur est pour RIVERO un ordre distinct de l'ordre juridique entendu classiquement et composé principalement des lois et règlements. Dépourvu de véritables fondements écrits, cet ordre doit trouver une justification. Or, comme souvent en matière de pouvoirs non écrits, celle-ci ne sera autre que sa nécessité pratique, qui semble être duale.

Tout d'abord, elle provient du caractère lacunaire des textes. Figés, écrits à un temps donné, ils ne peuvent détailler l'ensemble des possibilités pouvant être rencontrées en pratique, que celles-ci ne puissent être détaillées ou même tout simplement envisagées lors de la rédaction du texte. « La fonction de l'ordre intérieur est précisément de suppléer à la nécessaire rigidité de la loi écrite par la prise en considération des circonstances et des particularités³¹⁸. » L'auteur évoque également « les nécessaires insuffisances d'une réglementation rigide³¹⁹ ». Ce premier constat correspond tout à fait à l'attitude et à l'argumentation de MARSHALL à l'égard de la Constitution des États-Unis, telles que nous avons déjà pu les évoquer : le texte n'est pas parfait, et ce qu'il crée doit pouvoir servir l'objectif poursuivi par son créateur, sous réserve du contrôle par le juge de l'adéquation entre les mesures prises et cet objectif.

316. J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives, essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 382.

317. À l'ordre juridique qu'il qualifie de « supérieur », et qui comprendrait le corpus juridique classique, se greffe un ordre juridique intérieur, composé des différentes mesures intérieures.

318. J. RIVERO, *op. cit.*, p. 294.

319. *Id.*, p. 258.

Cette nécessité n'est cependant pas seulement liée aux inévitables carences des textes. Elle tient à l'existence même de l'entreprise, rejoignant en cela l'idée d'une institution secrétant ses propres règles. Ainsi, l'ordre intérieur doit s'entendre comme : « l'ensemble des mesures par lesquelles l'entreprise s'organise, reçoit de celui qui en est responsable une unité de vue, prépare ses décisions et sanctionne les manquements à sa loi, dans les cadres tracés par le législateur, afin de réaliser toujours au maximum son adaptation à la fin qu'elle poursuit³²⁰ ».

L'objectif est là encore déterminant mais le texte n'a plus besoin de prévoir un certain nombre de compétences, dont la liste pourrait être enrichie au fur et à mesure de l'évolution interne ou externe ; l'entreprise n'a d'autre besoin que celui d'être créée pour poursuivre une « vie » propre : il suffit de créer une « entreprise³²¹ » pour être supposé en accepter de ce fait même la dimension autopoïétique. Sur le même modèle, l'institution d'un rapport hiérarchique implique le maintien d'une certaine organisation au sein d'un service, et donc la possibilité pour le supérieur de prendre les mesures nécessaires à celui-ci. La nécessité s'accompagne donc d'une génération spontanée de règles intérieures.

b) La spontanéité des règles intérieures

RIVERO lie la spontanéité à la nécessité : « Le pouvoir d'ordre intérieur est un pouvoir spontané parce qu'il est un pouvoir nécessaire ; il n'appartient pas au législateur de le concéder parce qu'il serait impuissant, en fait sinon en droit, à le supprimer³²². » La détermination de règles afin de permettre la bonne marche d'un service n'est pas liée à l'existence d'une norme d'habilitation autre que celle qui crée le service. *Mutatis mutandis*, s'intéressant au pouvoir du patron pour réglementer les conditions de travail dans l'atelier, RIVERO s'appuie sur les travaux de GAZIN³²³ pour démontrer l'inutilité même de reconnaître légalement l'existence d'un tel pouvoir³²⁴

320. *Id.*, p. 293.

321. Ici entendue dans un sens très large.

322. *Les mesures d'ordre intérieur administratives, essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics, op. cit.*, p. 255.

323. H. GAZIN, *De la nature juridique des règlements de travail*, Paris : Larose et Tenin, 1913, 225 p.

324. Une proposition de loi fût ainsi adoptée par la Chambre des députés le 4 novembre 1892. Son article 1^{er} prévoyait que : « Tout patron pourra établir un règlement d'atelier » (*JORF Débats parlementaires, Chambre des députés*, 5 novembre 1892, p. 1420). Ce texte sera écarté au Sénat, car il ne faisait en réalité que reconnaître « une faculté qui ne lui a jamais été contestée » (cf. H. LALLE, *La question des règlements d'atelier*, Paris : A. Bonnet, 1904, p. 104). M. LECOMTE, rapporteur de la proposition, ajoutera à cet égard : « On reconnaissait que le patron [...] a pour mission d'assurer le bon fonctionnement de son atelier, d'y faire régner le bon ordre » (*JORF Débats parlementaires, Sénat*, 25 avril 1894, p. 278).

ou même de le fonder. Les règles d'organisation intérieure n'ont ainsi nul besoin d'être consacrées par un texte, car elles participent en quelque sorte d'un « ordre des choses ».

Un service ne saurait fonctionner sans qu'une personne puisse être compétente pour prendre la multitude de règles allant de la détermination des horaires du service au respect des mesures de sécurité, de l'organisation des travaux d'une assemblée à celle d'une file d'attente pour les usagers. Certes, toutes ces « mesures » pourraient être prises par un décideur extérieur au service qui en aurait la compétence, mais en l'absence de décideur, ou même de décision de sa part, le service connaîtra quand même une organisation. « Toutes les fois que le sujet de droit se trouve agrégé à un organisme social et développé, il est soumis *ipso facto* à une loi intérieure du groupe lui-même, ou qui émane de la volonté du chef, et que sanctionne un pouvoir disciplinaire spontané. Lorsque les nécessités de fait ont donné à cette loi une certaine fixité, elle revêt une forme quasi-réglementaire³²⁵. »

Le Code du travail prévoit ainsi la soumission de l'employé au règlement intérieur de son entreprise. Il faut voir là une prise en compte de la spontanéité institutionnelle par le droit, dont l'étude relève en réalité bien plus de la sociologie, elle-même chère à HAURIOU. Cette spontanéité trouve ainsi indéniablement un écho dans l'idée selon laquelle l'institution et les règles dont elle va elle-même se doter préexistent à la constatation et à l'objectivisation de celles-ci par le droit.

2° Une théorie contestée en tant que fondement possible

Pour certains auteurs, la théorie de l'institution ne permet cependant pas de rendre compte de la réalité des pouvoirs. Trop systématique, elle déformerait les rapports entre institutions et n'appréhenderait pas leur diversité.

Dans son ouvrage³²⁶, E. GAILLARD rappelle que la théorie de l'institution a séduit certains auteurs et il va jusqu'à la considérer comme la « conception dominante³²⁷ » en matière de pouvoir disciplinaire. Pour l'auteur, cette conception part tout d'abord

325. J. RIVERO, *op. cit.* p. 243. On citera également : « Seule la réalité compte, que nous pourrions résumer ainsi : « Toute entreprise organisée appelle, pour son développement et son maintien, l'existence d'un pouvoir spontané d'organisation et de discipline intérieure sanctionné par des pénalités, pouvoir qui s'impose à tous ceux qui se trouvent agrégés à l'entreprise. » » (*Id.*, p. 253).

326. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris : Economica, coll. « Droit civil », 1985.

327. Cette domination est cependant nuancée : elle ne résulterait nullement d'une conception majoritaire, mais plutôt du fait qu'elle ait réussi à imposer les termes du débat autour du pouvoir disciplinaire (*id.*, pp. 63-64).

de deux postulats : il existe des règles nécessaires à la vie en commun, peu importe la forme que peut revêtir cette vie et la volonté des créateurs du groupement ; cet état de fait impose une directive d'interprétation du droit positif : les solutions appliquées à une catégorie d'institutions sont transposables aux autres en raison de leur caractère institutionnel.

Cela confronte la conception purement institutionnelle du pouvoir disciplinaire en droit privé à deux écueils : tout d'abord, elle méconnaît la *summa divisio* droit public/droit privé. Ainsi, les fédérations sportives bénéficient d'un monopole, et sont titulaires des prérogatives de puissance publique. Lorsqu'elles les exercent, les actes qu'elles prennent sont pris pour l'accomplissement d'un service public et revêtent le caractère d'actes administratifs soumis au juge administratif. À l'inverse, les actes des associations sportives dépourvues de monopole ou ceux des fédérations agissant en dehors du cadre de leur mission de service public sont soumis au juge judiciaire. Pour E. GAILLARD, cette distinction impose un régime de fond différencié : là où le sportif qui adhère à une fédération est contraint d'adopter les règles de celle-ci, celui qui adhère à une association dépourvue de monopole adhérerait à ses statuts, qui de ce fait deviendraient la « loi des parties³²⁸ ».

Le second écueil tient à la diversité des groupements au sein même du droit privé : là où une association implique l'égalité entre les membres, celle-ci disparaît au sein d'une entreprise au profit d'une hiérarchie entre le chef d'entreprise et les salariés de celle-ci. Les solutions en matière de pouvoir disciplinaire ne sauraient donc être transposables sans aménagements ou justifications autres que celle prétendant qu'étant toutes deux des institutions, il est logique que les règles appliquées soient les mêmes. En outre, les mesures disciplinaires elles-mêmes connaissent un régime différent : le licenciement disciplinaire d'un salarié est soumis à un régime distinct des autres mesures disciplinaires.

L'auteur considère ainsi que les pouvoirs disciplinaires n'ont pas tous pour justification la qualité d'institution du groupement. Si le pouvoir du chef d'entreprise est bien reconnu en raison de sa qualité de chef d'entreprise³²⁹, conception institutionnaliste lui permettant de s'affranchir du règlement intérieur, ce raisonnement est au demeurant de peu d'importance pour l'auteur dans la mesure où il lui appartient d'édicter ce même règlement qui s'incorporera au contrat. Il semble

328. *Op. cit.*, p. 68.

329. Cass. soc., 16 juin 1945 ; *Droit Social*, 1946, p. 427, note P. DURAND.

par ailleurs que les autres groupements n'exercent un pouvoir disciplinaire que dans la mesure où celui-ci est expressément prévu, ce qui, selon E. GAILLARD, place le pouvoir disciplinaire dans la relation contractuelle. Ainsi, une association ne peut prononcer l'exclusion d'un de ses membres que si celle-ci est expressément prévue par ses statuts. À défaut, la résolution ne pourra être que judiciaire³³⁰.

Pour B. FAURE, la théorie de l'institution « demeure un modèle utopique³³¹ », la description « d'un modèle cloisonné, une totalité tirant d'elle-même tous ses éléments constitutifs (donc son pouvoir) alors que la réalité ne nous montre que des rapports entre institutions³³² ». Ces rapports seraient donc absents du modèle institutionnel, au sein duquel toutes les institutions fonctionneraient en quelque sorte en vase clos. Ainsi, le pouvoir réglementaire local ne saurait se concevoir uniquement en référence à la spontanéité institutionnelle. En tant que pouvoir d'application des lois, il reste soumis et borné par la volonté du législateur.

La théorie de l'institution peut ainsi difficilement être considérée comme une théorie explicative satisfaisante du fondement ou de la nature des pouvoirs implicites. Quant à cette nature, il va presque de soi que cette théorie ne fournit somme toute que guère d'outils pour la déterminer. Ainsi qu'on l'a vu, rien ne permet de distinguer fondamentalement un pouvoir exprès d'un pouvoir implicite. Force est de constater, avec E. GAILLARD, que le pouvoir disciplinaire, qu'il soit « spontané », contractuel ou d'origine textuelle est avant tout un pouvoir, soumis à un contrôle de même nature.

Le fondement d'un pouvoir implicite est nécessairement, ainsi qu'on a déjà pu le voir, un texte, que celui-ci soit attributif de compétences ou créateur d'une « organisation », d'un groupement. Ainsi que RIVERO a pu le souligner, la volonté du législateur de créer un service emporte implicitement l'accord des moyens nécessaires à ce service. Le fondement du pouvoir implicite est bien avant tout textuel.

En cela, la théorie de l'institution doit avant tout, dans le cadre d'une recherche portant sur les pouvoirs implicites, être considérée comme une explication du recours

330. L'auteur rapporte cependant l'existence d'un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 22 décembre 1920 (*S.*, 1922, I, p. 369, note R. Morel) dans lequel celle-ci rejette un pourvoi fondé sur l'illégalité de la validation par la Cour d'appel d'une exclusion, les auteurs du pourvoi estimant que celle-ci aurait dû faire l'objet d'une résolution judiciaire. Pour l'auteur, « l'urgence justifie une dérogation au caractère judiciaire de la résolution des contrats pour inexécution. Pour échapper à toute sanction, le groupement qui, en l'absence de toute disposition statutaire, entend exclure l'un de ses membres, doit demander à la justice de prononcer cette résolution, ou [...] rapporter la preuve des circonstances qui le mettaient dans l'obligation de prendre sans tarder la mesure litigieuse ».

331. B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, Paris : LGDJ, 1998, p. 182.

332. *Ibid.*

à la nécessité, une explication de cette nécessité : le pragmatisme qui guide le juge est fondé, car il n'est que la reconnaissance des impératifs, des « nécessités biologiques », d'un groupement, bien qu'il convienne évidemment de circonscrire la spontanéité de l'édiction des règles au sein de l'institution au respect des textes exprès.

II. L'adage *accessorium sequitur principale* et l'identité de but de l'accessoire

La nécessité est le dénominateur commun des pouvoirs implicites. Pourtant, comme a pu le mettre en évidence J.-C. VENEZIA, cette nécessité peut revêtir plusieurs formes, et notamment celle de l'indivisibilité : une activité est reconnue légale car elle est indivisible d'autres activités confiées expressément. La nécessité de la reconnaissance de cette activité tient au fait que celle-ci constitue une activité annexe essentielle. La jurisprudence relevée par J.-C. VENEZIA emprunte alors parfois des expressions qui rappellent sans grande équivoque l'adage *accessorium sequitur principale* : l'arrêt du Conseil d'État du 29 mai 1936, *Société des entrepreneurs de couverture* reconnaît ainsi que la régie de distribution du gaz peut vendre et installer des appareils de chauffage et de cuisine, « ces opérations [étant] purement accessoires du service public³³³ ». De même, le service de l'abattoir public peut créer une entreprise de fabrication et de vente de glace, « complément de [ce] service³³⁴ ». Il est alors tentant de considérer que la théorie de l'accessoire puisse elle aussi être considérée comme un support théorique possible à la reconnaissance d'un pouvoir implicite.

Certaines des conclusions de la thèse de G. GOUBEUX³³⁵ pourraient ainsi trouver à s'appliquer aux pouvoirs implicites, bien qu'il faille garder à l'esprit que son auteur les a formulées à propos de matières fondamentalement différentes : ce ne sont donc pas tant les applications pratiques de la règle de l'accessoire, ni ses implications, que le raisonnement qui les fonde qui nous intéresse ici. « Cet accessoire [au sens strict] doit sa qualité à la liaison originale qui l'unit au principal : affecté au service du principal, il poursuit, en définitive, le même but que lui, mais il ne peut l'atteindre

333. CE, 29 mai 1936, *Société des entrepreneurs de couverture c/ Ville de Bordeaux*, Rec., p. 622.

334. CE, 12 avril 1935, *Société des glaciers toulousaines et du Bazacle c/ Ville de Toulouse*, Rec., p. 512.

335. G. GOUBEUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1969.

qu'indirectement, en renforçant l'efficacité du principal qui, seul, permet d'obtenir le résultat finalement recherché ; « produit » par le principal, l'accessoire poursuit, cette fois, un but qui lui est propre, mais il n'existe que grâce au soutien constant du principal³³⁶. »

La première des deux formes de liaison rappelle de nombreux cas de reconnaissance d'un pouvoir implicite. Elle fait écho à la reconnaissance par le juge de certaines fonctions inhérentes nécessaires à l'accomplissement d'une compétence perçue comme un objectif, telles la reconnaissance par la Cour européenne des droits de l'homme de la possibilité pour la Commission européenne des droits de l'homme de transmettre certains éléments d'un dossier afin de conserver le caractère contradictoire de la procédure, ou encore la compétence externe reconnue à la Communauté économique européenne afin d'éviter que les mesures internes ne puissent être mises à mal par des engagements internationaux contractés par les États membres. La seconde forme de liaison évoque quant à elle plus directement les activités accessoires des services publics, que nous venons d'évoquer.

L'application de la règle de l'accessoire a bien sûr le plus souvent pour effet que « le bien principal communique sa condition juridique au bien qui s'agglomère à lui³³⁷ », principe applicable également aux obligations ou encore aux clauses d'une convention. Il ne s'agit donc pas ici pour le juge de véritablement créer une donnée nouvelle dans la résolution d'un litige, mais plutôt d'établir un rapport entre deux données préexistantes à sa décision. Ainsi, la règle de l'accessoire ne peut réellement être considérée comme un fondement des pouvoirs implicites, qui suppose une création du juge, ou tout du moins la reconnaissance par le juge de la légalité de l'extension d'une compétence existante ou de l'accroissement des pouvoirs.

Par ailleurs, le juge peut s'appuyer ici sur les nombreuses références à l'accessoire dans le Code civil, que ce soit en matière de créance ou encore de droits réels. Le lien pouvant exister entre un principal et un accessoire bénéficie ainsi d'un appui textuel. À l'inverse, les pouvoirs implicites tels qu'on a pu les définir obligent le plus souvent à une interprétation constructive des textes qui ne trouve d'autre justification qu'une volonté supposée de l'auteur³³⁸.

336. *Op. cit.*, p. 502.

337. P. LEROY, « L'acquêt de communauté supplanté par la règle de l'accessoire ? », *D.*, 1994, p. 93.

338. On notera que cette volonté supposée est également utilisée dans la mise en œuvre de la règle de l'accessoire, notamment quand il s'agit de distinguer les obligations ou les clauses principales d'un contrat de celles qui seraient accessoires.

Néanmoins, la règle de l'accessoire a ceci de commun avec la reconnaissance d'un pouvoir implicite qu'elles sont guidées par une logique similaire et présentées comme imposées par les défauts des textes : l'impossibilité de prévoir tous les cas possibles et celle d'anticiper toutes les conditions de mise en œuvre d'un texte. Ainsi, G. GOUBEAUX cite F. GÉNY : « Mais quand la vie est là, suivant son cours irréversible, criant ses besoins et, pressée par eux, postulant une règle, bonne ou mauvaise, critiquable ou non, en tout cas indispensable, à peine de désordre flagrant ou d'anarchie ruineuse, il faut, coûte que coûte, lui faire réponse sans délai et sans ambages³³⁹. » Cette idée est également et de manière indéniable la justification des pouvoirs implicites : les faits sont là et s'imposent au juge.

Le recours à l'accessoire est parfois un pis-aller, nécessaire certes, mais un pis-aller tout de même. G. GOUBEAUX insiste sur ce point : l'insuffisance et l'imprécision des textes obligent bien souvent le juge à se livrer à une démarche constructive pour distinguer ce qui est accessoire de ce qui ne l'est pas ; ce qui, parmi un ensemble d'obligations, peut constituer l'obligation principale. En outre, la règle de l'accessoire va parfois servir à déterminer un régime en l'absence de réglementation. Ce constat en forme de regret est pareillement le reproche principal adressé aux pouvoirs implicites : que les textes puissent être insuffisants, nul ne le nie ; que les faits puissent amener les institutions à intervenir au-delà de leurs attributions explicites dans certains cas, d'aucuns en conviennent ; mais que le juge puisse entériner de telles attributions, et qui plus est leur trouver bon an mal an un fondement textuel soulève beaucoup plus de difficultés dans un système de droit écrit.

La règle de l'accessoire n'est pas véritablement une justification de la reconnaissance par le juge de pouvoirs implicites, bien qu'elle puisse être parfois utilisée ponctuellement pour en asseoir la reconnaissance. Les pouvoirs implicites et la règle de l'accessoire ont cependant ceci de commun que leur mise en œuvre repose sur une conception très proche du droit et sur une justification étroitement liée : l'insuffisance des textes à appréhender la richesse des cas susceptibles de se présenter, dont le corollaire est le reproche adressé au juge de se livrer à une interprétation par trop constructive des textes.

339. F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la méthode de la critique juridique*, t. I : *Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution* (fac-similé de l'édition de 1922, Paris : Sirey), Bad Feilnbach : Schmidt Periodicals, 2003, n° 62, p. 186 (cité par G. GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 508).

La nécessité de reconnaître la possibilité d'édicter certaines mesures est une nécessité qui, pour être pratique, bénéficie toutefois d'un certain appui théorique. Cette nécessité n'est cependant qu'incidente, dans la mesure où il faut avoir auparavant admis dans son principe la validité d'une telle reconnaissance.

La force des pouvoirs implicites est de présenter cette reconnaissance comme justifiée par la nature même des textes. L'interprétation qui en est donnée est alors elle-même justifiée par la nécessité. Avant même d'étudier la nécessité pratique du pouvoir, le juge postule que l'auteur du texte a nécessairement entendu confier un ensemble de pouvoirs concourant à la réalisation des objectifs assignés. L'étude de l'interprétation de cette volonté présumée sera l'objet du chapitre suivant.

Chapitre 2

L'interprétation d'une volonté idéalisée

Le recours à la nécessité seule en vue de justifier la reconnaissance de pouvoirs implicites apparaît insuffisant. En effet, si cette dernière peut constituer un argument en faveur de cette reconnaissance, elle ne peut en constituer le fondement, puisque l'implicite doit être entendu comme la reconnaissance d'une manifestation de volonté.

La nécessité doit alors s'entendre comme le lien entre le texte et le pouvoir : les auteurs d'un texte doivent avoir pour volonté de donner à leur création l'ensemble des moyens nécessaires à la réalisation de son but. Il y a ici deux mécanismes distincts qui témoignent tous deux d'une interprétation du texte lui-même. Le premier de ces mécanismes est la recréation par le juge de la volonté de l'auteur du texte. Ainsi qu'A. JENNEQUIN l'a énoncé, il s'agit ici de présumer cette volonté, avec pour appui une représentation idéale de l'auteur du texte (**Section 1**). Le second de ces mécanismes est issu directement de la nature de la nécessité : la nécessité étant par essence une notion objectivée, le juge doit alors interpréter le texte pour identifier son objet (**Section 2**).

Section 1. L'acceptation présumée des pouvoirs implicites

Il convient ici de partir d'un postulat : la reconnaissance des pouvoirs implicites obéit à un schéma particulier. Nous avons déjà pu formuler un premier énoncé : les pouvoirs implicites sont liés à l'idée d'une nécessité de ceux-ci pour qu'une institution puisse exercer pleinement ses attributions, au sens de compétences ou objectifs assignés. Cette nécessité est donc une justification des pouvoirs implicites. Mais les pouvoirs implicites supposent également un rapport au texte. Ce rapport est

bien évidemment présent dans ce premier énoncé : les compétences ou les objectifs expressément assignés sont par définition inscrits. Cette seule affirmation semble néanmoins insuffisante. Si les pouvoirs exprès sont présents dans le texte, leur énoncé ne suffit pas en lui-même à justifier qu'ils puissent être étendus. La nécessité pratique en elle-même est un argument insuffisant, dans la mesure où elle ne donne qu'un fondement pratique à ces pouvoirs et ne permet pas de les justifier en droit, mais simplement en fait. Le lien au texte devrait ainsi être plus fort, ou au moins préserver les apparences d'un lien plus fort. Sans cela, les pouvoirs implicites ne sauraient être l'objet d'une reconnaissance générale, mais seraient uniquement réservés à quelques solutions d'espèce. Or, et c'est sans doute l'un des intérêts de leur étude, leur reconnaissance est le plus souvent dépourvue de tout lien avec une nécessité pratique tangible. Au contraire, elle est fondée sur une « logique » de nécessité. A. JENNEQUIN s'est attachée à mettre en valeur les éléments de l'implicite en droit administratif, quel que soit le domaine où celui-ci sera utilisé. Ainsi, le recours à l'implicite recouvre toujours l'utilisation de la méthode de l'« implication nécessaire³⁴⁰ ». Cette méthode, décomposée par l'auteur, « repose sur deux processus qui s'interpénètrent : un processus de novation de la volonté de l'auteur d'une part et un processus de confrontation de la manifestation de volonté à un contexte structurant d'autre part³⁴¹ ». Nous étudierons successivement ces deux mouvements : l'idéalisation de la volonté de l'auteur du texte d'abord (I), la contextualisation de cette volonté idéale ensuite (II).

340. A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 4-5. L'ensemble de la première partie de la thèse d'A. JENNEQUIN, « L'implicite en droit administratif », est consacré à l'étude de ce mécanisme, thèse à laquelle nous renvoyons pour une analyse beaucoup plus fine, que nous ne reprendrons ici que dans ses plus grandes lignes.

341. *Id.*, p. 19.

I. La nécessaire idéalisation de la volonté de l'auteur du texte attributif de compétences

La reconnaissance des pouvoirs implicites est le fruit d'une interprétation particulièrement extensive du texte. Il importe en premier lieu de justifier cette interprétation : la nature même des textes, figée et lacunaire, rend celle-ci inévitable (A). L'interprète, pour combler ces insuffisances, doit alors redécouvrir la volonté de l'auteur du texte, ce qui, dans le cadre du mécanisme de l'implication nécessaire, apparaît bien plus comme une recréation de la volonté de l'auteur, un « postulat de rationalité³⁴² » que comme la recherche de sa volonté originale (B).

A. Une interprétation inévitable

L'interprétation se conçoit en premier lieu comme « l'opération par laquelle une signification est attribuée à quelque chose³⁴³ ». À s'en tenir à cette définition, il paraît évident que les pouvoirs implicites résultent d'une opération de cette nature, ayant posé que ceux-ci devaient nécessairement se déduire d'un texte attributif de compétences ou créateur d'une institution. Le juge considère par conséquent que l'auteur doit être regardé comme ayant voulu que les pouvoirs implicites soient reconnus. Néanmoins, il semble aller de soi qu'une telle interprétation ne saurait normalement se concevoir que dans les cas où le texte peine à exprimer de manière limpide les vues de l'auteur. L'obscurité du texte semble alors être le fondement, si ce n'est unique, tout au moins premier, de l'interprétation (1°). Cependant, à mieux regarder, il apparaît que ce ne sont pas tant les ombres du texte que sa nature même qui en impose l'interprétation (2°).

1° L'obscurité du texte, fondement apparent de l'interprétation

De prime abord, on pourrait penser qu'un texte ne prête à interprétation que s'il est obscur : « lorsqu'un texte est clair, c'est-à-dire lorsque, compte tenu des règles de la grammaire, de la sémantique et de la syntaxe, son sens ne peut prêter à aucune discussion et lorsqu'en outre ses dispositions ne sont en contradiction avec aucune

342. G. Cerexhe, *Les compétences implicites et leur application en droit belge*, op. cit., p. 129.

343. M. TROPER, « Interprétation », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 843.

autre disposition en vigueur ayant valeur juridique au moins égale, le juge ne se livre à aucune fantaisie interprétative ; il applique strictement ce texte³⁴⁴. »

La distinction clarté/obscurité a notamment été évoquée, pour mieux être écartée, par J.-J. BIENVENU³⁴⁵. Pour lui, cette conception de l'interprétation repose tout d'abord sur l'idée que « l'application d'une règle ou d'un acte [doit être] distinguée de son interprétation³⁴⁶ ». L'interprétation peut ainsi résulter d'une contradiction entre deux normes ou d'une lacune (*approche externe*) ou de ce que l'interprète se voit contraint par les données d'une espèce de préciser le contenu d'un texte³⁴⁷ (*approche interne*). Mais cette théorie de l'interprétation repose aussi sur une « logique de controverse³⁴⁸ » : l'interprétation doit être mise en œuvre lorsque se présentent au juge deux solutions possibles, l'une et l'autre aussi convaincantes au regard du texte. « Le contentieux de l'interprétation se définirait donc comme le choix entre deux rapports de compatibilité également vraisemblables mis en évidence à l'occasion du litige³⁴⁹. » Cette approche de l'interprétation serait cependant trop restrictive : l'application et l'interprétation seraient en réalité indissociables, le droit et le fait ne se présentant pas de manière ordonnée devant le juge mais au contraire s'alimentant l'un et l'autre. En outre, l'idée de clarté d'un texte participerait d'une vision erronée de ce dernier, qui ignorerait la part d'indétermination nécessairement contenue dans chaque texte, et ne servirait en réalité qu'à donner une assise plus sûre à la décision du juge. Cette négation de la pertinence de la clarté du texte comme critère de détermination de la nécessité d'une interprétation est exacerbée avec les théories réalistes³⁵⁰. Selon ces dernières, l'interprétation consiste non à indiquer le sens d'un texte mais à le déterminer. L'interprétation est alors moins une fonction de la connaissance qu'une fonction de la volonté. Décrivant cette dernière, M. TROPER souligne que, selon ce point de vue, « tout énoncé est doté non pas d'une, mais de plusieurs significations entre lesquelles il s'agit de choisir. Ce choix ne correspond pas à une réalité objective, mais traduit seulement les préférences subjectives de celui

344. R. ODENT, *Contentieux administratif*, 6 fasc., Paris : Les cours de droit, 1971, fasc. 1-2, pp. 444-445.

345. J.-J. BIENVENU, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, thèse de droit public, Paris : université Paris II, 1979, t. I, pp. V-XIV.

346. *Id.*, p. VIII.

347. « Il en est ainsi lorsque le juge doit mettre en œuvre une qualification dont les textes ne précisent pas les éléments. » (*Id.*, p. IX.)

348. *Id.*, p. X.

349. *Id.*, p. XI.

350. La distinction entre acte de connaissance et fonction de volonté est posée par KELSEN (*Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, Paris : Dalloz, 1999, p. 459-462).

qui l'exprime³⁵¹ ». Tout texte donne alors lieu à une interprétation, ne serait-ce que pour déterminer s'il doit être considéré comme clair. La clarté invoquée du texte est donc réduite à une façade dissimulant la généralité de ce travail.

Si l'interprétation ne se résume pas à déterminer ce que signifient les dispositions obscures d'un texte, il reste néanmoins à préciser ce qu'elle recouvre. Pour J.-J. BIENVENU, l'interprétation peut être « conçue comme un travail de transformation de données juridiques³⁵² ». Ainsi entendue, l'interprétation sera reconnue dès lors que le juge rattache sa solution à un texte, dont il définit alors les contours de l'application. D'une donnée juridique, d'une norme élaborée, le juge précise, à travers une opération d'interprétation, les conditions et les cas où celle-ci aura lieu d'être. Il reste néanmoins à déterminer ce qui justifie le travail d'interprétation. Le couple clarté/obscurité fondeait celui-ci en même temps qu'il en posait les limites. Si ces dernières ne sont qu'insatisfaisantes, il faut par là même rechercher un autre fondement.

2° Les insuffisances intrinsèques de l'écrit

La nature même des textes, au-delà de leur prétendue obscurité ou en dépit de leur clarté apparente, commande en réalité l'interprétation : les textes ne peuvent tout envisager ; les textes sont figés alors que le droit, pour s'adapter à la nature changeante des sociétés, doit constamment s'adapter. « Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi. [...] Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais³⁵³ ».

Ces arguments sont au cœur du mécanisme de reconnaissance des pouvoirs implicites et constituent ainsi une des pierres angulaires de la solution de MARSHALL.

351. M. TROPER, *La philosophie du droit*, 3^e éd. mise à jour, Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, p. 99.

352. *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit., p. XVI.

353. J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le Code civil*.

É. ZOLLER rappelle que : « Au début du XIX^e siècle, l'interprétation des lois suivait les principes établis de la *common law*.[...] Le juge était donc conduit à interpréter la loi de telle sorte qu'elle ne produise que les effets expressément voulus par son auteur. Le sens exact et précis de ses termes avait une importance décisive ; rien n'était présumé qui ne soit expressément prévu³⁵⁴. » Nous avons déjà montré que cette interprétation rigoriste allait voler en éclats sous la plume de MARSHALL. Nous allons ici exposer brièvement les arguments qui justifient selon lui une interprétation téléologique des textes.

Tout d'abord, un texte est presque irrémédiablement imprécis. Cela tient à la multitude de significations que peut revêtir un terme. Comment dès lors être persuadé que la signification que l'on va attribuer à ce terme respecte la volonté de celui qui l'a choisi ? Et, ce qui est plus délicat, « presque toutes les rédactions contiennent des mots qui, si on devait les prendre au sens rigoureux, mèneraient à un sens différent de celui qui fut à l'évidence voulu³⁵⁵ ». Comme les mots peuvent amener à trahir la pensée de celui qui les a utilisés, il convient de les prendre pour ce qu'ils sont : des moyens imparfaits de manifestation d'une volonté, auxquels il ne faudrait en réalité attacher qu'une importance relative. Il convient alors de dépasser les termes utilisés : « le sujet, le contexte et l'intention de la personne les utilisant doivent tous être pris en considération³⁵⁶ ». Outre le fait que cet argument rejoint l'idée que toute mise en œuvre d'un texte est nécessairement l'objet d'un travail d'interprétation (consistant en un choix de la signification des termes et expressions utilisés), il permet également de justifier le recours à une volonté détachée de sa manifestation expresse.

MARSHALL fait également reposer sa solution sur les vicissitudes essentielles des textes, et le parallèle est ici évident avec le discours de PORTALIS. On y retrouve les mêmes constats, amplifiés chez le premier par la nature constitutionnelle du texte interprété³⁵⁷.

Il incombe au juge, pour pallier cette imperfection des textes, d'en dépasser les termes afin de rechercher la volonté de leur auteur.

354. É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris : Dalloz, 2010, p. 50.

355. Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *McCulloch v. Maryland*. Trad. É. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, 2010, *op. cit.*, p. 36.

356. *Ibid.*

357. *Supra*, p. 74 et suiv.

B. L'idéalisation de la volonté de l'auteur du texte

Les textes sont incomplets et restent figés. Cette constatation soulève d'emblée une question primordiale : comment parvenir à combler ces lacunes inévitables ? L'interprète doit ainsi s'attacher à rechercher la volonté de l'auteur du texte, telle qu'elle ressort de ses manifestations expresses. Il en modifie alors presque inévitablement le sens véritable, à tel point que GÉNY y voyait là une dénaturation du sens et de la portée des lois. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'est utilisé le mécanisme de l'implication nécessaire car, et cela a été mis en évidence par A. JENNEQUIN, la volonté de l'auteur est ici l'objet d'une idéalisation. Il n'est plus vraiment question de se référer à l'exacte volonté de l'auteur du texte telle qu'elle transparaît dans les termes et les notions qu'il utilise, mais à ce que ces termes et notions laissent transparaître de ses vues, et à adapter le texte pour lui permettre de satisfaire pleinement ses visées.

Après nous être penché sur la manière dont l'idéalisation de la volonté fait écho aux contestations de l'école de l'exégèse (1°), nous nous attacherons à étudier cette idéalisation telle qu'elle ressort dans le mécanisme de l'implication nécessaire (2°).

1° L'adaptation du texte aux évolutions sociales

Comment interpréter un texte ? L'école de l'exégèse a durant le XIX^e siècle donné la réponse qui semblait s'imposer : il faut rechercher la volonté de l'auteur du texte, et tout particulièrement ici du Code civil ; autrement dit, ne faire « qu'interpréter la volonté stricte du législateur de 1804, que consacrer les solutions qu'il aurait voulu faire prévaloir³⁵⁸ ». Cependant, cette solution ne résolvait pour ainsi dire rien, ou au prix d'une méconnaissance de la volonté réelle de l'auteur qu'on prétendait pourtant respecter strictement. L'article 4 du Code civil interdit le déni de justice. Par conséquent, le juge doit trouver une solution aux litiges qui lui sont soumis, dans un texte qui, par nature, ne peut prévoir tous les cas de figure. Comment

358. R. SALEILLES dans la préface de F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : Essai critique*, préf. de F. SALEILLES, Paris : LGDJ, 1919, t. I, p. XV. SALEILLES ne décrit ici la position affichée des tenants de cette méthode que pour mieux la critiquer, en ce qu'elle nie la portée véritablement créatrice de la jurisprudence et de la doctrine. Pour cet auteur, au contraire, « on peut très légitimement se douter que, s'il avait prévu [ces relations juridiques nouvelles], tout en restant en progrès sur son temps, il les aurait résolues dans un sens tout contraire au progrès moderne » (*ibid.*).

concilier alors le fait que l'auteur ne puisse tout envisager et l'obligation de se prononcer sur l'expression de sa volonté, autrement dit agir comme si sa volonté était respectée, alors même que l'on règle ce qu'il n'a pas prévu expressément, et donc voulu de manière consciente ? C'est méconnaître ici ce que PORTALIS, soit l'auteur du texte lui-même, avait reconnu.

La méthode exégétique soulèvera donc les plus vives critiques, notamment chez SALEILLES et GÉNY, mais passées ces réserves communes, la réponse différera.

Pour GÉNY, la loi est un acte de volonté, et « il faut reconnaître que [le législateur] l'a laissée pleine de sa pensée et de son vouloir, à moins de voir dans le texte légal une sorte d'outre vide, que chacun remplirait à son gré³⁵⁹ ». Fonder la solution sur un texte réclame donc de respecter la volonté de son auteur, sauf à nier la nature, un « acte de volonté³⁶⁰ », et les vertus, « la précision et la stabilité³⁶¹ », de la loi. En effet, pour cet auteur, « on ne s'aperçoit pas quelle base rationnelle peut rester à un système d'interprétation de la loi qui se sert du texte légal pour justifier tout autre chose que ce que son auteur a voulu établir³⁶² ». Une telle mécanique ne semble guère préserver autre chose que les apparences. Il est donc important de ne se fonder que sur la volonté historique de l'auteur. Pourtant, étant données l'impossibilité pour le législateur de tout prévoir et la nécessaire évolution des normes, cela ne saurait suffire, sans tomber dans le travers que reprochait GÉNY aux tenants d'une approche strictement légaliste du droit : « quand les textes, si doucement qu'on les sollicite ou si violemment qu'on les presse, refusent malgré tout leur secours, l'interprète doi[t] se garder d'y suppléer de son chef et se résigner à sacrifier au culte de la loi les nécessités les plus pressantes des faits ». Si la volonté historique de l'auteur n'offre aucune solution au problème donné, que celui-ci ne trouve non plus réponse dans les sources non écrites, il convient alors de s'en affranchir, à travers la libre recherche scientifique³⁶³, afin de trouver une réponse permettant l'équilibre des intérêts en

359. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, *ibid.*

360. *Id.*, p. 264.

361. *Id.*, p. 263.

362. *Ibid.*

363. À cet égard, on peut citer le discours de GLASSON : « Si l'on s'en tient strictement à [l'] application [de la méthode de l'école de l'exégèse], le droit cesse d'être une science pour devenir un art, l'art d'interpréter les lois. » (*Le centenaire du Code civil 1804-1904*, Paris : Imprimerie nationale, 1904, p. 41.) GÉNY résume ainsi cette méthode : « Pour les points nombreux qu'il ne trouve nettement résolus ni par la loi ni par la coutume, le jurisconsulte n'aura d'autre ressource que de scruter directement la nature des choses, et d'interroger lui-même les éléments sociaux, dont il doit fixer la règle. – Dans cette vaste complexité de données nécessaires, il devra faire des classifications nombreuses, et distinguer les objets d'investigation, suivant le degré de lumière et de certitude qu'ils lui apportent. Il devra surtout, comme le ferait le législateur lui-même, doser ces objets d'après leur nature propre, et déterminer les lois de leur harmonie, en tenant les yeux fixés vers l'idéal de justice ou d'utilité sociale, qu'il faut, avant tout, satisfaire. » (*Op. cit.*, p. 223.)

présence, « en vue d'une *finalité supérieure*³⁶⁴ ». Ce que SALEILLES résumera ainsi : « Par le Code civil, mais au-delà du Code civil³⁶⁵ ! »

Pourtant, lui-même préférera l'expression « Au-delà du Code civil, mais par le Code civil³⁶⁶ ! » Si l'ouvrage de GÉNY a le mérite de sortir le droit de son isolement pour qu'il redevienne une « science des faits³⁶⁷ », SALEILLES ne peut s'empêcher de rester attaché à la légalité, prise dans le sens d'un rattachement des solutions à un texte, dût-elle receler « une part de fiction³⁶⁸ ». Pour lui, l'interprétation de la loi doit être constamment renouvelée au regard de l'évolution des pratiques et des besoins de la société. « [D]e cette compénétration de l'élément logique, dans ce qu'il a d'essentiel, et de l'élément historique, dans la part prépondérante qui lui revient, devait ressortir comme un idéal de formation scientifique du droit, qui ne pût guère être dépassé³⁶⁹. » Cette conception de l'interprétation sera reprise par le président de la Cour de cassation BALLOT-BEAUPRÉ, dans le discours qu'il prononcera à l'occasion du centenaire du Code civil. Réfutant l'idée que le juge puisse trouver ailleurs que dans les textes une solution aux litiges qu'il a à connaître, il concède néanmoins que le juge « doit se dire qu'en présence de tous les changements qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique et social de la France, la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne³⁷⁰ ».

Pourtant, et malgré leur opposition, SALEILLES reconnaît que les deux méthodes envisagées ne sont pas si éloignées, car consacrant toutes deux les « mêmes solutions, celles qu'exigent les nécessités de la vie pratique envisagées du point de vue juridique³⁷¹ ». On retrouve donc ici les arguments justifiant les pouvoirs implicites. La nécessité est à la fois la justification des pouvoirs implicites et le guide de l'interprétation des textes.

364. B. FRYDMAN, « Le projet scientifique de François GénY », in THOMASSET C., VANDERLINDEN J. et JESTAZ P. (éd.), *François GénY, mythe et réalités : 1899-1999. Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Cowansville / Paris / Bruxelles : Blais / Dalloz / Bruylant, 2000, p. 226.

365. R. SALEILLES dans la préface de F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. XXV.

366. *Ibid.*

367. *Id.*, p. XXV.

368. *Id.*, p. XXI.

369. *Id.*, p. XXIV.

370. *Le centenaire du Code civil 1804-1904*, op. cit., p. 27.

371. R. SALEILLES, préface de F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, op. cit., p. XXI.

Reste qu'il ne suffit pas à l'interprète d'invoquer un texte pour obtenir un blanc-seing sur l'ensemble des interprétations qu'il pourrait en donner, quand bien même celles-ci résulteraient de la prise en compte des exigences sociales. L'implication nécessaire permet, entre autres méthodes, de rattacher une solution extensive au texte qui la fonde, à travers une idéalisation de la volonté de son auteur.

2° Une volonté idéale

J.-J. BIENVENU a mis en évidence la volonté comme étant un moyen de « décomposition du processus de formation d'un acte³⁷² ». L'acte est ainsi tout d'abord détaché de la réglementation applicable pour être considéré en tant que support d'une manifestation de volonté, dont la procédure d'édiction devient partie du processus de formation intellectuelle. Mais la volonté intervient également comme « modèle de reconstitution de l'acte³⁷³ ». Cette idée est pour A. JENNEQUIN particulièrement intéressante dans l'étude de l'implication nécessaire. En effet, le juge ne s'attache plus ici à la volonté réelle de l'auteur de l'acte, mais à une volonté théorique, celle de « l'agent public qui, en raison même de l'organisation administrative, doit être considéré comme normalement éclairé et astreint à une certaine diligence³⁷⁴ ».

Selon A. JENNEQUIN, cette objectivation de la manifestation de volonté de l'auteur d'un acte est la première étape de reconstruction d'une volonté idéale. L'acte est en premier lieu subjectif : en tant que manifestation de volonté, il conviendrait de s'attacher en premier lieu aux buts poursuivis par son auteur. Mais pour permettre à l'acte de produire l'ensemble de ses conséquences, il importe de se détacher de la volonté de celui qui l'a pris. L'acte doit alors devenir un objet distinct, emportant par lui-même des conséquences, indépendamment des vues de son auteur, mais aussi de la manière dont celui-ci aura manifesté sa volonté.

Il existe ainsi une différence essentielle entre tacite et implicite. Là où l'acte tacite est la transcription de la volonté immédiate de l'auteur³⁷⁵, l'acte implicite est issu de la recherche des effets médiats de cette volonté. Ainsi, le contrat tacite est révélé par la poursuite des relations contractuelles entre les parties. De même, la

372. *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit., p. 77.

373. *Id.*, p. 79.

374. *Ibid.*

375. « L'acte tacite correspond donc toujours à l'objet immédiat poursuivi par la volonté de l'autorité administrative. » (A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif*, op. cit., p. 35.)

décision tacite est déduite des agissements matériels de l'administration. À l'inverse, s'agissant par exemple de l'abrogation et de la ratification implicites, les conséquences attachées à la manifestation expresse de volonté n'en découlent pas directement. Dans le cas de l'abrogation implicite, l'« acte expressément adopté n'a pas pour objet direct et immédiat d'abroger un acte antérieur et il ne se préoccupe nullement du devenir des autres actes qui l'ont précédé³⁷⁶ ». Le juge devra déduire cette abrogation de l'incompatibilité de l'acte avec des actes antérieurs d'une valeur hiérarchique au plus égale. Les ratifications implicites témoignent elles aussi de cette déduction de la volonté du législateur : en reprenant à son compte les dispositions d'une ordonnance non ratifiée expressément, celui-ci a nécessairement entendu la ratifier. Là encore, le juge ne s'intéresse pas uniquement à la volonté première du législateur, mais attache à ses actes pris objectivement toutes leurs conséquences logiques.

L'acte tacite est par définition une absence de manifestation expresse de volonté. Le mécanisme de l'implication nécessaire s'en distingue à nouveau en raison de « l'indifférence quant à la manifestation expresse d'une volonté³⁷⁷ ». Ainsi que nous avons déjà pu le voir, cette remarque tombe sous le sens. L'implicite nécessite un contenant, et c'est par une conséquence logique que celui-ci peut se déduire d'une manifestation positive de volonté³⁷⁸ à laquelle le juge pourra attacher un certain nombre de conséquences³⁷⁹. Dans le même ordre d'idées, A. JENNEQUIN distingue l'acte tacite de l'acte implicite en ce que le premier devrait marquer une volonté certaine alors que le second pourrait résulter de manifestations équivoques. L'auteur illustre cette distinction en se référant notamment à l'autorisation tacite de cession de contrat et à l'acceptation implicite du sous-traitant. Dans le premier cas, le juge va s'attacher à rechercher un « comportement sans ambiguïté de l'administration à l'égard du nouveau contractant³⁸⁰ ». Dans le second, étant donné le silence total gardé par l'administration, il paraît difficile de lui prêter telle ou telle intention, le juge n'ayant en réalité aucun comportement positif auquel il puisse raccrocher une

376. *Id.*, p. 40.

377. *Id.*, p. 53.

378. Cette manifestation positive de volonté ne se retrouve cependant pas dans tous les cas d'utilisation de la méthode de l'implication nécessaire. Le silence peut en effet donner lieu à la reconnaissance de l'implicite, comme dans le cas des décisions implicites déduites du silence de l'administration. L'idée que l'implicite nécessite un contenant n'est pourtant pas véritablement remise en cause. En déduisant une décision du silence gardé, l'interprète de ce silence le considère nécessairement comme un contenant.

379. Le contenu nécessaire de l'acte pris objectivement.

380. D. PIVETEAU, concl. sous CE, 28 mai 2001, *Territoire des îles Wallis et Futuna*, *BJCP*, 2001, p. 397.

interprétation. C'est donc par le biais d'une « fiction de volonté³⁸¹ » que l'on pourra prêter à l'administration la décision d'accepter le sous-traitant.

Le caractère objectif de l'acte étant acquis, le juge pourra ensuite se livrer à une « reconstruction de la volonté de l'auteur³⁸² ». Cette reconstruction peut d'abord se présenter comme une idéalisation de la volonté de l'auteur initial. La recherche des effets médiats d'un texte est ici particulièrement révélatrice. De même que J.-J. BIENVENU a considéré que le juge reconstruisait la volonté de l'agent public en présument l'acte comme émanant d'un individu normalement diligent, l'implication nécessaire va permettre d'éclairer le texte à travers le prisme d'une volonté rationalisée. L'auteur historique du texte laisse la place à un auteur idéal, mais fictif, qui a nécessairement voulu que ce qu'il a édicté ou adopté s'intègre dans le corpus juridique existant. Cette présomption de volonté a pour corollaire que l'auteur a également entendu que ses actes produisent toutes leurs conséquences logiques. « Chaque application particulière de l'implicite est une déclinaison de l'un des attributs du postulat de rationalité de l'auteur. [Il] ne se contredit pas, ne fait rien d'inutile, ou encore adapte les moyens aux fins poursuivies³⁸³. » Chacun de ces attributs reçoit alors une illustration. L'absence de contradiction permet au juge de constater une abrogation implicite. Comme le législateur ne saurait répéter inutilement une disposition, une telle répétition emporte ratification implicite. L'adaptation des moyens aux fins poursuivies permet quant à elle de justifier la reconnaissance de pouvoirs implicites. L'intérêt de cette démarche est alors double pour le juge : la rationalité de l'auteur lui permet de justifier son interprétation, de même que l'inclusion des conséquences implicites dans le texte lui-même permet de conserver un fondement textuel apparent à sa solution.

Enfin, question non dépourvue d'intérêt, il arrive que cette volonté idéalisée corresponde en réalité à la volonté historique. « Le recours à la méthode de l'implication nécessaire [est alors] organisé par l'auteur lui-même. Celui-ci détourne l'utilisation de l'implicite à son profit pour s'exprimer tout en gardant le silence³⁸⁴. » Le juge, selon A. JENNEQUIN, peut y recourir dans de nombreux cas : en examinant un recours, le juge admet implicitement sa compétence ou la recevabilité du recours ; en

381. *L'implicite en droit administratif, op. cit.*, p. 60.

382. *Id.*, p. 67.

383. *Id.*, p. 76.

384. *Id.*, p. 85.

ne soulevant pas un moyen d'ordre public, le juge l'écarte implicitement. Il y a ici un souci d'« économie de mots³⁸⁵ ». L'utilisation de l'implication nécessaire peut aussi correspondre à la volonté de conserver une certaine « liberté de parole³⁸⁶ ». Le juge, désireux d'opérer prudemment un revirement de jurisprudence, n'agit d'abord qu'à demi-mot, se réservant le droit d'évaluer les conséquences de la nouvelle solution avant de la consacrer explicitement. Les exemples sont nombreux : A. JENNEQUIN cite à cet égard l'arrêt *Prince Napoléon*³⁸⁷, dans lequel « l'abandon de la théorie du mobile politique pour définir l'acte de gouvernement [...] s'est ainsi opéré implicitement, par déduction de l'examen au fond du recours ». De même, en acceptant d'examiner au fond la responsabilité des services de police dans l'arrêt *Tomaso Grecco*³⁸⁸, le juge a implicitement admis la possibilité d'une telle responsabilité, renversant le principe consacré jusqu'alors d'irresponsabilité de la puissance publique, qui aurait dû entraîner une fin de non-recevoir. L'implication nécessaire peut par ailleurs être utilisée comme « technique d'administration³⁸⁹ » : l'administration connaît les conséquences qui seront attachées au silence gardé devant une demande. Elle préférera alors rejeter³⁹⁰ implicitement plutôt que de consacrer des moyens et un temps considérables à répondre à chaque demande.

Cette volonté objectivée et devenue idéale, détachée de la volonté de l'auteur historique qu'elle ne rejoint incidemment qu'au prix d'un détournement par l'auteur initial du mécanisme de l'implication nécessaire à son profit, permet donc au juge de justifier toutes les conséquences logiques attachées à sa manifestation. Ces conséquences découlent plus particulièrement du contexte dans lequel l'acte s'inscrit.

II. La recreation de la volonté de l'auteur du texte

La reconnaissance des pouvoirs implicites apparaît liée à la nature même des textes, qui en impose une interprétation souple, adaptée aux évolutions et destinée à

385. *Id.*, p. 88.

386. *Id.*, p. 92.

387. CE, 19 février 1875, *Rec.*, p. 155, concl. David ; D., 1875, III, p. 18, concl. ; *GAJA*, n° 3, p.16.

388. CE, 10 février 1905, *Rec.*, p. 139.

389. A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif*, *op. cit.*, p. 96.

390. A. JENNEQUIN estime en effet que cette technique est principalement utilisée dans le cas où le silence gardé par l'administration est considéré comme une décision implicite de rejet. « Elle préfère en effet délivrer formellement les autorisations ou les approbations et rares sont les cas où l'administration laisse consciemment s'écouler le délai d'acquisition d'une acceptation implicite. » (*Id.*, p. 97.)

compenser leur caractère inévitablement figé. Il importe alors de dégager les textes de la volonté initiale de l'auteur historique pour lui substituer une volonté idéale, appuyée sur un acte envisagé objectivement. Cette première étape réalisée, il est alors possible au juge de replacer l'acte dans son contexte, de le confronter à l'ensemble des normes et en tant qu'issu d'une volonté idéale, de tirer de cette confrontation toutes les conséquences logiques (A). Cette démarche semble résolument créatrice dans le cas des pouvoirs implicites (B).

A. La contextualisation de la volonté idéale de l'auteur du texte

« La manifestation [de volonté] acquiert [...] un sens propre, révélé non par la volonté dont elle procède, mais par le contexte dans lequel elle s'inscrit. Sa signification n'est pas réductible à la volonté de son auteur, mais en partie imposée par la logique de son contexte³⁹¹. » Dans le cas des pouvoirs implicites, l'efficacité de l'ordre juridique va imposer leur reconnaissance (1°), témoignant de la mise en œuvre d'une présomption de volonté (2°).

1° La confrontation de la volonté au contexte de sa manifestation

Le contexte sera apprécié diversement selon l'importance de l'implication en cause. Ainsi, lorsque le juge reconnaît l'existence d'une décision implicite, il s'attachera avant tout à l'opération juridique globale, que celle-ci soit d'ordre logique³⁹², ou structurée par un texte³⁹³. Si la multitude des solutions ne permet pas une véritable systématisation en ce cas précis, il en va autrement lorsque le juge sera amené à se pencher sur l'existence d'une norme implicite. Le juge aura alors recours systématiquement à la notion d'ordre juridique, entendu comme « l'ensemble des normes en vigueur dans une société donnée à un moment donné³⁹⁴ ». Cet ordre juridique commande lui-même le respect par l'auteur de la norme de deux impératifs : les normes prises doivent garantir son effectivité ; les normes prises doivent être

391. *Id.*, p. 111.

392. Lorsque l'administration dresse une liste de personnes nommées à un poste, cela a pour conséquence logique que les personnes qui ne figurent pas sur cette liste ne sont pas nommées.

393. L'auteur évoque ici l'article 21 de la loi du 12 avril 2000 : le silence gardé par l'administration pendant deux mois vaut décision de rejet.

394. *L'implicite en droit administratif*, *op. cit.*, p. 152.

efficaces. Ce sont ces deux logiques qui vont guider le juge dans l'appréciation des effets d'un acte.

L'ordre juridique possède sa propre cohérence interne. Le maintien de cette cohérence est assuré à travers le recours à une « logique d'effectivité³⁹⁵ ». Pour A. JENNEQUIN, celle-ci intervient dans les mécanismes d'abrogation, de ratification et de validation implicites. L'abrogation implicite est en effet justifiée par la nécessité d'éviter le maintien de dispositions contradictoires, intervenant alors en complément du contrôle classique de légalité. L'abrogation implicite jouera d'ailleurs quelle que soit l'origine du conflit, que la contrariété résulte d'un « conflit chronologique³⁹⁶ », une norme nouvelle entrant en contradiction avec des dispositions anciennes, ou d'un « conflit hiérarchique³⁹⁷ », autorisant alors l'abrogation des lois antérieures et contraires à la Constitution de 1958, ainsi que des règlements antérieurs et contraires à une norme hiérarchiquement supérieure.

Cette logique d'effectivité se retrouve également dans le cas des validations implicites, l'ordre juridique commandant qu'une même norme ne puisse avoir deux valeurs différentes. « La transformation de la valeur juridique de l'acte se traduit indirectement par l'appropriation par le législateur du dispositif réglementaire³⁹⁸. » Lorsqu'un acte réglementaire est nécessaire pour qu'une loi produise ses effets, le juge pourra être amené à considérer que cet acte a fait l'objet d'une validation implicite³⁹⁹. De même, la reprise par le législateur d'une disposition d'un acte administratif, que ce soit telle quelle ou pour l'étendre, emporte la validation de cet acte⁴⁰⁰.

Les pouvoirs implicites résultent quant à eux de la seconde logique, dite « d'efficacité ». Dans une démonstration qui rappelle les arguments évoqués quant aux méthodes d'interprétation, A. JENNEQUIN évoque le besoin qu'ont « les normes[...] d'être dépoussiérées et réactualisées⁴⁰¹ ». C'est pour permettre cette adaptation « aux

395. *Id.*, p. 154.

396. *Id.*, p. 155.

397. *Ibid.*

398. *Id.*, p. 164.

399. A. JENNEQUIN (*id.*, pp. 165-166) en donne deux exemples : l'arrêt du Conseil d'État du 25 février 1981, *SA Générale alimentaire* (*Rec.*, p. 102 : un arrêté, prévu par décret, fixe le taux d'une taxe dont la loi autorise le prélèvement. Le juge estime que le décret et l'arrêté sont tous deux validés implicitement par la loi) et l'arrêt du Conseil d'État du 18 mai 1966, *Faivre et Corbineau* (*Rec.*, p. 334 : le législateur, en validant un décret d'intégration à un corps, a également validé le décret fixant les effectifs de ce corps).

400. A. JENNEQUIN cite à cet égard B. MATTHIEU : « Il est logique que l'intervention du législateur préserve de toute annulation contentieuse les actes dont il précise la portée, en effet l'annulation de ces actes priverait la disposition législative en cause de tous ses effets. » (B. MATTHIEU, *Les « validations » législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Paris : Economica, coll. « Droit public positif », 1987, p. 125.)

401. *L'implicite en droit administratif, op. cit.*, p. 169.

évolutions de la vie administrative⁴⁰² » que le juge va utiliser la méthode de l'implication, en présument une volonté d'efficacité des pouvoirs exprès et des missions confiés.

2° Une présomption de volonté « divinatoire⁴⁰³ »

Les pouvoirs implicites reposent sur une présomption de volonté, mise en avant par G. CEREXHE : « On doit [...] présumer que l'autorité qui a édicté un texte, même si elle n'a pas envisagé tous les moyens pour le mettre en œuvre, les a cependant acceptés, dès lors que sa volonté était bien que son texte ait l'efficacité la plus complète.⁴⁰⁴ » En effet, si le pouvoir implicite est nécessaire pour permettre l'efficacité du texte, si cette efficacité est idéalement recherchée par l'auteur, seule l'exclusion expresse de ce pouvoir par l'auteur du texte peut raisonnablement écarter sa reconnaissance.

Nous avons déjà pu souligner que la reconnaissance des pouvoirs implicites reposait sur une vision pragmatique du droit développée par le juge, dont l'on peut retrouver un écho dans la conception « vitaliste » des institutions. L'écrit est nécessairement imparfait et incomplet, et peine à s'adapter aux évolutions. Or, cette adaptation est une condition *sine qua non* de la pérennité des institutions. Il faut par conséquent fournir à l'institution quelle qu'elle soit, et du fait même qu'elle a été créée, tous les éléments nécessaires à sa survie, ou plutôt à sa vie. Un tel raisonnement n'a, à la vérité, aucun lien tangible avec la volonté du créateur du texte. Cette présomption de volonté n'est en réalité pas liée à ce que le juge pourra trouver énoncé dans le texte. Elle participe plutôt d'une appréciation contextuelle de ce dernier. La « logique d'efficacité » évoquée par A. JENNEQUIN ignore totalement la volonté de l'auteur du texte original. Elle peut même être définie comme un impératif d'efficacité, en ce sens où celle-ci s'impose en dépit de la volonté originelle. Et que peut faire le juge face à la nécessité ?

L'efficacité n'est par ailleurs pas comparable à l'effectivité. Les deux témoignent de l'idéalisation de la volonté de l'auteur, la première en ce que l'auteur d'un texte ne saurait créer une institution sans lui donner les moyens d'accomplir ce pourquoi elle a

402. *Ibid.*

403. B. GOLDMAN utilise ce terme pour qualifier la solution consistant, en matière d'arbitrage en droit international privé, à rattacher la soumission à la loi du for des règles matérielles et de compétence à la volonté des parties (« Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *RCADI*, t. 109, 1963, p. 371).

404. *Les compétences implicites et leur application en droit belge, op. cit.*, p. 133.

été créée, et la seconde en ce qu'il aurait à cœur de sauvegarder la cohérence de l'ordre juridique. Cette idéalisation ne semble cependant pas répondre aux mêmes préoccupations dans les deux cas. Il semble aller de soi que si deux normes se contredisent, l'une doit céder la place à l'autre : soit que la seconde organise une exception à un régime général ; soit que postérieure, elle abroge la norme antérieure située à un rang égal ou inférieur dans la hiérarchie des normes ; soit, enfin, que la première doit être annulée en raison de sa contrariété à une norme hiérarchiquement supérieure. Il en va du maintien de la cohérence et de la sécurité juridiques. Le choix même des termes d'effectivité et d'efficacité est en ce sens révélateur : si l'ordre juridique n'est pas effectif, il cesse d'exister. L'efficacité quant à elle apparaît davantage comme une appréciation des effets de la norme que de sa réalité objective. Cette appréciation témoigne d'une démarche créatrice accrue de la part de l'interprète.

B. Une démarche créatrice accrue

Si les pouvoirs implicites partagent avec les autres cas d'utilisation de l'implicite certaines caractéristiques essentielles, il nous semble néanmoins qu'ils en diffèrent sur deux points majeurs. Le premier tient à ce que le juge, loin de figer les conséquences de la manifestation de volonté, ouvre au contraire le champ des interprétations que l'on peut avoir de la norme attribuant une compétence ou créant une institution. Le second est que les pouvoirs implicites, en imposant un postulat de rationalité de l'auteur, enferment celui-ci dans une vision résolument extensive de ces normes. Nous ne nous attarderons pas ici sur la différence évidente existant entre ce qui consiste pour le juge à mettre en œuvre un mécanisme légal, comme dans les cas du silence gardé par l'administration sur une demande, et ce qui est en réalité l'application d'une présomption de volonté justifiée par l'inévitable adaptation d'un texte désuet ou incomplet aux exigences sociales.

La nature même du silence nous semble résolument différente. Les pouvoirs implicites ne résultent pas en réalité d'un silence gardé sur une question donnée, mais d'une insuffisance estimée dans l'énumération des compétences. Ce n'est pas qu'une question a été posée à laquelle il n'a pas été donné de réponse, ou que l'on peut

observer que la cohérence du corpus normatif est menacée. C'est bien plutôt que le texte n'a pas accordé expressément à la personne investie tous les pouvoirs qui lui sont nécessaires.

La première spécificité des pouvoirs implicites tient ainsi à la teneur de la manifestation de volonté et à l'ampleur des conséquences qui en découlent. Le juge ou plus généralement celui à qui revient la charge d'interpréter le silence, dans le cadre de nombreuses utilisations de l'implication nécessaire, va se trouver confronté à un choix binaire : le silence gardé par l'administration pendant une période donnée vaut acceptation ou rejet de la demande ; une personne ne peut qu'avoir été nommée ou avoir vu sa nomination refusée ; un mandat implicite existe ou n'existe pas. Nous pourrions multiplier de tels exemples. Le juge est face à une manifestation de volonté, positive dans le cas du mandat implicite reconnu en raison de la teneur des rapports entretenus par l'un des contractants avec la personne publique, ou négative, dans le cas du silence gardé par l'administration sur une demande, qui appelle une réponse dans le cadre d'un contentieux. Le juge, en considérant que la volonté de l'administration doit être interprétée dans un sens ou dans l'autre, épuise, ce faisant, les significations de la manifestation de cette volonté, que celle-ci soit positive ou négative : une demande ne peut à la fois être rejetée et acceptée, le mandat ne peut exister et ne pas exister. Cette logique se retrouve dans le cadre de la confrontation d'une norme à la logique d'effectivité de l'ordre juridique : une norme validée ou abrogée implicitement ne peut pas, dans le même temps, ne pas avoir été validée ou abrogée. En prenant sa décision, le juge, d'une certaine manière, fige la manifestation de volonté qui perd, ce faisant, son caractère équivoque pour devenir univoque. De ce point de vue, la manifestation de volonté n'est plus obscure, ce qui en justifiait l'interprétation, mais au contraire acquiert un sens clair et finalement limité. La signification de celle-ci aura alors quelques conséquences, mais limitées et prévisibles.

Si ce choix binaire se retrouve évidemment lorsque le juge va être amené à reconnaître l'existence d'un pouvoir implicite, la manifestation de volonté, dans ce cas, n'aura pas épuisé toutes ses conséquences, loin s'en faut. Quand le juge se prononce sur l'existence d'un pouvoir implicite, il s'appuie évidemment sur la volonté idéalisée de l'auteur du texte créateur de l'institution ou attributif de compétences pour déterminer si un tel pouvoir est ou n'est pas nécessairement

impliqué. Mais la décision prise par le juge ne circonscrit pas l'interprétation future du texte, et n'empêchera pas que soient reconnus ou refusés d'autres pouvoirs sur le fondement de ce texte. En ce sens, il n'y a pas remplacement de l'équivoque par l'univoque. La manifestation de volonté ne devient pas du fait même de la reconnaissance d'un pouvoir implicite une disposition claire. Bien au contraire, cette reconnaissance peut être considérée comme élargissant le champ des solutions possibles, et donc des interrogations. En effet, la mise en œuvre du mécanisme de l'implication nécessaire lors de la reconnaissance d'un pouvoir implicite traduit l'adhésion du juge à l'idée que l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement d'un objectif doivent avoir été accordés. Un travail d'interprétation considérable doit alors être mené pour décider du sens et de la portée que l'on doit donner à cet objectif, pour distinguer ce qui est nécessaire de ce qui ne l'est pas.

Cette multiplicité de significations entraîne logiquement une multiplicité des conséquences. Lorsque le juge décide que l'objet d'un contrat relève par nature des activités de l'État et par conséquent que celui-ci a nécessairement été conclu pour son compte, le juge donne un cadre défini de ce contrat : il relève de la compétence du juge administratif et doit être soumis au régime des contrats administratifs. De même, lorsque le législateur énonce que le silence gardé pendant deux mois sur une demande vaut décision implicite de rejet, il est loisible ensuite au juge de se pencher sur la validité de ce rejet en se fondant sur les règles de légalité des décisions administratives. L'interprétation par le juge de l'acte (ou de l'absence d'acte suite à une sollicitation) va à la fois figer la signification de la manifestation de volonté, et aussi lui fournir un cadre aux contours relativement précis. Il en va tout autrement lorsque le juge reconnaît l'existence d'un pouvoir implicite : il encadrera évidemment l'exercice de ce pouvoir, mais ce cadre sera lui-même défini par le juge sans référentiel prédéfini. À cet égard, il suffit de citer l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 29 juillet 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État* : le juge reconnaît à l'ordre des experts-comptables et comptables agréés l'« ensemble des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de leur mission », tout en instaurant des limites à l'exercice de ces pouvoirs qui dépendent

elles-mêmes grandement de l'appréciation portée par le juge sur la nécessité de ces mesures⁴⁰⁵.

GÉNY ne dégageait pas la méthode de la libre recherche scientifique de toute contingence. Au contraire, l'interprète devait prendre en considération le système juridique dans son ensemble pour en dégager la logique générale. Les pouvoirs implicites, s'ils répondent effectivement à une logique d'efficacité de l'ordre juridique, nous semblent cependant être une solution assez originale au regard des règles attributives de compétence.

En premier lieu, il suffit de songer aux règles de délégation de compétences : celles-ci ne se présument pas et doivent donc nécessairement faire l'objet d'un acte exprès. On pourra néanmoins objecter à cet égard que la nécessité de reconnaître une délégation de compétences n'est pas constituée dans la mesure où il ne s'agit pas de donner un pouvoir ou une compétence qui ne pourrait être exercé autrement : la compétence existe, elle doit simplement être exercée principalement par l'autorité à laquelle elle a été confiée.

Le principe de spécialité nous semble plus parlant : il nous a déjà été donné de rappeler que le droit international consacre un principe de spécialité des organisations internationales. Les États étant souverains, seuls les compétences ou les pouvoirs qui ont été expressément accordés peuvent être reconnus aux organisations internationales. Ce principe est nettement remis en cause par la reconnaissance des pouvoirs implicites, par le biais de ce que l'on peut considérer comme une dénaturation des textes attributifs de compétences : celles-ci vont être d'une certaine manière envisagées comme étant des objectifs, impliquant par là même la reconnaissance de l'ensemble des moyens nécessaires pour les atteindre. En droit interne, le principe de spécialité va concerner notamment les établissements publics, et a pu être énoncé en ces termes par le commissaire du gouvernement TEISSIER : « l'établissement public n'est rien, n'a droit à rien et ne peut rien en dehors de la mission que lui a rigoureusement délimitée le législateur ou le Gouvernement qui l'a créé⁴⁰⁶ ». MICHOD insiste sur ce point : les personnes morales ont en vue la satisfaction d'un besoin. C'est ce besoin, censé limiter l'action des personnes

405. *RDJ*, 1951, p. 212, concl. R. Odent, note M. Waline ; *Droit social*, 1950, p. 391, note Rivero ; *Revue administrative*, 1950, p. 471, note Liet-Veaux ; *GAJA*, n° 63, p. 409.

406. Concl. sur CE, 26 octobre 1908, *Commune de Labastide-Saint-Pierre, Rec.*, p. 1083.

morales, qui permettra cependant son accroissement⁴⁰⁷. L'idéalisation de la volonté de l'auteur d'un texte s'apparente en réalité à une présomption de volonté dans les cas des pouvoirs implicites : l'auteur a nécessairement voulu donner tous les moyens à sa création pour qu'elle puisse exercer pleinement la mission qui lui a été confiée. Tous les moyens seront par conséquent accordés à la personne morale pour qu'elle puisse satisfaire ce besoin. La dénaturation des textes attributifs de compétences et l'interprétation extensive des missions confiées à une institution constituent ainsi la deuxième étape de la reconnaissance des pouvoirs implicites, qui sera l'objet de la seconde section de ce chapitre.

Section 2. L'interprétation des compétences accordées et des objectifs assignés au titulaire d'un pouvoir

Les pouvoirs et compétences implicites sont le fruit d'une idéalisation de la volonté de l'auteur d'un texte : l'interprète va prêter à l'auteur du texte « habilitant » la volonté de donner à ce texte une pleine efficacité. Celle-ci implique alors que l'ensemble des pouvoirs et compétences nécessaires a été accordé. La démarche exposée ici apparaît en réalité bien plus comme l'énoncé d'un postulat que comme le fruit d'un travail d'interprétation strictement entendue. En effet, la volonté étant « idéalisée », peu importe qu'elle rejoigne ou non la volonté de l'auteur historique puisqu'elle est la volonté qu'il est présumé avoir eue.

Le texte n'est cependant pas qu'une coquille vide et le lien entre celui-ci et les pouvoirs ou compétences reconnus persiste à travers, là encore, la nécessité. Celle-ci réclame un objet sur lequel elle pourra trouver une assise. Cet objet, dans le cas des pouvoirs et compétences implicites, sera principalement la mission ou la fonction assignée à l'autorité (I), à laquelle il convient d'ajouter la compétence, dont le caractère limitatif sera ignoré au profit d'une conception finaliste (II).

407. « Une interprétation stricte et judaïque de leurs statuts aurait pour conséquence, en les enfermant dans d'étroits compartiments séparés par des cloisons étanches, de leur interdire toute adaptation au milieu social et de les empêcher de donner satisfaction à des besoins nouveaux et imprévus » (*La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 1932, t. 2, p. 180).

I. Les missions et fonctions, objet essentiel de la nécessité

Les pouvoirs implicites sont particulièrement reconnus en raison de leur nécessité à une mission. Cela est d'autant plus attendu que le terme même de mission porte en lui l'idée d'un résultat à obtenir. C'est alors la nécessité du pouvoir à l'obtention de ce résultat qui justifiera l'interprétation du juge, dont une maxime pourrait être « qui veut la fin donne les moyens » (A).

Si mission et fonction se confondent parfois, nous verrons que la fonction est moins marquée par le résultat que par la façon de parvenir à ce résultat. La fonction commande alors le respect de certains principes gouvernant la prise de décision et, si nécessaires, les pouvoirs garantissant ce respect (B).

A. La mission : la nécessité du pouvoir ou de la compétence à l'obtention d'un résultat

Pour HAURIOU, toute institution est pénétrée d'une « idée d'œuvre à accomplir ». Cette idée d'œuvre est primordiale, en ce qu'elle est la raison d'être de l'institution, mais aussi la direction de son action. Si l'on admet, avec les réserves que l'on a pu formuler, que l'Institutionnalisme soit une explication théorique possible de la reconnaissance des pouvoirs implicites, il n'est alors guère étonnant de constater que la mission dévolue à une autorité constituée une source importante de développement des pouvoirs implicites (1°). Il faut toutefois préciser que la mission elle-même pourra être découverte à la suite d'une opération d'interprétation (2°).

1° La mission, source d'extension des pouvoirs exprès

La mission, dans son acception commune la plus large, s'entend comme le « pouvoir donné d'aller faire quelque chose⁴⁰⁸ », la « charge donnée à quelqu'un d'aller accomplir quelque chose⁴⁰⁹ ». Dans la première acception, le pouvoir n'est pas une finalité mais le moyen donné à une institution pour qu'elle puisse parvenir au résultat désiré par l'autorité instituante. Le terme de mission porte ainsi en lui l'idée d'un résultat. Confier une mission, c'est avant tout attendre l'obtention d'un résultat. Il peut par conséquent être assez aisé de considérer que lorsque l'on confie une

408. *Littré*.

409. *Ibid.*

mission, la préoccupation principale n'est pas tant de déterminer les moyens à utiliser que le résultat auquel on souhaite parvenir. Il n'est donc pas surprenant de constater que le mécanisme d'idéalisation de la volonté trouve ici un terreau particulièrement fertile.

Les décisions relatives à la contestation des opérations électorales illustrent l'évolution de la position du juge constitutionnel quant à sa compétence. La Commission constitutionnelle provisoire, dans une décision *Rebeuf* du 12 décembre 1958, énonce dans un considérant de principe qu'elle « ne peut être valablement saisie de contestations autres que celles dirigées contre l'élection d'un parlementaire ». La Commission se prononce ainsi, dès 1958, pour une interprétation très stricte de l'article 59 de la Constitution⁴¹⁰, considérant que l'élection doit s'entendre du seul « choix de l'élu⁴¹¹ » et exclut du champ de son appréciation toutes les opérations rattachables à l'élection ne concernant pas directement la désignation même du parlementaire. Ce faisant, le juge limite ainsi durablement sa compétence, ce qui conduira parfois à ce qui peut s'apparenter à un déni de justice car le Conseil d'État, amené à se prononcer sur ces questions, se déclare incompetent pour se prononcer sur une opération en particulier, son annulation pouvant avoir des répercussions sur l'ensemble des opérations électorales.

Il faut attendre 1981 pour que le Conseil constitutionnel abandonne sans ambiguïté cette solution, dans une décision *Delmas* du 11 juin 1981. Le Sieur Delmas conteste ici la régularité des élections législatives consécutives à la dissolution en raison du fait que les électeurs de Wallis-et-Futuna vont être amenés à se prononcer alors que les résultats du scrutin en métropole seront déjà connus⁴¹². Or, le Conseil d'État, saisi d'un recours en tous points similaire, a rejeté cette requête le 3 juin 1981, au motif « qu'il n'appartient qu'au Conseil constitutionnel [...], juge de l'élection des députés à l'Assemblée nationale, d'apprécier la légalité des actes qui sont le préliminaire des opérations électorales⁴¹³ ». Le Conseil constitutionnel va alors

410. « Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs. »

411. « Que fallait-il entendre exactement par « élection » ? Le mot peut revêtir deux sens. Pris dans un sens strict, l'élection, c'est le choix de l'élu. Elle correspond uniquement à la proclamation du candidat ayant obtenu le plus grand nombre de suffrages et tout ce qui n'est pas lié directement à cette proclamation, tout ce qui ne peut la remettre en cause, échappe à la compétence du juge d'élection. Prise dans un sens plus large, l'élection désigne l'ensemble des opérations électorales, et la « régularité de l'élection » englobe nécessairement toute une série d'actes et d'opérations annexes à l'élection proprement dite. » Commentaire sous *Rebeuf et Delmas (12 décembre 1958, 11 juin 1981)*, L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16^e éd., Paris : Dalloz, 2011, pp. 139-140.

412. Les deux tours de l'élection sont en effet respectivement prévus les 14 et 21 juin 1981 en métropole ; les 21 et 28 juin 1981 en Polynésie française et à Wallis-et-Futuna.

413. CE, 3 juin 1981, *Delmas et autres*, *Rec.*, p. 224.

préciser la portée de sa mission en tant que juge du contentieux électoral. Après avoir rappelé que sa compétence concerne « habituellement » la contestation des résultats, il étend celle-ci aux recours pouvant remettre en cause « la régularité de l'ensemble des opérations électorales ». Dans de tels cas, « il est [...] nécessaire que, en vue de l'accomplissement de la mission qui lui est confiée par l'article 59 de la Constitution, le Conseil constitutionnel statue avant le premier tour de scrutin ». Ce revirement est donc bien fondé sur la mission du Conseil constitutionnel et la nécessité de reconnaître cette compétence eu égard à cette mission. Le juge constitutionnel rappellera par la suite le caractère exceptionnel de cette compétence, en précisant que seuls « les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations électorales, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics⁴¹⁴ » permettront au Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle.

L'« office du juge », entendu par C. LANDAIS et F. LÉNICA comme l'« ensemble des pouvoirs nécessaires au juge pour assurer sa mission juridictionnelle⁴¹⁵ » peut ainsi être considéré comme une source potentiellement importante de redéfinition des compétences du juge.

Ce raisonnement se retrouve dans l'arrêt rendu par la section du contentieux du Conseil d'État le 14 octobre 1955, *Association des concerts Colonne et autres*⁴¹⁶. Bien qu'il ne s'agisse pas là à proprement parler de pouvoirs implicites⁴¹⁷, le rappel de cette solution illustre bien l'importance de la mission confiée à une institution pour déterminer les possibilités de son action. Le Conseil d'État va en effet se fonder sur la mission de l'Orchestre national de la Radiodiffusion, à savoir « donner des concerts symphoniques pour ce service public », pour justifier que celui-ci puisse se produire en public. En effet, de tels concerts sont une « condition nécessaire » pour assurer la qualité de ses prestations. À ce titre, ils constituent « un élément de l'activité artistique permettant le fonctionnement normal [...] du service qu'il a mission d'assurer ».

414. CC, décision n° 2001-95 du 14 mars 2001, *Hauchemaille, Rec.*, p. 53. Ce considérant a été repris récemment dans CC, décision n° 2012-25, 7 juin 2012, *Mme Luciani, JORF*, p. 9793.

415. C. LANDAIS et F. LÉNICA, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *AJDA*, 2004, p. 1183.

416. *Rec.*, p. 483.

417. En effet, le problème soulevé devant le juge n'était pas celui d'un pouvoir ou d'une compétence, mais la possibilité pour l'Orchestre national de la Radiodiffusion de se produire lors de concerts publics donnés en France et à l'étranger.

La mission confiée à une autorité peut également être une justification des pouvoirs détenus par une autre autorité. L'avis rendu par la Cour internationale de justice à propos du Statut du Sud-Ouest africain⁴¹⁸ reconnaît à l'Assemblée générale des Nations unies la compétence pour surveiller et assurer le respect des obligations imposées à l'Union sud-africaine car la mission sacrée de civilisation attribuée au mandataire, et les pouvoirs qui en découlent, supposent une telle surveillance⁴¹⁹. L'idée selon laquelle l'implicite permet de maintenir la cohérence du système juridique est ici particulièrement prégnante. Le juge international ne se contente pas d'interpréter le texte attributif de compétences, mais apprécie celui-ci dans un cadre beaucoup plus large.

Cet avis est à rapprocher d'un arrêt *Ministre du Travail et de la Participation*, rendu par le Conseil d'État le 13 mai 1983⁴²⁰. Le décret du 29 novembre 1977 prévoyait la constitution d'un comité spécial d'hygiène et de sécurité en cas de travaux importants dans un établissement industriel. Les règles de fonctionnement et de composition devaient en être fixées par un accord entre les entreprises et les organisations syndicales représentatives au sein des entreprises concernées. À défaut d'accord, l'inspecteur du travail devait lui-même déterminer ces règles. Le 30 juin 1979, l'inspecteur du travail de l'Isère accorde à un tel comité spécial un pouvoir d'enquête en cas d'accident ou maladie professionnelle grave ou témoignant de l'existence d'un risque grave. La société Rhône-Poulenc Industries exerce sans succès un recours devant le ministre du Travail, avant de contester les décisions de l'inspecteur du travail et du ministre devant le tribunal administratif de Grenoble. La société ayant obtenu gain de cause, le ministre du Travail demande l'annulation du jugement.

Le Conseil d'État devait donc se prononcer ici sur l'étendue des pouvoirs que pouvait reconnaître l'inspecteur du travail au comité spécial et donc, par extension, la compétence dont disposait l'inspecteur lui-même. Le juge administratif précise que si l'inspecteur ne peut modifier les attributions du comité, il lui appartient de

418. CIJ, 11 juillet 1950, *Statut international du Sud-Ouest africain*, avis préc.

419. « L'obligation incombant à un État mandataire de se prêter à une surveillance internationale et de soumettre des rapports tient une place importante dans le système des Mandats. En instituant celui-ci, les rédacteurs du Pacte ont eu la pensée que, pour assurer effectivement l'accomplissement de la mission sacrée de civilisation confiée à la Puissance mandataire, il importait de soumettre à une surveillance internationale l'administration des territoires sous Mandat. » (p. 136) ; « ces droits des peuples ne sauraient être efficacement garantis sans contrôle international et sans l'obligation de soumettre des rapports à un organe de contrôle. » (p. 137.)

420. *Rec.*, p. 197 ; *D.*, 1984, p. 107, note H. SEILLAN.

« précise[r] les pouvoirs qui sont nécessaires à l'exercice de [la] mission » du comité. La solution retenue par le Conseil d'État témoigne de la reconnaissance d'une compétence afin de permettre la mise en œuvre d'une mission accordée à une autre autorité : « l'inspecteur du travail de l'Isère s'est borné à préciser les conditions d'exercice d'un pouvoir d'enquête nécessaire à l'accomplissement, par ce comité, de la mission qui lui est dévolue [...] il n'a pas, par suite, excédé la limite de sa compétence ». Il y a là une utilisation intéressante de l'implication nécessaire, puisque le juge précise la compétence de l'inspecteur du travail en se référant aux nécessités impliquées par la mission de ce comité spécial. Cela n'est pas sans faire penser que le juge contrôle ici une mise en œuvre de la théorie des pouvoirs implicites par l'autorité instituante elle-même.

La mission permet l'extension des compétences ou pouvoirs expressément accordés dès lors que cette extension apparaît nécessaire à l'accomplissement de cette mission. Cette finalité peut évidemment être expressément énoncée, nous en avons donné des exemples plus haut, mais si cette finalité n'apparaît pas immédiatement, il pourra être nécessaire de se livrer à une interprétation du texte pour parvenir à la découvrir.

2° La déduction de la mission

Si le pouvoir n'est qu'un moyen, et toujours en suivant l'idée selon laquelle une autorité normative ne saurait agir de manière stérile, il faut en déduire que ce moyen a été accordé pour parvenir à atteindre une finalité. La mission est alors déduite des attributions accordées ou, plus largement, des qualités essentielles d'une autorité.

Le Conseil d'État, dans un arrêt *Borloo* du 16 décembre 1992⁴²¹, va pouvoir déduire la mission confiée à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques au regard des compétences qui lui sont accordées. Ainsi, l'article L. 52-12 du Code électoral dispose que chaque candidat est tenu d'adresser à la commission un compte de campagne retraçant l'ensemble de ses recettes et dépenses. L'article L. 52-15 prévoit par ailleurs que la Commission « approuve et, après procédure contradictoire, rejette ou réforme les comptes de campagne ». Le

421. *Borloo et Commission nationale des comptes de campagne et financements politiques*, *Rec.*, tables, p. 996.

Conseil d'État va estimer que la mission de la commission « s'étend [...] à la vérification de l'exactitude du montant déclaré des recettes perçues, selon leur origine respective ». Le juge reconnaît alors que la commission peut demander aux candidats de justifier de l'origine des sommes versées par eux à partir de leurs comptes personnels⁴²². Sur le fond, cette décision est peu contestable : la vérification et l'approbation des comptes de campagne dont est chargée la commission ne seraient que peu efficaces s'il suffisait aux candidats de faire transiter des sommes par leurs comptes personnels pour éviter un contrôle approfondi sur l'origine de ces sommes. Le raisonnement tenu par le juge est, quant à lui, particulièrement révélateur du raisonnement en deux temps que tient le juge pour reconnaître certains pouvoirs implicites. En effet, le juge se trouve ici face à une institution qui ne s'est vu assigner expressément aucune mission proprement dite. Il est par conséquent indispensable de trouver une cohérence aux pouvoirs accordés. Ceux-ci sont donc replacés dans la perspective d'une mission qui, bien que non évoquée expressément, se déduit des attributions. La mission reconnue permet alors une extension des pouvoirs.

Les pouvoirs du chef de service ont déjà été évoqués à maintes reprises, mais semblent se prêter particulièrement bien à cette analyse. RIVERO voyait dans ces pouvoirs la reconnaissance d'une vie intérieure de l'administration, le bon fonctionnement d'une institution supposant l'édiction des règles nécessaires à sa « vie ». Ainsi qu'il nous a déjà été donné de le souligner, un service, quel qu'il soit, ne saurait fonctionner sans que ne soient prises une multitude de décisions, des horaires d'ouverture aux règles applicables à ses agents. En dehors de toute attribution expresse, cette édicton échoit au chef de service, comme étant naturellement le plus à même d'édicter ces règles. Il y a alors, pour nous, reconnaissance d'une mission ès qualité : la direction d'un service emporte nécessairement la reconnaissance du pouvoir de « prendre toutes les mesures nécessaires au bon fonctionnement du service » placé sous son autorité.

422. « La commission n'a pas excédé les limites des pouvoirs d'investigation nécessaires à l'accomplissement de sa mission en demandant à l'intéressé de justifier de l'origine des sommes versées par lui sur le compte de campagne et prélevées sur ses comptes bancaires personnels » (arrêt préc.).

Cette mission d'organisation du service est déduite de l'existence du service et de la nécessité de veiller à son bon fonctionnement. Non prévue par les textes, elle est bien une construction du juge répondant à des considérations purement logiques⁴²³.

La fonction d'une institution permet également au juge de reconnaître des compétences ou des pouvoirs implicites. La nécessité, dans ce cas, a pour objet l'exercice même du pouvoir, et non le résultat attendu par le pouvoir instituant.

B. La fonction : la nécessité du pouvoir ou de la compétence au respect de principes encadrant l'exercice de la fonction

La fonction s'entend communément comme étant l'« action, [le] rôle caractéristique (d'un élément, d'un organe) dans un ensemble⁴²⁴ », « l'action propre à chaque emploi⁴²⁵ », voire « l'emploi, la charge même⁴²⁶ ». Le *Vocabulaire juridique* la définit comme l'« ensemble des actes d'une même sorte concourant à l'accomplissement du service⁴²⁷ ». Moins qu'un objectif assigné ou un résultat à atteindre, la fonction met l'accent sur la nature de l'activité en cause. Les questions sont alors celles de la manière dont un résultat devra être obtenu et des moyens permettant l'action elle-même.

La distinction entre pouvoirs impliqués et pouvoirs inhérents (ou inclus) est d'ailleurs parfois fondée sur cette distinction entre mission et fonction. Partisan d'« une théorie autonome des pouvoirs inhérents⁴²⁸ », G. LE FLOCH, s'il reconnaît que les deux catégories sont fondées sur la volonté de l'auteur de l'acte constitutif d'une juridiction⁴²⁹, estime que les pouvoirs inhérents découlent d'un « principe général du droit⁴³⁰ » plus que des termes mêmes des dispositions attributives du texte instituant. Sans aller jusqu'à reconnaître une différence de nature entre pouvoirs implicites et

423. « Deux concepts de nécessité doivent être distingués. Le premier est issu de la logique modale aléthique. Celle-ci met en relation les concepts de possibilité, de nécessité, de contingence et d'impossibilité. Elle instaure entre eux des liens logiques, qui valent indépendamment du fait qu'un individu les pense ou les désire. La nécessité aléthique désigne alors ce qui ne peut pas ne pas être. » G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 561.

424. *Grand Robert*.

425. *Littré*.

426. *Littré*.

427. Le *Vocabulaire juridique* la définit d'abord comme le « service d'un but supérieur et commun », mais également en tant que l'« ensemble des actes qu'un organe déterminé est appelé à faire pour ce service » (*op. cit.*, p. 375).

428. G. LE FLOCH, *L'urgence devant les juridictions internationales*, Paris : A. Pédone, 2008, p. 411.

429. Les pouvoirs inhérents « sont liés à l'existence de l'organe en tant que juridiction. Or c'est de l'instrument constitutif que la juridiction tire sa qualité. En conséquence, même si c'est de manière médiate, la volonté du ou des auteur(s) est toujours prise en compte. » (*Id.*, p. 410.)

430. *Ibid.*

pouvoirs inhérents⁴³¹, il est vrai que la nécessité répond à un objet différent. Les pouvoirs nécessaires à l'exercice d'une fonction, s'ils apparaissent liés à la mission du titulaire de la fonction, ne sont pas conditionnés par l'obtention d'un résultat mais par la nécessité d'exercer le pouvoir dans certaines conditions, dans le respect de principes éminents, sous peine de dénaturer la fonction. L'exemple de la fonction judiciaire est ici illustrant : le juge n'a nul besoin d'entendre les arguments de chacune des parties pour rendre une décision s'imposant aux parties et tranchant un litige. Il suffit ici de songer aux jugements rendus par contumace. Mais la contumace résulte de l'absence d'une partie à l'audience qui n'est pas le fait du juge. La possibilité pour les parties de présenter leurs arguments doit exister, sous peine de discréditer ou dénaturer la fonction juridictionnelle.

Il convient également de préciser qu'il ne s'agit pas ici de la même problématique que les pouvoirs attribués au chef de service. En effet, dans ce dernier cas, il semble que si l'on attribue une mission inhérente à une qualité, les pouvoirs seront reconnus en raison de leur nécessité à l'accomplissement de la mission attribuée à la qualité au chef de service. Les pouvoirs inhérents à une fonction ne sont pas véritablement accordés eu égard à leur nécessité à l'exercice d'une mission, mais en raison du fait qu'ils sont nécessaires à la fonction elle-même ou, plus précisément, au respect de garanties encadrant l'exercice de la fonction. L'exemple des pouvoirs inhérents à la fonction juridictionnelle nous semble ici particulièrement révélateur.

L'arrêt *Lawless c/ Irlande (n° 1)* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 14 novembre 1960 rappelle ainsi que « dès que l'affaire a été soumise à la Cour conformément aux dispositions de l'article 48 de la Convention, la procédure acquiert un caractère judiciaire; que, dans toute société démocratique au sens du Préambule et des autres dispositions de la Convention, la procédure devant un organe judiciaire doit avoir un caractère contradictoire et public⁴³² ».

De la qualité judiciaire d'un organe, le juge va ainsi déduire l'obligation de respecter le principe du contradictoire⁴³³, obligation d'autant plus forte que ce principe est inscrit à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et s'impose aux juridictions nationales civiles et pénales. Le respect de ce principe implique alors selon la Cour la possibilité pour la Commission de communiquer aux

431. Comme énoncé dans le premier titre, nous estimons que les pouvoirs implicites, entendus dans le sens le plus large, sont tous fondés sur leur nécessité pour garantir l'efficacité des textes et obéissent vraisemblablement aux mêmes principes.

432. CEDH, préc., p. 10.

433. *Ibid.*

personnes directement intéressées par la procédure les pièces écrites du dossier, bien que celles-ci ne soient pas, à proprement parler, des parties. Ceci permet à la Cour européenne des droits de l'homme d'écarter une interprétation stricte de l'article 52 de son règlement, qui interdit la publication de ces documents sauf autorisation expresse de la Cour⁴³⁴.

La fonction juridictionnelle, bien qu'emblématique, n'est évidemment pas la seule à être entourée de garanties. L'avis de la Cour internationale de Justice, délivré le 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*⁴³⁵, témoigne également de la reconnaissance de pouvoirs eu égard à une fonction. Cet avis déjà évoqué a ainsi reconnu à l'Organisation des Nations unies la possibilité d'agir en justice pour obtenir la réparation des dommages subis par elle⁴³⁶. Une réponse devait également être apportée à la question de savoir si l'Organisation pouvait agir en justice pour obtenir la réparation des dommages subis par ses agents et occasionnés à son service. La réponse apportée par la Cour internationale de Justice s'appuie essentiellement sur les garanties à apporter aux agents. L'agent doit d'abord se « sentir » en sécurité : « Pour que l'agent puisse s'acquitter de ses devoirs de manière satisfaisante, il faut qu'il sente que cette protection lui est assurée par l'organisation et qu'il peut compter sur elle.⁴³⁷ » La manière dont l'agent exerce ses fonctions doit être indépendante, l'agent doit donc s'affranchir des préoccupations liées à la protection de ses intérêts, qui ne doivent donc être ni étroitement liés à la bonne volonté de l'État dont il est le ressortissant, ni à la puissance de cet État. Cette indépendance est enfin nécessaire car elle se répercute directement sur l'action de l'Organisation des Nations unies, dont l'indépendance impliquée par l'article 100 de la Charte⁴³⁸, doit être garantie⁴³⁹.

434. *Ibid.* Il faut toutefois préciser que la Cour assortit l'autorisation de cette communication de la possibilité, pour la Commission ou l'une des parties, de demander l'interdiction de leur publication.

435. Arrêt préc..

436. *Supra*, pp. 90 et suiv.

437. CIJ, arrêt préc., p. 13.

438. Art. 100 : 1 – Dans l'accomplissement de leurs devoirs, le Secrétaire général et le personnel ne solliciteront ni n'accepteront d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autorité extérieure à l'Organisation. Ils s'abstiendront de tout acte incompatible avec leur situation de fonctionnaires internationaux et ne sont responsables qu'envers l'Organisation. / 2 – Chaque Membre de l'Organisation s'engage à respecter le caractère exclusivement international des fonctions du Secrétaire général et du personnel et à ne pas chercher à les influencer dans l'exécution de leur tâche.

439. « Afin de garantir l'indépendance de l'agent et, en conséquence, l'action indépendante de l'organisation elle-même, il est indispensable que l'agent dans l'exercice de ses fonctions, n'ait pas besoin de compter sur une autre protection que celle de l'Organisation. » (arrêt préc., p. 13).

Il est ici indéniable que c'est notamment⁴⁴⁰ la garantie d'indépendance, étroitement liée à la fonction de l'organisation, qui justifie⁴⁴¹ la possibilité d'exercer une action en responsabilité fondée sur le dommage subi par un agent.

Le rattachement de certains pouvoirs du juge administratif, non à un texte, mais à l'office du juge, illustre également cette conception de la fonction, bien qu'il faille faire état de certaines spécificités. En effet, l'office du juge recèle à la fois l'objet et le sujet d'une éventuelle nécessité, en raison de sa dualité. D. CONNIL, lorsqu'il s'attache à définir celui-ci, souligne cette dualité : « office renvoie ainsi non seulement à la fonction ou à la mission, mais aussi aux pouvoirs et aux obligations attachés à cette fonction ou à cette mission.⁴⁴² » La signification de l'office du juge a pu varier : si ce dernier revêtait à l'origine une signification purement matérielle, « la juridiction consist[ant] simplement à trancher des litiges, des difficultés contentieuses au regard du droit »⁴⁴³, celle-ci est bientôt considérée comme devant être accompagnée de garanties matérielles, permettant notamment d'assurer l'indépendance du juge⁴⁴⁴. Cet office correspond par ailleurs à une finalité qui ne se résume pas à « rendre justice » : le juge doit également prendre en considération les conséquences de sa décision, et notamment veiller à ce que celle-ci ne porte pas atteinte à l'intérêt général.

L'office du juge touche ainsi, pour ce qui nous intéresse principalement, à la fois à la question des garanties devant encadrer son action mais aussi des pouvoirs et compétences lui permettant de mener à bien sa mission juridictionnelle. Ainsi que l'ont souligné D. CASAS et F. DONNAT, « Le Conseil d'État peut avoir de sa mission une vision particulièrement large, qui justifie la création de nouvelles voies de recours ou de nouvelles formes de saisine du juge, qui explique une vision du contentieux de l'excès de pouvoir laissant l'acte attaqué évoluer devant le juge, qui laisse, en définitive, transparâtre

440. Il faut néanmoins ajouter à l'argument de cette garantie un second point développé par la Cour : les devoirs contractés par les États à l'égard des agents le sont dans l'intérêt de l'Organisation. Aussi, « En demandant une réparation fondée sur le préjudice subi par son agent, l'organisation ne représente pas cet agent ; elle affirme son propre droit, le droit de garantir le respect des engagements contractés envers l'organisation. » (*id.*, p. 14).

441. L'Organisation des Nations unies utilise ici une expression consacrée « la qualité de l'Organisation pour exercer [...] une protection fonctionnelle de ses agents, est nécessairement impliquée par la Charte » (*ibid.*).

442. D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Paris : Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2012, p. 16.

443. S. RIALS, « L'office du juge », *Droits*, n° 9 : *La fonction de juger*, 1989, p. 8.

444. *Ibid.*

une moindre réticence de la part du juge à faire, au travers des décisions rendues, œuvre d'administrateur.⁴⁴⁵ »

Si la décision du Conseil constitutionnel *Hauchemaille*⁴⁴⁶ reconnaissait vraisemblablement un pouvoir implicite⁴⁴⁷, la jurisprudence du Conseil d'État reste incertaine sur le mécanisme conduisant à étendre ou préciser l'office du juge. L'évolution la plus récente de cet office témoigne d'une reconnaissance conditionnée par la nécessité, à défaut d'être justifiée expressément par celle-ci. L'exemple de la modulation dans le temps des effets des décisions d'annulation en constitue une bonne illustration⁴⁴⁸. Celle-ci est ainsi étroitement liée à la gravité des conséquences que peut entraîner l'annulation d'un acte⁴⁴⁹ : le juge est alors conduit à apprécier la gravité de ces « conséquences manifestement excessives » et « les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation⁴⁵⁰ ». Les raisons qui conduisent le juge à reconnaître cette possibilité de modulation sont multiples : outre la gravité des conséquences de l'annulation, s'ajoute la volonté d'éviter l'adoption de lois de validation. Cette modulation permet en outre de dépasser la réticence que peut avoir le juge à annuler un acte, qui l'amène parfois « à faire l'effort de juger légal un acte administratif, pour des raisons étrangères au principe de légalité, afin d'éviter de prononcer une décision dont l'impact lui semblerait disproportionné eu égard aux intérêts en présence.⁴⁵¹ » La nécessité pratique de cette modulation est indéniable et il faut par conséquent considérer celle-ci comme nécessaire au juge pour l'accomplissement de sa mission.

Que l'office du juge conduise celui-ci à reconnaître certains pouvoirs impliqués par leur nécessité ne fait guère de doutes. La nature à proprement parler implicite de ces pouvoirs doit toutefois être nuancée. L'implicite suppose idéalement

445. D. CASAS et F. DONNAT, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *Droit administratif*, 2004, n° 5, étude n° 9.

446. Décision préc.

447. En ce sens, cf GARRIGOU-LAGRANGE J.-M., « Les contrôles du Conseil constitutionnel sur les décrets de convocation des électeurs au référendum », *LPA*, 2002, n° 199, p. 4.

448. Le juge a néanmoins recours à la nécessité dans d'autres cas, bien que celle-ci

449. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Association AC !*, C. DEVYS estime ainsi qu'une annulation des arrêtés d'agrément attaqués « affecter[ait] gravement la continuité du régime d'assurance chômage, tant par ses conséquences financières que par les perturbations créées dans le fonctionnement des services ». Concl. sur CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, *Rec.*, p. 197 ; *RFDA*, 2004, p. 454.

450. CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC !* Outre les conclusions de C. DEVYS précitées : O. DUBOS ET F. MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *DA* n° 8, Août 2004, étude 15 ; C. LANDAIS et F. LÉNICA, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *AJDA*, 2004, art. préc. ; J. Bigot, *JCP A*, « La rétroactivité de l'annulation d'un acte administratif peut être modulée dans le temps et peut avoir des incidences sur les assurances de responsabilité obligatoires », n° 1826 ; *GAJA*, n° 112, p. 858.

451. A. COURRÈGES, J.-H. STAHL, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse », *RFDA*, 2004, p. 438

l'établissement d'un support, d'une manifestation de volonté susceptible d'être idéalisée. La jurisprudence internationale rattache ainsi la reconnaissance des pouvoirs inhérents à la qualité de juridiction à la volonté des États, ou de l'autorité qui a institué un tribunal. Un tel rattachement n'apparaît pas dans la jurisprudence relative à l'office du juge.

Les fonctions et missions du juge sont alors déterminées par le juge lui-même. Cela n'est pas sans incidence sur l'exercice même de ces compétences. Dans le cas des pouvoirs implicites, le juge est conduit à établir l'existence d'une habilitation implicite au regard des missions qui découlent des textes. Rien de tel n'est en œuvre dans le cas des pouvoirs fondés sur l'office du juge, puisque cette fonction peut constamment être précisée par le juge lui-même⁴⁵².

Que ce soit au regard de la mission ou de la fonction confiée à un organe, le juge se penche sur des dispositions impliquant par définition un certain nombre de conséquences : un résultat à obtenir ou des garanties intrinsèques. L'extension des pouvoirs peut également résulter d'une dénaturation de la compétence.

II. L'inflation des pouvoirs à travers une interprétation extensive des compétences

Si les missions et fonctions apparaissent immédiatement comme une source potentielle d'extension des pouvoirs accordés à une autorité, le juge va parfois être amené à développer une interprétation particulièrement large des compétences elles-mêmes. En effet, si la compétence doit s'entendre comme une limitation de l'exercice d'un pouvoir (A), le juge va dans certains arrêts assimiler directement la compétence à un objectif (B).

A. La compétence, règle de détermination du possible exercice d'un pouvoir

La distinction est parfois malaisée entre pouvoir et compétence. Celui qui n'est pas compétent ne pourra agir (exercer un pouvoir) de même que celui qui n'est pas
452. Les réserves que nous formulerons à propos de la portée de l'auto-habilitation découlant de la reconnaissance d'un pouvoir implicite seront en ce sens invalidées dans le cas des pouvoirs reconnus au regard de l'office du juge (cf *infra*, pp. 286 et suiv.).

titulaire d'un pouvoir ne pourra *a fortiori* pas plus agir que s'il était incompétent. Certaines expressions alimentent la confusion : le pouvoir discrétionnaire est le pouvoir qui peut être exercé avec un certain degré de liberté par son titulaire (que son exercice soit totalement libre, ou qu'il laisse un libre choix entre un nombre limité d'options possibles) ; la compétence liée implique pour sa part que l'action soit univoque à partir du moment où l'on se trouve confronté à ses cas de mise en œuvre. Les deux termes sont fréquemment opposés et, ainsi que le souligne P. THERY, « puisqu'il s'agit toujours des conditions dans lesquelles une autorité administrative peut prendre une décision, en déduira-t-on que pouvoir et compétence, c'est tout un⁴⁵³ ? » J. COMBACAU abordant ce « couple maudit »⁴⁵⁴, précise cependant que « le contraste qu[e les auteurs] veulent mettre en valeur porte [...] sur les adjectifs *discrétionnaire* et *lié*⁴⁵⁵ ». Le problème est alors le suivant : pourquoi utiliser des termes différents, alors que l'absence de différenciation rendrait bien mieux compte de l'opposition que l'on veut en réalité mettre en exergue ? C'est que pouvoir et compétence, pour un grand nombre d'auteurs, recouvrent en réalité des concepts identiques⁴⁵⁶. Mais, ainsi que nous avons pu déjà le dire, la compétence et le pouvoir ne se confondent pas nécessairement⁴⁵⁷. Pour A. JENNEQUIN, la compétence est une « aptitude à agir⁴⁵⁸ », alors que le pouvoir « correspond à la réalisation concrète de la compétence, c'est-à-dire à l'adoption d'actes juridiques⁴⁵⁹ ». Cette distinction permet à A. JENNEQUIN d'avancer qu'il n'y aurait en réalité pas de compétences implicites en droit français, mais uniquement des pouvoirs implicites⁴⁶⁰. Cette idée nous semble contestable pour deux raisons : tout d'abord, elle repose sur une définition contestable de la compétence et du pouvoir ; elle méconnaît ensuite le fait que le juge administratif français ne se soit pas contenté de se pencher sur la manière dont les

453. P. THERY, « Compétence » in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 247.

454. J. COMBACAU, « Conclusions générales » in Société française pour le droit international, *Les compétences de l'État en droit international*, Colloque de Rennes du 2 au 4 juin 2005, Paris : A. Pédone, 2006, p. 305.

455. *Ibid.*

456. « « compétence » et « pouvoir » apparaissent comme interchangeable aux yeux d'une très grande majorité de la doctrine » (*ibid.*).

457. Introduction, p. 17.

458. A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif*, op. cit., p. 171.

459. *Ibid.* A. JENNEQUIN s'appuie ici sur la thèse de V. CORNELOUP, *La notion de compétence des autorités administratives françaises en droit français*, thèse de droit public, Paris : université Paris II, 2000.

460. « [L]a doctrine des compétences implicites, aux États-Unis et dans l'ordre juridique international et communautaire, a permis la consécration à la fois de nouveaux pouvoirs et de nouvelles compétences. Le choix de la terminologie « compétences implicites », plus large, se justifiait alors pleinement. En droit public français, en revanche, [...] seuls des pouvoirs sont explicités par le juge. » (*Id.*, p. 172.)

« compétences » doivent être mises en œuvre, mais également sur l'aptitude à agir elle-même.

La distinction posée par A. JENNEQUIN place le pouvoir au service de la compétence : c'est pour rendre effective une compétence que le pouvoir peut ou doit être mis en œuvre. Il apparaît selon nous que la logique est inverse : une autorité dispose d'un pouvoir, qu'elle ne pourra mettre en œuvre que dans les limites de sa compétence. Cette distinction tient en réalité à une confusion sur le sens accordé à la notion de compétence. O. BEAUD et J. COMBACAU ont tous deux contribué à mettre en valeur la dualité de signification du terme « compétence ». A. JENNEQUIN semble ainsi opter pour une conception « objectiviste⁴⁶¹ » de la compétence, que l'on retrouve selon O. BEAUD dans un grand nombre de définitions : l'« aptitude légale d'une autorité administrative à prendre une décision ou à faire un acte⁴⁶² ». Mais la compétence entendue ainsi se substitue alors au pouvoir. Par conséquent, il n'est guère possible d'utiliser la définition « objectiviste » de la compétence tout en l'opposant au pouvoir, puisque la première vise à remplacer le second, sauf à donner une définition particulièrement étriquée du pouvoir, et qui vide par conséquent celui-ci de toute réalité.

En premier lieu, nous pouvons citer l'arrêt du 12 décembre 1953, rendu par le Conseil d'État réuni en Assemblée, *Union nationale des associations familiales*⁴⁶³. La question soulevée à cette occasion était celle de savoir si le Gouvernement pouvait imposer une séparation prophylactique des personnes vaccinées. Les requérants soutenaient que celle-ci était une mesure portant atteinte aux libertés. Elle relevait par conséquent du législateur. Le Conseil d'État, relevant que cette mesure était « indispensable pour garantir l'efficacité et l'innocuité de la vaccination », inclut celle-ci dans la compétence accordée par le législateur au Gouvernement pour « déterminer les modalités d'application de la loi, notamment en ce qui concerne la technique de vaccination ». Le Conseil d'État semble donc bien envisager ici le problème posé sous l'angle de l'*aptitude à agir*.

461. O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », in Association française pour la recherche en droit administratif, *La compétence*, actes du colloque de Nancy des 12 et 13 juin 2008, Paris : Litec, coll. « Colloques et débats », 2008, p. 22.

462. J.-M. PONTIER, *L'État et les collectivités locales*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1968, p. 30.

463. Arrêt préc.

L'arrêt du 16 juin 1967, *Ligue nationale pour la liberté des vaccinations*⁴⁶⁴ met en œuvre un raisonnement similaire. Il s'agissait ici de se prononcer sur la légalité des décret et arrêté du 19 mars 1965 par lesquels le Gouvernement subordonne notamment à la vaccination antipoliomyélitique l'admission dans les établissements accueillant des enfants. Les requérants invoquent à l'encontre de ces textes la méconnaissance de l'article 34 de la Constitution, en raison du fait qu'une telle mesure porterait atteinte aux libertés publiques et devrait par conséquent être adoptée par le législateur. A. JENNEQUIN estime que « la compétence permet de répondre à la question « qui est compétent ? » ». C'est, ce nous semble, à cette question que répond l'arrêt du 16 juin 1967. Celui-ci permet d'ailleurs au même auteur de constater que « la nécessité continue donc, même après 1958, à prévaloir sur la *répartition formelle des compétences*⁴⁶⁵ », et ce alors même que les compétences implicites n'existeraient pas en droit administratif français.

La compétence est donc nécessairement une limitation : si elle indique les cas dans lesquels le pouvoir peut être exercé, elle refuse logiquement cet exercice dans les cas qu'elle n'indique pas. J. COMBACAU le souligne : « La compétence, quand on veut bien la distinguer du pouvoir avec lequel elle fait couple, est une notion purement négative, qui suggère une idée de limite : une autorité détient un pouvoir, qu'elle peut exercer dans les limites de sa compétence⁴⁶⁶. » Cette conception est à rapprocher, pour un exemple particulièrement significatif, de l'article I, section 8 de la Constitution des États-Unis d'Amérique : énumérant en premier lieu l'ensemble des domaines dans lesquels le Congrès pourra intervenir, il dispose ensuite que ce dernier a le pouvoir « de faire toutes lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus mentionnés[...] ». La loi est le moyen d'action du Congrès. Comment constitue-t-il des tribunaux inférieurs à la Cour suprême ? Comment détermine-t-il la valeur de la monnaie ? Comment réglemente-t-il le commerce entre les États ? Il exerce tous ces pouvoirs en adoptant des lois. Il y a donc ici la délimitation du pouvoir, soit la compétence, qui consiste en une énumération des domaines d'action, et le pouvoir lui-même, qui est celui de faire des lois. Toutes les questions relatives ensuite à la possibilité de créer une banque ou au sens qu'il faut donner au terme commerce peuvent donc être assimilées à des

464. Arrêt préc.

465. *L'implicite en droit administratif, op. cit.*, p. 179.

466. *Id.*, p. 306.

questions de compétence. Le Congrès peut-il prendre une telle loi, ou celle-ci devra-t-elle être considérée comme inconstitutionnelle car ne relevant pas des possibilités où l'action du Congrès est possible selon la Constitution ?

Même dans les cas où la compétence n'est pas définie, le pouvoir est limité par les compétences expressément accordées à d'autres. Il suffit ici de songer aux articles 34 et 37 de la Constitution de 1958, et généralement à tous les cas de compétences de droit commun ou de principe, qui se trouvent limitées par la compétence d'exception accordée à d'autres institutions ou organes⁴⁶⁷. Il va de soi que la compétence de principe ne saurait connaître de possibles développements par le biais des compétences implicites. Par définition, si l'on reconnaît la possibilité d'agir dans tous les domaines non réservés à d'autres, ce n'est qu'appliquer le texte que d'offrir la possibilité d'exercer un pouvoir dans un cas précis, et tout au plus pourra-t-on y voir une limitation par ricochet des compétences d'exception. Les compétences implicites seront donc naturellement utilisées pour accroître les compétences expressément accordées, par conséquent pour étendre une disposition qui est par essence, à défaut de l'être effectivement, limitative. La compétence n'est de ce fait plus conçue comme une limitation, mais comme un titre à agir. Le juge envisage alors cette possibilité d'action comme un objectif.

B. La dénaturation de la compétence, interprétée comme objectif

Les compétences étant avant tout une limitation de l'exercice des pouvoirs, une interprétation trop extensive dénature les textes attributifs de compétence. L'exemple américain est ici encore caractéristique. Comme nous venons de le voir, l'article I, section 8 énumère les compétences du Congrès, le dixième amendement prévoit : « Les pouvoirs non délégués aux États-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, sont réservés aux États respectivement, ou au peuple. » La compétence de droit commun appartient donc par définition aux États fédérés, les institutions fédérales ayant une liste de compétences définies par la Constitution. MARSHALL, s'il

467. Par application du principe selon lequel les lois spéciales dérogent aux lois générales.

reste en apparence attaché à cette idée⁴⁶⁸, va néanmoins introduire une extension potentiellement considérable de ces pouvoirs.

Nous avons déjà évoqué plus haut la manière dont il justifie l'existence de pouvoirs implicites, aussi ne reviendrons-nous ici que sur la réinterprétation des compétences du Congrès.

Dans cet arrêt, la Cour est amené à renverser la nature même des compétences. Si les compétences sont intrinsèquement des limitations, elles vont devenir sous la plume de MARSHALL des habilitations, des « devoirs ». Ainsi, le Congrès se voit reconnaître de grands pouvoirs⁴⁶⁹, « de la juste exécution desquels dépendent tellement le bonheur et la prospérité de la nation⁴⁷⁰ ». Ces pouvoirs sont si importants, leur visée est si haute que des moyens doivent être accordés pour les exercer. En effet, « Il ne peut jamais être de [l'] intérêt [de la nation], et il ne peut être présumé avoir été son intention, d'entraver et de gêner l'exécution des pouvoirs en refusant les moyens les plus appropriés.⁴⁷¹ »

En outre, les « compétences-objectifs » confiées au Congrès sont si importantes que MARSHALL érige une présomption de constitutionnalité des moyens choisis pour les mettre en œuvre. Pour ce faire, il commence par affirmer que la possibilité pour le Congrès de choisir ces moyens est imposée par la raison⁴⁷². C'est ce qui lui permet d'écarter l'interprétation restrictive de la nécessité : pour déterminer si le Congrès peut créer une banque, MARSHALL souligne que si le pouvoir de créer une banque n'est pas énoncé, aucune disposition ne l'écarte *expressément*. C'est d'ailleurs l'absence de cet adverbe dans le dixième amendement qui permet d'envisager l'existence de pouvoirs implicites. Il y a là un renversement de la logique des textes : un amendement conçu spécialement pour écarter une extension des compétences du Congrès est ainsi vidé de son sens. « En soulignant cette absence, MARSHALL a rendu la disposition inoffensive ; il en a fait une vérité d'évidence⁴⁷³ ». Pour être opérante,

468. « Tous reconnaissent que ce gouvernement est un gouvernement aux pouvoirs énumérés. » (Trad. É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 32.) Et plus loin : « Nous admettons, comme tous doivent l'admettre, que les pouvoirs du Gouvernement sont limités et que ses limites ne doivent pas être outrepassées. » (*Id.*, p. 39.)

469. « Nous trouvons les pouvoirs importants de lever et percevoir des taxes, de faire des emprunts, de réglementer le commerce, de déclarer et diriger une guerre, et de lever et d'entretenir des armées et une marine. L'épée et la bourse, toutes les relations extérieures et une part substantielle de l'industrie de la nation sont confiées à son Gouvernement. » (Trad. É. ZOLLER, *id.*, p. 33.)

470. *Ibid.*

471. *Ibid.*

472. « Lorsque le Gouvernement a le droit de faire une certaine chose, et qu'il en a fait un devoir, la raison commande de reconnaître qu'il doit être autorisé à choisir les moyens de le satisfaire ; et c'est à ceux qui prétendent qu'il n'a pas le choix des moyens qu'il juge appropriés, et qu'un moyen en particulier lui est interdit, de supporter la charge de prouver l'exception qu'ils avancent. » *Id.*, p. 34.

473. É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique*, 2010, op. cit., p. 50.

une disposition excluant une extension de compétences doit donc être particulièrement bien rédigée, et ne laisser aucune ambiguïté planer⁴⁷⁴. L'obstacle majeur à l'extension des compétences du Congrès est écarté. Il pose ensuite que les moyens, si tant est qu'ils participent à la mise en œuvre des compétences reconnues, sont de ce fait même constitutionnels. S'il revient au juge d'apprécier si les moyens répondent bien à une compétence expressément accordée, MARSHALL écarte cependant du contrôle juridictionnel toute discussion sur la nécessité même de ces moyens : « Mais lorsque la loi n'est pas interdite, et qu'elle se trouve être vraiment conçue pour mettre en œuvre un pouvoir conféré au gouvernement, soumettre à inquisition le degré de nécessité requis dépasse la frontière qui borne les pouvoirs du département judiciaire et empiète sur le terrain législatif. La Cour décline toutes prétentions à l'exercice d'un tel pouvoir⁴⁷⁵. » Il suffit donc que les règles adoptées entretiennent un rapport, même lointain, avec les compétences expresses, pour être constitutionnelles.

Ainsi qu'a pu le souligner É. ZOLLER, « dans la longue histoire de l'interprétation de la clause de commerce par la Cour, les périodes pendant lesquelles celle-ci a cherché à limiter les pouvoirs du Congrès l'emportent largement⁴⁷⁶ ». Ainsi que nous avons pu déjà le souligner, ces périodes de limitation ne résultaient pas d'une remise en cause des pouvoirs impliqués et de la solution de l'arrêt *McCulloch v. Maryland*, mais de l'amplitude des compétences-objectifs. Il reste néanmoins des périodes où la Cour suprême a donné une interprétation très large des compétences du Congrès, et particulièrement de la clause de commerce. Nous ne citerons à cet égard que l'arrêt *National Labor Relations Board (NLRB) v. Jones et Laughlin Steel Corporation*, rendu par la Cour le 12 avril 1937⁴⁷⁷. La Cour y précise que : « Le principe cardinal de l'interprétation des lois est de sauver, et non de détruire. Nous avons constamment jugé qu'entre deux interprétations possibles d'une loi, l'une qui la rend

474. À ce sujet, il convient de remarquer que MARSHALL, après avoir posé comme postulat la rationalité d'une interprétation extensive, exige des détracteurs de cette interprétation qu'ils démontrent l'irrationalité du constituant. Cette irrationalité supposée est d'autant plus difficile à démontrer que tout le texte est réinterprété « rationnellement » par MARSHALL afin d'écarter tous les arguments invoqués à l'encontre d'une extension des pouvoirs du Congrès. Cela souligne selon nous l'importance des pouvoirs implicites dont la nécessité, une fois établie, ne peut que rarement être contrecarrée.

475. Trad. É. ZOLLER, *id.*, p.40. Cette position sera d'ailleurs confirmée dans l'arrêt *Gibbons v. Ogden* : « Les seules limites sur lesquelles on peut s'appuyer pour prévenir les abus du Congrès sont à rechercher dans la sagesse et la prudence de ses membres, dans leur proximité avec les électeurs, et dans l'influence que ceux-ci exercent au moment des élections. Dans tous les gouvernements représentatifs, ces limites sont souvent les seules sur lesquelles le peuple peut compter. » (*Id.*, p. 77.)

476. É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, 2010, *op. cit.*, p. 87.

477. 301 U.S. 1, traduction et commentaire de É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, 2010, *op. cit.*, pp. 232-249.

inconstitutionnelle, l'autre qui la valide, notre simple devoir est de retenir celle qui sauvera la loi⁴⁷⁸. »

Suivant ce principe, la Cour refusera de censurer une loi réglementant les relations de travail, au motif que les conflits sociaux, y compris dans les entreprises de production, pouvaient avoir des répercussions sur l'ensemble du commerce inter-étatique. Cette conception préfigure sans nul doute l'arrêt *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*⁴⁷⁹, dans lequel la Cour, s'interrogeant à propos de l'existence de « fonctions gouvernementales traditionnelles » réservées aux États fédérés, insiste sur la vanité d'une interprétation judiciaire de la clause de commerce⁴⁸⁰. Elle y affirme en effet que la portée des pouvoirs fondés sur la clause de commerce est limitée, à l'instar de l'ensemble des actes du Congrès, par les « contrôles, construits à l'intérieur de notre système constitutionnel, par l'effet desquels les États participent à l'action du Gouvernement fédéral⁴⁸¹ ». La Cour suprême estime ainsi que si le processus politique a fonctionné, les limites imposées par la Constitution aux pouvoirs exercés par le Congrès ont été respectées; le contrôle de ces limites ne lui revient pas.

Cette conception de la compétence et du rôle du juge ne se retrouve pas explicitement et de prime abord en droit administratif français. Il n'en reste pas moins que la distinction entre compétences et missions peut être particulièrement malaisée. Il est possible de citer ici à titre d'exemple l'arrêt rendu par l'assemblée du Conseil d'État le 2 mai 1975, *Fédération régionale des caisses rurales et urbaines de crédit mutuel du Finistère*⁴⁸². Il s'agissait ici pour le juge de déterminer si la Confédération nationale du crédit mutuel pouvait prendre des sanctions à l'encontre des caisses de crédit mutuel. En effet, si le législateur avait confié à la Confédération le contrôle de l'organisation et de la gestion des caisses, il lui appartenait également de « prendre toutes les mesures nécessaires au bon fonctionnement du crédit mutuel ». Les mesures

478. *Id.*, p. 235.

479. 469 U.S. 528 (1985), É. ZOLLER (trad.), *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, 2000, *op.cit.*, p. 1041-1053.

480. « Les pouvoirs du Gouvernement fédéral sont tout autant des « pouvoirs que [la Constitution] est censée respecter », et le fait que les États demeurent souverains dans tous les pouvoirs qui ne sont pas attribués au Congrès ou qui ne leur sont pas refusés par la Constitution, ne donne aucune indication de l'endroit où passe la frontière qui sépare le pouvoir de l'État du pouvoir fédéral. En bref, il ne nous est pas loisible de recourir à des conceptions autosuffisantes quand il s'agit de déterminer la compétence du Congrès au titre de la clause de commerce. » (Arrêt préc., p. 1051.) « Il en résulte que les intérêts souverains des États sont plus adéquatement protégés par les garanties procédurales inhérentes à l'organisation du système fédéral que par des limitations judiciairement énoncées contre le pouvoir fédéral. » (*Id.*, p. 1053.)

481. *Ibid.*

482. *Rec.*, p. 277.

prévues à ce titre par le législateur témoignaient d'une volonté de rendre cohérente l'implantation des caisses sur le territoire, plus que de confier un pouvoir de sanction. Le juge, pour reconnaître un tel pouvoir, va dégager une mission des pouvoirs expressément accordés : « Il ressort de ces dispositions⁴⁸³ que [...] la confédération nationale du crédit mutuel a été dotée, par le législateur, des pouvoirs les plus étendus sur les organismes qu'elle représente, que, notamment, le pouvoir qui lui est attribué de prendre toutes mesures nécessaires au bon fonctionnement du crédit mutuel, ainsi que la mission, dont elle est investie, de contrôler tant l'organisation que la gestion des caisses de crédit mutuel, impliquent nécessairement que la confédération nationale est compétente pour édicter des prescriptions qui s'imposent aux caisses, pour veiller à l'observation, par les caisses, des dispositions qui leur sont applicables, et leur infliger, en cas d'infraction à ces dispositions, des sanctions appropriées. »

Cette solution appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, le juge établit ici une distinction entre un pouvoir et une mission, alors que rien ne permet de les distinguer dans le texte lui-même qui énonce que la confédération « est chargée » tant « d'exercer un contrôle » que « de prendre toutes mesures nécessaires au bon fonctionnement du crédit mutuel ». Si le législateur, il est vrai, ne précise pas réellement la manière dont doit s'exercer ce contrôle, il semble toutefois qu'une interprétation stricte du texte consisterait à ne pas distinguer entre deux choses traitées par l'auteur de manière égale : d'un côté le contrôle, de l'autre les mesures permettant le bon fonctionnement du service. Or, le juge en qualifiant l'une de mission, l'autre de pouvoir, introduit une perspective dynamique. La confédération a un pouvoir qui doit être mis en œuvre dans un but élargi. Nous avons déjà dit que les exemples énoncés par le législateur quant à ces mesures nécessaires, qui visent à la création ou la suppression de caisses existantes, semblent bien plus tenir au bon fonctionnement global du crédit mutuel, qu'à celui des agences prises individuellement. En érigeant ce contrôle en mission, le Conseil d'État permet un élargissement de la compétence de la Confédération nationale du crédit mutuel. Les mesures nécessaires au bon fonctionnement du crédit mutuel justifient alors l'édition

483. Article 5-2 de l'ordonnance du 16 octobre 1958 : « Chaque caisse de crédit mutuel doit adhérer à une fédération régionale et chaque fédération régionale doit adhérer à la confédération nationale du crédit mutuel dont les statuts sont approuvés par le ministère des Finances. / La confédération nationale du crédit mutuel est chargée : de représenter collectivement les caisses de crédit mutuel pour faire valoir leurs droits et intérêts communs, d'exercer un contrôle administratif, technique et financier sur l'organisation et la gestion de chaque caisse de crédit mutuel ; de prendre toutes mesures nécessaires au bon fonctionnement du crédit mutuel, notamment en favorisant la création de nouvelles caisses ou en provoquant la suppression de caisses existantes, soit par voie de fusion avec une ou plusieurs caisses, soit par voie de liquidation amiable. » (Ord. 58-966 relative à diverses dispositions concernant le Trésor.)

de prescriptions et la détermination des sanctions applicables à chaque caisse de crédit mutuel, dépassant la seule question d'une implantation cohérente pour englober un contrôle effectif. Il est possible d'objecter que le contrôle lui-même peut être considéré comme impliquant un pouvoir de sanction, mais cet argument aurait nécessité que le juge se livre à une interprétation sans doute aussi constructive du texte, en invoquant la nécessité de sanctions pour garantir l'efficacité du contrôle. La solution retenue ici a le mérite de s'appuyer sur une compétence particulièrement large énoncée par le législateur, dont l'arrêt du Conseil d'État semble donner ici une interprétation fidèle, du moins en apparence.

La création des services publics communaux est également une illustration de ce rapprochement entre mission et compétence. Pour justifier la création d'une piscine municipale alors même qu'il existait déjà une piscine privée, le Conseil d'État, dans un arrêt de section du 23 juin 1972, *Société « La Plage de la forêt »*, relève « qu'en décidant, par délibération du 28 mai 1964, la réalisation d'un bassin de plein air et d'un bassin couvert avec éventuellement un bassin école, le conseil municipal de Fontainebleau a entendu améliorer l'équipement en piscines de ladite ville ; que, ce faisant, il n'a fait qu'user des pouvoirs dont il dispose en vue d'un objet conforme à sa mission⁴⁸⁴ ».

L'intervention des communes dans le secteur privé, notamment à travers la création de services publics, est autorisée à la condition que celle-ci soit conforme à leur mission, définie très largement. Or, cette mission est vraisemblablement liée en réalité à la compétence des communes en matière d'enseignement du premier degré.

La compétence doit être entendue comme la mesure du pouvoir. Il nous semble à cet égard que la question : « qui est compétent ? », à laquelle est censée répondre la compétence, est trop limitative, du moins si l'on s'en tient à l'appréciation par le juge de la compétence d'une autorité. La question soulevée par un litige est en effet beaucoup plus souvent : « l'autorité est-elle (ou était-elle) compétente ? » La première question suppose la définition préalable des compétences, leur répartition avant que naisse un litige. Elle est donc l'apanage de celui qui est amené à répartir les compétences, soit le pouvoir normateur. La seconde traduit l'idée que le juge est amené à se pencher sur un acte positif et à déterminer si celui-ci pouvait être accompli. Par conséquent, et comme cela a pu parfois être clairement dit, le juge

484. CE, sect., 23 juin 1972, *Société « La Plage de la forêt »*, *Rec.*, p. 477 (nous soulignons).

adoptera une démarche constructive, propice à un accroissement des pouvoirs ou des compétences dès lors qu'ils sont utiles à la mise en œuvre des compétences ou pouvoirs exprès.

Conclusion du titre 2

La jurisprudence administrative témoigne d'une utilisation des mécanismes propres à la reconnaissance des pouvoirs implicites, tels qu'ils ont pu être dégagés et mis en œuvre par la Cour suprême des États-Unis d'abord, par les juges internationaux et communautaires ensuite.

Ceux-ci peuvent être condensés : l'auteur d'une norme d'habilitation doit avoir voulu donner plein effet à celle-ci. Or, ce plein effet ne peut être obtenu qu'en confiant l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement des objectifs pour lesquels a été accordée l'habilitation. Il faut par conséquent étendre les compétences et les pouvoirs de son bénéficiaire, dès lors que cette extension apparaît nécessaire.

L'argument de la nécessité pratique du pouvoir ou de la compétence implicites, bien qu'apparemment décisif, ne peut être invoqué qu'après avoir affirmé une nécessité théorique commandant l'interprétation extensive de la norme d'habilitation. Si la nécessité pratique est étroitement liée aux spécificités d'un système, la nécessité théorique s'en détache et acquiert de ce fait une portée universelle. Le rapprochement des pouvoirs implicites utilisés par l'ensemble des juges précédemment évoqués repose sur cette universalité.

Conclusion de la première partie

Les distinctions opérées entre différentes catégories de pouvoirs implicites s'efface au regard de l'unité de l'argumentation justifiant leur reconnaissance. Tous sont entendus comme pratiquement nécessaires. Il convient alors de remarquer que ces pouvoirs ne se différencient plus qu'au regard de l'objet de cette nécessité : l'accomplissement d'une mission, la mise en œuvre d'un pouvoir expressément attribué ou encore au regard de la qualité d'une autorité.

L'invocation de cette nécessité pratique se double d'une nécessité théorique : l'auteur de la norme d'habilitation a nécessairement entendu conférer l'ensemble de ces pouvoirs nécessaires. Cette seconde nécessité repose sur une interprétation idéale de la volonté de cet auteur.

Cette dernière nécessité se retrouve vraisemblablement dans l'utilisation qui est faite des pouvoirs implicites en droit administratif français, dont nous avons déjà pu donner quelques exemples. En effet, elle n'est en aucun cas liée aux spécificités d'un système particulier de droit écrit. Bien au contraire, elle repose sur la nature même des textes : ceux-ci sont incomplets et figés. Les pouvoirs implicites pallient à cette carence considérée comme inévitable : ils comblent les silences et assurent l'adaptation du texte aux contraintes de fait.

L'utilisation des pouvoirs implicites en droit administratif français

Les pouvoirs implicites peuvent trouver à s'appliquer dès lors qu'une autorité a adopté un acte pour lequel elle ne disposait pas d'une habilitation expresse, pour peu que cet acte puisse être considéré comme nécessaire à l'accomplissement des objectifs en vue desquels a été érigée cette autorité ou pour lesquels ont été confiés les pouvoirs dont elle dispose expressément. Ce mécanisme, identifié dans la première partie, s'appuie sur une présomption de volonté de l'habilitant.

Si la jurisprudence administrative met en œuvre une telle interprétation, celle-ci n'est cependant jamais explicitement invoquée, rendant délicate une lecture certaine des décisions du juge. Si le recours à l'idée des pouvoirs implicites est sans doute fréquente, la reconnaissance indéniable de pouvoirs implicites l'est beaucoup moins, et demande alors d'interpréter les arrêts avec précaution. Si nous avons pu déceler avec certitude certains pouvoirs implicites, bien souvent cette identification a été écartée. Nous avons en effet préféré privilégier ici les rares cas certains à une multiplication d'exemples possibles mais non assurés. L'étude des pouvoirs implicites reconnus en droit administratif français fera l'objet du premier titre de cette seconde partie.

Ces illustrations permettent néanmoins de dégager certaines constantes du contrôle du juge sur l'exercice de ces pouvoirs, liés étroitement aux deux arguments justifiant leur reconnaissance : le pouvoir trouve son origine dans un texte, il est justifié par sa nécessité. Ce contrôle sera abordé dans le second titre.

TITRE 1.

LES POUVOIRS IMPLICITES RECONNUS

EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

L'identification de l'utilisation des pouvoirs implicites en droit administratif français apparaît assez aisée : il convient de rechercher les cas où le juge admet le pouvoir d'édicter un acte en se fondant non sur une norme d'habilitation expresse, mais sur la nécessité de cet acte pour l'accomplissement d'un objectif, entendu dans un sens très large.

Il faut toutefois émettre quelques réserves : la nature implicite du pouvoir impose son rattachement à une manifestation de volonté. Cet objectif doit donc être lui-même fondé sur un acte. En outre, il importe que la reconnaissance de ce pouvoir ne contredise pas une disposition expresse.

Il semble possible d'établir une distinction entre les pouvoirs reconnus à une autorité en raison de sa qualité (**Chapitre 1**), et les pouvoirs admis en raison de leur nécessité pour l'accomplissement d'une mission expressément confiée (**Chapitre 2**). En effet, si les pouvoirs implicites témoignent tous de la mise en œuvre d'un raisonnement similaire, les problèmes soulevés à l'occasion de leur identification sont différents. Les premiers supposent que soit établi un lien avec les textes, en dépit de l'absence de fondement exprès énoncé par le juge. À l'inverse, les seconds sont le plus souvent associés étroitement à une disposition précise, il faut alors démontrer que l'interprétation mise en œuvre par le juge est révélatrice d'une utilisation de l'implication nécessaire.

Chapitre 1

Les pouvoirs reconnus à une autorité en raison de sa qualité

Certains pouvoirs paraissent étroitement liés à la reconnaissance d'une qualité. Ainsi, les pouvoirs accordés aux chefs de service sont généralement présentés comme découlant directement de ce statut. De même le président de la République d'abord, le Premier ministre ensuite, disposent d'un pouvoir de police administrative générale en vertu de leurs « pouvoirs propres ». Cela semble rentrer en contradiction avec l'idée que les pouvoirs implicites seraient admis en raison de leur nécessité pour l'accomplissement de la mission confiée à l'autorité s'en prévalant. Nous avons ainsi rencontré l'idée selon laquelle ces pouvoirs seraient en réalité distincts des pouvoirs reconnus comme implicites et devraient être qualifiés de pouvoirs inhérents : une qualité entraînerait systématiquement la reconnaissance d'un certain nombre de pouvoirs, indépendamment des textes. Nous avons cependant déjà mis en évidence que ces pouvoirs partageaient avec les pouvoirs implicites une justification extra-textuelle commune : leur nécessité, qui a pour objet l'accomplissement d'une mission. Il importe assez peu de ce point de vue que cet objectif soit rattaché au texte ou à une qualité, dès lors que la nécessité justifie l'extension des pouvoirs. Tous ces pouvoirs peuvent alors être considérés comme des pouvoirs impliqués par leur nécessité. Leur qualité implicite reste toutefois sujette à précaution, puisque dans le cas des pouvoirs inhérents, le rattachement au texte paraît beaucoup plus distant, voire totalement absent. À ce titre, ces pouvoirs sont souvent présentés comme détachés des textes.

Il apparaît à l'étude que le pouvoir de police générale reconnu au profit du chef de l'exécutif semble éloigné des pouvoirs implicites (**Section 2**). À l'inverse, le pouvoir reconnu au chef de service ne peut se détacher du texte qui fonde l'autorité

du chef sur son service (**Section 1**) et constitue à cet égard un véritable pouvoir implicite.

Section 1. La reconnaissance d'un pouvoir de direction attaché à l'autorité exercée sur un service

Le pouvoir réglementaire reconnu au chef de service trouve son fondement implicite dans le texte reconnaissant à ce dernier une autorité sur le service (**I**). Ce pouvoir bénéficie d'une assise solide, justifiant une reconnaissance étendue tant au regard des titulaires de ce pouvoir que des compétences reconnues pour son exercice (**II**).

I. Le fondement implicite du pouvoir du chef de service

La formule utilisée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Jamart* est encore actuelle⁴⁸⁵ : un arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille⁴⁸⁶ a même été jusqu'à affirmer que « le principe selon lequel l'autorité hiérarchique prend les mesures nécessaires au bon fonctionnement du service placé sous son autorité constitue un principe général du droit de la fonction publique ». Depuis bientôt quatre-vingts ans, le juge administratif reconnaît ainsi expressément un pouvoir réglementaire au chef de service selon un principe presque immuable.

A. L'incomplétude de la justification institutionnelle

Sans pour l'instant approfondir la nature de ce « principe », il importe de déterminer sa justification. L'arrêt de 1936 n'apporte ici en réalité aucun éclairage. Les textes visés ne contiennent aucune référence à un quelconque pouvoir d'organisation dévolu au ministre. Il ne reste guère que le motif de principe de l'arrêt qui puisse receler sa propre justification. Nous devons ici le citer intégralement : « même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un

485. Pour un exemple récent : CE, 19 juillet 2010, *Fristot et Mme Charpy*, *Rec.*, p. 320.

486. 15 juin 2010, *Centre communal d'action sociale de la commune de Salon-de-Provence*, inédit, req. n° 08MA02350.

pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité ».

Deux considérations sont affirmées ici sans ambiguïté : le pouvoir est reconnu en l'absence de tout texte, ou du moins sans qu'un texte le consacre expressément ; tout chef de service dispose d'un tel pouvoir. En première analyse, force est de constater que la formulation n'autorise guère à assimiler cette reconnaissance à une mise en œuvre de la théorie des pouvoirs implicites telle que nous avons pu la formuler. Ce pouvoir n'est en effet pas relié à une éventuelle mission et, surtout, le juge ne prend pas la peine d'établir un quelconque lien avec des dispositions textuelles. En outre, ce pouvoir semble uniquement lié à la qualité de l'autorité.

Deux autres éléments du considérant soulèvent quelques interrogations : les modalités de contrôle du pouvoir reconnu et le fondement de ce pouvoir. Le premier de ces problèmes, qui n'a en réalité que peu de rapports avec la justification du pouvoir, sera étudié plus loin⁴⁸⁷. Quant au second point, il est tout simplement passé sous silence par le Conseil d'État. Le pouvoir est reconnu sans texte, mais sans non plus que soient précisées les raisons pour lesquelles le juge est amené à reconnaître un tel pouvoir. Les auteurs s'accordent le plus souvent pour considérer que le juge consacre ici une règle qu'il tirerait de la nature des choses. En effet, l'idée qu'il appartient à tout chef de service de prendre les mesures nécessaires à son bon fonctionnement peut être entendue aussi bien comme une extension de la solution adoptée que comme la justification du pouvoir accordé aux ministres. Bien que la formule soit assez sibylline, il faut considérer, à l'instar de R. CHAPUS, que c'est bien la qualité de chef de service qui justifie la reconnaissance de ce pouvoir. « Il est malgré tout exceptionnel que des autorités administratives soient investies du pouvoir réglementaire, en raison sans plus et sans texte, de leur qualité. C'est le cas des chefs de service, et notamment des ministres, en tant que chefs de service⁴⁸⁸. »

La qualité de chef de service et, plus largement, l'existence même du service semblent par conséquent justifier l'émergence d'un pouvoir d'organisation destiné à assurer un bon fonctionnement. Le Conseil d'État n'apporte aucune justification

487. *Infra*, pp. 268 et suiv.

488. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., Paris : Montchrestien, 2001, t. 1, p. 678.

supplémentaire à la reconnaissance d'un tel pouvoir. Cela n'est pas sans rappeler, ainsi que nous avons déjà pu le souligner, la dimension autopoïétique de l'institution, telle qu'elle a été théorisée par HAURIOU, et sur laquelle a pu s'appuyer RIVERO. Il convient de reconnaître un pouvoir spontané d'auto-organisation du service à celui qui en est responsable car ce pouvoir est nécessaire. J.-C. DOUENCE reconnaît la pertinence de cette intuition : « Une analyse classique comme celle de Max Weber a montré qu'une organisation sociale parvenue à une certaine taille et à une certaine complexité doit recourir au modèle bureaucratique, ce qui correspond à un type idéal qualifié de « légal-rationnel »⁴⁸⁹. » Le service doit être organisé et, selon J.-C. DOUENCE, ce pouvoir qui échoit au chef de service, « est la contrepartie de la responsabilité politique ou hiérarchique qu'il encourt⁴⁹⁰ ».

Cet auteur met cependant en évidence l'absence de base légale des mesures prises en vertu du pouvoir du chef de service : alors même que RIVERO a démontré que l'acte instituant le service pouvait constituer le fondement de ce pouvoir⁴⁹¹, le juge « a au contraire évité avec soin toute prise de position sur le fond du problème⁴⁹² ». Cette question du fondement du pouvoir réglementaire du chef de service reste donc ouverte. Sur ce point, nous estimons que la théorie de l'institution n'offre qu'une solution partiellement satisfaisante. Elle permet bien de rendre compte du fait que le pouvoir reconnu au chef de service est nécessaire. Toutefois, les auteurs s'appuyant sur cette théorie semblent faire de cette nécessité l'unique raison de la reconnaissance du pouvoir du chef de service. Selon nous, cette théorie échoue cependant à expliquer ce qui autorise le juge à reconnaître un tel pouvoir, sauf à considérer que le juge fait pleinement sien l'adage « nécessité fait loi ». Elle ne rend ainsi qu'imparfaitement compte des limites du pouvoir du chef de service.

Certes, l'arrêt *Jamart* ne paraît fonder le pouvoir d'organisation du service que sur la nécessité des mesures prises : celles-ci sont nécessaires à l'organisation du service ou à son bon fonctionnement, elles tirent leur légalité de cette constatation.

489. J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, Paris : LGDJ, 1967, p. 371.

490. *Id.*, p. 372. Il reprend en cela les arguments énoncés par RIVERO dans sa note écrite sous l'arrêt *Jamart*.

491. « La base légale de la vie intérieure et des pouvoirs de commandement qui s'y font jour réside donc dans les textes formels qui créent le service, et qui en posant son existence, rendent légitimes toutes les conséquences qui en découlent nécessairement » (RIVERO J., *Les mesures d'ordre intérieur administratives, essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, *op. cit.*, p. 379).

492. *Id.*, p. 373.

Pourtant, la nécessité seule ne saurait justifier cette admission. Cela apparaît d'autant plus vrai que ce pouvoir ne peut être exercé que dans le respect des dispositions expresses. Si les mesures n'étaient reconnues légales qu'à raison d'une telle nécessité, il pourrait être difficile de les écarter dès lors que les textes prévoient une autre solution. S'il s'agissait en quelque sorte d'un principe général du droit qui voudrait que le chef de service soit nécessairement titulaire de l'ensemble des pouvoirs d'organisation du service parce qu'il est chef du service, il paraîtrait difficile d'écarter l'exercice d'un tel pouvoir en raison d'une disposition de valeur réglementaire. Le Conseil d'État pourrait ainsi être amené à censurer un décret prévoyant qu'une autre autorité que le ministre puisse exercer ce pouvoir. Or, si l'on excepte les cas où le Conseil d'État interprète de manière restrictive les textes conférant à une autorité autre que le ministre le soin de prendre des mesures individuelles, il apparaît que, dès lors que les mesures peuvent être prises, peu importe que ce soit le chef de service ou une autre autorité qui soient amenés à les prendre. C'est sur ce point que l'explication purement institutionnelle achoppe : il n'est pas nécessaire que le chef de service se voit reconnaître un pouvoir réglementaire mais il est indispensable que les mesures nécessaires au bon fonctionnement du service puissent être édictées.

B. Le pouvoir réglementaire du chef de service, pouvoir implicite

Le pouvoir reconnu au chef de service doit être rattaché au texte affirmant son autorité sur un service (1°). L'origine textuelle de ce pouvoir permet alors d'expliquer les limitations attachées à sa reconnaissance et à son exercice (2°).

1° Un pouvoir découlant de l'autorité confiée au chef de service

L'autorité est confiée au chef de service par un texte (a). De cette autorité découle leur mission d'organisation des services, qui permet la reconnaissance de tous les pouvoirs nécessaires à son accomplissement (b).

a) Une autorité attribuée par les textes

La théorie de l'institution offre un soutien évident à la reconnaissance de la nécessité de l'existence de règles déterminant le fonctionnement du service : toute autorité doit être dotée des moyens nécessaires à sa survie. Elle ne permet cependant pas de justifier de manière satisfaisante cette reconnaissance par le juge. Il semble préférable de les envisager comme des pouvoirs implicites, obéissant par conséquent aux règles que nous avons pu mettre en valeur : le chef de service s'est vu confier l'ensemble des pouvoirs nécessaires à la réalisation de sa mission, tout en ayant à l'esprit que cette nécessité est autant une réalité pratique que textuelle. Cette analyse suppose que soient admis deux éléments : tout d'abord, il faut considérer que le chef de service est investi par un texte de la mission d'assurer le bon fonctionnement du service ; ceci posé, il importe également d'envisager l'existence de deux nécessités : une première purement logique, relative à l'interprétation des textes, une seconde plus pratique, tenant aux mesures elles-mêmes.

Avant d'envisager le pouvoir reconnu au chef de service comme étant un pouvoir implicite, il convient de déterminer si ce pouvoir correspond en réalité à un pouvoir reconnu comme nécessaire à l'accomplissement d'une mission d'organisation des services, qui implique de veiller à leur bon fonctionnement. Autrement dit, il faut rechercher si le chef de service s'est vu confier une telle mission. La qualité de chef de service porte en soi l'idée d'une mission, celle de veiller au bon fonctionnement du service dont il a la charge. Il s'agit là d'une mission intrinsèque. Cette mission de direction est assez facile à admettre et découle du terme même de « chef ». Le chef est celui « qui est à la tête, qui dirige, commande, gouverne⁴⁹³ ». Cette mission implique elle-même que soit accordé un certain nombre de pouvoirs, afin de garantir qu'elle puisse être menée à bien.

Nous pouvons par conséquent lier la mission du chef de service à sa qualité même. Peut-on alors considérer ce pouvoir comme un pouvoir implicite reconnu sans texte ? Celui-ci, contrairement à d'autres chefs de service, n'est en effet pas désigné comme tel par les textes. Il ne semble toutefois pas pour autant qu'il faille considérer que les ministres se trouveraient dans une situation originale. Si l'expression « chef

493. *Grand Robert*.

de service » est utilisée pour qualifier les présidents de conseils généraux et régionaux⁴⁹⁴, le maire est considéré quant à lui comme chef de service en vertu de l'article L. 2122-18 du Code général des collectivités territoriales, qui précise qu'il « est seul chargé de l'administration⁴⁹⁵ », ainsi que de l'article L. 2122-21 énonçant ses attributions.

L'absence de reconnaissance expresse de la qualité de chef de service, ou du moins de l'emploi de cette formule par les textes, ne semble donc pas propre aux ministres. En outre, le ministre lui-même fonde ses pouvoirs sur des dispositions textuelles. En effet, il est chef de service des administrations qui ont été placées sous son autorité. En premier lieu, il tire bien évidemment sa qualité de ministre du décret l'ayant nommé. Cela ne suffit cependant pas à déterminer avec précision l'autorité dont il dispose. Or, si la qualité de chef de service n'est pas nécessairement évoquée dans les arrêts⁴⁹⁶, le Conseil d'État prend toujours soin d'asseoir le pouvoir du ministre sur l'autorité qui lui a été confiée : « le ministre qui est chargé de l'éducation et à qui il appartient de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement des services placés sous son autorité⁴⁹⁷ » ; « il appartient au garde des Sceaux, ministre de la Justice, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement des services placés sous son autorité⁴⁹⁸ » ; « il appartient toutefois au ministre de l'Intérieur, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement des services placés sous son autorité⁴⁹⁹ ». Certes, il faut convenir qu'une telle expression peut également être interprétée comme une

494. Les articles L. 3221-3, alinéa 3 et L. 4231-3, alinéa 3 du Code général des collectivités territoriales précisent en effet que chacun d'eux est « chef des services » du département ou de la région qu'il préside.

495. Disposition qui se retrouve également dans le cas des présidents de conseils généraux et régionaux, à l'alinéa 1 des articles précédemment cités.

496. C. WIENER estime ainsi que « les arrêts relatifs aux pouvoirs des ministres ne font même plus allusion à leur qualité de chefs de service : il y est directement question du « pouvoir réglementaire dont ils disposent pour l'organisation ou le fonctionnement du service placé sous leur autorité » ». (*Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres, op. cit.*, p. 249. Nous renvoyons à cet ouvrage pour les arrêts auxquels l'auteur fait référence.) Cela mérite d'être nuancé : comme nous l'écrivons, cette référence, si elle n'est plus systématiquement affirmée, reste néanmoins présente dans de nombreux arrêts, y compris récents. Voir CE, 19 juillet 2010, *Fristot et Mme Charpy*, préc., ou encore CE, 30 décembre 2002, *Ajolet et Syndicat Lutte pénitentiaire*, *Rec.*, tables, p. 585.

497. CE, 16 octobre 1987, *M. Guy X.*, inédit, req. n° 09837.

498. CE, 31 janvier 1996, *Union des personnels de surveillance d'encadrement pénitentiaires et postulants*, inédit, req. n° 145548.

499. CE, 13 février 2002, *Syndicat national Force ouvrière des personnels de préfecture*, *Rec.*, p. 37. L'absence de référence à la qualité même de chef de service est également présente dans certains arrêts relatifs à la réglementation du droit de grève au sein de la Régie autonome des transports parisiens. CE, 11 juin 2010, *Syndicat SUD RATP* : « en l'état de la législation, il appartient ainsi aux organes chargés de la direction d'un établissement public, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité, de déterminer les limitations qui doivent être apportées à l'exercice du droit de grève dans l'établissement en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public » (*Rec.*, tables, p. 606 ; *AJDA*, 2010, rapport F. LENICA ; *RJEP*, n° 681, décembre 2010, p. 23, concl. ; *Droit social*, n° 11, novembre 2010, p. 1099, note F. DUQUESNE).

limitation de la compétence du ministre. Il nous semble néanmoins pouvoir dire qu'il est chef de service en vertu du texte précisant ses attributions, qui lui confère l'autorité évoquée.

Les décrets d'attribution des ministres sous la V^e République, qui listent l'ensemble des administrations sur lesquelles chaque ministre « a autorité⁵⁰⁰ », nous semble assez bien illustrer cela. Dans l'espèce de l'arrêt *Jamart*, le ministre des Pensions tenait son autorité du décret du 27 janvier 1920⁵⁰¹ qui disposait : « Sont rattachés au ministère des Pensions, des Primes et Allocations de guerre : [...] le service général des pensions » ainsi que « le service des expertises médicales et les services connexes (commissions consultatives médicales, centres spéciaux de réforme ; commissions de réforme en ce qui concerne les réformes et les indemnisations). »

Par ailleurs : « Les ministres de la Guerre, de la Marine et de l'Intérieur mettent à la disposition du ministre des Pensions le personnel militaire ainsi que le personnel civil du cadre permanent de leurs administrations centrales actuellement affectés aux services énumérés [par le décret]. » Si la formulation est moins nette que dans les décrets précédemment évoqués, le terme même d'autorité est employé à l'égard d'un service du bureau des archives administratives du service général des pensions, qui reste rattaché au ministère de la Guerre. Le service de liquidation des états civils des morts et disparus, dépendant de ce bureau, « continuera à fonctionner sous la haute autorité du ministre des Pensions ». Si un service rattaché à un bureau ne dépendant pas de son ministère fonctionne sous l'autorité de ce ministre, il semble aller de soi qu'*a fortiori* les services directement rattachés à lui sont également soumis à son autorité.

Certes, il reste possible d'objecter que ce texte n'est pas visé par le Conseil d'État⁵⁰². En dépit de cette absence, il nous semble permis de considérer que le ministre tire toujours son autorité d'un texte. En outre, une telle conception du

500. Pour un exemple récent, nous renvoyons aux décrets d'attribution du premier gouvernement Ayrault de mai 2012. L'article 2 du décret 2012-767 relatif aux attributions du ministre de l'Éducation nationale dispose ainsi : « Pour l'exercice de ses attributions, le ministre de l'Éducation nationale a autorité sur la direction générale de l'enseignement scolaire, sur l'inspection générale de l'éducation nationale et sur le bureau du cabinet. / Il a autorité, conjointement avec le ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, sur le secrétariat général mentionné à l'article 1^{er} du décret du 17 mai 2006 susvisé, sur l'inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche ainsi que sur le médiateur de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur, sur le haut fonctionnaire de défense et de sécurité et sur la mission ministérielle d'audit interne. »

501. Décret n° 15869 portant fixation des attributions du ministre des Pensions, des Primes et des Allocations de guerre.

502. Cependant, cette objection nous semble pouvoir être écartée : le Conseil d'État ne vise pas nécessairement les décrets de nomination et d'attribution à chaque fois qu'il a à se prononcer sur les actes pris par un ministre.

pouvoir réglementaire des ministres et, plus largement, du chef de service, nous semble avoir valeur d'explication de certaines solutions jurisprudentielles, telle celle de l'arrêt du 10 avril 1959, *Syndicat national des speakers de la RTF*⁵⁰³ : « si l'administrateur général a sous ses ordres tout le personnel [...] dont il assure le recrutement, l'avancement, les mutations, les révocations et la discipline [...], cette disposition a eu pour seul effet de lui donner le pouvoir de gérer par voie de décisions individuelles, le personnel placé sous son autorité, et ne saurait avoir pour effet de lui conférer un pouvoir réglementaire qui, sur tous les points où l'ordonnance du 25 juin 1945 n'exigeait pas l'intervention d'un décret, n'appartenait qu'au ministre sous l'autorité duquel le service de la Radiodiffusion et Télévision française était placé ».

Cet arrêt a parfois été considéré comme refusant une extension de la qualité de chef de service à certaines autorités. Ainsi, J.-C. DOUENCE relève que « la jurisprudence hésite à élargir la notion de chef de service, et ses décisions paraissent parfois contradictoires. Elle semble considérer que seuls les ministres détiennent la plénitude des compétences⁵⁰⁴ » ; C. WIENER y voit là une protection « contre les atteintes qui pourraient [...] être apportées » aux pouvoirs des ministres⁵⁰⁵ et estime que « le Conseil d'État se refuse, contrairement parfois à la lettre des textes, à l'accorder aux administrateurs généraux situés à un échelon moins élevé de la hiérarchie⁵⁰⁶ ». Admettre que la qualité de chef de service est étroitement liée à la reconnaissance textuelle d'une autorité sur le service plutôt que de considérer cette solution d'un point de vue strictement institutionnel permet d'éclairer cette solution et par conséquent de relativiser les contradictions apparentes. En effet, si les pouvoirs les plus larges sont accordés au directeur général à l'égard du personnel, son autorité reste limitée par celle du ministre lui-même. Le Conseil d'État privilégie ainsi le détenteur de l'autorité à une nécessité institutionnelle, quand bien même cette dernière serait, d'une certaine manière, corroborée par les pouvoirs accordés⁵⁰⁷. Il faut toutefois souligner que cette jurisprudence a été atténuée. Dès lors qu'une autorité sur

503. *Rec.*, p. 231.

504. *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration, op. cit.*, p. 376.

505. *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres, op. cit.*, p. 233.

506. *Id.*, p. 249.

507. C'est selon nous ce qui explique également la solution d'un arrêt de section du 13 juillet 1968 (*Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF, Rec.*, p. 436-III). Le Conseil d'État rejette un recours dirigé contre un arrêté du secrétaire d'État à l'Information réglementant le droit de grève à l'ORTF, alors même que cet établissement est, depuis une loi de 1959, un établissement public industriel et commercial. Le secrétaire d'État ne pouvait donc plus être qualifié de chef de service de cet établissement. Cependant, le juge relève que cette loi prévoyait que l'autorité de tutelle restait compétente pour « veiller à « l'observation des obligations générales découlant du caractère de service public de l'office » », justifiant alors l'intervention du secrétaire d'État.

le personnel est confiée expressément par un texte, le juge administratif accorde la possibilité d'édicter les mesures nécessaires au service⁵⁰⁸.

Enfin, le cas des établissements sous tutelle illustre également l'importance de l'autorité dans la reconnaissance de ce pouvoir réglementaire. Un arrêt du 14 octobre 1977, *Syndicat général CGT du personnel des affaires sociales et Union syndicale CFDT des affaires sociales*⁵⁰⁹, précise ainsi que « dans le cadre de leurs prérogatives gouvernementales, le ministre du Travail et le ministre de la Santé ont pu légalement préciser les dispositions permanentes à prendre en cas de grève dans les services relevant de leur autorité ». Le Conseil d'État limite néanmoins un tel pouvoir à ces seuls services. En effet, les ministres ayant « cependant entendu préciser les modalités d'exercice du droit de grève dans tous les établissements publics relevant de leurs départements, [...] ils ont ainsi exercé, à l'égard des établissements publics qui ne sont pas placés sous leur autorité mais seulement sous leur tutelle des compétences qui n'appartiennent qu'aux organes dirigeants de ces établissements⁵¹⁰. »

Nous en arrivons ainsi à considérer que l'expression utilisée par le juge, « services placés sous son autorité », est à la fois une limite apportée à l'exercice du pouvoir, mais aussi, et de manière prééminente, le fondement même de la qualité de chef du service. Cette conception est d'ailleurs corroborée par un arrêt du 29 juillet 1998⁵¹¹ dans lequel le Conseil d'État relie directement le pouvoir de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement du service au décret énonçant les attributions du ministre⁵¹².

Cela permet selon nous de considérer que le pouvoir réglementaire reconnu aux ministres est bien, de ce point de vue, un pouvoir implicite : le décret fixant les attributions d'un ministère dispose que le ministre concerné a autorité sur un certain nombre d'administrations. À cette autorité est associée la qualité de chef de service et, sans doute plus que cette qualité, la mission de veiller au bon fonctionnement des

508. À cet égard, la cour administrative d'appel de Nantes reconnaît un tel pouvoir aux directeurs d'école, après avoir rappelé que ceux-ci se sont vu confier par un décret du 30 août 1985 l'« autorité sur l'ensemble des personnels affectés ou mis à disposition de l'établissement ». (CAA Nantes, *Ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, 30 décembre 1998, req. n° 96NT00126, *Rec.*, tables, p. 674.)

509. *Rec.*, p. 383.

510. Sur ce point, il convient de noter que les décrets précisant les attributions des ministres distinguent entre les administrations placées sous l'autorité du ministre et les établissements publics sur lesquels il exerce une tutelle.

511. CE, 29 juillet 1998, *Syndicat interprofessionnel des fabricants et distributeurs de produits et animaux familiers, dit « Les professionnels de l'animal familier » (PRODAF)*, inédit, req. n° 173905.

512. « Aux termes du décret susvisé du 16 avril 1992 relatif aux attributions du ministre de l'Environnement, celui-ci dispose en tant que de besoin des services départementaux et régionaux du ministère de l'Agriculture et de la Forêt ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutiennent les requérants, le ministre était compétent pour prévoir que l'instruction des demandes de certificat de capacité serait effectuée par les services vétérinaires départementaux. »

administrations concernées. Enfin, le juge utilise les pouvoirs implicites pour reconnaître au ministre le pouvoir de prendre l'ensemble des mesures nécessaires à l'accomplissement de cette mission.

b) Un pouvoir justifié par sa nécessité pratique

Cette nécessité mérite quelques développements. Selon G. TUSSEAU, la thèse institutionnaliste met en œuvre une nécessité aléthique⁵¹³. Plus que les faits, plus qu'une nécessité pratique, ce serait la logique même qui conduirait à la reconnaissance d'un tel pouvoir : « l'institutionnalisme est en mesure de justifier à lui seul la création *ex nihilo* d'une nouvelle habilitation. La force commune de [cette argumentation] consiste à répondre à la contrainte justificative en présentant une norme d'habilitation comme la résultante logique ou naturelle d'une situation donnée. L'extension ou l'existence d'une habilitation sont justifiées par le fait qu'il ne peut pas en être autrement⁵¹⁴ ».

Une telle nécessité, ainsi que nous avons pu le souligner, est puissante, et ne peut être que difficilement méconnue. Or, dès lors qu'un texte ôte au ministre une partie de son pouvoir, le juge s'incline. La nécessité qui gouverne la reconnaissance du pouvoir réglementaire des ministres ne peut donc être purement logique.

Si l'institutionnalisme échoue à justifier pleinement la jurisprudence, à tel point que, lorsque le juge s'en écarte, le caractère contradictoire d'une telle décision est mis en avant et dénoncé, l'argumentation utilisée reste pleinement pertinente pour justifier la nécessité pratique d'un tel pouvoir.

Les pouvoirs implicites mettent en œuvre deux « nécessités ». La première, que nous avons déjà pu qualifier de logique, intervient comme postulat lors de l'interprétation du texte : son auteur a nécessairement voulu que celui-ci soit pleinement efficace. Cette efficacité, lors de la reconnaissance de pouvoirs implicites, amène à admettre qu'ont été accordés les pouvoirs permettant que la mission confiée à une autorité puisse être menée à bien. Cette nécessité n'intervient cependant qu'en l'absence de dispositions contraires, laissant place à une interprétation constructive. Ce n'est qu'au cas où une nécessité pratique impérieuse peut être constatée en raison

513. « La thèse institutionnaliste fournit l'illustration paroxystique des argumentations qui reposent sur une relation de nécessité aléthique. » (G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, op. cit., p. 583.)

514. *Ibid.*

de circonstances particulières, que le juge pourrait estimer qu'une telle disposition peut laisser place à l'existence de pouvoirs impliqués.

Pour peu que le pouvoir ou la compétence en cause n'aient été ni écartés, ni expressément accordés à une autre autorité, le juge pourra étudier la nécessité de ceux-ci au regard de la mission confiée. Cela permet selon nous d'expliquer que la qualité de chef de service et, surtout, le pouvoir réglementaire qui y est associé, aient été entendus de manière restrictive. Dès lors que le ministre est lui-même compétent, les mesures nécessaires à l'organisation du service peuvent être édictées. Le pouvoir qui pourrait être confié à un chef de service situé à un échelon inférieur n'est alors plus nécessaire⁵¹⁵. Une telle superposition des pouvoirs entraînerait en effet un risque de contradictions entre les mesures prises par le ministre et celles édictées par les chefs de service subordonnés, voire pour le ministre une dépossession de son pouvoir.

Le chef de service ne tire son pouvoir que du texte qui l'institue, et non d'une nécessité pratique incontournable. Par conséquent, il ne peut exercer ce pouvoir que dans le respect des textes eux-mêmes. Autrement dit, le chef du service tire son pouvoir du texte et de ce qu'il implique et non d'une nécessité totalement étrangère aux textes, contrairement à ce que pourrait laisser penser une application stricte de la théorie de l'institution⁵¹⁶. Il ne dispose des pouvoirs nécessaires que parce que le texte qui l'institue implique qu'il se voie doté des pouvoirs nécessaires.

2° Les dispositions textuelles, limites du pouvoir implicite d'organisation du service

Le pouvoir implicite trouve son origine dans un texte, mais est aussi, par conséquent, limité par les textes. À l'inverse d'un pouvoir qui serait fondé uniquement sur une nécessité impérieuse et logique, le pouvoir réglementaire relatif au bon fonctionnement du service ne peut s'exercer que pour autant qu'un texte n'en

515. D'autant que ce pouvoir peut quoi qu'il en soit faire l'objet d'une délégation à un « chef de service » subordonné. À cet égard, le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement qui facilite une telle délégation dans les ministères semble faire écho à la théorie des pouvoirs implicites en consacrant une logique fonctionnelle (J. PETIT, « Le nouveau régime de la délégation de signature des membres du Gouvernement », *JCP, A*, n° 46, 14 novembre 2005, 1361, p. 1683). En effet, la délégation de signature n'est plus ici attribuée *intuitu personae*, mais eu égard à la fonction des bénéficiaires de cette délégation. L'objet même de la délégation semble porter en outre sur le pouvoir d'organisation du service, puisque ses bénéficiaires « peuvent signer, au nom du ministre ou du secrétaire d'État et par délégation, l'ensemble des actes, à l'exception des décrets, relatifs aux affaires des services placés sous leur autorité » (art. 1^{er}).

516. Il est ainsi possible de considérer que si les pouvoirs implicites sont reconnus en raison d'une nécessité institutionnelle, ils permettent également de « garantir la juridicité » du phénomène institutionnel (Cf. D. BOUJU, « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur », *RDJ*, 2005, p. 609).

a pas disposé autrement. La manière dont les considérants de certains arrêts du Conseil d'État sont formulés témoigne ainsi du fait que le juge soumet l'existence d'un pouvoir à l'absence de dispositions textuelles l'excluant, renforçant cette qualification du pouvoir du ministre.

Nous avons déjà eu l'occasion, au début de ce paragraphe, de citer l'un de ces arrêts⁵¹⁷, qui soumet l'exercice du pouvoir réglementaire à l'absence de dispositions législatives ou réglementaires. Alors que l'arrêt *Jamart* énonçait que le pouvoir s'exerçait même en l'absence de dispositions législatives, il peut ici être mis en œuvre uniquement en l'absence de ces dispositions. Ce point implique une modification du sens du considérant de 1936 qui, pour être sans doute relative, n'en est pas moins importante. En effet, le juge admet ici expressément que des dispositions contraires, attribuant ce pouvoir à une autre autorité ou prévoyant les conditions d'exercice de ce pouvoir, qu'elles soient législatives ou réglementaires, trouveront à s'appliquer.

Un arrêt du 6 décembre 2002⁵¹⁸ voit d'ailleurs se côtoyer les deux formules : « considérant que même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité ; qu'ainsi, le ministre de l'Agriculture, de la Pêche et de l'Alimentation était compétent, en l'absence de dispositions législatives et réglementaires applicables, pour fixer les règles relatives au versement des prestations d'action sociale à caractère facultatif, qui n'ont pas le caractère d'avantages statutaires, au personnel de son ministère ».

Cet arrêt nous semble devoir être interprété comme suit : les ministres disposent du pouvoir de prendre les mesures nécessaires aux services placés sous leur autorité, mais ce pouvoir lui-même n'est en réalité pas « nécessaire » aux ministres, puisqu'il ne s'exercera que si ces mesures n'ont pas déjà été édictées par une autre autorité. Autrement dit, il importe peu que les mesures d'organisation du service soient prises par le ministre lui-même ou par une autorité dont la compétence est établie par un décret ou une loi, ou que ces mesures résultent d'une loi ou d'un règlement. Plus encore, le ministre n'est par conséquent normalement compétent que dans le silence des textes.

517. CE, 13 février 2002, *Syndicat national Force ouvrière des personnels de préfecture*, préc.

518. CE, 6 décembre 2002, *Mollard*, *Rec.*, tables, p. 584.

Les textes vont également permettre d'encadrer la procédure d'édition des mesures d'organisation du service. Le Conseil d'État le rappelle dans un arrêt de section du 8 janvier 1982, *SARL « Chocolat de régime Dardenne »*⁵¹⁹ : « Considérant que la compétence des ministres, à qui il appartient, même en l'absence de texte, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement des administrations placées sous leur autorité, ainsi que la faculté qu'ont les autorités publiques de s'entourer, avant de prendre les décisions relevant de leur compétence, de tels avis qu'elles estiment utile de recueillir, ne peuvent légalement s'exercer, lorsqu'une disposition réglementaire fixe les conditions dans lesquelles il est pourvu à son application, que suivant les modalités prévues par cette disposition. »

Ainsi, le pouvoir réglementaire d'organisation du service est également un pouvoir d'application, soumis aux mêmes exigences procédurales⁵²⁰. Les ministres ne peuvent instituer une commission consultative chargée de donner un avis sur l'application de dispositions réglementaires alors que « les mesures de détail relatives à l'application [de ce] décret » devaient être fixées par les ministres « après avis du Conseil supérieur d'hygiène publique et de l'Académie nationale de médecine » sans avoir au préalable recueilli cet avis. Ainsi, le décret dans cette espèce fixait lui-même la procédure d'élaboration des « mesures nécessaires au bon fonctionnement du service ».

Il en va de même lorsqu'un décret prévoit que des mesures doivent être prises conjointement par deux ministres. Aucun d'entre eux ne peut alors adopter de telles mesures seul, quand bien même celles-ci seraient relatives à l'organisation du service sur lequel il a autorité. C'est ce qui ressort d'un arrêt du Conseil d'État en date du 15 mars 1967, *Syndicat chrétien de l'administration pénitentiaire (CFTC)*⁵²¹. Il s'agissait ici d'une note de service du sous-directeur du personnel et des affaires administratives de la direction de l'administration pénitentiaire du ministère de la Justice déterminant les catégories de personnels pouvant prétendre à la rémunération des heures supplémentaires, ainsi que les règles de calcul de l'indemnité⁵²².

Si les textes imposent un cadre à l'exercice du pouvoir réglementaire implicite reconnu aux détenteurs d'une autorité, cet encadrement reste néanmoins assez lâche.

519. Arrêt préc.

520. Cela renforce encore selon nous l'idée que le pouvoir réglementaire des ministres s'inscrit dans le cadre de dispositions textuelles.

521. *Rec.*, p. 365

522. *AJDA*, mai 1967, p. 301.

Certes, à partir du moment où les mesures nécessaires au bon fonctionnement du service ont été prises par une autre autorité, ce pouvoir ne peut plus être exercé. Il peut cependant en aller autrement lorsque cette compétence n'a pas été exercée, ou a été exercée *a minima*. En effet, l'absence de mesures rend nécessaire pratiquement l'édiction de celles-ci. Dans ce cas, le juge reconnaîtra la validité de ces mesures et refusera de les censurer.

Le juge s'appuiera alors explicitement sur la nécessité de l'édiction de ces mesures. À cet égard, la jurisprudence sur la réglementation du droit de grève est topique. En effet, si le juge administratif rappelle en premier lieu la compétence du législateur inscrite dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁵²³, il ajoute qu'en l'absence d'une législation « suffisante », le Gouvernement et, plus tard, les chefs de service⁵²⁴ « responsables du bon fonctionnement du service », sont compétents, « sous le contrôle du juge », pour prendre les mesures encadrant l'exercice de ce droit « en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ». Il y a là une réaffirmation de la nécessité des pouvoirs d'organisation du service : certes, une autre autorité est compétente, mais la nécessité d'encadrer le droit de grève surpasse en quelque sorte cette compétence et impose que des règles soient définies. Si le juge ne peut contraindre le législateur à agir⁵²⁵, il

523. « Considérant qu'en indiquant, dans le préambule de la Constitution, que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent », l'Assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève constitue l'une des modalités, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte » (CE, ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, RDP, 1950, p. 691, concl. GAZIER, note M. WALINE ; JCP, 1950, II, n° 5681, concl. ; *Revue administrative*, 1950, p. 366, concl. et note Liet-Veaux ; *Droit social*, 1950, p. 317, concl. ; S., 1950, III, p. 109, note J. D. V. ; D., 1950, p. 538, note Gervais ; GAJA, no 62, p. 398). Ce considérant reste quasiment inchangé sous l'empire de la V^e République, si l'on excepte la particularité liée au fait que le préambule de la Constitution de 1958 opère un renvoi au préambule de celle de 1946 : « Considérant qu'en indiquant, dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent », l'Assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève constitue une des modalités et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte » (Pour exemples : CE, sect., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, Rec., p. 90 ; CJEG, n° 534, juillet-août 1997, p. 264, concl. J.-D. COMBEXELLE et p. 274, note J.-P. PAPIN ; *Droit social*, n° 5, mai 1997, p. 534, obs. J.-E. RAY ; CE, 30 novembre 1998, *Mme Rosenblatt*, Rec., tables, p. 901).

524. Pour exemple : CE, 9 juillet 1965, *Pouzenc*, Rec., p. 421. Cet arrêt établit la compétence du maire, « responsable du fonctionnement des services communaux ». Sont également compétents : les directeurs d'établissements publics administratifs (directeur d'un centre hospitalier : CE, 30 novembre 1998, *Martine C.*, préc.) ou industriels et commerciaux (CE, ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, Rec., p. 484). Plus généralement, la formulation des arrêts permet d'affirmer que ce pouvoir est reconnu à tout chef de service dès lors qu'il est responsable du bon fonctionnement des services placés sous son autorité. Nous retrouvons donc ici les mêmes critères que pour établir la qualité de chef de service.

525. Sauf à considérer que la législation en vigueur constitue l'ensemble de la réglementation du droit de grève, et obliger par là le législateur à sortir de sa réserve. Il nous semble cependant qu'une telle solution, si elle est juridiquement irréprochable, n'est pas viable pratiquement. Le juge cherche avant tout, par cette décision, à éviter la paralysie administrative que pourrait entraîner un droit de grève à l'exercice totalement libre.

s'autorise cependant à prendre en compte cette nécessité. Ce pouvoir n'est sans doute pas réellement implicite, puisqu'il prend le contre-pied des dispositions du préambule. Néanmoins, le pouvoir ainsi reconnu l'est en premier lieu en raison de la carence du législateur. La dépossession du législateur reste ainsi relative, puisqu'elle nécessite que celui-ci n'ait pas exercé sa compétence. Le caractère supplétif des mesures prises atténue encore cette dépossession. En second lieu, le pouvoir est accordé pour permettre l'accomplissement de la volonté du constituant, telle qu'interprétée par le Conseil d'État. Ainsi, passée cette objection, nous estimons qu'il constitue un exemple du pouvoir réglementaire implicite reconnu au chef de service : le juge le confie au chef de service en raison de la mission qui découle de son autorité, la légalité de la mesure est justifiée par sa nécessité pratique et est limitée par cette même nécessité : seront ainsi censurées toutes les mesures qui dépassent ce qui était nécessaire⁵²⁶.

On pourrait arguer que l'arrêt *Dehaene* intervient dans un contexte bien particulier, et que les enjeux liés à la réglementation du droit de grève, et notamment la nécessité de veiller à la continuité du service public, commandaient l'adoption d'une telle décision. Pourtant, le Conseil d'État a été amené en d'autres occasions à méconnaître une attribution expresse de compétence. Dans un arrêt du 3 avril 1981, *Société Armand Pellerin et Cie*⁵²⁷, le juge reconnaît ainsi la possibilité pour un ministre de prendre des mesures d'application en vertu de la jurisprudence *Jamart*, alors même que la loi renvoie la détermination de ses conditions d'application à un décret pris en Conseil des ministres. Le juge n'entoure pas ici sa décision d'autant de précautions que dans l'arrêt *Dehaene* puisqu'il se contente de constater que le ministre de l'Économie a « énoncé des règles qui n'étaient pas prévues par ce décret, et qui étaient nécessaires à l'application des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ». La seule constatation de la nécessité des règles édictées suffit par conséquent à les justifier. Là encore, le juge insiste sur le « caractère supplétif⁵²⁸ » des règles, prenant soin de préciser que le décret ne doit pas lui-même y avoir pourvu⁵²⁹.

526. CE, 21 octobre 1970, *Syndicat général des fonctionnaires des impôts Force Ouvrière et Syndicat national des agents de direction de contrôle et de perception des douanes de France et d'outre-mer*, *Rec.*, p. 596. Le ministre des Finances et des Affaires économiques ne pouvait interdire de façon absolue et permanente l'exercice du droit de grève à tous les inspecteurs principaux des impôts, alors même que les textes « n'impliquent pas que les inspecteurs principaux des douanes doivent être regardés dans tous les cas, quelle que soit la nature des emplois qu'ils occupent, comme détenant des fonctions d'autorité ou ayant des responsabilités importantes ».

527. *Rec.*, tables, p. 564.

528. *GAJA*, p. 403.

529. Pour cette raison, il censurera en partie la circulaire du ministre de l'Économie du 14 février 1978 (*infra*, pp. 242-243)

Pourtant, mise à part la nécessité intrinsèque de ces règles, rien ne vient justifier l'habilitation du ministre.

II. L'autorité, fondement d'un pouvoir implicite étendu

L'autorité justifie la légalité d'un nombre important de mesures. Ceci s'explique, en premier lieu, par la reconnaissance d'un grand nombre d'autorités susceptibles d'être qualifiées de « chefs de service » (A). En second lieu, les mesures susceptibles d'être prises en vertu de ce pouvoir sont également très diverses (B).

A. La multiplicité des titulaires de pouvoirs liés à l'organisation du service

Le fondement du pouvoir réglementaire d'organisation du service est l'autorité confiée au chef de service, plus que la qualité de chef de service elle-même, ainsi que l'on a pu le déduire de l'arrêt du 10 avril 1959, *Syndicat national des speakers de la RTF*. Les textes énumèrent en effet un nombre important de « chefs de service » qui ne se voient pas reconnaître un tel pouvoir. Chaque administration comporte en son sein un grand nombre de chefs de service, chaque département ou presque possédant le sien. Pourtant, seul le ministre, en ce qu'il reste leur responsable hiérarchique, détient pleinement l'autorité.

Le ministre n'est toutefois pas le seul titulaire du pouvoir d'édicter les mesures nécessaires à l'organisation des services placés sous son autorité. Dès lors qu'un chef de service, qu'il soit ou non qualifié ainsi par les textes, se voit reconnaître une autorité, il bénéficie d'un tel pouvoir, soumis aux mêmes contraintes.

C'est le cas, en premier lieu, de l'exécutif des collectivités locales. Le maire a très tôt bénéficié d'un tel pouvoir, puisque l'arrêt *Pouzens* du 9 juillet 1965 qui consacre le pouvoir du maire « de prévoir [...] la nature et l'étendue des limites qui doivent être apportées au droit de grève » fonde celui-ci sur la responsabilité incombant au maire de veiller au bon fonctionnement des services communaux⁵³⁰. De

530. Il est également possible de constater que le Conseil d'État use très tôt de l'expression « chef de l'administration communale » pour qualifier le maire (CE, 1^{er} mai 1914, *Sieur Barthez, Rec.*, p. 520 ; CE, 9 mars 1923, *Dame veuve Devillers, Rec.*, p. 228) sans que des pouvoirs soient véritablement associés à cette qualité, le juge se contentant d'écarter la responsabilité de l'administration communale, le maire n'ayant pas agi en la qualité susdite.

même, le maire d'Hyères pouvait arrêter le règlement du bureau municipal d'hygiène de la commune et prévoir les heures où son directeur devait se tenir à la disposition du public et de l'administration. Ce faisant, il s'était « borné à prendre, en vertu de ses pouvoirs de chef des services municipaux, une mesure relative à l'organisation de l'un de ces services⁵³¹ ». Les présidents des conseils généraux et régionaux disposent également d'un tel pouvoir. Il convient cependant de préciser que ce pouvoir s'exerce sous réserve du respect des décisions prises par les conseils de ces collectivités locales. Le Conseil d'État précise ainsi que : « en l'absence de texte encadrant ou limitant cette compétence, il appartient au président du conseil général, agissant en tant que chef de service, de déterminer, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires applicables, notamment, le cas échéant, la délibération du conseil général fixant la durée du travail des agents du département, et en fonction des besoins du service public, les horaires de travail et obligations de service des personnes placées sous son autorité⁵³² ».

B. FAURE s'interroge à cet égard, sur la répartition des compétences entre l'exécutif et l'assemblée délibérante : « à quel instant [les] mesures doivent-elles cesser d'être prises par le chef de service et relever de la compétence de l'assemblée délibérante⁵³³ ? » La réponse apportée est nuancée : si la plupart des mesures pouvant être prises par le maire s'apparentent à de « simples mesures d'exécution⁵³⁴ », la jurisprudence lui reconnaît parfois la possibilité d'édicter des mesures au caractère réglementaire⁵³⁵, compétence étendue notamment en cas de circonstances particulières.

531. CE, 8 janvier 1969, *Guillaume, Rec.*, tables, p. 766.

532. CE, 2 octobre 2009, *Département de la Seine-Saint-Denis, Dalloz actualités*, 13 octobre 2009, note E. ROYER.

533. B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, op. cit.*, p. 101.

534. CE, 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise, Rec.*, p. 37 ; *AJDA*, 1985, p. 271, note J. MOREAU ; *RFDA*, 1985, p. 368, note J.-C. DOUENCE et p. 371, obs. L. FAVOREU. Le Conseil d'État annule l'exclusion d'une liste présentée à l'élection au CHSCT par le syndicat CFDT fondée sur le non-respect d'une décision du maire. Alors que le comité du syndicat avait fixé le nombre et le mode de désignation des représentants, le maire avait précisé dans la décision en cause que les listes présentées devaient indiquer les candidats titulaires et suppléants, et comporter autant de noms que de sièges à pourvoir. Le Code des communes précisait que si les syndicats de communes pouvait accorder une délégation au président du syndicat, celle-ci ne pouvait porter que sur des mesures d'exécution. La décision du maire dépassant ce cadre, elle est écartée par le juge. B. FAURE souligne que la « compétence [du président] aurait pu être élargie et admise sur la base de sa qualité de chef de service » (*op. cit.*, p. 103). Pour cet auteur, « la décision est d'autant plus rigoureuse qu'il s'agissait de mesures à la fois utiles et relativement anodines » (*ibid.*).

535. « La jurisprudence reconnaît, de longue date, l'aptitude, plus éminente, à prendre des mesures directement opposables aux usagers du service. On trouve, à cet endroit, la possibilité, pour le maire, d'arrêter les heures d'ouverture de la mairie et de régler le mode de communication des pièces administratives » (*ibid.*).

En second lieu, le juge accorde ce pouvoir aux organes dirigeants des établissements publics, dès lors que ceux-ci disposent d'une autorité sur le service. Ainsi, les organes dirigeants des établissements publics nationaux bénéficient de ce pouvoir, la tutelle privant le ministre d'un pouvoir d'organisation⁵³⁶. Il appartient donc au directeur de l'ENA⁵³⁷, « en l'absence de disposition réglementaire définissant la résidence administrative des élèves de l'École nationale d'administration (ENA), [...], en sa qualité de chef de service, de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, la résidence administrative des élèves de l'ENA ». Ce pouvoir est également reconnu aux chefs de service des établissements publics locaux, tels le directeur des services départementaux d'incendie et de secours⁵³⁸. Les directeurs des services de l'État sont également compétents pour prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement des services placés sous leur autorité⁵³⁹.

La solution de l'arrêt *Jamart* est également appliquée alors même qu'un texte aurait pu être invoqué pour fonder un tel pouvoir, et sans non plus que l'autorité en cause soit expressément qualifiée de « chef de service ». Les arrêts relatifs à l'instauration du service minimum au sein de la Régie autonome des transports parisiens en apportent plusieurs fois l'illustration. L'article 8 du décret du 23 septembre 1959 portant statut de cette régie⁵⁴⁰ dispose, dans sa rédaction issue d'un décret du 20 juin 1989⁵⁴¹ : le président-directeur général « a tous les pouvoirs nécessaires pour assurer la bonne marche de l'établissement public et faire respecter les objectifs assignés à celui-ci ». Une telle rédaction laisse en elle-même une marge de manœuvre importante au président-directeur général, et justifie la réglementation du droit de grève, destinée à garantir la continuité du service. Pourtant, le Conseil d'État n'évoque pas ce texte, préférant utiliser une formulation très proche de celle des arrêts *Jamart* et *Dehaene*⁵⁴².

L'extension de la jurisprudence *Jamart* à un jury d'examen a également été envisagée. Ainsi, le commissaire du gouvernement MOSSET a estimé que « le jury

536. Le Conseil d'État a ainsi pu affirmer, dans un arrêt du 1^{er} décembre 2004, qu'« il n'appartient pas [aux ministres] de préciser les modalités d'exercice du droit de grève dans les établissements publics placés sous leur tutelle » (CE, 1^{er} décembre 2004, *Onesto*, *Rec.*, p. 446).

537. CE, 16 janvier 2008, *École nationale d'administration*, inédit, req. n° 296966.

538. CAA Douai, 15 décembre 2011, *M. Mouloud A*, inédit, req. n° 11DA00236. Il s'agissait ici d'une note de service prescrivant à l'ensemble des agents d'avertir leur supérieur hiérarchique le jour de leur absence pour maladie.

539. CE, 13 novembre 1992, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile*, *Rec.*, tables, p. 966 ; *AJDA*, 1993, p. 221, obs. B. MATHIEU.

540. Décret n° 59-1091 du 23 septembre 1959 portant statut de la Régie autonome des transports parisiens.

541. Décret n° 89-410 du 20 juin 1989 relatif à l'organisation de la Régie autonome des transports parisiens.

542. Voir notes

d'un concours, qui est une autorité administrative [...] investie de la mission[...] dans la plupart des cas [...] d'organiser matériellement et de diriger le déroulement des épreuves, doit disposer des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de sa mission⁵⁴³ ». Si la plupart des règles adoptées par le jury doivent être considérées comme des mesures d'ordre intérieur, le commissaire du gouvernement considère que celui-ci peut être amené à prendre des actes à caractère réglementaire⁵⁴⁴. Au-delà de la question de la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire aux jurys d'examen ou de concours, les conclusions sont particulièrement intéressantes en ce que, loin de considérer la solution de l'arrêt *Jamart* comme une spécificité du chef de service, MOSSET y voit l'application d'un principe « selon lequel toute autorité administrative dispose, même sans texte, des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de sa mission⁵⁴⁵ ».

B. La multiplicité des pouvoirs attachés à la direction d'un service

Les pouvoirs d'organisation du chef de service ont fait l'objet d'études approfondies⁵⁴⁶. Aussi, nous ne prétendons pas ici à un recensement exhaustif de l'ensemble des mesures pouvant être édictées par le chef de service en vertu de son pouvoir d'organisation. Les pouvoirs reconnus au chef de service sont classiquement répartis en trois catégories : les mesures relatives au personnel (**a**), à la réglementation du service (**b**) et enfin, et de manière incidente, les mesures prises ayant des répercussions sur les usagers du service (**c**).

a) Les mesures relatives au personnel

Le chef de service peut tout d'abord établir des règles relatives au personnel lui-même. Il est ainsi compétent pour choisir les agents du service et en organiser le recrutement : le ministre est l'autorité qui ouvre un recrutement par concours par voie d'arrêté ministériel, en déterminant le jury, le nombre de postes disponibles, ainsi que

543. Concl. sur CE, 20 mai 1955, *Sieur Poirier, D.*, 1955, p. 458.

544. Il évoque ici notamment l'ajout d'une épreuve supplémentaire. Le Conseil d'État ne sera cependant pas amené à se prononcer sur la question en l'espèce : celui-ci, à l'instar du commissaire du gouvernement, considérera que la mesure en cause (à savoir la fixation des modalités de correction des épreuves) est une mesure d'ordre intérieur.

545. *Ibid.*

546. Notamment : M. DOUENCE, *Le pouvoir d'organisation du service*, thèse de droit public, Pau : université de Pau et des pays de l'Adour, 2003 ; J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, op. cit., pp. 365-392 ; C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, op. cit., pp. 229-282.

les épreuves⁵⁴⁷. De même, lorsque le ministre aura à choisir parmi une liste de noms, il lui sera loisible de demander à l'autorité chargée d'établir la liste d'en dresser une nouvelle⁵⁴⁸. En cas de poste vacant, l'administration est libre de déterminer les modalités selon lesquelles seront pourvus ces postes⁵⁴⁹. Le ministre peut aussi déterminer les conditions d'affectation, de formation⁵⁵⁰, ainsi que les avantages non statutaires liés à la fonction. Il lui est également loisible d'en modifier les effectifs⁵⁵¹, même si cela implique une modification ou une dérogation à la réglementation qu'il a lui-même antérieurement mise en place. Enfin, le chef de service peut également énoncer les obligations liées à la fonction : il suffit de songer ici à la réglementation du droit de grève, et notamment à la détermination des agents ne pouvant exercer ce droit⁵⁵².

Le pouvoir du ministre est non seulement limité par les restrictions tenant à l'existence de décrets ou de lois, toujours plus nombreux, intervenant dans ces matières, mais également par l'interdiction de prendre des mesures statutaires, le Conseil d'État refusant en effet de reconnaître la légalité de mesures présentant ce caractère.

b) Les mesures relatives à l'organisation du service

Le chef de service est également compétent pour organiser le service sur lequel il a autorité. Il peut ainsi créer une commission chargée de l'éclairer avant la prise d'une décision. Un contentieux a ainsi eu trait à la création de la commission

547. Pour exemple : arrêté du 6 septembre 2011 fixant le nombre d'emplois offerts pour le premier concours national d'agrégation pour le recrutement de professeurs des universités dans les disciplines juridiques, politiques, économiques et de gestion pour l'année 2011.

548. CE, sect., 10 mars 1950, *Dauvillier, Rec.*, p. 157.

549. « Sauf texte contraire en disposant autrement pour certains corps, l'administration peut pourvoir un poste vacant selon la voie – concours, mutation, détachement, affectation après réintégration – qu'elle détermine » (CE, sect., 23 novembre 2005, *Mme Baux, Rec.*, p. 519).

550. CE, 29 novembre 2002, *Conseil national des groupes académiques de l'enseignement public*, inédit, req. n° 248192 : il s'agissait ici d'une circulaire fixant les « conditions dans lesquelles les personnels enseignants et non-enseignants pourront être affectés dans les écoles, collèges et lycées « langues régionales », et bénéficiers de formations adaptées ».

551. CE, 24 octobre 1962, *Siadous, AJDA*, janvier 1963, pp. 37-38.

552. CE, 15 mai 2006, *Fédération CFDT des finances et des affaires économiques*, inédit, req. n° 270171 : « Considérant, en premier lieu, que, dans le cadre des prérogatives qui appartiennent en la matière au Gouvernement, sous le contrôle de l'excès de pouvoir, le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et le ministre délégué au Budget et à la Réforme budgétaire et, par délégation, le directeur général des douanes et des droits indirects ont pu légalement prendre des mesures interdisant par avance l'exercice du droit de grève aux chefs de services interrégionaux, directeurs interrégionaux et régionaux et directeurs régionaux adjoints des douanes, ces fonctionnaires de direction étant investis d'une responsabilité particulière qui doit, compte tenu des exigences ci-dessus rappelées, être assumée sans discontinuité ; qu'il en va de même, à raison de leurs missions, des directeurs adjoints et inspecteurs principaux chargés des fonctions d'adjoint au directeur ou exerçant des fonctions de chef divisionnaire contrôlant l'activité des agents relevant de la branche de surveillance. »

interministérielle relative aux dégâts non assurables causés par les catastrophes naturelles. L'article L. 125-1 (loi du 16 juillet 1992) du Code de l'assurance prévoit que l'état de catastrophe naturelle est constaté par arrêté interministériel. La commune de Rixheim, après avoir subi de violents orages, introduit une demande auprès du ministre de l'Intérieur afin que soient constatées les conséquences d'une telle catastrophe. Le ministre rejette cette demande, en se référant notamment à un avis délivré par la commission interministérielle relative aux dégâts non assurables causés par les catastrophes naturelles instituée par une circulaire du 27 mars 1984. La commune, à l'appui de sa requête dirigée contre le refus de sa demande, invoque alors, entre autres arguments, l'illégalité de cette création. Le Conseil d'État rejette cette requête : « les ministres, à qui il incombe de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement des administrations placées sous leur autorité, ont la faculté, même en l'absence de disposition le prévoyant expressément, de s'entourer avant de prendre les décisions relevant de leur compétence, des avis qu'ils estiment utiles de recueillir⁵⁵³ ».

L'autorité ne peut cependant se lier elle-même. Ainsi, dans un arrêt du 23 mai 1969, *Société Distillerie Brabant et Cie*, le Conseil d'État considère que le ministre, dans le cadre de son pouvoir d'organisation du service, ne peut édicter des règles générales relatives à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. M. FROMONT⁵⁵⁴ regrette cette décision et estime au contraire qu'« il est nécessaire d'aller aujourd'hui plus loin et de reconnaître désormais un pouvoir réglementaire aux ministres : [...] le juge doit maintenant reconnaître au ministre le pouvoir d'édicter les règles nécessaires à l'exécution des lois entrant dans son domaine de compétences⁵⁵⁵ ».

553. CE, 29 avril 2002, *Commune de Rixheim*, inédit, req. n° 225227. Voir également : CE, 22 octobre 2003, *Commune d'Estillac*, inédit, req. n° 242449. Dans un arrêt du 9 juin 2004, *Syndicat national Force Ouvrière des personnels de préfecture*, le Conseil d'État affirme encore la possibilité pour le ministre de s'entourer des avis qu'il estime utiles ; le juge précise par ailleurs que le ministre en fixe les règles de fonctionnement et les attributions (préc.).

554. *D.*, 1970, pp. 762-764.

555. Note préc., p. 764.

c) Les mesures ayant des répercussions sur les usagers du service

Le ministre peut définir les pièces nécessaires à la présentation ou à la constitution d'un dossier. Cette possibilité est notamment évoquée dans un arrêt du 3 avril 1981, *Société Armand Pellerin et Cie*⁵⁵⁶. Dans cette espèce, le Conseil d'État reconnaît au ministre de l'Économie et des Finances la compétence, dans le cadre de ses pouvoirs reconnus en tant que chef de service, pour déterminer les règles relatives aux dossiers de notification d'une concentration. Il pouvait donc exiger des bilans consolidés, ainsi que prévoir le modèle de présentation des bilans. La détermination de ces règles reste néanmoins limitée aux exigences nécessaires pour l'exécution de la loi et du décret relatifs aux opérations de concentration. Il ne pouvait donc exiger des pièces supplémentaires non prévues par le décret, pas plus qu'étendre les règles relatives aux opérations de concentration aux groupements de fait.

Cette possibilité est également reconnue dans un arrêt *M. X.* du 16 octobre 1987⁵⁵⁷. Trois décrets en date du 28 décembre 1976, relatifs à l'organisation de la formation dans les écoles primaires, collèges et lycées prévoient l'existence d'un dossier scolaire, sans définir le contenu de celui-ci : les décrets se contentent d'évoquer certains éléments devant y figurer⁵⁵⁸. Le Conseil d'État admet que le ministre de l'Éducation nationale pouvait non seulement préciser les éléments inscrits au dossier scolaire, mais également l'usage qui serait fait de celui-ci, en vue de répondre aux objectifs attachés à l'enseignement, tels qu'énoncés dans une loi du 11 juillet 1975⁵⁵⁹.

556. Arrêt préc.

557. Inédit, req. n° 09837.

558. Le bilan des résultats de la formation primaire et les synthèses périodiques réalisées par les équipes éducatives (articles 16 et 21 du décret 76-301), la synthèse trimestrielle réalisée par les professeurs du collège à partir des observations de la communauté éducative, éclairée par les renseignements fournis par les parents (art. 16 du décret 76-303), la synthèse trimestrielle réalisée par les professeurs du lycée à partir de leurs observations, éventuellement complétée par les informations fournies par l'équipe éducative (art. 10 du décret 76-304).

559. « prévenir les difficultés scolaires, [...] dépister les handicaps et [...] compenser les inégalités » (art. 2 de la loi n° 75-620 du 11 juillet 1975 relative à l'enseignement). La loi évoque pour ce faire une « observation continue des élèves » (art. 9). Le Conseil d'État justifie les mesures contenues dans la circulaire du ministre de l'Éducation nationale en considérant que ce dernier « n'a fait qu'user de sa compétence en mettant à la disposition de tous ceux qui apportent leur concours à l'œuvre éducative un instrument propre à donner aux principes ci-dessus définis leur plein effet ». Il faut ici relever que le Conseil d'État étend les objectifs assignés à la formation au sein des classes enfantines et aux écoles maternelles à celle délivrée dans l'ensemble des établissements d'enseignement. Il justifie par là même la consignation de certains renseignements, notamment médicaux, dans le dossier scolaire.

La qualité de chef de service entraîne la reconnaissance du pouvoir de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de ce service. Cette qualité se fonde cependant elle-même sur un texte, qui reconnaît l'autorité exercée sur un ou plusieurs services. Ce rattachement du pouvoir au texte, bien qu'indirect, entraîne un certain nombre de conséquences qui tiennent à ce que le pouvoir ayant pour fondement un texte, il y reste soumis. La nécessité n'est alors pas rattachée qu'à la qualité, mais aussi, indirectement, au texte qui la reconnaît. Ce pouvoir ne peut dès lors s'exprimer que pour compléter les dispositions existantes, et ne peut méconnaître ces mêmes dispositions.

Le pouvoir de police générale du chef de l'exécutif est également un pouvoir reconnu pour permettre l'accomplissement d'une mission attachée à cette qualité. L'impossibilité de lier celui-ci à un texte impose néanmoins de nuancer une qualification de pouvoirs implicites.

Section 2. La reconnaissance du pouvoir de police générale au profit du chef de l'exécutif

Deux autorités locales sont titulaires d'un pouvoir⁵⁶⁰ de police générale en vertu de dispositions législatives : le maire et le préfet. Ce pouvoir est cependant limité, pour le premier à la commune, pour le second au département. Rien n'est dit, ni dans la Constitution, ni dans les lois, sur un éventuel pouvoir de police confié à une autorité nationale.

La question de la reconnaissance d'un pouvoir de police générale à l'échelle nationale est soulevée dans le célèbre arrêt *Labonne* rendu le 8 août 1919⁵⁶¹. Les faits sont simples : le requérant s'est vu retirer son certificat de capacité à la conduite automobile par un arrêté préfectoral en date du 4 décembre 1913. Ce dernier conteste ce retrait, excipant de l'illégalité du décret du 8 mars 1899, qui avait institué ce certificat. Le Conseil d'État doit par conséquent se prononcer sur la compétence du

560. Il semble en réalité que la question porte plus sur la compétence du pouvoir réglementaire pour édicter des mesures de police que sur un réel pouvoir. Les mesures de police apparaissent comme étant des mesures réglementaires, dont les spécificités résident dans les restrictions aux libertés qu'elles apportent plus que dans leurs modalités d'édition ou leur portée. Il nous a semblé néanmoins préférable, pour des raisons de légèreté, d'utiliser l'expression « pouvoir de police » au lieu de « compétence pour édicter des mesures réglementaires en matière de police ».

561. *Rec.*, p. 737 ; *GAJA*, n° 35, p. 215.

président de la République pour édicter des dispositions soumettant l'exercice de la conduite automobile à la possession d'un titre. Le Conseil d'État va rejeter ce recours et apporter à cette question une réponse sans ambiguïté, « il appartient au chef de l'État, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire ». Si le juge reconnaît au président de la République un pouvoir de police générale, il reste évasif sur le fondement de celui-ci : ce pouvoir est dit propre au chef de l'État. La doctrine admet que ce pouvoir est impliqué par sa nécessité (I), mais a pu être partagée sur un éventuel fondement textuel (II).

I. Une compétence impliquée par sa nécessité

Le considérant de l'arrêt *Labonne* est silencieux sur les raisons qui amènent le juge administratif à admettre l'existence de ce pouvoir et la nécessité, à l'inverse d'autres pouvoirs implicites, n'est pas expressément invoquée. Il convient cependant de noter que celle-ci est présente dans les arrêts ultérieurs. Un arrêt du 19 mars 2007⁵⁶² vient ainsi rappeler qu'« il appartient [...] au Premier ministre [...] de prendre les mesures de police applicables à l'ensemble du territoire et justifiées par les nécessités de l'ordre public ». Les mesures prises étant par définition nécessaires, cela pourrait en effet participer à fonder l'exercice d'un pouvoir de police générale. Toutefois, la nécessité des mesures n'est pas propre au pouvoir du Premier ministre. Le maire et le préfet, dans l'exercice de ce pouvoir, sont eux aussi limités : les mesures de police doivent toujours être nécessaires et proportionnées au trouble, quel qu'en soit l'auteur. Ce seul point ne nous permet donc pas de fonder l'attribution de ce pouvoir de police, puisque la nécessité peut être employée pour limiter la portée des mesures prises, plus que pour fonder le pouvoir lui-même⁵⁶³, à l'instar de ce qui est mis en œuvre pour les pouvoirs du maire et du préfet⁵⁶⁴. La nécessité étant une

562. CE, 19 mars 2007, *Madame Le Gac et autres.*, *Rec.*, p. 123.

563. Certes, dans le cas des pouvoirs liés à l'autorité du chef de service, la formule employée est proche puisque ce dernier est compétent pour prendre les mesures nécessaires. Nous l'avons pourtant considérée comme étant une indication du fondement du pouvoir. En effet, dans ce cas, le juge détermine si les mesures étaient nécessaires à l'organisation du service. À l'inverse, dans le cas du pouvoir de police, le juge vérifie non pas si prendre une mesure était nécessaire, mais si l'atteinte apportée aux libertés était nécessaire pour préserver l'ordre public. Dans le premier cas, la nécessité fonde bien l'existence du pouvoir, dans le second, elle sert à en réglementer l'exercice.

564. Concernant « la subordination de la légalité des mesures de police à leur nécessité », R. CHAPUS estime qu'« il y a là une exigence spécifique du régime des mesures de police administrative et qui est directement liée au fait que ces mesures limitent les libertés publiques » (*Droit administratif*

condition *sine qua non* de légalité des mesures édictées, celles-ci sont par conséquent inévitablement nécessaires⁵⁶⁵, sans que l'on puisse savoir de manière indéniable si cette nécessité fonde le pouvoir d'édicter des mesures de police. Plus simplement, la question reste ouverte de savoir si la nécessité fonde le pouvoir ou si la nécessité ne concerne que l'exercice de ce pouvoir et les mesures de police pouvant être prises.

Ce point ne soulève cependant guère de difficultés pour la doctrine et il est généralement admis qu'un pouvoir de police générale doit être confié au titulaire du pouvoir réglementaire général en raison de sa nécessité. Le pouvoir de police ne peut être exercé uniquement à l'échelon local, certaines mesures doivent être prises par un pouvoir national. B. SEILLER évoque ainsi « l'absolue nécessité d'édicter des mesures de police destinées à fixer sur l'ensemble du territoire les règles minimales de protection de l'ordre public⁵⁶⁶ ». Cette idée, partagée par de nombreux auteurs⁵⁶⁷, s'accompagne du constat que la célérité avec laquelle doivent être prises les mesures écarte le législateur de l'exercice d'un tel pouvoir⁵⁶⁸. Le législateur écarté, le pouvoir doit alors être confié au chef de l'exécutif : « il apparaît que le président de la République est le plus à même d'édicter des prescriptions générales sur le territoire français. D'un point de vue stratégique tout d'abord, puisqu'il est à la tête de l'État. D'un point de vue fonctionnel ensuite, dans la mesure où, chef de l'État, il est investi d'une mission de commandement et de protection sur l'ensemble du territoire⁵⁶⁹ ».

Les raisons invoquées ici tiennent à une nécessité purement pratique. Il faut un pouvoir national de police qui doit être confié à une « autorité individuelle⁵⁷⁰ ». Le

général, *op. cit.*, t. I, § 932, p. 727). Or, si les mesures de police édictées par le maire et le préfet doivent être nécessaires pour être légales, le fondement de leur pouvoir est quant à lui textuel.

565. La jurisprudence du Conseil d'État témoigne ainsi de l'adoption d'un « principe d'interprétation », « qui est de n'accorder à l'autorité de police que ce qui est indispensable au maintien de l'ordre » (G. VEDEL et P. DELVOLVÉ (collaborateur), *Droit administratif*, 12^e éd., Paris : PUF, 1992, t. 2, p. 701).

566. B. SEILLER, *Droit administratif*, t. 2 : *L'action administrative*, 4^e éd., Paris : Flammarion, coll. « Champ Université », 2011, p. 92.

567. « Le minimum indispensable à l'exercice des libertés et droits fondamentaux est donc susceptible d'être adopté au nom de la nécessité, sans aucune habilitation formelle, qu'elle soit législative ou même constitutionnelle. » (P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 2012, p. 292) ; « Il est en effet des cas où une réglementation générale sur l'ensemble du territoire est nécessaire et souhaitable : nécessaire pour assurer au mieux le respect de l'ordre, de la sécurité et de la salubrité publics ; souhaitable car la centralisation du pouvoir de police permet d'éviter des discriminations regrettables entre les administrés. » (A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif*, *op. cit.*, p. 190.)

568. « Le Parlement étant seul habilité à limiter l'exercice des droits et libertés, sa compétence semblait s'imposer à l'égard du pouvoir de police, source importante des restrictions à ces droits et libertés. Néanmoins, le nombre considérable de ses membres et la lourdeur de ses procédures de décision lui interdit une réaction rapide aux événements, indispensable à la protection de l'ordre public. » (B. SEILLER, *Droit administratif*, t. 2 : *L'action administrative*, *op. cit.*, p. 92.)

569. A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif*, *op. cit.*, p. 190.

570. B. SEILLER, *Droit administratif*, t. 2 : *L'action administrative*, *op. cit.*, p. 92.

pouvoir de police reconnu à cet égard est indéniablement un pouvoir impliqué. Toutefois, ainsi que le souligne E. PICARD, « tant que cette idée de nécessité reste dépourvue de tout *substratum* théorique, elle ne constitue qu'une justification bien indigente : comment admettre le démenti si flagrant qu'elle inflige au principe de légalité⁵⁷¹ ? »

L'argumentation mise en œuvre pour reconnaître un pouvoir implicite pourrait fournir un tel soutien. Néanmoins, pour être reconnus comme tels, les pouvoirs implicites doivent être issus de l'interprétation d'un texte, même si cette interprétation peut être particulièrement extensive. Or, le pouvoir de police reconnu au chef de l'exécutif ne bénéficie pas d'un fondement textuel certain.

II. Un pouvoir implicite spécifique

Comme nous avons déjà pu le dire, une chose ne peut être nécessaire en elle-même ; la nécessité doit avoir un objet. Celui-ci est relativement simple à identifier : il s'agit de la sauvegarde de l'ordre public. Identifier cette mission ne fait cependant que déplacer la question. Encore faut-il trouver ce qui justifie l'invocation de cette nécessité pour fonder un tel pouvoir.

C'est sur ce point que les opinions divergent. Le Conseil d'État a en effet maintes fois affirmé que ce pouvoir appartenait d'abord au président de la République, puis au chef du Gouvernement, « en dehors de toute délégation législative ». Le fondement de ce pouvoir n'étant pas légal⁵⁷², il convient de le chercher parmi les dispositions constitutionnelles (A). Cependant, la disparition d'une référence à la Constitution dans les arrêts du Conseil d'État amène certains auteurs à considérer que ce pouvoir serait en réalité rattaché à une mission inhérente à la fonction de chef de l'exécutif (B). Ces éléments nous amènent à considérer la compétence du Premier ministre comme étant un pouvoir implicite spécifique (C).

571. E. PICARD, *La notion de police administrative*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1984, t. II, p. 599.

572. VEDEL remarque ainsi : « On peut se demander d'où le président de la République tenait de tels pouvoirs qu'aucune loi spéciale ne lui avait conférés. » (*Droit administratif, op. cit.*, t. 1, p. 30.)

A. Une compétence nécessaire à la mission d'exécution des lois

Le doyen VEDEL considère que « la réponse [à la question du fondement du pouvoir de police] est donnée par un des « visas » de l'arrêt [*Labonne*] : *vu la loi constitutionnelle du 25 février 1875*. Or, dans cette partie de la Constitution de 1875, un seul article peut se rapporter à la question ; c'est l'article 3 de la loi constitutionnelle précitée qui dispose : « *Le président de la République surveille et assure l'exécution des lois.* » Il s'ensuit que la mission d'exécution des lois ne se limite pas à l'exécution de chaque loi, mais comporte une tâche générale de maintien de l'ordre public. Cette mission est donnée une fois pour toutes dans la Constitution, et n'a pas à être rappelée par des lois particulières⁵⁷³ ». Une telle solution présente l'avantage de pouvoir être reliée à celle de l'arrêt *Heyriès*⁵⁷⁴, également fondée sur l'article 3 de la loi constitutionnelle de 1875, et sur la nécessité « de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner ».

L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État sur ce point ne contredit pas réellement cette opinion, puisque le pouvoir reste attaché au président du Conseil des ministres⁵⁷⁵, qui « assure l'exécution des lois⁵⁷⁶ », puis au Premier ministre⁵⁷⁷. Il faut cependant noter que, dans ce dernier cas, le Conseil d'État abandonne toute référence aux dispositions constitutionnelles. Il est vrai que les requérants, exerçant un recours à l'encontre d'un décret imposant que l'abattage rituel soit pratiqué par des sacrificateurs habilités par des organismes religieux agréés, invoquait la liberté de culte⁵⁷⁸. Or, l'article 34 de la Constitution affirme la compétence du Parlement pour fixer « les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Le Gouvernement avait donc méconnu la compétence expresse du législateur. Il pouvait dès lors apparaître délicat de fonder la compétence du Premier ministre sur un texte en disposant expressément

573. G. VEDEL et P. DELVOLVÉ (collaborateur), *ibid.* Voir également : VEDEL G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, n° 8, pp. 21-53.

574. *GAJA*, n° 31, p. 188.

575. Le Gouvernement peut « user de ses pouvoirs généraux de police » pour prendre des mesures relatives à la protection du domaine public fluvial. (CE, ass., 1^{er} mars 1957, *Fédération départementale des associations de pêche et de pisciculture de la Charente*, *Rec.*, p. 140). Voir également : CE, ass., 13 mai 1960, *SARL Restaurant Nicolas*, *Rec.*, p. 324.

576. Art. 47 de la Constitution du 27 octobre 1946.

577. CE, 2 mai 1973, *Association culturelle des israélites nord-africains de Paris*, *Rec.*, p. 313.

578. Les requérants invoquaient également la méconnaissance de la compétence du maire en matière de police des abattoirs.

autrement⁵⁷⁹. Le Conseil d'État écartera cet argument en deux temps. En premier lieu, il affirme le maintien de la jurisprudence *Labonne* : « il appartient au Premier ministre, en vertu de ses pouvoirs propres, d'édicter des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire ». En second lieu, il estime que les mesures en cause n'ont pas porté atteinte à la liberté de culte ; au contraire, elles doivent être considérées comme « nécessaires à l'exercice de cette liberté dans le respect de l'ordre public ». La référence à la Constitution disparue, seuls restent les « pouvoirs propres ». On ne saurait cependant écarter si facilement le fondement constitutionnel de ce pouvoir. En effet, si la solution de certains arrêts ne semble être fondée que sur les « pouvoirs propres » du Premier ministre, d'autres lient expressément le pouvoir de police aux articles 21 et 37 de la Constitution. Le juge administratif, dans l'arrêt *Bouvet de la Mainsonneuve*⁵⁸⁰, considérera ainsi que le Gouvernement peut « prendre, en vertu des articles 21 et 37 de la Constitution, les mesures de police applicables à l'ensemble du territoire⁵⁸¹ ».

Tous ces éléments pourraient nous amener à considérer que le pouvoir de police du président de la République est indéniablement un pouvoir implicite, reconnu car nécessaire à l'exercice d'une mission constitutionnelle, elle-même déduite des pouvoirs expressément accordés. Un tel raisonnement, consistant à déduire une mission de pouvoirs exprès, a en effet pu être observé⁵⁸².

Toutefois, des incertitudes demeurent quant à la réalité du lien existant entre le pouvoir de police et la mission découlant de l'exécution des lois. L'article 37, parfois visé par le Conseil d'État, ne concerne pas l'exécution des lois. Aussi, il apparaît inutile de citer cet article si le pouvoir de police générale est reconnu pour l'accomplissement de cette mission. La référence aux articles 21 et 37 semble bien plutôt être le rappel du pouvoir réglementaire du Premier ministre. Un arrêt du 21 octobre 2011, *Association de défense des usagers et des professionnels de la location de voiture à double commande*⁵⁸³, fait ainsi référence aux articles 21 et 37 de la Constitution, non pour justifier directement le pouvoir de police, mais pour rappeler que c'est « en vertu de [ces] articles » que le Premier ministre

579. Le Conseil d'État, par la suite, écartera cependant explicitement l'argument selon lequel le Premier ministre ne pourrait édicter des mesures de police sans méconnaître la compétence du législateur (CE, 17 février 1978, *Association dite « Comité pour léguer l'esprit de la Résistance »*, *Rec.*, p. 82).

580. CE, 4 juin 1975, *Rec.*, p. 330.

581. Voir également CE, 17 février 1978, *Association dite « Comité pour léguer l'esprit de la Résistance »*, préc.

582. CE, 16 décembre 1992, *M. Borloo*, préc.

583. CE, inédit, req. n° 336855.

est « détenteur du pouvoir réglementaire », et c'est cette détention qui justifie ensuite sa compétence en matière de police. Le Conseil constitutionnel, appelé à se prononcer par deux fois sur la question, a également évité de fonder le pouvoir de police sur ces articles, préférant les reconnaître « en vertu [des] pouvoirs propres⁵⁸⁴ » du Premier ministre.

Il nous semble possible de considérer que la question de la reconnaissance du pouvoir de police porte en réalité sur la compétence du Premier ministre, détenteur du pouvoir réglementaire pour prendre des mesures restreignant les libertés. Il n'est alors guère surprenant de constater qu'avant d'examiner cette compétence, le juge rappelle d'abord le fondement du pouvoir. La mission d'exécution des lois confiée au Premier ministre semble alors difficilement pouvoir fonder seule la compétence de celui-ci en matière de police.

B. Un pouvoir inhérent à la fonction de chef de l'exécutif

Si nous admettons que le pouvoir de police n'est pas reconnu parce qu'il est nécessaire à l'exécution des lois⁵⁸⁵, il faut constater que celui-ci ne serait fondé que sur l'exercice du pouvoir réglementaire général. L'attribution de ce pouvoir entraînerait ainsi nécessairement la reconnaissance d'une compétence en matière de police. Il faut néanmoins trouver un objet à la nécessité.

À cet égard, P.-H. TEITGEN écrit que le pouvoir réglementaire de police « a pour fondement la nature des choses, les nécessités de l'ordre public dont il est responsable [...] Il tire ses pouvoirs et sa compétence de la fonction qu'il doit remplir, beaucoup plus que des délégations expresses de la loi⁵⁸⁶ ». Fonder les pouvoirs sur la fonction même de l'autorité permet ici, outre d'éviter les difficultés liées à la question d'un éventuel fondement constitutionnel, de donner sens à l'idée que ceux-ci se rattachent aux « pouvoirs propres » du titulaire du pouvoir réglementaire.

584. CC, décision n° 87-149 L. du 20 février 1987, *Code rural et protection de la nature* ; voir également CC, décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse*.

585. En sus des arguments textuels, A. JENNEQUIN note également que le rapport entre exécution des lois et édicton de mesures de police est vraisemblablement trop « lointain » pour fonder ce dernier (*L'implicite en droit administratif, op. cit.*, p. 194).

586. P.-H. TEITGEN, « La police municipale, étude de l'interprétation juridictionnelle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884 », *S.*, 1934, p. 2.

Cette conception est notamment soutenue par F. VINCENT⁵⁸⁷ et A. JENNEQUIN : « Parce que le chef de l'État ou du Gouvernement [...], en tant que chef, a une mission d'assurer l'ordre public et le bon fonctionnement des services publics, il doit nécessairement se voir reconnaître un pouvoir réglementaire de police, sans lequel sa mission serait irréalisable⁵⁸⁸. »

La sauvegarde de l'ordre public doit alors être entendue comme implicitement liée à la fonction de chef de l'exécutif. Il nous semble qu'une telle construction n'est rien d'autre qu'une conséquence du constat de la nécessité du pouvoir de police et témoigne d'une inversion, au regard du mécanisme classique de reconnaissance des pouvoirs implicites, du rapport entre texte et pouvoir.

Cependant, cette « nature des choses » reste une explication qui, pour satisfaisante qu'elle soit sur le plan pratique, reste insuffisante du point de vue de la légalité.

E. PICARD, s'il constate également que cette compétence en matière de police générale est fondée sur la nécessité, préfère justifier celle-ci par l'idée d'œuvre de l'institution libérale, à savoir la « conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme⁵⁸⁹ ». La police est alors entendue comme « une norme de nécessité institutionnelle⁵⁹⁰ ».

Nous retrouvons ainsi des arguments, si ce n'est identiques, au moins voisins de ceux utilisés pour expliquer le pouvoir du chef de service. Nul besoin de texte pour justifier ce qui est dans la nature des choses. Pourtant, nous avons cru être en mesure de démontrer que ce dernier pouvoir était fondé sur les textes attribuant une autorité sur le service et, par conséquent, voyait sa reconnaissance soumise au respect de la légalité, même si celui-ci pouvait parfois sembler relatif, puisqu'il peut arriver que la nécessité permette de contourner la compétence expresse d'une autre autorité lorsque celle-ci s'est abstenue de prendre des mesures suffisantes.

La compétence du pouvoir de police ne paraît pas soumise à une telle contrainte. Certes, les mesures prises doivent respecter le principe de légalité, qui implique que l'atteinte apportée aux libertés par la mesure de police se limite à ce qui est

587. « Ce sont les exigences propres à la mission du chef de l'exécutif qui postulent la reconnaissance, en dehors de toute habilitation précise, d'un pouvoir de réglementation autonome destiné à assurer le maintien de l'ordre public ou le fonctionnement continu des services publics » (F. VINCENT, *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1966, p. 42).

588. A. JENNEQUIN, *L'implicite en droit administratif*, *op. cit.*, p. 195.

589. PICARD E., *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 490.

590. *Id.*, p. 602.

strictement nécessaire pour préserver l'ordre public, mais cela ne concerne que l'exercice du pouvoir, et non la compétence elle-même. Si les mesures doivent également respecter la loi, ni le Conseil constitutionnel, ni le Conseil d'État ne recherchent si le Parlement a déjà pris les mesures nécessaires avant d'admettre l'intervention du Premier ministre. Son pouvoir n'est par conséquent ni supplétif, ni contingent, ainsi qu'en témoigne la formulation des arrêts qui relèvent que l'article 34 n'a pas retiré sa compétence au chef du Gouvernement⁵⁹¹.

C. Un pouvoir implicite ni supplétif, ni contingent

Que l'on décide de lier le pouvoir à une nécessité rattachée à l'idée d'œuvre de l'institution libérale, ou à une mission de sauvegarde de l'ordre public qui serait inhérente à la qualité de chef de l'exécutif, le fondement de la compétence en matière de police générale paraît éloigné du texte constitutionnel. La mission de sauvegarde de l'ordre public n'est en effet pas attribuée au chef de l'exécutif dans la Constitution. Au contraire, celle-ci, que ce soit dans l'article 34 ou dans son préambule⁵⁹², attribue la compétence pour prendre des mesures encadrant l'exercice des libertés au législateur.

Si l'on accepte cependant que la compétence accordée en matière de police est liée essentiellement à l'exercice du pouvoir réglementaire, il faut considérer que l'origine de cette compétence est constitutionnelle. À ce titre, les articles 21 et 37, en confiant l'exercice du pouvoir réglementaire au Premier ministre, ont entendu également étendre sa compétence à l'édiction de mesures de police. La compétence pour prendre des mesures de police est donc une compétence implicite. Elle est cependant une compétence implicite spécifique, car son origine lui confère certaines particularités. Elle n'est en effet pas rattachée à une disposition précise, mais est le résultat d'une nécessité liée à l'économie d'ensemble du régime.

591. « L'article 34 de la Constitution n'a pas retiré au chef du Gouvernement les attributions de police générale qu'il exerçait antérieurement, en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative » (CC, décision n° 87-149 L. du 20 février 1987, *Code rural et protection de la nature*, décision préc.). Voir également CE, 17 février 1978, *Association dite « Comité pour léguer l'esprit de la Résistance »*, préc.

592. Par référence à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (art. 4, 5, 10 et 11 principalement). Il est cependant vrai que la Loi de 1789 n'est pas la loi de 1958. Ainsi, la mission de sauvegarde de l'ordre public confiée à la Loi en 1789 peut très bien être interprétée comme pouvant être confiée au pouvoir réglementaire.

Nous avons rappelé que le pouvoir d'organisation du service était nécessairement conçu comme supplétif. Ce caractère est très incertain en ce qui concerne la compétence en matière de police. Son exercice reste soumis aux dispositions législatives, mais elle est dans le même temps et par essence une compétence permettant l'aménagement des dispositions législatives afin de préserver l'ordre public. Ainsi, les mesures de police peuvent aggraver les dispositions législatives, ainsi que l'arrêt *Mme Le Gac et autres* en apporte une illustration. Dans cet arrêt, rendu le 19 mars 2007⁵⁹³, le Conseil d'État déclare légales les dispositions du décret du 15 novembre 2006 interdisant l'aménagement d'espaces réservés aux fumeurs au sein des établissements d'enseignement. De fait, si la loi prévoit l'interdiction de fumer en dehors des espaces spécialement réservés à cet effet, elle autorise la création d'espaces réservés aux fumeurs, y compris à l'intérieur des bâtiments, pour peu que ces derniers respectent un certain nombre de contraintes définies avec précision⁵⁹⁴. Le juge va considérer que l'interdiction énoncée par le décret est possible en raison de l'objectif de santé publique attachée à cette disposition. En effet, si le Premier ministre ne doit ni « méconnaître la loi, ni en altérer la portée » lorsque celle-ci a déjà disposé, le pouvoir de police peut adapter si nécessaire les mesures législatives. Le Conseil d'État précise également que cette interdiction n'aurait été impossible que si la loi avait imposé l'existence de tels espaces⁵⁹⁵. La compétence en matière de police générale n'est donc pas supplétive puisque, même dans le cas où le législateur en aurait déjà disposé, le Premier ministre n'a pas à se contenter de prendre les mesures d'exécution nécessaires, mais peut aller au-delà de ce qui était prévu d'autant que, ainsi que nous l'avons déjà rappelé, l'article 34 de la Constitution n'a pas retiré au Premier ministre la compétence qui lui appartient en cette matière. Les dispositions législatives, si elles ne peuvent être méconnues, ne privent pas le Premier ministre de la capacité d'exercer sa compétence.

Ce point remet également en cause le caractère contingent de cette compétence, particularité d'autant plus difficile à percevoir que les mesures de police doivent être

593. Arrêt préc.

594. Salles devant être closes, affectées à cet usage et ventilées mécaniquement entre autres contraintes.

595. « Dans le cadre ainsi fixé par le législateur, il appartient au pouvoir réglementaire de prendre les dispositions permettant d'assurer cette protection et si nécessaire de les adapter, notamment au vu des données épidémiologiques dont il dispose quant à la gravité des risques auxquels le tabagisme expose les personnes qui fréquentent les lieux affectés à un usage collectif ; que, dès lors que la loi n'a pas imposé que soit dans tous les cas laissée aux fumeurs la possibilité de disposer d'emplacements réservés, mais qu'elle a seulement permis, le cas échéant, la création de tels emplacements, il appartient au Premier ministre d'en interdire l'aménagement dans certains de ces lieux, dès lors que cette interdiction est justifiée par la protection de la santé publique et est proportionnée à l'objectif poursuivi. »

strictement nécessaires pour être légales. Le pouvoir d'organisation des services existe parce qu'il convient que les mesures nécessaires au fonctionnement du service soient adoptées. Cependant, dès lors que les mesures ont été adoptées par une autorité compétente différente, le pouvoir réglementaire reconnu au chef du service n'existe plus en tant que tel, puisque une autre autorité l'aura reçu. La reconnaissance de ce pouvoir est donc soumise à une nécessité appréciée au regard des textes. Cette caractéristique n'est pas applicable à la compétence du Premier ministre en matière de police générale. En effet, cette compétence existe indépendamment des dispositions législatives. Sa reconnaissance n'est pas liée au besoin de combler un vide textuel. En ce sens, elle n'est pas reconnue en raison de sa nécessité au regard de l'absence de dispositions déjà adoptées.

Les pouvoirs reconnus en vertu d'une qualité, s'ils sont peu nombreux, apparaissent étendus et bénéficient d'une jurisprudence constante. Il convient également de remarquer que leur caractère implicite ne peut être déduit du simple fondement de leur reconnaissance. En effet, la qualité n'est pas nécessairement rattachée à une disposition précise.

Chapitre 2

Les pouvoirs et compétences reconnus pour garantir l'efficacité des missions expressément confiées

Si les pouvoirs reconnus en raison de la qualité de leur bénéficiaire posaient la question de leur rattachement à un texte, les pouvoirs qui sont admis afin de garantir l'efficacité d'une mission expressément confiée soulèvent quant à eux le problème de la réalité de leur caractère implicite. En effet, le plus souvent, l'extension des pouvoirs et compétences sur ce fondement ne découle pas expressément de la nécessité, mais d'une interprétation téléologique du texte. Les mesures prises sont justifiées par leur adéquation aux objectifs poursuivis par l'auteur du texte attributif de compétences, sans que le juge éprouve le besoin de les fonder sur leur caractère utile ou indispensable. De surcroît, les normes d'habilitation emploient le plus souvent des termes très généraux, qui par conséquent peuvent sans difficulté englober les compétences les plus larges.

L'identification certaine des pouvoirs et compétences implicites se révèle alors malaisée. Les illustrations que nous donnerons ici de ce mécanisme de reconnaissance des pouvoirs implicites seront par conséquent fortement nuancées, bien qu'elles aient été choisies parce qu'elles constituent en apparence une application de la théorie des pouvoirs implicites. Bien souvent, le raisonnement du juge revêt les atours d'une interprétation classique du texte, la qualification de pouvoirs implicites reste sujette à caution.

Nous distinguerons ici entre l'admission générale des pouvoirs fondés sur l'efficacité des dispositions législatives (**Section 1**) et l'admission relative des pouvoirs fondés sur l'efficacité des missions expressément attribuées (**Section 2**). Il faut par ailleurs se pencher sur le cas des pouvoirs d'exception : si ces derniers témoignent de la volonté de permettre l'accomplissement de la mission en dépit des

circonstances, leur spécificité est telle qu'ils ne peuvent être entendus comme des pouvoirs implicites (**Section 3**).

Section 1. L'admission générale des pouvoirs fondés sur l'efficacité des dispositions législatives

L'article 21 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que le Premier ministre « assure l'exécution des lois ». Cette compétence, tout comme sa formulation, sont classiques⁵⁹⁶. Seuls quelques textes utilisaient une formule réellement différente, autorisant une interprétation extensive du pouvoir d'exécution des lois. Ces derniers évoquaient en effet les mesures nécessaires à l'exécution des lois⁵⁹⁷. Il ne semble cependant pas que cette différence de formulation prête véritablement à conséquence⁵⁹⁸ puisque le juge a assez tôt considéré que l'exécution des lois ne devait pas s'entendre uniquement des règlements prévus par la loi pour son application, mais de l'ensemble de ce qui était nécessairement impliqué pour assurer cette exécution⁵⁹⁹.

L'utilisation de la méthode de l'implication nécessaire permet alors de délimiter la compétence du Gouvernement en matière d'exécution des lois. Celui-ci peut

596. La formulation est classique et se retrouve dans la Constitution du 27 octobre 1946 (art. 47), la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (art. 3), la Constitution du 4 novembre 1848 (art. 49), avec la réserve que le titulaire de cette attribution a varié (président du Conseil sous la IV^e République, président de la République sous les II^e et III^e Républiques). L'article 39 de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 prévoit que les ministres « sont responsables [...] de l'exécution des lois ». La Constitution du 5 fructidor an III dispose quant à elle que le Directoire « peut faire des proclamations conformes aux lois et pour leur exécution » (art. 144). Une formule comparable est utilisée dans la Constitution du 4 septembre 1791 : « Le Pouvoir exécutif peut faire des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution. » Enfin, il résulte des dispositions des articles 65 et 72 de la Constitution du 24 juin 1793 que le Conseil exécutif « ne peut agir qu'en exécution des lois » et « est responsable de leur inexécution ».

597. Art. 44 de la Constitution du 22 frimaire an VIII : « Le Gouvernement [...] fait les règlements nécessaires pour assurer [l'] exécution des lois. » ; art. 13 de la Charte du 14 août 1830 : le roi « fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois » ; art. 6 de la Constitution du 14 janvier 1852 : le président de la République « fait les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois », puis art. 14 du sénatus-consulte du 21 mai 1870 : l'empereur « fait les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois ».

598. Nous remarquerons toutefois que cette seconde formule n'est utilisée que dans le cas d'un pouvoir exécutif, et par conséquent d'un chef de l'exécutif, fort : Consulat, Empire et régime parlementaire orléaniste.

599. Le commissaire du gouvernement ETTORI estimait ainsi que « d'un point de vue pratique, il est indispensable que le chef de l'État prenne les initiatives nécessaires ou même simplement utiles à l'application de la loi ». Il justifiera ainsi la fixation de l'âge maximum des apprentis : « nous estimons que l'auteur du règlement, en dehors de toute habilitation expresse à l'égard de la fixation de l'âge de l'apprenti, avait le pouvoir d'édicter une mesure nécessaire à l'application de la loi. » (C. ETTORI, concl. sur CE, 26 avril 1929, *Syndicat de l'union des voies ferrées et des transports automobiles*, RDP, 1929, p. 319.) Ainsi, l'obligation qui incombe au Premier ministre au titre de l'article 21 de la Constitution doit s'entendre comme « l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi » et non les seules mesures expressément prévues par la loi pour son application (Pour un exemple récent: CE, ass., 7 juillet 2004, *Danthony, Rec.*, p. 309).

prendre l'ensemble des mesures nécessaires à la mise en œuvre des principes prévus par la loi. Le Conseil d'État se livre donc à une interprétation des dispositions législatives pour mettre à jour les principes contenus dans la loi, avant de vérifier la nécessité, au regard de ces principes, des mesures prises en application de la loi. Cette méthode d'interprétation, très classique, a parfois conduit le juge à élargir les compétences du Gouvernement, étendant le champ des mesures pouvant être édictées à des domaines non prévus par la loi (I) ou justifiant son intervention dans des matières attribuées au législateur (II).

I. L'extension du champ d'application de la loi

La compétence du Gouvernement en matière de pouvoir réglementaire d'exécution des lois admet qu'un certain nombre de mesures puissent être prises en vertu d'une habilitation implicite du législateur. Ces interventions peuvent être légales alors même que le Gouvernement applique un régime à une opération non prévue par le législateur, mais intégrée à un ensemble plus vaste, ou étend les modalités d'exercice d'une activité à une autre opération prévue par le législateur, mais sans que ces modalités aient été expressément prévues pour cette activité.

Dans de rares cas, le juge a reconnu la possibilité d'édicter des dispositions réglementant des domaines non expressément prévus par la loi, dans le cadre de l'exécution de celle-ci. La décision la plus célèbre à cet égard est sans nul doute l'arrêt rendu par l'assemblée du Conseil d'État le 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, bien que la plupart des commentaires portent sur la position défendue par le juge à propos de l'interprétation des textes communautaires⁶⁰⁰. Cet arrêt est cependant intéressant à plus d'un titre, et notamment en ce que le Conseil d'État semble faire une application presque littérale de la théorie des pouvoirs implicites.

L'article 53 de la loi du 4 avril 1926 portant création de nouvelles ressources fiscales institue un monopole d'importation du pétrole au profit de l'État ou des personnes accréditées par lui, laissant le soin de préciser les modalités de mise en

600. Le juge considère en effet que, lorsque le juge statue en dernier ressort et qu'une question relative à l'interprétation des traités lui est posée, s'il est tenu de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice des communautés européennes d'une question préjudicielle, « il ne saurait en être ainsi que dans le cas où il existe un doute sur le sens ou la portée d'une ou plusieurs clauses du traité applicables au litige principal et si, de la solution de cette difficulté, dépend l'issue du litige ».

place de ce monopole à une loi ultérieure. Ces modalités sont aménagées par la loi du 30 mars 1928. Celle-ci dispose que des autorisations spéciales d'importation peuvent être délivrées, et précise dans son article 3 que celles-ci peuvent notamment prévoir des obligations relatives au stock et aux intérêts nationaux. Ces dernières peuvent, entre autres contraintes, imposer une priorité dans l'approvisionnement des services publics et amener les bénéficiaires de cette autorisation à poursuivre des recherches techniques et scientifiques, ou à s'engager dans la fabrication de produits d'origine pétrolière.

Les autorisations précédemment délivrées sont modifiées par un décret du 3 janvier 1959 qui précise qu'outre les obligations relatives aux installations de réception et de stockage, un arrêté du ministre chargé des carburants viendra préciser les conditions que devront remplir les installations de distribution. Cet arrêté prévoit un certain nombre de limitations relatives au nombre de stations-service qu'une même entreprise peut exploiter⁶⁰¹.

Le décret et l'arrêté font l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. L'argument qui nous intéresse ici est fondé sur la violation de la loi du 30 mars 1928 : le décret aurait méconnu celle-ci en énonçant des obligations relatives aux installations de distribution. La réponse apportée par le Conseil d'État fait en premier lieu appel aux objectifs attachés aux pouvoirs accordés au Gouvernement par les lois de 1926 et 1928 : ceux-ci « ont pour but d'assurer, dans l'intérêt de la défense et de l'économie nationales, un contrôle étroit sur l'activité des entreprises qui se livrent à l'importation de produits pétroliers ». Le juge procède ainsi, comme nous avons déjà pu l'observer, à une mise en perspective du pouvoir attribué : celui-ci vise à la défense d'intérêts nationaux. Ensuite, bien que le texte des deux lois citées n'y fassent aucune référence, le Conseil d'État observe que le contrôle prévu peut porter sur la distribution, qu'il ajoute aux autres opérations auxquelles les textes font expressément référence : réception, stockage et transformation. Le juge étend par là la mission attribuée au Gouvernement. Ce que J.-C. VENEZIA résume ainsi : les pouvoirs accordés au Gouvernement « ont pour but d'assurer [...] un contrôle étroit sur l'activité des entreprises qui se livrent à l'importation des produits pétroliers en France et cette activité doit être comprise comme englobant du départ à l'arrivée

601. L'arrêté définit deux modalités dites de contingentement (qui limite le nombre de stations-service au regard de la quantité d'essence qu'il est autorisé à vendre) ou d'implantation (qui limite l'implantation de stations-service en fonction de contraintes géographiques).

toutes les phases successives en lesquelles elle se décompose⁶⁰² ». Le Conseil d'État privilégie par conséquent une interprétation extensive des missions attribuées, laquelle permet de garantir l'efficacité des pouvoirs exprès au regard des intérêts pour la défense desquels ils ont été accordés. Le juge s'appuie ensuite sur la formulation utilisée dans la loi du 30 mars 1928 : « Le décret [accordant une autorisation spéciale] détermine notamment⁶⁰³. » Pour le juge, « il résulte des termes mêmes de cet article que l'énumération qui y figure n'a aucun caractère limitatif ». La loi semble ainsi accorder au Gouvernement la possibilité d'imposer d'autres contraintes que celles expressément envisagées.

Classiquement, ces contraintes doivent correspondre au contrôle prévu par la loi. Le Conseil d'État ayant inclus le contrôle des opérations de distribution dans le champ de celui-ci, le juge va très logiquement considérer qu'« il appartient au Gouvernement, même dans le silence de l'article 3 précité, d'assortir [...] les autorisations spéciales d'importation de produits pétroliers des conditions relatives aux opérations de distribution qu'il estime nécessaires [...] pour la sauvegarde des intérêts généraux que les textes [...] ont pour objet de protéger ». Ce faisant, le juge déplace le contrôle : celui-ci ne porte plus sur la conformité du décret aux dispositions expresses de la loi, mais sur l'adéquation des contraintes imposées à la protection des intérêts dégagés des textes.

Cet arrêt témoigne d'une logique très proche de celle du juge américain : il convient de réinterpréter les compétences attribuées par le législateur au Gouvernement à la lumière des objectifs assignés à ce dernier par le législateur. Ces objectifs identifiés, il faut ensuite considérer que l'auteur du texte a entendu accorder au Gouvernement le pouvoir d'intervenir dans toutes les matières nécessaires à la réalisation de ces objectifs, à l'exception de celles qui ont été expressément écartées.

Cette extension peut également être réalisée en raison de l'existence d'une nécessité purement pratique, se différenciant en cela des pouvoirs implicites au sens strict. Le Conseil d'État, dans l'arrêt *Meyet*, rendu en assemblée le 10 septembre 1992⁶⁰⁴, en fournit l'illustration en considérant qu'« il appartient au pouvoir réglementaire, en l'absence de dispositions législatives, [...] de fixer les modalités nécessaires à l'organisation du référendum en rendant notamment applicables, avec

602. J.-C. VENEZIA, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », art. préc., p. 803.

603. Art. 3 de la loi du 30 mars 1928.

604. Arrêt préc.

les adaptations justifiées par ce type de consultation, les dispositions législatives et réglementaires régissant d'autres consultations électorales ». Il faut noter que cet arrêt reste silencieux sur les raisons qui amènent le juge à reconnaître cette compétence. Le parallèle avec la jurisprudence *Dehaene* est certain, en ce que le pouvoir est attribué au Gouvernement en raison de l'absence de dispositions applicables. Cette jurisprudence donnait néanmoins une indication sur le fondement de ce pouvoir : la qualité de chef de service et la nécessité de veiller au bon fonctionnement de ce service. Rien de tel ne transparaît de l'arrêt *Meyet*. Il peut évidemment être tenu pour certain que la nécessité ne tient plus à l'effectivité d'une mission attribuée par le législateur, mais correspond à un vide législatif qu'il appartient au pouvoir réglementaire de combler. La nécessité n'est donc plus rattachée à une interprétation efficace des textes.

Le pouvoir d'exécution des lois permet de la même manière l'extension d'un régime légal à d'autres situations proches. Le régime législatif prévu pour une opération spécifique est alors étendu à d'autres opérations. C'est ainsi un raisonnement comparable qui guide le juge dans un arrêt du 13 mai 1983, *Société René Moline*⁶⁰⁵. Un décret du 21 novembre 1979 soumet à un agrément du ministre chargé de l'environnement le droit exclusif de récupération des huiles usagées sur un territoire défini. Cet agrément lui ayant été refusé, la société René Moline demande l'annulation de la décision du ministre, excipant de l'illégalité du décret cité, en ce qu'un tel agrément n'aurait pas été prévu par la loi et méconnaîtrait la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, seules les opérations de traitement étaient soumises expressément à un tel agrément.

Après avoir écarté l'argument tiré de ce que les huiles ramassées seraient destinées à la vente après leur ramassage et ne feraient par conséquent pas partie des déchets visés par la loi, le Conseil d'État va relever que le législateur a accordé au Gouvernement le pouvoir de réglementer l'ensemble du processus d'élimination des déchets dans toutes ses opérations (collecte, transport, stockage, tri et traitement). Le juge souligne ensuite que ce pouvoir a été accordé « afin d'atteindre les objectifs qu'il s'était fixé, à savoir éviter toute atteinte à la santé des hommes et à l'environnement d'une part, faciliter la récupération des éléments et matériaux

605. *Rec.*, p. 191 ; *AJDA*, 1983, p. 524 note M. BAZEX ; *Revue administrative*, 1983, p. 578, note B. PACTEAU.

réutilisables ou de l'énergie d'autre part ». Ce rappel des objectifs visés par la loi semblerait superfétatoire si l'habilitation législative seule suffisait à assurer la légalité de la procédure d'agrément exclusif. Il faut entendre cette référence au but comme la justification des mesures prises. La soumission des opérations de ramassage à l'agrément n'est donc justifiée que par la mission accordée au Gouvernement, et doit être comprise comme nécessaire au regard de cette mission. Il reste néanmoins que la manière dont cette référence intervient dans l'appréciation de la légalité de la procédure d'agrément reste susceptible d'interprétations différentes. En effet, la mission paraît pouvoir justifier aussi bien la compétence pour étendre l'agrément, que les modalités de cet agrément, et notamment le droit exclusif de ramassage qui y est attaché.

Il faut enfin noter que les lois habilitant le gouvernement à intervenir en matière législative peuvent également être interprétées de manière extensive. Un arrêt d'assemblée du Conseil d'État daté du 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins d'Aix et autres*⁶⁰⁶ témoigne d'une utilisation des pouvoirs implicites pour justifier la création d'un impôt destiné à financer les organismes chargés de la formation des professions médicales : « l'habilitation conférée au gouvernement [...] l'autorisait à pourvoir par des mesures appropriées au fonctionnement des organismes investis de la responsabilité de cette formation dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leur mission ». Il est vrai qu'ici le caractère implicite pourrait être contesté, dans la mesure où les termes de l'habilitation étaient particulièrement larges⁶⁰⁷. Il reste cependant que le Conseil d'État ne se contente pas de vérifier que les mesures prises sont conformes aux termes de l'habilitation, mais paraît s'appuyer sur leur nécessité. Sur ce point, le raisonnement est semblable à celui utilisé dans l'arrêt *Ministre du travail et de la participation*⁶⁰⁸ : la compétence du gouvernement n'est en effet pas reconnue en raison d'une nécessité indirecte, liée à la mission confiée aux organismes de formation.

De tels exemples d'élargissement du champ des pouvoirs accordés restent cependant assez rares dans le cas du pouvoir d'exécution des lois. Le juge n'a le plus

606. *Rec.*, p. 266 ; *RFDA*, 1998, p. 961, concl. J.-C. BONICHOT ; *AJDA*, 1998, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, p. 787 ; *JCP*, 1998, IV, 3545, Obs. M.-C. ROUAULT et 1999, I, 128, obs. J. PETIT.

607. « Le gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances [...] toutes mesures 4°) modifiant les dispositions [...] concernant la protection sociale, la formation et l'orientation des membres desdites professions, en vue d'améliorer, par des incitations et des modalités appropriées de mesure, de contrôle et de responsabilisation, la qualité des soins et la maîtrise des dépenses de santé. » Loi n° 95-1438 du 30 décembre 1995 autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale.

608. CE, sect., 13 mai 1983, *Ministre du travail et de la participation c/ Société Rhône-Poulenc Industries*, arrêt préc.

souvent pas besoin d'utiliser les pouvoirs implicites. Dans un arrêt du 17 mai 1968, la section du contentieux du Conseil d'État a ainsi reconnu la possibilité appartenant au Gouvernement d'édicter des mesures rétroactives, en raison du « but visé par le législateur⁶⁰⁹ ». La mesure, si elle reste justifiée par l'objectif du législateur, nous semble cependant moins témoigner d'une utilisation des pouvoirs implicites que relever d'un contrôle de légalité plus classique.

L'extension des compétences du pouvoir réglementaire soulève par ailleurs et le plus souvent la question du respect par ce dernier du domaine de la loi. L'arrêt *Société René Moline* refuse de censurer une mesure qui soumettait l'exercice d'une activité à une autorisation préalable et relevait par conséquent de la compétence du législateur. La restriction à la liberté du commerce et de l'industrie apparaît d'ailleurs d'autant plus importante que l'exclusivité attachée au droit reconnu par l'agrément revient à établir un monopole au profit du bénéficiaire de l'agrément. Le juge considère alors vraisemblablement que l'incursion du pouvoir réglementaire dans le domaine législatif est nécessaire à l'efficacité de la loi et justifiée au regard des objectifs qu'elle a fixés.

II. L'extension de la compétence du pouvoir réglementaire

Le juge a estimé, à plusieurs reprises, que le pouvoir exécutif était à même de prendre des dispositions relevant normalement de la compétence du législateur. Cette extension du pouvoir réglementaire était possible dès lors que les mesures prévues par le législateur impliquaient cette intervention (A). Cette jurisprudence a néanmoins été abandonnée en 2008 (B).

A. L'intervention du pouvoir réglementaire en matière législative

609. « Le législateur a entendu faire bénéficier les fonctionnaires retraités, en cas de suppression d'emplois ou de grades et d'échelons, des indices afférents aux nouveaux emplois ou grades et échelons créés pour les fonctionnaires en activité dès l'entrée en vigueur des nouveaux indices ; que le but visé par le législateur impliquait que les effets des décrets d'assimilation pris pour l'application de l'article L. 26 pourraient remonter rétroactivement à la date d'entrée en vigueur des indices afférents aux nouveaux grades et échelons » (CE, sect., 17 mai 1968, *Sieur Devedeux, Rec.*, p. 315).

Le juge fondait en particulier cette compétence implicite sur les buts poursuivis par le législateur. Les arrêts illustrant au mieux ce raisonnement portent tous sur les restrictions apportées par le pouvoir exécutif à la liberté de vaccination.

Un premier arrêt du 12 décembre 1953, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*⁶¹⁰, a ainsi reconnu que le Gouvernement pouvait mettre en place une séparation des individus récemment vaccinés afin de prévenir tout risque de contagion pour ceux-ci. La loi du 5 janvier 1950 confiait à un règlement d'administration publique le soin de déterminer ses « modalités d'application, notamment en ce qui concern[ait] la technique de vaccination par le vaccin antituberculeux BCG ». L'article 7 du décret du 9 juillet 1951 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 5 janvier 1950 énonçait : « la vaccination par le BCG. (...) comporte éventuellement et dans les conditions indiquées à l'article 9 ci-dessous la séparation prophylactique des sujets, avant et après la vaccination, des milieux contagieux où ils vivent », l'article 9 imposant une séparation de deux mois des personnes vivant dans un milieu contagieux avant la vaccination, celles-ci pouvant alors se voir admises dans des établissements spécifiques.

Le Conseil d'État va considérer que : « la séparation prophylactique du sujet du milieu contagieux où il vit est une mesure indispensable pour garantir l'efficacité et l'innocuité de la vaccination ; qu'elle doit donc être regardée comme faisant partie intégrante de la technique de la vaccination ». Le juge administratif entend donc d'une manière très extensive la « technique de vaccination », permettant au Gouvernement de prendre des mesures « susceptibles de porter atteinte à la liberté individuelle et à l'exercice des droits de puissance paternelle ». Or, pour étendre la compétence du Gouvernement, le juge invoque le caractère « indispensable » de la mesure en cause, caractère étayé, il est vrai, par les avis conformes de l'Académie nationale de médecine et du Conseil permanent d'hygiène sociale.

C'est également pour permettre aux lois d'être pleinement efficaces que le Conseil d'État va admettre que les enfants non vaccinés contre la diphtérie et le tétanos ne puissent être reçus dans les établissements scolaires ou les collectivités d'enfants. Le refus de l'inscription était prévu par un décret en date du 26 novembre

610. Arrêt préc.

1946⁶¹¹, intervenu alors que la loi ne prévoyait expressément rien de tel. La question de la légalité de ce décret est l'objet de deux arrêts de la section du contentieux, rendus le 4 juillet 1958, *Sieur Graff et Époux Reyes*. Les faits sont identiques dans les deux cas : la directrice de l'école où se rendent les enfants ou petits-enfants des requérants se voit ordonner par l'inspecteur d'académie de refuser ceux-ci au sein de l'établissement, en raison du fait que ces enfants ne sont pas vaccinés. Cette décision fait, sans succès, l'objet d'une demande en annulation devant le tribunal administratif. Les requérants interjettent appel, excipant de l'illégalité du décret du 26 novembre 1946, fondement de la décision des inspecteurs d'académie.

Le commissaire du gouvernement M. LONG, commence par rappeler les termes des articles L. 6 et L. 7 du Code de la santé, qui prévoient qu'une justification des vaccinations antidiphthérique et antitétanique doit être fournie avant toute admission au sein d'une école. La question de la légalité du décret est alors étroitement liée à l'efficacité de cette justification : « quelle pourrait être la portée de la justification qui est exigée par l'article L. 6 lors de l'admission dans tout établissement d'enseignement, si ce n'est l'obligation faite aux services de l'Éducation nationale de refuser l'admission des enfants pour lesquels la justification n'est pas produite⁶¹² ? »

Le juge ne se prononce pas expressément sur la légalité de ce décret, mais il relève dans les deux cas que « le législateur a entendu subordonner, dans l'intérêt de la protection de la santé publique, l'admission des enfants dans tout établissement scolaire public ou privé, ainsi d'ailleurs que dans toute autre collectivité d'enfants, à la justification que les intéressés ont satisfait aux prescriptions [obligations de vaccinations sauf contre-indications dûment constatées] ainsi édictées ».

Le Conseil d'État, paraissant suivre en cela les conclusions de son commissaire du gouvernement, considère que le refus d'inscription est lié à la soumission de l'inscription à la présentation d'un certificat de vaccination.

Les dispositions du décret ne sont admises qu'en raison de la volonté du juge de donner plein effet aux obligations prévues par la loi. Ce n'est cependant pas, à proprement parler, l'obligation de vaccination, ni même une mission plus générale liée aux politiques de santé publique, qui le justifie. Il faut ainsi noter que LONG

611. Décret n° 46-2698 fixant les modalités d'application de l'ordonnance n° 45-2407 du 18 octobre 1945 sur la protection de la santé des enfants d'âge scolaire, des élèves et du personnel des établissements d'enseignement et d'éducation de tous ordres.

612. M. LONG, concl. sur CE, sect., 4 juillet 1958, *Sieur Graff et Époux Reyes*, JCP, 1959, II, p. 11116-11117.

refuse d'étendre cette solution à la vaccination antivariolique, l'article L. 5 du Code de la santé ne prévoyant pas l'existence d'un tel certificat.

Le Conseil d'État sera de nouveau amené à se pencher sur une question très proche dans un arrêt du 16 juin 1967, *Ligue nationale pour la liberté des vaccinations*⁶¹³, qui l'amènera à adopter une position légèrement différente. Un décret et un arrêté du ministre de la Santé et de la Population du 19 mars 1965 précisent tous deux les modalités de l'obligation de vaccination antipoliomyélitique, prévue par la loi du 1^{er} juillet 1964⁶¹⁴, dans des termes presque identiques à ceux de l'article L. 5 du Code de la santé. Ces mesures réglementaires étendent le régime des vaccinations antidiphthérique et antitétanique à la vaccination antipoliomyélitique, notamment l'obligation de justifier de ces vaccinations avant toute admission au sein d'une collectivité d'enfants et le refus d'admission des enfants non-vaccinés, bien que ce dernier ne soit pas directement évoqué⁶¹⁵. La situation est donc légèrement différente de celle de l'arrêt du 4 juillet 1958, puisque la loi ne prévoit pas la fourniture d'un certificat avant l'admission dans une collectivité d'enfants. Le refus d'admission ne peut donc plus être justifié par la nécessité d'assurer l'efficacité de cette disposition.

Le Conseil d'État va alors estimer que la loi, en prévoyant que les modalités de l'obligation de vaccination doivent être déterminées par un décret en Conseil d'État, « a entendu donner au Gouvernement les pouvoirs les plus larges pour prendre les mesures propres tant à assurer, dans les conditions techniques les meilleures, la vaccination antipoliomyélitique, qu'à faire respecter par les particuliers, dans l'intérêt de la santé publique, l'obligation de cette vaccination ». Le juge déplace ainsi l'objet de l'efficacité, qui n'est plus l'obligation de justification, mais l'obligation de vaccination elle-même, de même que les intérêts de santé publique qui y sont attachés. Ce faisant, il est permis de penser que le juge a abandonné l'interprétation exégétique privilégiée par LONG et fait prévaloir la nécessité des mesures adoptées.

613. Arrêt préc.

614. Art. 1 : « La vaccination antipoliomyélitique est obligatoire sauf contre-indication médicale reconnue, à l'âge et dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'État pris après avis de l'Académie nationale des médecins et du Conseil supérieur d'hygiène publique de France. Les personnes qui ont le droit de garde ou la tutelle des mineurs sont tenues personnellement de l'exécution de cette obligation. »

615. L'article 5 de l'arrêté prévoit ainsi que « l'admission dans une collectivité d'enfants ne peut être refusée à un enfant qui a reçu la première vaccination mais n'a pas encore atteint la limite du délai prévu pour le premier rappel de vaccination ». Il nous semble qu'il faille déduire, *a contrario*, qu'un enfant qui, à titre d'exemple, n'aurait pas reçu cette première vaccination pourrait voir sa demande d'admission refusée.

Dans un tout autre domaine que celui de la santé publique, le Conseil d'État a été conduit à entendre largement les mesures susceptibles d'être prises au titre du pouvoir d'exécution des lois.

L'article L. 173-3 du Code de la voirie routière dispose : « À la demande de la majorité des communes ou des groupements de communes compétents en matière d'aménagement, d'urbanisme ou d'environnement d'une île maritime reliée au continent par un ouvrage d'art, le conseil général peut instituer un droit départemental de passage dû par les passagers de chaque véhicule terrestre à moteur empruntant cet ouvrage entre le continent et l'île. »

Le législateur prévoit également un certain nombre de conditions tenant à la modulation du montant de la perception, ou à son affectation. Un décret du 11 janvier 1996 vient préciser les conditions d'application de cet article. Des associations de l'île d'Oléron exercent un recours en vue d'obtenir l'annulation de ce décret.

Ce recours soulève un certain nombre de difficultés, dont la méconnaissance du principe d'unité budgétaire comme de la compétence législative en matière de libre administration des collectivités locales et de fixation des règles relatives à l'assiette, au taux et au recouvrement des impositions. Si une partie des réponses apportées par le Conseil d'État à ces questions dans l'arrêt du 10 juin 1998⁶¹⁶ sont pleinement justifiées au regard de l'imprécision de la loi elle-même, certaines d'entre elles sont probablement guidées par le souci d'assurer l'efficacité des mesures législatives.

J.-F. LACHAUME relève ainsi, sur la question de la définition des règles de détermination de la majorité nécessaire afin d'établir ce droit de passage, que : « le législateur, en ne précisant pas les modalités de calcul et d'expression des majorités en cause, habilitait, par son silence, le pouvoir réglementaire à intervenir. Si, ce faisant, le législateur a méconnu la compétence que lui reconnaît l'article 34, c'est un problème de constitutionnalité de l'article L. 173-3 du Code de la voirie et non un problème de légalité des articles R. 173-2 et suivants du même Code⁶¹⁷ ».

Cette solution, consistant à voir dans le silence des textes une habilitation implicite n'est d'ailleurs en elle-même guère éloignée de la reconnaissance d'un pouvoir implicite, puisqu'elle autorise le pouvoir réglementaire à prendre l'ensemble des mesures nécessaires, y compris celles relevant du législateur, pour l'application

616. CE, 10 juin 1998, *Association pour la protection de l'environnement et le développement économique de l'île d'Oléron* « Oléron environnement et développement », *Rec.*, tables, p. 683.

617. J.-F. LACHAUME, note sous CE, 10 juin 1998, *Association pour la protection de l'environnement et le développement économique de l'île d'Oléron* « Oléron environnement et développement », *RFDA*, 1998, pp. 1157-1164.

de ce texte. Il y a bien là une prise en compte de la mission confiée, en termes généraux, au Gouvernement, au détriment des règles de compétence.

La légalité des contraintes imposées par le pouvoir réglementaire aux signataires de conventions relatives au droit de passage dû par les passagers de véhicules empruntant un ouvrage d'art reliant le continent à une île maritime a ainsi justifié une extension de la compétence de ce pouvoir. L'article L. 173-3 du Code de la voirie routière prévoit notamment que le produit de cette taxe « est destiné, sur les îles concernées, au financement exclusif de mesures de protection et de gestion des espaces naturels, dans le cadre d'une convention conclue entre le représentant de l'État dans le département, le conseil général et les communes et les groupements de communes insulaires ». Invité par le législateur à préciser les modalités d'application de cet article, le Gouvernement a défini les conditions d'utilisation du produit de ce droit de passage. Bien que les raisons conduisant le juge à admettre que les mesures prises respectent l'habilitation prévue ne soient pas exposées, il nous semble que leur justification réside dans la volonté de garantir l'efficacité de l'objectif imposé par le législateur.

Les contraintes imposées par le Gouvernement poursuivent en effet un double objectif. En premier lieu, tant l'intégration du produit de la taxe à un compte budgétaire spécifique que la définition contractuelle, en cas de versement à un organisme tiers, des conditions d'utilisation de l'argent perçu permettent de veiller à l'affectation exclusive des droits perçus à une politique de protection des espaces naturels. Cette politique doit, en second lieu, être cohérente. Pour garantir cette cohérence, le Gouvernement a pu imposer une obligation de versement à l'établissement public en charge du parc naturel ou de la réserve naturelle dès lors que les espaces naturels visés par la convention font l'objet d'un tel classement. La compatibilité imposée entre les mesures financées par les communes grâce au produit de cette taxe et les programmes d'aménagement ou plan de gestion des espaces naturels paraît également imposée par cet objectif.

Cette intervention du pouvoir réglementaire dans le domaine de la loi méconnaît cependant la répartition des compétences opérée par le constituant. Ceci explique vraisemblablement que cette solution ait été limitée avant d'être maintenant apparemment abandonnée.

B. Une extension limitée

« Notion discutable pour l'application des lois, « l'habilitation législative » devrait voir son utilisation restreinte... aux renvois législatifs inconstitutionnels pour incompétence négative⁶¹⁸ » La portée de l'habilitation est en effet le plus souvent très réduite. Hors l'hypothèse de l'écran législatif, c'est-à-dire lorsqu'il existe « une base législative permettant de déplacer la frontière entre la loi et le règlement⁶¹⁹ », le juge se refuse à admettre qu'un décret puisse empiéter sur le domaine de la loi. N. BOULOUIS estime en effet que le juge refuse « qu'un renvoi général autorise le pouvoir réglementaire à empiéter sur les compétences du législateur⁶²⁰ ». Certes, ainsi que nous l'avons vu précédemment, l'« habilitation » du législateur peut être interprétée très largement.

Il nous semble à cet égard que l'arrêt *Oléron environnement et développement* en témoigne, et ce alors même que la loi se contentait d'un renvoi général. Le juge considère alors que la nécessité de l'intervention du pouvoir réglementaire justifie son immixtion dans le domaine législatif, et interprète alors le renvoi à un décret comme permettant implicitement cette extension. Il faut néanmoins pour cela qu'existe une réelle dépendance entre la loi et les mesures prises pour son application.

C'est ce qui ressort notamment d'un arrêt d'Assemblée du 16 décembre 1988, *Association des pêcheurs aux filets et engins Garonne, Isle et Dordogne maritimes*⁶²¹. Une loi du 29 juin 1984 impose aux personnes désireuses d'exercer la pêche à titre professionnel l'adhésion à une association agréée de pêcheurs professionnels. Un décret du 11 décembre 1985 pris pour son application soumet cette adhésion à un certain nombre de conditions. Après avoir rappelé le partage de compétences opéré par la Constitution de 1958, et notamment la compétence du législateur relative au « libre accès à l'exercice [...] de toute activité professionnelle », le juge va limiter le pouvoir réglementaire à l'édiction des « limitations [...] qui découlent des dispositions [...] de la loi ».

618. N. BOULOUIS, « Sur une notion discutable : l'édiction des mesures d'application des lois en vertu « d'habilitations législatives » », in *Juger l'administration, administrer la justice : Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris : Dalloz, 2007, p. 123.

619. A. COURRÈGES, « La réglementation des lieux de vie et d'accueil des jeunes en souffrance », concl. sur CE, 21 novembre 2008, *RFDA*, 2009, p. 153.

620. N. BOULOUIS, « Sur une notion discutable : l'édiction des mesures d'application des lois en vertu « d'habilitations législatives » », art. préc., p. 117.

621. *Rec.*, p. 447.

Les conditions imposées par le décret sont donc examinées au regard de la loi du 29 juin 1984. Les conditions de majorité et de capacité⁶²² sont ainsi annulées car non prévues par la loi. À l'inverse, deux conditions sont maintenues, et doivent par conséquent être considérées comme « découl[ant] » de la loi. La première impose une activité de pêche en eau douce ou un revenu tiré de cette activité égalant au moins la moitié du temps de travail ou des revenus professionnels, la seconde l'affiliation au régime de protection sociale des travailleurs agricoles en la qualité de pêcheur professionnel. La première ne fait selon le juge « que préciser la notion de travail à temps plein ou à temps partiel figurant dans la loi », la seconde est quant à elle « une conséquence nécessaire de la pratique de la pêche à titre professionnel ». Cette solution paraît difficilement contestable. Néanmoins, il est permis de considérer que si la fixation d'un seuil minimal d'activité ou de revenus découle effectivement directement de la loi⁶²³, le gouvernement conserve un certain pouvoir d'appréciation : rien n'indiquait dans la loi que ce seuil devait être considéré comme étant égal à la moitié.

Cette forme d'habilitation implicite semble avoir été écartée expressément par le Conseil d'État dans un arrêt de section *Fédération de l'hospitalisation privée*, rendu le 18 juillet 2008⁶²⁴. Il y précise en effet que « la circonstance que la loi ait renvoyé au décret le soin de définir ses modalités ou ses conditions d'application n'a ni pour objet ni pour effet d'habiliter le pouvoir réglementaire à intervenir dans le domaine de la loi pour définir ces éléments ». Cet arrêt hypothèque ainsi très sérieusement le devenir de la compétence implicite du gouvernement permettant son intervention dans le domaine législatif.

Les cas d'extension du pouvoir réglementaire témoignant d'une mise en œuvre de la théorie des pouvoirs implicites sont difficiles à identifier. Le plus souvent, ils se confondent en effet avec une interprétation du texte au regard des objectifs fixés par

622. Les candidats à l'adhésion doivent « justifier de la capacité professionnelle requise, résultant soit de la pratique de la pêche en eau douce à titre professionnel pendant une durée minimum de trois ans, soit de la possession d'un brevet de capacité délivré dans les conditions définies par arrêté conjoint du ministre chargé de la pêche en eau douce et du ministre de l'agriculture ». (Art. 3, al. 4 du décret 85-1316 du 11 décembre 1985 relatif à la pêche en eau douce pratiquée par des professionnels.)

623. Bien que cela ne soit pas évoqué dans l'arrêt, il est même possible d'estimer qu'un tel seuil apparaît nécessaire.

624. *Rec.*, p. 290, concl. L. DEREPAS ; *AJDA*, 2008, p. 1812, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; *RDSS*, n° 5, 2008, p. 966, obs. D. CRISTOL.

le législateur et ce d'autant plus facilement que les termes mêmes de l'habilitation du Gouvernement sont le plus souvent très larges. Le juge semble ainsi hésiter à recourir à la théorie des pouvoirs implicites quand le texte lui-même peut être entendu comme incluant expressément les pouvoirs confiés. Cette réticence apparaît également à l'étude des pouvoirs reconnus afin de garantir l'efficacité des missions expressément attribuées.

Section 2. L'admission relative des pouvoirs fondés sur l'efficacité des missions expressément attribuées

L'impératif d'efficacité des missions gouverne la reconnaissance des pouvoirs implicites. En dehors des cas déjà évoqués, le Conseil d'État semble toutefois réticent à admettre de tels pouvoirs. La jurisprudence administrative témoigne ainsi d'une extension restreinte des pouvoirs sur ce seul fondement **(II)**. Le juge administratif a par ailleurs infirmé l'idée que les missions dévolues aux ordres professionnels pouvaient à elles seules justifier l'existence d'un pouvoir réglementaire **(I)**.

I. Le refus relatif de reconnaître un pouvoir réglementaire au profit des ordres professionnels

Les ordres professionnels soulèvent avec acuité la question de la portée des théories institutionnelles. Le juge, loin d'étendre les pouvoirs des instances nationales des ordres professionnels, leur refuse au contraire le pouvoir de définir les règles relatives à la profession si celui-ci n'est pas inscrit dans les textes **(A)**. De la même manière, le Conseil d'État semble s'appuyer sur la mission de ces ordres pour limiter ce pouvoir, lorsqu'il résulte d'une disposition expresse, à ce qui est nécessaire pour son accomplissement. Il convient par ailleurs de souligner que si les termes employés par la jurisprudence laissent entrevoir la possibilité d'un élargissement des pouvoirs des ordres, cette reconnaissance reste en réalité cantonnée à ce qui est directement impliqué par les codes précisant les devoirs incombant à leurs membres **(B)**.

A. Un refus de principe de consacrer un pouvoir réglementaire sans habilitation expresse

Le juge administratif, en dépit d'un contexte favorable à l'émergence de pouvoirs implicites (1°), semble s'être toujours refusé à consacrer un principe selon lequel les ordres professionnels, et particulièrement leurs instances nationales, se verraient doter d'un pouvoir réglementaire « spécialisé⁶²⁵ » en vue de prendre les dispositions générales nécessaires à l'accomplissement de leur mission d'encadrement et de défense de l'exercice des professions concernées. À l'inverse, nous observons qu'une telle formule a été utilisée, non pour accroître, mais pour encadrer l'exercice des pouvoirs expressément accordés (2°).

1° Des conditions propices à l'émergence de pouvoirs implicites

Certaines conditions propices à l'émergence d'un pouvoir réglementaire implicite « institutionnel » semblent réunies dans le cadre des ordres professionnels. Les termes mêmes des lois instituant ces ordres incitent à voir en ceux-ci de véritables « institutions » : leur mission, définie en des termes clairs, ne peut qu'être identifiée à l'« idée d'œuvre à accomplir ». L'ordre des experts-comptables a ainsi pour mission « d'assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession qu'il représente⁶²⁶ ». Outre cette mission, les ordres médicaux « veillent au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la [profession qu'ils représentent] et à l'observation, par tous leurs membres, des devoirs professionnels, ainsi que des règles édictées par le code de déontologie⁶²⁷ ».

625. M. LASCOMBE, « Les ordres professionnels », *AJDA*, 1994, p. 857.

626. Art. 1^{er} de l'ordonnance n°45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable

627. Art. L. 4121-2 du Code de la santé publique pour les médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes. Cette mission est également attribuée en ce qui concerne les professions représentées par l'ordre à l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes (art. L. 4321-14 du Code de la santé publique) et à celui des pédicures-podologues (art. L. 4322-6 du même Code). À cet égard, l'ordre des infirmiers fait figure d'exception au sein des professions médicales, puisque la rédaction de sa mission apparaît légèrement différente : « veille[r] à maintenir les principes éthiques et à développer la compétence indispensable à l'exercice de la profession [, ainsi que de] contribue[r] à promouvoir la santé publique et la qualité des soins » (art. L. 4312-1 du Code de la santé publique).

De telles missions sont également attribuées à l'ordre des pharmaciens⁶²⁸ qui est par ailleurs « le défenseur de la légalité et de la moralité professionnelle⁶²⁹ ». Le conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts « assure le respect des lois et règlements qui régissent l'ordre et l'exercice de la profession de géomètre-expert [et] veille à la discipline et au perfectionnement professionnels⁶³⁰ ». Enfin, la mission du Conseil national des barreaux semble, *mutatis mutandis*, la même au regard de ses compétences⁶³¹.

La plupart des ordres se voient donc confier trois missions⁶³² : établir et veiller au respect des règles et principes d'exercice de la profession, organiser une formation afin de garantir aux professionnels un niveau de compétence suffisant et, enfin, défendre les intérêts de la profession, tant en justice qu'auprès des pouvoirs publics. Seule la première de ces missions semble toutefois pouvoir justifier de manière satisfaisante l'émergence de pouvoirs impliqués.

En effet, la défense des intérêts professionnels pourrait tout au plus être interprétée largement et permettre la saisine du juge sur ce fondement. Selon cette interprétation extensive, elle pourrait également imposer aux pouvoirs publics de recueillir l'avis des ordres professionnels. La seconde des missions ne pourrait constituer le fondement d'un développement des pouvoirs que dans deux cas : l'organisation de l'offre de formation accompagnée de la création de centres et l'institution d'une obligation de suivre une telle formation.

Cette dernière découlerait plutôt de la première attribution des ordres qui peut, quant à elle, fonder un accroissement de leurs pouvoirs et compétences. En effet, la définition de ces règles et principes applicables à la profession est susceptible de favoriser une telle émergence. Dès lors que l'ordre a pour mission de veiller au respect d'un certain nombre de principes, il est concevable qu'il soit à même de définir le contenu de ces principes. Ainsi, ceux-ci semblent distincts, en ce qui

628. « L'ordre national des pharmaciens a pour objet : 1° D'assurer le respect des devoirs professionnels ; 2° D'assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession ; 3° De veiller à la compétence des pharmaciens ; 4° De contribuer à promouvoir la santé publique et la qualité des soins, notamment la sécurité des actes professionnels. » (art. L. 4231-1 du Code de la santé publique.)

629. Art. L. 4132-2 du Code de la santé publique.

630. Art. 17 de la loi n° 46-942 du 7 mai 1946 instituant l'ordre des géomètres-experts.

631. L'article 21-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dispose ainsi, dans sa rédaction en vigueur, que le conseil unifie les règles et usages de la profession, peut se constituer partie civile en cas de préjudice à l'intérêt collectif de la profession et, enfin, organiser la formation continue.

632. M. LASCOMBE englobe ces trois missions au sein d'une mission de « garantie d'une certaine qualité de service » (« Les ordres professionnels », art. préc., p. 855).

concerne les professions médicales, des règles figurant dans le code de déontologie. L'analyse institutionnelle permettrait de justifier que les principes essentiels de la profession, les devoirs professionnels, puissent être définis par l'ordre lui-même. Ce n'est toutefois pas le cas, et le code de déontologie constitue la transcription de ces principes et devoirs sous forme de règles s'imposant à l'ensemble de la profession.

2° L'utilisation de l'implication nécessaire pour limiter le pouvoir expressément accordé

La rédaction de ces codes est soumise à deux procédures différentes selon les ordres : ou bien ce dernier est chargé de préparer lui-même ce code qui sera ensuite soumis pour avis au Conseil d'État avant de faire l'objet d'un décret⁶³³, ou bien l'ordre est consulté pour avis sur un projet de décret en Conseil d'État⁶³⁴. Les ordres professionnels sont donc associés, de manière plus ou moins étroite, à l'élaboration des règles relatives à l'exercice de la profession⁶³⁵. Il nous semble que les différents conseils peuvent, à cet égard, accomplir leur mission. Cependant, ils ne sauraient être considérés comme titulaires d'un pouvoir réglementaire. Ainsi que le rappelle B. FAURE : « il est de solution classique que, si leur code de déontologie est « préparé » par l'ordre, c'est, en revanche, le Gouvernement qui a reçu de la loi la compétence normative pour « l'édicter »⁶³⁶. » Il peut néanmoins subsister quelques imprécisions : ainsi, le Code rural et de la pêche maritime recèle une disposition assez étonnante : l'article L. 241-12 prévoit en effet que les élèves des écoles vétérinaires françaises « doivent observer les règlements pris par le conseil supérieur de l'ordre des vétérinaires et notamment le code de déontologie », alors même que l'article L. 242-3 dispose que le « code de déontologie est édicté par décret en Conseil d'État, après avis du conseil supérieur de l'ordre des vétérinaires⁶³⁷ ». Il nous semble toutefois, hormis de rares

633. Médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes (art. L. 4127-1 du Code de la santé publique) ; pharmaciens (art. L. 4235-1 du Code de la santé publique) ; infirmiers (art. L. 4312-1 du Code de la santé publique) ; experts-comptables (art. 7, 1° du décret n°97-586 du 30 mai 1997 relatif au fonctionnement des instances ordinales des experts-comptables).

634. Géomètres-experts (art. 6 de la loi n°46-942 du 7 mai 1946 instituant l'ordre des géomètres-experts) ; architectes (art. 19 de la loi n°77-2 du 3 Janvier 1977 sur l'architecture) ; vétérinaires (art. L. 242-3 du Code rural et de la pêche maritime) ; masseurs-kinésithérapeutes (art. L. 4321-1 du Code de la santé publique) ; pédicures-podologues (art. L. 4322-14 du Code de la santé publique).

635. « Sauf rares exceptions, il ne reste plus guère [aux ordres] qu'un droit d'initiative et donc qu'une participation au processus réglementaire. » (M. LASCOMBE, « Les ordres professionnels », art. préc., p. 858.)

636. B. FAURE, « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2006, n° 19, p. 121.

637. Il est cependant vrai que l'ordre des vétérinaires jouissait auparavant d'un véritable pouvoir réglementaire, à l'inverse d'autres ordres, puisque l'article 4 du décret 63-67 du 25 janvier 1963 disposait : « le conseil supérieur de l'ordre prend tous règlements relatifs à la discipline de la profession. [...] Ces [...] règlements deviennent exécutoires deux mois après leur dépôt au ministère

cas tel le pouvoir reconnu au Conseil national des barreaux, que le pouvoir réglementaire des ordres professionnels en matière de déontologie semble maintenant généralement écarté tant par les textes que par la jurisprudence.

À cet égard, les arrêts relatifs à l'existence d'un pouvoir réglementaire reconnu aux ordres professionnels pour accomplir les missions attribuées par le législateur ont parfois été assez ambigus. L'arrêt rendu par l'assemblée du Conseil d'État le 29 juillet 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts comptables brevetés par l'État*⁶³⁸, qui semble reconnaître un pouvoir réglementaire au Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables demande ainsi une relecture attentive. L'article 37, 11° de l'ordonnance du 19 septembre 1945 dispose, dans sa rédaction initiale, que le conseil supérieur a seule qualité pour « établir le code des devoirs professionnels et le règlement intérieur de l'ordre, qui sont soumis à l'agrément du ministre de l'Économie nationale⁶³⁹ ». Ce code sera approuvé les 7 et 21 août 1946. L'article 20 C prévoit que les membres de l'ordre ne pourront, exceptés les recours réglementaires, introduire une réclamation ou effectuer quelque démarche que ce soit à propos de faits professionnels en dehors des voies ordinaires et juridictionnelles. Le Comité de défense des libertés professionnelles des experts comptables brevetés par l'État introduit une demande visant à l'annulation de cet article auprès du ministre de l'Éducation nationale. Devant son silence, le Comité se tourne vers le Conseil d'État afin que celui-ci annule la décision implicite du ministre. Le juge va faire droit à cette requête, estimant que « les dispositions litigieuses ont excédé les limites des sujétions que le Conseil supérieur de l'ordre peut légalement imposer à ses membres ». L'intérêt de l'arrêt se situe dans son premier considérant : « les signataires de [l']ordonnance, qui a entendu confier aux autorités de l'ordre [...] la mission d'assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance des professions qu'il représente, ont entendu attribuer auxdites autorités l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de cette mission ».

Une telle formulation rappelle le mécanisme de l'implication nécessaire, en paraissant étendre les pouvoirs de l'ordre. En outre, cette solution semble pouvoir être étendue aux autres organisations professionnelles⁶⁴⁰. Il s'agit donc ici de déterminer si le Conseil d'État

de l'agriculture et sauf opposition du ministre ». L'article L. 241-12 ne constitue donc vraisemblablement qu'une scorie.

638. *Rec.*, p. 492.

639. L'article 74 de la même ordonnance précise que ce code devra être adopté dans les six mois, et soumet également ce dernier à l'agrément du ministre de l'Éducation nationale.

640. Le commissaire du gouvernement ODENT le soulignait : « La solution que vous adopterez quant à l'étendue des pouvoirs réglementaires du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables aura

reconnaît un pouvoir réglementaire, auquel cas un tel pouvoir pourrait vraisemblablement être confié à l'ensemble des organisations professionnelles⁶⁴¹ ou si, le pouvoir de prendre des mesures réglementaires étant déjà accordé par les textes, le Conseil d'État ne fait que dégager la compétence encadrant ce pouvoir, en soumettant ce pouvoir au respect de la mission confiée.

Plusieurs éléments incitent à penser qu'il ne faut voir là qu'une appréciation des compétences du Conseil supérieur de l'ordre. Tout d'abord, cette autorité n'est pas uniquement chargée de préparer un code qui fera ensuite l'objet d'un décret. La procédure de l'agrément, en cela, ne permet pas une substitution d'auteur : le Conseil reste l'auteur du code. À cet égard, il est bien titulaire d'un pouvoir réglementaire⁶⁴², car, ainsi que le soulignait notamment M. WALINE, « il reste que l'autorité ministérielle ne conserve que la « *faculté d'empêcher* », et que c'est le Conseil de l'ordre qui a la « *faculté de statuer* »⁶⁴³ ». Ce pouvoir n'est cependant que très peu encadré par les textes, puisque seul son objet apparaît clairement : l'édiction des règles relatives à l'exercice de la profession. Le Conseil d'État est donc amené à préciser l'étendue de ce pouvoir : « les sujétions imposées par lui à ses membres ne peuvent être tenues pour légales que dans le cas et dans la mesure où les restrictions qu'elles assignent à ces libertés dérivent nécessairement des obligations qui incombent à l'ordre et des mesures qu'impliquent ces obligations ». Cela paraît devoir s'entendre ainsi : si les autorités ont confié des pouvoirs très vastes aux ordres, ceux-ci ne les ont reçus qu'en vue de l'accomplissement de la mission confiée. Aussi, seules les mesures nécessaires⁶⁴⁴ à l'accomplissement de cette mission seront considérées comme légales⁶⁴⁵.

Il semble ainsi que cet arrêt, loin d'étendre les compétences ou les pouvoirs des ordres professionnels, précise en réalité l'exercice des pouvoirs déjà confiés, en dépit

donc une portée générale : elle vaudra, toutes choses égales d'ailleurs, pour les organismes équivalents des autres ordres professionnels. » (Concl. sous l'arrêt, *RDP*, 1951, p. 224.)

641. En effet, les missions confiées, ainsi que nous l'avons vu, sont très proches et il semble aller de soi que les auteurs du texte ont toujours entendu attribuer à ces autorités les moyens nécessaires à l'accomplissement de cette mission.

642. Sauf à imaginer que le code des devoirs professionnels ne soit qu'un ensemble de conseils de conduite sans portée obligatoire. Cela ne semble cependant guère probable.

643. Note sous l'arrêt, *RDP*, 1951, p. 212.

644. Mais également toutes les mesures nécessaires : le juge a par exemple été conduit à admettre la légalité des dispositions d'un arrêté restreignant le secret professionnel, en raison du fait qu'elles étaient « la conséquence nécessaire des dispositions législatives conférant à l'ordre, dans l'intérêt de la clientèle et dans l'intérêt général, une mission générale de surveillance de la profession » (CE, sect., 31 mars 2003, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable Fiducial, Rec.*, p. 155).

645. Cette solution avait d'ailleurs déjà été mise en œuvre à l'égard des comités d'organisations professionnelles. Le Conseil d'État, à l'occasion d'un arrêt du 23 juillet 1947, *Thévenin (Rec.)*, p. 331) avait en effet affirmé que ceux-ci ne pouvaient « imposer [...] que les obligations nécessaires au respect et à l'efficacité des règles tracées ».

d'une formulation pouvant laisser croire à la reconnaissance d'un pouvoir ordinal implicite.

Le recours à la nécessité a également été utilisé pour limiter le pouvoir de déterminer les clauses essentielles des contrats d'association de médecins. C'est ce qui ressort d'un arrêt du Conseil d'État du 14 février 1969, *Association syndicale nationale des médecins exerçant en groupe ou en équipe*. Le recours de cette association, dirigé à l'encontre des contrats-types rédigés par le Conseil national de l'ordre des médecins à destination des praticiens désireux d'exercer en équipe, va être l'occasion pour le juge d'admettre l'existence d'un pouvoir réglementaire spécifique, qu'il va cependant strictement encadrer. Le requérant estime d'une part, que le Conseil national de l'ordre n'était pas compétent pour adopter de tels contrats et, d'autre part, qu'un certain nombre des clauses de ces contrats méconnaissent la liberté contractuelle. Le Conseil d'État va apporter à ces problèmes une réponse particulièrement détaillée.

Sa compréhension nécessite d'abord que soient rappelés les termes de l'article 71 du code de déontologie, édicté par un décret du 28 novembre 1955, qui dispose en son alinéa 2 : « Les contrats [d'association ou de société entre médecins] doivent être communiqués au conseil départemental de l'ordre qui vérifie leur conformité avec les principes du présent code, ainsi que, s'il en existe, avec les clauses essentielles des contrats-types établis par le Conseil national. »

Le juge va en premier lieu opérer une distinction entre les clauses qualifiées d'essentielles par le Conseil national de l'ordre et les autres clauses, qui ne doivent être considérées que comme un « guide » non-contraignant à destination des médecins. Ces autres clauses n'étant pas obligatoires, elles ne sont pas susceptibles d'être déférées au juge de l'excès de pouvoir. Les clauses déclarées essentielles, quant à elles, « présentent le caractère de décisions réglementaires ». Un pouvoir réglementaire attribué au Conseil national de l'ordre est donc déduit du code de déontologie. Cette reconnaissance est directement fondée sur l'examen de conformité des contrats aux clauses essentielles prévu par ce code et ne soulève aucune difficulté. Le caractère implicite de ce pouvoir paraît même contestable. Il semble néanmoins que le Conseil d'État, s'il déclare les clauses essentielles obligatoires, censure l'ensemble de celles qui auraient imposé aux médecins des stipulations qui ne seraient pas directement impliquées par les principes énoncés dans le code de déontologie. Ainsi, en reconnaissant un pouvoir réglementaire au Conseil

national de l'ordre, le juge va modifier très subtilement le sens de l'habilitation prévue par le code de déontologie.

Cette habilitation prévoyait que le Conseil pouvait qualifier certaines clauses d'essentielles. Celui-ci devait ensuite vérifier que les contrats transmis y étaient conformes. Le Conseil d'État va logiquement interpréter cette habilitation comme conférant la possibilité pour le Conseil national de l'ordre d'édicter des clauses obligatoires, autrement dit des clauses devant impérativement être insérées dans les contrats d'association ou de société. Aucun choix n'est alors possible pour les contractants. Toutefois, le Conseil d'État limite aussitôt ce pouvoir réglementaire à la seule transcription, au sein du contrat, des principes découlant du code de déontologie ou, plus généralement, au respect des règles de droit applicables à ce type de contrat⁶⁴⁶. C'est-à-dire des règles que les médecins désireux de s'associer n'auraient quoi qu'il en soit pas pu méconnaître.

Un dernier élément mérite l'attention : l'article 71 du code de déontologie précité prévoyait que le Conseil national de l'ordre des médecins contrôlait la conformité des contrats avec les principes de ce code mais également avec les clauses essentielles. Il aurait pu être déduit de cette distinction que les clauses essentielles pouvaient porter sur des points différents de ceux évoqués dans le code. En réduisant les clauses essentielles possibles aux clauses impliquées par le code, le Conseil d'État réduit par là même le contrôle du Conseil national de l'ordre ou, plutôt, permet l'établissement d'un contrôle préventif sur les contrats d'association entre médecins.

C'est là vraisemblablement ce qu'a voulu le Conseil d'État. Le contrôle opéré par le Conseil d'État sur les clauses essentielles permet d'éviter un contentieux, qui aurait pu se révéler fourni quant au contrôle de compatibilité effectué par les conseils départementaux de l'ordre sur chaque contrat. Le caractère obligatoire des clauses essentielles joue en ce sens, puisque le contrôle préalable du juge sur celles-ci leur évitera d'être contestées ; par ailleurs, les médecins désireux de s'associer en équipe n'auront aucune marge de manœuvre quant à l'insertion de ces clauses dans leur contrat⁶⁴⁷. La conséquence de ce

646. Les clauses déclarées essentielles maintenues sont en effet l'article 3, qui précise « les conditions d'application de certaines règles posées par le décret du 28 novembre 1955 portant code de déontologie médicale » ; l'article 7, qui laisse « à la charge des intéressés leurs obligations fiscales » ; les trois premiers alinéas de l'article 10, par lesquels « le Conseil national s'est borné à tirer les conséquences de la nature même de l'association conclue » et enfin l'article 22 qui, en demandant aux médecins d'affirmer l'absence de contre-lettre relative au contrat, permet d'assurer l'effectivité du contrôle opéré sur le respect des principes du code de déontologie.

647. Le fait que les clauses essentielles sont relatives au respect des principes énoncés dans le code de déontologie opère ainsi une autre limitation : les médecins ne peuvent choisir les termes de leur contrat permettant de respecter les principes du code de déontologie, lorsque ceux-ci font déjà l'objet de clauses obligatoires.

caractère obligatoire, la limitation des clauses essentielles aux seules clauses découlant directement du code de déontologie ou du droit des contrats, est donc la limitation du pouvoir accordé initialement au Conseil national.

Il convient de s'intéresser à la raison invoquée par le Conseil d'État pour limiter le champ des clauses essentielles. Le Conseil d'État fonde le pouvoir de déterminer les clauses essentielles des contrats-types sur l'article L. 382 du Code de la santé publique⁶⁴⁸. En insistant sur les missions attribuées à l'ordre des médecins et en les reliant aux pouvoirs expressément accordés, le juge va limiter ces mêmes pouvoirs. Il s'agit là, selon nous, d'une utilisation assez intéressante des pouvoirs implicites : une mission a été confiée à l'ordre ; par conséquent, les pouvoirs accordés l'ont été pour accomplir cette mission et doivent se limiter à ce qui est nécessaire à sa mise en œuvre⁶⁴⁹.

La limite apportée au pouvoir des ordres professionnels reste d'actualité, bien que la formulation des arrêts ait été affinée et soit maintenant dépourvue d'ambiguïté. Un arrêt du 17 novembre 2004⁶⁵⁰, venu préciser le pouvoir réglementaire du Conseil national des barreaux, a, d'une part, explicitement fondé celui-ci sur les dispositions modifiées de la loi du 31 décembre 1971⁶⁵¹ et, d'autre part, limité la compétence du Conseil à l'unification « des règles et usages des barreaux », dans le respect des « droits et libertés qui appartiennent aux avocats et dans les règles essentielles de l'exercice de la profession ».

Le juge va en outre être amené à confirmer l'absence de pouvoir réglementaire des conseils de l'ordre à moins qu'un texte ne leur l'ait confié de façon explicite. Ce pouvoir a ainsi été expressément dénié au Conseil national de l'ordre des pharmaciens, dans un arrêt du 31 janvier 1969⁶⁵². En l'espèce, le Conseil avait, par une décision du 14 octobre 1963, édicté certaines règles applicables aux locaux destinés à l'exploitation des officines. Il

648. « L'ordre des médecins veille au maintien des principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine et à l'observation, par tous ses membres, des devoirs professionnels, ainsi que des règles édictées par le code de déontologie prévu à l'article L. 366 du présent titre ».

649. Les articles 5, 6 et 8 sont ainsi annulés notamment parce qu'ils « rendent obligatoires des modalités de rémunération qui ne sont pas les seules compatibles avec l'exercice de la profession médicale » ; le dernier alinéa de l'article 10 l'est également en raison du fait qu'il établit une obligation qui « ne correspond ni aux règles imposées par le code de déontologie, ni aux exigences propres à l'exercice de la profession médicale ».

650. *SEL Landwell et associés et Société d'avocats Ey Law, Rec.*, p. 427 ; *AJDA*, 2005, p. 319, note J.-M. PONTIER.

651. Notamment l'article 21-1, modifié par la loi du 11 février 2004 : « Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, le Conseil national des barreaux unifie par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat. »

652. *Union nationale des grandes pharmacies de France, Rec.*, p. 54 ; *D.*, 1969, pp. 360-364, note M. GUIBAL.

fondait la légalité de cette décision sur l'article 538 du Code de la santé publique qui fait de lui le « défenseur de la légalité et de la morale professionnelle ». Les dispositions invoquées étaient donc très proches de celles justifiant le pouvoir réglementaire du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables. Une différence de taille doit néanmoins être relevée : le code de déontologie, s'il avait été rédigé par le Conseil national de l'ordre, avait ensuite été fixé par le décret du 25 juin 1953. Le Conseil national de l'ordre n'en était donc juridiquement pas l'auteur, mais avait seulement été associé à sa rédaction⁶⁵³. Cela a vraisemblablement conduit le Conseil d'État à refusé de lui reconnaître « le pouvoir de fixer seul les conditions de portée générale auxquelles doivent satisfaire, pour l'exercice de la profession, les locaux destinés à l'exploitation des officines de pharmacie ». Cet arrêt implique que, contrairement à ce qu'aurait pu laisser penser une interprétation large de l'arrêt *Comité de défense des libertés professionnelles des experts comptables brevetés par l'État*, le juge refuse de reconnaître aux instances nationales des ordres professionnels un pouvoir réglementaire fondé uniquement sur les missions attribuées. Le juge prend en effet soin de relever que ce pouvoir est exclu parce qu'aucun texte, et non le seul texte énumérant les attributions du Conseil national, ne l'a accordé⁶⁵⁴.

B. La reconnaissance très restreinte de pouvoirs et compétences implicites au bénéfice des instances ordinales

Le Conseil d'État se refuse à reconnaître aux conseils nationaux des ordres professionnels des pouvoirs qui seraient fondés directement sur les missions dévolues tant à ces conseils qu'aux ordres eux-mêmes. Pourtant, l'étude de la jurisprudence fait apparaître que le Conseil d'État a parfois été amené à admettre l'existence d'un pouvoir réglementaire dans le cadre de la mise en œuvre du code de déontologie. Si le Conseil d'État refuse la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire portant sur l'ensemble des affaires susceptibles d'intéresser l'ordre, il n'exclut pas que celui-ci puisse, ponctuellement, être amené à prendre des mesures réglementaires précises.

653. En outre, il convient de noter que la loi n° 66-796 du 27 octobre 1966 ajoutera un article L. 538-1 au Code de la santé publique, disposant que le code, après avoir été préparé par le Conseil national de l'ordre, est « édicté sous la forme d'un règlement d'administration publique ».

654. « Ni [l'article 358 du Code de la santé publique], ni le décret du 25 juin 1953 qui a approuvé le code de déontologie [...], ni aucun autre texte législatif ou réglementaire n'ont attribué au Conseil national de l'ordre des pharmaciens [ce] pouvoir. »

Il faut cependant souligner que la jurisprudence du Conseil d'État n'apparaît pas toujours aussi restrictive. Le juge, sans véritablement consacrer une extension des pouvoirs et compétences, emploie une formulation large, témoignant de la possibilité de reconnaître des pouvoirs implicites. À plusieurs reprises, le juge a en effet souligné que les conseils départementaux de l'ordre des chirurgiens-dentistes et de l'ordre des médecins avaient le « pouvoir de prendre les mesures nécessaires à la permanence des soins⁶⁵⁵ ». Ce pouvoir trouve son fondement dans la mission des ordres de veiller au respect des règles énoncées par le code de déontologie, qui prévoit notamment cette permanence. La formule employée dans un arrêt de 2003⁶⁵⁶ fait ainsi directement écho à celle des arrêts relatifs au pouvoir du chef de service : le Conseil d'État considère en effet que l'ordre des médecins a reçu du législateur « la mission de définir les modalités d'organisation du service de garde ». Ce point ne doit cependant pas être exagéré outre mesure. En premier lieu, ces arrêts consacrent en réalité un pouvoir assez peu étendu, puisqu'il ne peut porter que sur la mise en place du tableau des gardes, directement déduite du pouvoir d'accorder des exemptions au service de garde. En second lieu, ce pouvoir a fait l'objet d'une importante limitation dans un arrêt du 6 novembre 2000⁶⁵⁷, puisque le Conseil d'État a précisé que « les dispositions précitées de l'article L. 382 du Code de la santé publique ne lui confèrent pas le pouvoir de décider d'exemptions au service de garde par des règles présentant un caractère général⁶⁵⁸ ».

Le juge administratif refuse aux ordres l'exercice d'un pouvoir réglementaire qui ne pourrait être rattaché étroitement à une disposition législative. Si le juge semble moins réticent à admettre un certain nombre de compétences en vue de garantir l'efficacité d'une mission expressément attribuée, cette exigence se retrouve dans l'ensemble des cas où le juge ne peut lier le pouvoir à un texte, à travers la spécificité des compétences reconnues sur ce fondement.

655. CE, 8 novembre 1993, *M. Renard*, *Rec.*, tables, p. 560 ; *JCP*, 1994, IV, n° 122, obs. M.-C. Rouault. Voir aussi CE, 19 février 2003, *M. Grégoire X.*, inédit, req. n° 241198.

656. *M. Grégoire X.*, préc.

657. CE, *M. Hamda X.*, inédit, req. n° 191156.

658. Et ce, bien que l'arrêt évoque également le « pouvoir de définir les modalités d'organisation du service de garde ».

II. La reconnaissance ponctuelle de pouvoirs implicites en vue de garantir l'efficacité d'une mission expressément attribuée

Les pouvoirs implicites reconnus dans cette intention paraissent limités pour deux raisons. D'une part, les pouvoirs reconnus répondent à un objet très spécifique (A). D'autre part, la généralité de la compétence attribuée aux collectivités locales permet au juge d'éviter le recours aux pouvoirs implicites (B).

A. L'octroi de compétences spécifiques au regard de la mission dévolue à une autorité

Les pouvoirs attribués à une autorité sont de manière générale appréciés strictement au regard de la mission qui lui a été confiée. Le Conseil d'État a cependant parfois été amené à les étendre dès lors qu'ils se révélaient nécessaires à la poursuite de cette mission. Si l'on excepte le pouvoir d'organisation du chef de service, cette reconnaissance apparaît cependant dans la plupart des cas extrêmement circonscrite. Bien que le recours aux pouvoirs implicites fournisse une argumentation puissante au soutien d'une extension des pouvoirs accordés expressément, force est de constater que le juge n'en fait le plus souvent qu'une application parcimonieuse.

Certains des cas déjà étudiés en témoignent. L'ampleur de la compétence reconnue est ainsi restreinte lorsque le juge admet que l'inspecteur du travail peut être amené à définir les pouvoirs du comité spécial d'hygiène et de sécurité et à lui accorder tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa mission⁶⁵⁹. En effet, le juge encadre à deux reprises ce pouvoir. Tout d'abord, il précise que l'inspecteur du travail ne peut « modifier les attributions [du] comité ». Ensuite, et assez classiquement, il limite ce développement à sa nécessité pour l'accomplissement de la mission. Il faut probablement en déduire que si l'inspecteur peut préciser les pouvoirs du comité, ceux-ci doivent participer à la réalisation de la mission interprétée strictement par le juge.

L'arrêt *Borloo*⁶⁶⁰, s'il conduit sans doute à un élargissement des pouvoirs de contrôle de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, n'a également qu'une portée pratique limitée, puisqu'il ne concède qu'un simple pouvoir de vérification de l'origine des apports personnels déclarés pour le

659. CE, 13 mai 1983, *Ministre du Travail et de la Participation*, préc.

660. CE, 16 décembre 1992, préc.

financement d'une campagne politique. Cette reconnaissance vise uniquement à permettre à la Commission de se prononcer en toute connaissance de cause lorsqu'elle accepte ou rejette les comptes de campagne, et semble guidée par une logique d'efficacité du contrôle difficilement contestable. Si le juge justifie ce pouvoir par la mission dévolue à la Commission⁶⁶¹, celui-ci l'est également au regard du caractère contradictoire de la procédure amenant à la décision de la Commission, ainsi qu'à la portée de sa décision : celle-ci ne pouvant être accompagnée de réserves, il est vraisemblablement nécessaire que la Commission dispose de tous les éléments indispensables avant de pouvoir se prononcer.

Les pouvoirs du préfet dans certains domaines spécifiques ont été également étendus car cette extension apparaissait nécessaire au vu des objectifs fixés par la loi. C'est ce qui ressort notamment d'un arrêt du 25 juin 1937, *Barthes*. Alors que l'article 95 de la loi du 5 avril 1884 prévoit que le préfet ne peut qu'annuler ou suspendre l'exécution des arrêtés municipaux, cet arrêt accorde au préfet le droit de modifier les arrêtés relatifs à la taxation de la viande de boucherie. Pour G. MONSARRAT⁶⁶², ce pouvoir tient à deux éléments particuliers : tout d'abord, la possibilité accordée aux commerçants de porter devant le préfet les réclamations relatives à la taxation municipale de leurs produits, ensuite, les spécificités du secteur de la boucherie liée à un décret du 8 août 1935 : le préfet peut en effet, d'une part, fixer les prix maximaux et, d'autre part, contrôler « le prix de vente des morceaux qui ont fait l'objet de *l'arrêté préfectoral de taxation*⁶⁶³ ». G. MONSARRAT en tire une conclusion intéressante : « le préfet peut [...] modifier, dans le sens absolu de ce mot, l'arrêté municipal lorsqu'une loi spéciale a conféré à l'autorité préfectorale ce droit de modification, en l'investissant du droit de réglementer elle-même la matière qui fait l'objet dudit arrêté⁶⁶⁴ ».

Dans un arrêt du 5 juillet 1929, *Ministre du Travail*, le Conseil d'État va admettre un pouvoir de contrôle du nombre de visites effectuées par les délégués mineurs, alors même que la loi ne comporte aucune disposition le limitant. Le juge administratif s'appuie ici sur deux dispositions particulières : d'une part, l'article 154 du livre II du Code du travail, qui prévoit que les visites sont payées par l'État, d'autre part, la

661. « La mission impartie par la loi à la commission s'étend à la vérification de l'exactitude du montant déclaré des recettes perçues, selon leur origine respective ».

662. G. MONSARRAT, note sous CE, 25 juin 1937, *Barthes*, *D.*, 1938, III, pp. 9-10.

663. Art. 3 du décret du 8 août 1935, souligné par le commentateur.

664. Note préc., p. 10.

vérification de l'état mensuel des visites par les ingénieurs des mines et son arrêt par le préfet. Il déduit de ces deux dispositions qu'« il appartient aux ingénieurs des mines, au préfet, et, en cas de réclamation formulée par l'exploitant, au Conseil de préfecture, juge des contributions directes, d'empêcher que les sommes réclamées ne présentent un caractère abusif et de procéder à cet égard à toutes vérifications utiles quant aux visites qui servent de base à la rémunération des délégués mineurs ».

Si le Conseil d'État fonde sa décision sur une volonté de limiter la rémunération des délégués mineurs aux seules visites utiles et s'intéresse à la somme réclamée, le commissaire du gouvernement préfère insister sur la nature même du pouvoir et sur la pertinence des visites elles-mêmes⁶⁶⁵. Si le nombre de visites peut être fixé discrétionnairement par le délégué, cela ne doit pas empêcher que puisse s'appliquer un principe selon lequel « les droits les plus discrétionnaires et les plus absolus en apparence, portent leur limitation en eux-mêmes, dans leur spécialité, et dans le fait qu'ils ne sont concédés qu'en vue d'atteindre un but précis, et qu'ils ne s'exercent légitimement que dans le cas et dans la mesure où leur titulaire se propose d'atteindre ce but⁶⁶⁶ ». Il importe donc de limiter les visites aux seules visites nécessaires.

La création des services publics locaux ne peut quant à elle être considérée comme aussi limitée. C'est, selon nous, que la recherche de l'efficacité de la mission se double d'une compétence énoncée en des termes très généraux, permettant au juge, dans la plupart des cas, de fonder ce pouvoir sur cette clause, sans qu'il soit dans l'obligation de se référer à la nécessité au regard des missions attribuées.

B. La création des services publics locaux et la reconnaissance résiduelle de compétences implicites

« Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence⁶⁶⁷. » Une telle attribution est large et renvoie à une

665. Certes, il est évident que les sommes réclamées pour le paiement des visites ne seront abusives que si les visites le sont elles-mêmes. Pourtant, l'argumentation exposée par le Conseil d'État passe ce point sous silence, alors même que le commissaire du gouvernement faisait reposer sa solution sur l'utilité des visites.

666. LATOURNERIE, note sous CE, 5 juillet 1929, *Ministre du Travail*, RDP, 1931, p. 325.

667. Art. L. 1111-2 du Code général des collectivités territoriales. Il faut ici souligner que si la clause générale de compétence a été maintenue dans sa rédaction d'origine pour les communes, elle a été

définition plus précise des compétences des collectivités locales. En ce qui concerne les services publics locaux, cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que ceux-ci peuvent entrer en concurrence avec l'initiative privée et sont par là susceptibles d'entraîner une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Nous distinguerons ici entre la création de services publics nouveaux (1°) et la création de services accessoires à un service déjà existant (2°).

1° La création de nouveaux services publics locaux

La question se pose principalement à l'égard des services publics industriels et commerciaux, puisque ceux-ci sont normalement créés dans des domaines réservés à l'initiative privée. Par conséquent, leur création comporte toujours le risque d'une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Nous ne reprendrons ici que les grandes étapes de l'évolution de la position du juge administratif (a), avant d'en étudier les liens avec les pouvoirs implicites (b).

a) L'évolution de la jurisprudence

La compétence des collectivités territoriales pour créer des services publics en dehors des cas expressément prévus par la loi a tout d'abord été entendue strictement. L'arrêt *Casanova*⁶⁶⁸ l'admettait, mais la soumettait à la constatation de circonstances exceptionnelles, puis de « circonstances particulières de temps ou de lieu⁶⁶⁹ »(α). Cette jurisprudence sera progressivement adoucie par le biais d'une reconnaissance, puis d'une utilisation accrue des pouvoirs implicites (β).

atténuée et remplacée, avec la loi du 16 décembre 2010, par une « rédaction assez complexe » en ce qui concerne les conseils généraux et régionaux (J.-C. DOUENCE, « Chapitre trois – La création et la suppression des services publics locaux » in *Les services publics locaux, Encyclopédie des collectivités locales*, Paris, Dalloz, folio n° 6040, 2012, § 112) puisque si le conseil général « règle par ses délibérations les affaires du département dans les domaines de compétence que la loi lui attribue », le second alinéa de l'article L. 3211-1 précise qu'« il peut en outre, par délibération spécialement motivée, se saisir de tout objet d'intérêt départemental pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique ». Une telle rédaction, similaire à celle de l'article L. 4221-1 pour les régions, est assez embrouillée, puisqu'une interprétation logique permet de constater que le conseil général conserve une compétence de droit commun pour les affaires d'intérêt départemental. Une telle formulation interdit tout au plus l'intervention du département dans un domaine de compétences réservé à une autre collectivité, et donc l'exclut du bénéfice de la solution déduite de l'arrêt *Commune de Miramas* (CE, 11 octobre 1989, inédit, req. n° 89288). Pour B. FAURE, cet arrêt laissait en effet supposer que « la répartition expresse des compétences n'affecte pas systématiquement la clause générale des autres collectivités » puisque le Conseil d'État avait autorisé l'intervention de la commune « dans un domaine [*i.e.* l'aide sociale] pourtant globalement transféré aux départements » (*Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, op. cit.*, p. 73).

668. CE, 29 mars 1901, *Rec.*, p. 333 ; *S.*, 1901, III, p. 73, note M. HAURIOU ; *GAJA*, no 8, p. 50.

669. CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, Rec.*, p. 583 ; *RDP*, 1930, p. 530, concl. Josse ; *S.*, 1931, III, p. 73, concl., note Alibert.

a) Une compétence originellement circonstanciée

Par une délibération du 4 novembre 1897, le conseil municipal d'Olméto ouvre un crédit de 2 000 francs au profit d'un médecin chargé de soigner gratuitement et indistinctement les habitants de la commune, que ceux-ci soient pauvres ou aisés. Le Conseil d'État annule cette délibération, constatant que la commune accueille déjà deux médecins. Aucune circonstance exceptionnelle ne justifie par conséquent cette création. Cet arrêt précise donc la limite apportée à la création de services publics en vertu de la « clause générale de compétence⁶⁷⁰ ». Ce motif n'est cependant pas le seul à être évoqué. Le Conseil d'État relève par ailleurs que la création de ce cabinet municipal « n'a pas été prise en vue d'organiser l'assistance médicale gratuite des indigents », puis précise que le médecin était « chargé de soigner gratuitement tous les habitants pauvres ou riches indistinctement ». Ces précisions peuvent laisser croire qu'un tel service, destiné uniquement à apporter des soins aux déshérités, aurait pu alors être considéré comme légal, en vertu de la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale⁶⁷¹. Les dispositions de cette loi inciteraient pourtant à penser qu'elle l'écarte, du moins sous la forme prévue par les édiles. Le service d'assistance médicale prévu par cette loi apparaît ainsi comme étant d'une gratuité relative, puisque son article 2 prévoit que les communes peuvent, s'il y a lieu, se retourner contre les personnes chargées responsables de l'indigent notamment contre les membres de sa famille. Il semble également que le médecin ne puisse être considéré comme un salarié de la commune : en effet, outre la difficulté qu'il pourrait y avoir à évaluer précisément les frais engagés par la commune qu'elle pourrait être ensuite amenée à réclamer, l'article 26 précise que les dépenses des services d'assistance médicale comprennent les « honoraires » des médecins, ce qui pourrait indiquer que la loi prévoyait en réalité de préserver le caractère libéral de l'activité du médecin.

Il pourrait donc être possible de voir dans l'arrêt *Casanova* une extension implicite de la compétence de la commune, autorisée à créer un service médical purement gratuit réservé aux indigents et effectué par un médecin dont la rémunération serait fixe et ne correspondrait plus aux actes effectués. Une telle lecture reste cependant très largement hypothétique. Si le Conseil d'État écarte la loi

670. Art. 61 de la loi du 5 avril 1884 : « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune. »

671. L'article 1 de cette loi dispose : « Tout Français malade, privé de ressources, reçoit gratuitement de la commune, du département ou de l'État suivant son domicile de secours, l'assistance médicale à domicile, ou s'il y a impossibilité de le soigner utilement à domicile, dans un lieu hospitalier. »

de 1893 et relève le fait que le service acceptait tous les habitants de la commune sans distinction, cela ne suffit pas à établir avec certitude qu'un tel service aurait été déclaré légal s'il n'avait été érigé qu'à destination des plus démunis. Cette lecture de l'arrêt, pour incertaine qu'elle soit, pose cependant les deux possibilités de délimitation des pouvoirs que le juge doit préciser : la création de services publics locaux fondés sur la clause générale de compétence et celle que permet une extension des compétences explicitement attribuées.

À s'en tenir aux certitudes, l'arrêt *Casanova* n'autorise la création de services publics locaux qu'en cas de circonstance exceptionnelle. Cette jurisprudence sera affinée avec l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*⁶⁷². Cet arrêt intervient après que les décrets des 5 novembre et 28 décembre 1926 ont expressément autorisé la création de services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial⁶⁷³. Tant ces décrets⁶⁷⁴ que les motifs exposés par le Gouvernement⁶⁷⁵ tendaient à montrer la volonté du pouvoir exécutif d'accorder de larges pouvoirs aux communes en ce domaine. Pourtant, cet arrêt ne fait qu'atténuer la limitation de la compétence de créer des services publics locaux, sans pour autant la faire disparaître⁶⁷⁶. En effet, le Conseil d'État va soumettre cette création à l'existence d'un « intérêt public », découlant de « circonstances particulières de temps ou de lieu ». Le juge se livre ici à une interprétation très restrictive des possibilités offertes par ces décrets.

672. CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, préc.

673. Art. 1 du décret du 28 décembre 1926 : « Les communes et les syndicats de communes peuvent être autorisés, dans les conditions indiquées par l'article 3 du présent décret, à exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial. »

674. Le décret du 5 novembre 1926 modifie notamment l'article 61 de la loi du 5 avril 1884, devenu l'article 68, auquel est ajouté le paragraphe suivant : « Ne sont exécutoires qu'après avoir été approuvées par l'autorité supérieure, les délibérations portant sur les objets suivants[...] 12°) L'intervention des communes, notamment par voie d'exploitation directe ou par simple participation financière, dans les entreprises, même de forme coopérative ou commerciale, ayant pour objet le fonctionnement des services publics, le ravitaillement et le logement de la population, les œuvres d'assistance, d'hygiène et de prévoyance sociale, ou la réalisation d'amélioration urbaines. »

675. R. POINCARÉ, A. SARRAUT et A. FALLIÈRES, « Déconcentration et décentralisation – Rapport au Président de la République française », *JORF*, 7 novembre 1926, pp. 11890-11894 : « Le paragraphe 13 de la nomenclature, dans le nouvel article 68, est une innovation particulièrement importante et qui mérite de retenir tout spécialement l'attention. Elle a pour but de permettre à l'action de l'assemblée communale de se porter sur de nouveaux objectifs, et il y a lieu d'espérer que son intervention ainsi légalisée sur ces domaines, dont certains présentent, dans les circonstances actuelles, une importance capitale, aura les résultats les plus bienfaisants. » (p. 11892.) Voir également : R. POINCARÉ et A. SARRAUT, « Régies municipales – Rapport au Président de la République française », *JORF*, 31 décembre 1926, pp. 13742-13744.

676. Sur ce point le Conseil d'État relève que les décrets en cause « n'ont eu ni pour objet, ni pour effet d'étendre, en matière de création de services publics communaux, les attributions conférées aux Conseils municipaux par la législation antérieure ».

Cette limitation laisse par ailleurs une importante marge de manœuvre au juge, puisque c'est ce dernier qui appréciera *in fine* si les circonstances autorisent une telle création. Il est ainsi amené, au fil de sa jurisprudence, à préciser et minorer les exigences relatives à la constatation de ces circonstances. À cet égard, si les circonstances particulières de temps ou de lieu évoquées dans l'arrêt s'entendaient au départ comme une défaillance quantitative de l'initiative privée, cette conception va peu à peu évoluer vers une défaillance qualitative⁶⁷⁷, avant que cette dernière ne soit considérée comme un cas parmi d'autres justifiant la création de services publics.

β) une compétence étendue à un intérêt public local

La jurisprudence *Ville de Nanterre*⁶⁷⁸ illustre la première étape de cette évolution et ne peut manquer d'être opposée à l'arrêt *Casanova* : le juge va en effet admettre la légalité de la création d'un cabinet municipal d'odontologie ouvert à tous. Le juge va justifier cette création par la réponse apportée à « un besoin de la population », permettant de constater l'existence d'« un intérêt public local ». Les ressources modestes d'une grande partie de la population, l'initiative privée insuffisante et les tarifs pratiqués par les cabinets privés pouvaient en effet conduire la commune à organiser de tels soins, afin « de permettre à la population [...] de ne pas renoncer aux soins dentaires ».

Dans les arrêts les plus récents, le juge administratif a encore été conduit à atténuer l'exigence d'une défaillance privée. Ainsi, dans un arrêt du 3 mars 2010, *département de la Corrèze*⁶⁷⁹, la défaillance de l'initiative privée ne constitue plus l'unique condition de la légalité de l'intervention de la collectivité. En l'espèce, le juge admettra la création d'un service de téléassistance à destination des personnes âgées sans conditions de ressources, répondant à un intérêt public local puisqu'il satisfaisait les besoins de la population. Il faut souligner sur ce point que le contrôle du juge semble s'être déplacé pour une large part de la création aux modalités de fonctionnement du service.

677. « Alors que la jurisprudence exigeait, à l'origine, une absence totale d'offre de la part du secteur privé, elle a progressivement admis une carence partielle et surtout une carence conçue non plus simplement quantitativement mais qualitativement. » (E. GLASER, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2010, p. 1252.)

678. CE, 20 novembre 1964, *Rec.*, p. 562 ; *AJDA*, 1964, p. 705, chron. M. PUYBASSET et J.-P. PUISOCHET.

679. CE, 3 mars 2010, *Rec.*, p. 589.

b) L'utilisation des pouvoirs implicites pour justifier une interprétation large de la clause générale de compétence

La création des services publics locaux, lorsqu'elle est autorisée sur le fondement de la clause générale de compétence ne semble par conséquent pas répondre à la définition que nous avons pu donner des pouvoirs implicites, à savoir un pouvoir ou une compétence non prévus par les textes mais accordés en raison de leur nécessité pour l'accomplissement d'une mission reconnue expressément ou déduite des textes. Cela tient selon nous à la généralité des termes de l'attribution : puisque les compétences les plus larges sont attribuées aux collectivités locales, la mise en œuvre de celles-ci ne saurait correspondre à la reconnaissance d'une nouvelle compétence par le juge. Ainsi que nous l'avons déjà dit, il n'y a rien d'implicite à reconnaître une compétence là où le texte l'admet. En outre, la formulation de cette clause n'induit pas une mission qui apporterait une dynamique à l'interprétation de cette compétence. De ce point de vue, il est assez révélateur de constater que le Conseil d'État formule en des termes identiques les limites apportées à la création des services publics locaux et celles entourant la création de services publics nationaux⁶⁸⁰.

Pourtant, il existe certains points de rapprochement. La jurisprudence et les textes recherchent constamment l'utilité ou la nécessité de la création du service public, à travers la recherche de l'intérêt public local, que celui-ci résulte d'une défaillance de l'initiative privée ou du constat d'un autre « besoin » local⁶⁸¹. Selon nous, le rapprochement le plus important résulte cependant du constat que la clause générale de compétence est souvent associée à une mission expressément attribuée pour permettre la création de services publics locaux⁶⁸².

680. Le juge utilise ainsi dans les deux cas un considérant identique pour préciser les principes encadrant la prise en charge d'une activité industrielle et commerciale : « Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci. » (CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *Rec.*, p. 272 ; *AJDA*, 2006, p. 1584, et CE, 9 mars 2010, *Département de la Corrèze*, *préc.*)

681. Celui-ci peut être apprécié très largement. Voir notamment CE, 10 novembre 2010, *Société Carso Laboratoire Santé Hygiène Environnement*, req. n° 319109 : « la participation à la création de ce groupement d'intérêt public, destiné à maintenir et développer l'activité d'analyses et les équipes associées sur le territoire de la collectivité, répond en outre à un intérêt départemental ».

682. « De manière générale, la clause mérite davantage d'être resituée par rapport aux « transferts » qu'écartée face à leur progression. Ainsi, des exemples montrent que les collectivités locales utilisent leurs *pouvoirs généraux* dans le but de développer des activités accessoires à une mission légalement dévolue. En quelque sorte, cette mission a généré un besoin supplémentaire nouveau de la

Il faut voir là une utilisation de la théorie des pouvoirs implicites pour justifier la compétence exercée par les communes au titre de la clause générale de compétence. « Il est arrivé et il arrive toujours que le juge, saisi d'une contestation sur la légalité d'une telle intervention non expressément prévue par un texte, la justifie en la rattachant à l'exercice d'une mission légale définie en termes plus ou moins généraux, plus précise néanmoins que la seule habilitation générale à régler les affaires de la commune⁶⁸³. »

La formulation de l'arrêt *Société « La Plage de la forêt »*⁶⁸⁴ est remarquable sur ce point. Le conseil municipal de la commune de Fontainebleau, par une délibération en date du 28 mai 1964, décide la réalisation d'une piscine. La société La Plage de la forêt, exploitant une piscine dans cette commune, demande l'annulation de cette délibération, arguant d'une violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Après que cette demande a été rejetée par le préfet, puis par le tribunal administratif, la commune interjette appel auprès du Conseil d'État. Sans vérifier si les conditions d'intervention de la commune fondée sur la clause générale de compétence sont réunies, ce dernier relève que cette opération (l'amélioration de l'équipement en piscines) pouvait être décidée par le conseil municipal, puisqu'« il n'a fait qu'user des pouvoirs dont il dispose en vue d'un objet conforme à sa mission ». L'interprétation ici particulièrement large des missions dévolues à la commune permet par conséquent de fonder un nombre important d'interventions, sans avoir à rechercher si cette opération correspond à un intérêt public local résultant d'une défaillance de l'initiative privée. La seule conformité à la mission élargie suffit à assurer la légalité de l'intervention.

Bien que le juge administratif ne fasse aucune référence expresse à la nécessité, ces créations doivent néanmoins être considérées comme résultant de l'exercice d'une compétence implicite. En premier lieu, elles ne sont pas prévues expressément par les textes. L'absence de recherche d'une éventuelle atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie indique que ces créations ne correspondent pas non plus à une mise en

population. » (B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit., p. 73.)

683. J.-C. DOUENCE, « Chapitre trois – La création et la suppression des services publics locaux », fasc. préc., § 50.

684. Arrêt préc.

œuvre de la clause générale de compétence⁶⁸⁵. Elles ne sont autorisées que parce qu'elles sont décidées pour mettre en œuvre une des missions attribuées.

Le lien de nécessité est sans doute plus délicat. Les services publics en cause ne sont pas, il est vrai, indispensables. La présence d'entreprises privées assurant la même prestation suffit à le montrer. Pour autant, ils doivent à tout le moins être considérés comme utiles⁶⁸⁶, et correspondent par conséquent à une conception souple de la nécessité.

Cette solution, ancienne, avait déjà été mise en œuvre pour la création des services répondant à la compétence de police du maire. « Les objets de la police municipale sont des missions légales dont l'accomplissement peut être réalisé, non seulement par l'exercice du pouvoir de police mais aussi par la création des services publics les plus divers, notamment en matière d'hygiène publique, sans que puisse y faire échec le principe de la liberté du commerce et de l'industrie⁶⁸⁷. » Ainsi, l'arrêt *Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint-Étienne*⁶⁸⁸ admet la création de bains douches municipaux au motif que ceux-ci étaient utiles à la mission de maintien de la salubrité publique, puisqu'ils visaient à améliorer « le fonctionnement du service public de l'hygiène ».

L'intérêt de cette solution doit néanmoins être nuancée. Le juge ne semble en effet plus établir une réelle distinction entre les services publics répondant à une mission attribuée et ceux créés en vertu de la clause générale de compétence. Dans l'arrêt *Département de la Corrèze*, que nous avons déjà cité, il relève ainsi que le service de téléassistance en cause avait été créé « dans le cadre de son action en matière d'aide sociale ». Il est vrai que dès un arrêt du 26 octobre 1979, *Porentru*⁶⁸⁹, le juge avait accepté la création d'un service départemental de désinfection vétérinaire par arrêté préfectoral en se fondant à la fois sur des objectifs de santé publique et sur la carence de l'initiative privée. Ce service, outre des actes à titre gratuits, pouvait également exécuter des mesures de désinfection à titre onéreux. Le requérant, estimant que ce service entraînait en concurrence avec son activité accessoire

685. « Ce fondement légal permet d'écarter le grief de l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, ce que ne pourrait pas faire la seule référence à la clause générale de compétence. » (J.-C. DOUENCE, « Chapitre trois – La création et la suppression des services publics locaux », fasc. préc., § 62.)

686. « ces interventions, par leur nature ou par leur objet, rentrent dans les attributions de ces collectivités telles que la loi les a définies ou, ce qui revient au même, concourent à l'exécution d'une mission de service public, qui leur incombe d'ores et déjà » (BERNARD M., concl. sur l'arrêt préc., *RDP*, 1972, p. 1259).

687. J.-C. DOUENCE, « Chapitre trois – La création et la suppression des services publics locaux », fasc. préc., § 55.

688. CE, 12 juillet 1939, *Rec.*, p. 478 ; *D.*, 1940, III, p. 1, note P.-L. JOSSE.

689. *Rec.*, tables, p. 641.

de désinfection, voit sa demande rejetée une première fois par le tribunal administratif de Chalons-sur-Marne. Le Conseil d'État estime cependant que cette mesure était justifiée par le contexte local, en tenant compte de l'insuffisance des moyens disponibles au regard de l'importance du cheptel et en s'appuyant sur « la nécessité d'assurer l'hygiène du bétail et la prophylaxie des maladies ». Le requérant n'est donc pas fondé à demander que soit engagée la responsabilité de l'administration sur le fondement de l'illicéité de l'activité en cause. Il apparaît par conséquent que la création d'un service répondant à une mission expressément attribuée semble soumise aux mêmes conditions assouplies d'intérêt public local, et notamment à la recherche d'une défaillance de l'initiative privée.

2° La création de services accessoires à un service existant

Dès lors que la création du service, qu'il soit local ou national, est légale, il est possible d'y adjoindre l'ensemble des activités complémentaires ou accessoires. Cette possibilité a été reconnue très tôt, puisque l'arrêt *Chapelon*, dès 1918, admet qu'un service de bains douches municipaux puisse vendre des accessoires de bain à ses usagers. Le caractère complémentaire du service doit alors être entendu comme étant « une complémentarité technique, qui se doit d'améliorer le fonctionnement du service public et donc d'accroître la satisfaction des usagers⁶⁹⁰ ». La simple utilité financière ne sera admise qu'ultérieurement par le Conseil d'État⁶⁹¹. Les services dont la légalité est ainsi admise sur le fondement de l'utilité pour l'activité de service public principale nous semblent témoigner d'une mise en œuvre de la théorie des pouvoirs implicites.

C'est notamment ce qui ressort de l'arrêt *Delansorme* du 18 décembre 1959⁶⁹². Deux délibérations du conseil municipal de Rouen, datées des 7 mai 1951 et 28 janvier 1952, précisent les conditions du cahier des charges d'un contrat de concession portant sur un parc souterrain de stationnement. Celles-ci prévoient notamment la création d'une station-service permettant, outre un approvisionnement en carburants, une vérification d'entretien. Elles autorisent également la location longue durée d'emplacements de stationnement, à condition que la location de courte durée soit satisfaite en priorité.

690. P. DEFLINE, *Notion de rentabilité financière et logique de choix dans les services publics*, thèse de sciences de gestion, Paris : Conservatoire national des arts et métiers, 2011, p. 121.

691. CE, 4 juin 1954, *Dame Berthod*, *Rec.*, p. 336.

692. CE, 18 décembre 1959, *Sieur Delansorme*, *Dalloz*, 1960, note M. LESAGE, p. 371.

Des garagistes de la ville exercent un recours devant le préfet pour obtenir l'annulation de ces décisions, invoquant l'illégalité des délibérations qui méconnaissent selon eux la liberté du commerce et de l'industrie. Les garagistes, devant le silence gardé par le préfet sur leur demande, saisissent le Conseil d'État. Celui-ci va rejeter la requête, et accepter tant la création de la station-service que la possibilité de location longue durée. Dans les deux cas, le Conseil d'État va se fonder sur l'intérêt de ces activités au regard de l'exploitation du parc de stationnement.

Pour la première activité, le juge relève que cette station-service permet d'accroître la fréquentation du parc par les automobilistes, « au lieu de laisser leurs véhicules sur les voies publiques urbaines où ils gênent tant la circulation que la desserte des immeubles riverains ». De ce fait, elle « constitue l'une des conditions normales de la fréquentation de ce parc. » Si le juge ne se réfère pas à la nécessité d'une telle création, c'est vraisemblablement, ainsi que le souligne LESAGE, que « le Conseil d'État pouvait difficilement affirmer qu'elle était nécessaire au fonctionnement du parc ou qu'elle n'en était qu'un simple accessoire⁶⁹³ ». Si cette activité n'est pas strictement nécessaire, elle n'en est pas moins utile.

La justification de la location de longue durée est quant à elle plus classique. Après avoir relevé que le cahier des charges du contrat de concession soumet en grande partie cette possibilité à l'appréciation de la commune, le juge considère que « lesdites locations, prévues dans l'intérêt financier de l'exploitation, constituent [...] le complément normal et nécessaire de l'activité d'un parc public de stationnement ».

La mission constitue un élément potentiel d'extension des pouvoirs accordés à une autorité. Dans certaines circonstances, le juge pourra ainsi être amené à faire primer les missions confiées sur les normes d'habilitation expresses.

Section 3. Le primat de la mission : la reconnaissance de pouvoirs d'exception

La mission permet d'aménager l'exercice des pouvoirs expressément reconnus : les textes doivent alors être entendus comme ayant confié l'ensemble des pouvoirs

693. Note préc., p. 375.

nécessaires à la réalisation de la mission confiée. Dans le cas des pouvoirs implicites, cette possibilité est toutefois limitée par les textes eux-mêmes. Les pouvoirs reconnus en raison de circonstances exceptionnelles ou de l'urgence partagent avec les pouvoirs implicites la nécessité de permettre la réalisation de cette mission. Ils s'en distinguent cependant pour deux raisons. Tout d'abord, les circonstances exceptionnelles ne visent pas à combler les lacunes d'un texte, mais à en dépasser les dispositions **(I)**. Ensuite, la nécessité qui justifie la reconnaissance de ces deux catégories de pouvoirs est appréciée de manière différente **(II)**.

I. Une relation au texte différente en dépit d'un fondement partagé

Il convient de remarquer à cet égard que la doctrine a parfois été amenée à considérer que l'urgence comme les circonstances exceptionnelles étaient en réalité l'application d'une « exception de nécessité », justifiant un aménagement des normes d'habilitation **(A)**. Si la nécessité est également au cœur des pouvoirs implicites, le rapport que les pouvoirs d'exception entretiennent avec le texte nous amène à nuancer de prime abord leur apparente proximité **(B)**.

A. L'exception de nécessité : la constatation d'une nécessité justifiant une dérogation aux règles applicables en temps ordinaire

L'urgence comme les circonstances exceptionnelles ont pour origine le constat de l'impossibilité dans laquelle se trouvent les autorités de mener à bien leur mission en exerçant leurs pouvoirs dans les conditions et les limites imposées en temps normal. Il devient par conséquent nécessaire d'assouplir ces conditions ou de permettre d'outrepasser ces limites **(2°)**. Cette nécessité est cependant étroitement liée à la qualification des circonstances entourant les actes pris, qualification qui déteint sur la nécessité elle-même **(1°)**.

1° La qualification de la nécessité

Les pouvoirs d'exception, à l'instar des pouvoirs implicites, sont reconnus en raison de leur nécessité. Cette nécessité est cependant qualifiée, étroitement liée au contexte d'intervention des autorités. L'urgence peut ainsi être décrite sommairement comme la nécessité d'agir vite **(a)**, alors que les circonstances exceptionnelles, plus largement, sont la nécessité de veiller à la préservation de principes jugés essentiels **(b)**.

a) L'urgence, la nécessité d'agir vite

La définition commune de l'urgence est la « nécessité d'agir vite⁶⁹⁴ » mais également la qualité de « ce qui ne souffre aucun retard⁶⁹⁵ ». Ces définitions particulièrement larges sont en elles-mêmes insuffisantes, pour peu qu'il s'agisse d'étudier la portée juridique de l'urgence. Elles laissent cependant poindre une qualité essentielle de l'urgence : en soi, l'urgence n'est pas une notion indépendante. Ainsi, la nécessité d'agir vite ne saurait être une justification *per se*. Bien au contraire, il conviendra de déterminer, là encore, l'objet de la nécessité. C'est parce qu'un intérêt⁶⁹⁶ doit être préservé en dépit des circonstances que l'action doit intervenir rapidement. L'urgence n'est donc pas la raison finale de l'action⁶⁹⁷. Tout comme dans le cas des circonstances exceptionnelles, l'appréciation du juge portera donc sur la spécificité des circonstances, mais aussi sur le bien-fondé de l'action. Autrement dit, pour qu'il soit nécessaire d'agir vite, il faut avant tout qu'il soit nécessaire d'agir⁶⁹⁸.

Cette question de la nécessité de l'action elle-même se retrouve donc naturellement en droit. L'urgence est définie dans le *Vocabulaire juridique* comme, en son sens général,

694. *Grand Robert*.

695. *Id.*

696. Le terme « intérêt » est ici délibérément entendu très largement.

697. « Notion téléologique, [l'urgence] est tout entière dominée par les buts qu'elle vise. Il n'est pas nécessaire, pas urgent de faire quelque chose dans l'absolu, mais uniquement pour atteindre un certain objectif menacé par la conjoncture. Les textes et la jurisprudence précisent ainsi que certaines fins doivent, en tout état de cause, être préservées en cas d'urgence. » (P.-L. FRIER, *L'urgence*, Paris : LGDJ, 1987, p. 18. Voir également L. NIZARD, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, Paris : LGDJ, 1962, pp. 113-115.)

698. « En réalité, même si nombre de décisions insistent exclusivement sur l'imminence du danger, les fortes probabilités de réalisation de sa survenance, il faut bien voir que l'élément essentiel demeure toujours, en filigrane ou de façon évidente, la nature de l'intérêt en cause car la plus claire imminence du péril menaçant une valeur secondaire ne saurait constituer l'urgence. » (S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris : LGDJ, 1980, pp. 95-96.)

le « caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable⁶⁹⁹ ». La nécessité d'éviter le préjudice implique l'action (porter remède), la réalisation de ce préjudice irréparable à bref délai conditionne cette action.

Le juge administratif a pu apporter une définition très proche de l'urgence à l'occasion de décisions portant sur l'exercice du référé suspension, bien que le caractère « irréparable » du préjudice ait été nuancé. Ainsi, l'arrêt rendu par la section du contentieux du Conseil d'État le 19 janvier 2001⁷⁰⁰ rappelle en premier lieu que la procédure prévue à l'article L. 521-1 du Code de justice administrative⁷⁰¹ implique, selon une formule désormais consacrée, que « la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ». Il y a là une définition jurisprudentielle de l'urgence⁷⁰² assez comparable à la définition du *Vocabulaire juridique*, car s'attachant toutes deux au préjudice pouvant survenir. Toutefois, le Conseil d'État ajoute aussitôt que même si la décision n'a que des effets purement pécuniaires⁷⁰³, la condition de l'urgence peut être remplie, pourvu que ceux-ci soient suffisamment importants. Si une réparation du préjudice est envisageable, celui-ci doit néanmoins revêtir deux caractères : il doit être immédiat et grave. L'immédiateté semble tomber sous le sens, car elle est directement liée à la dimension temporelle de l'urgence (agir vite). La condition de gravité permet quant à elle de souligner sa nécessité et, par là même, de justifier la dérogation aux procédures applicables en temps normal.

En effet, le *Vocabulaire juridique* définit également l'urgence comme des « circonstances pressantes qui, aux yeux de la jurisprudence, valident des actes juridiques qui, en temps ordinaire, auraient été illégaux⁷⁰⁴ ». L'urgence est par conséquent une situation dérogatoire⁷⁰⁵.

699. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p. 928.

700. CE, sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, *Rec.*, p. 29 ; *AJDA*, 2000, p. 150, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; D. 2001, p. 1414, note B. SEILLER et 2002, p. 2220, obs. R. VANDERMEEREN ; RFDA 2001, p. 378, concl. L. TOUVET.

701. « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. »

702. Tout au moins lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la procédure du référé suspension.

703. La solution rendue par le Conseil d'État ne laisse aucun doute sur le caractère réparable d'un tel préjudice : celui-ci précise que l'urgence peut être constatée « alors même que [...] ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire ».

704. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 928.

705. Ce que nous serons amené à étudier dans la seconde partie de cette section.

Si l'action est nécessaire, il faut encore que les pouvoirs reconnus en temps ordinaire ne permettent plus ou pas d'atteindre l'objectif visé. La procédure du référé n'est mise en œuvre que parce que la procédure normale serait trop longue, et qu'au moment où le juge serait amené à se prononcer, le préjudice occasionné par l'acte objet du référé serait difficilement ou ne serait plus réparable. La nécessité d'agir reconnue lors de l'utilisation de l'urgence s'apprécie donc inévitablement au regard des pouvoirs reconnus en temps normal, une utilisation orthodoxe de ces pouvoirs étant insuffisante pour préserver certains intérêts considérés comme essentiels. L'urgence ne se distingue alors des circonstances exceptionnelles que par l'existence de contraintes temporelles.

b) Les circonstances exceptionnelles, la nécessité de préserver des intérêts essentiels

Les circonstances exceptionnelles sont également la justification d'une dérogation apportée aux règles valant en temps ordinaire. Toutefois, alors que l'urgence présente une relative homogénéité, les circonstances exceptionnelles recouvrent en réalité une multitude de cas. Les termes mêmes de « circonstances exceptionnelles » en témoignent. La multiplicité des situations (guerre, insurrection, catastrophes naturelles) ne permet pas de définir *a priori* les impératifs qui les gouvernent⁷⁰⁶. Si l'urgence commande l'adoption rapide de décisions, les circonstances exceptionnelles permettent, quant à elles, de prendre les mesures les plus adaptées à la situation en cause, sans que ni cette situation, ni les décisions prises ne soient définies de manière précise.

Les circonstances exceptionnelles seraient en fait l'application d'une exception de nécessité. L'illégalité des décisions prises seraient couvertes par la nécessité dans laquelle se trouvait l'autorité d'agir. En ce sens, certains auteurs ont été amenés à considérer l'urgence comme un cas particulier au sein des circonstances exceptionnelles⁷⁰⁷, la nécessité d'agir vite de l'urgence étant une nécessité d'agir

706. À cet égard, le commissaire du gouvernement LETOURNEUR refuse une systématisation des circonstances exceptionnelles en des termes souvent repris : « Circonstances exceptionnelles : notion imprécise qui ne saurait être définie et varie avec chaque espèce. » (Concl. sur CE, *Laugier*, 16 avril 1948, *S.*, 1948, III, p. 37.) G. TUSSEAU soulève également cette difficulté : « « Circonstances exceptionnelles », « situation d'urgence », « force majeure », « état de nécessité », « état d'exception » sont des formules imprécises. » (*Les normes d'habilitation, op. cit.*, p. 584.)

707. « Ainsi il s'avère impossible de reconnaître une autonomie quelconque à la théorie de l'urgence : elle ne constitue que la mise en œuvre d'un cas particulier de la nécessité, d'un cas particulier des circonstances exceptionnelles. Il apparaît même impossible de rattacher à l'urgence des effets de détail spécifiques : toutes les mesures permises par la nécessité d'agir, la nécessité d'agir vite peut aussi les autoriser. » (L. NIZARD, *op. cit.*, p. 121.)

particulière et les effets attachés à ces deux théories étant identiques⁷⁰⁸. Il est toutefois possible d'apporter quelques nuances à cette position, en se référant à la distinction opérée par P.-L. FRIER. Celui-ci estime qu'en réalité les circonstances exceptionnelles ne sont qu'un motif permettant de caractériser l'urgence. En effet, l'urgence justifiant une dérogation aux normes d'habilitation ne peut être mise en œuvre que dans certaines circonstances la caractérisant. De ce point de vue, il lui paraît impropre de considérer que le juge fonde les pouvoirs sur les circonstances elles-mêmes. Ces dernières ne sont en réalité que la condition de mise en œuvre de l'urgence, et non la justification directe des mesures prises. P.-L. FRIER conteste ainsi la pertinence d'une quelconque théorie des circonstances exceptionnelles : « La notion de circonstances exceptionnelles, telle qu'elle est utilisée actuellement en certains cas, doit disparaître du vocabulaire juridique. Elle est en effet inutile et dangereuse⁷⁰⁹. » Les circonstances exceptionnelles⁷¹⁰ ne sont cependant pas uniquement propres à caractériser l'existence d'une urgence. En ce sens, elles peuvent également servir à caractériser l'existence d'une nécessité détachée d'un impératif de rapidité. Cette nécessité correspond alors à la préservation d'un intérêt jugé primordial, que ne permettrait pas le respect des règles ordinaires.

Étant une adaptation de la règle au fait, les circonstances exceptionnelles comme l'urgence ne sauraient être définies avec précision⁷¹¹ : elles sont appréciées à l'aune de la difficulté à laquelle doit faire face l'administration, et de l'intérêt dont elles sont censées permettre la sauvegarde. En cela, elles sont le signe d'une certaine souplesse du droit, privilégiant sa finalité sur la légalité stricte. Suite à la reconnaissance d'une nécessité d'agir, elles justifient une dérogation aux règles ordinaires d'habilitation.

2° Une nécessité fondant une dérogation aux normes d'habilitation

L'urgence et les circonstances exceptionnelles ne sont utilisées que dans le cadre d'une dérogation aux règles prévalant en temps ordinaire. Il va de soi que, y compris lorsque la situation est urgente ou exceptionnelle, si les autorités ont respecté ces

708. G. TUSSEAU relie également circonstances exceptionnelles et urgence (*op. cit.*, p. 584-591).

709. *L'urgence, op. cit.*, p. 156.

710. Entendues ici dans le sens préconisé par P.-L. FRIER : « Le caractère exceptionnel des circonstances n'est qu'un élément de fait extérieur qui permet, dans une situation donnée, en fonction de la finalité poursuivie et des intérêts protégés par le droit initial, de reconnaître ou de nier l'existence de l'urgence (ou de la nécessité). » (*L'urgence, op. cit.*, p. 158.)

711. « L'urgence ne définit pas, elle se constate et elle s'affirme » (F. GREVISSE, concl. sur CE, 14 mars 1958, *Secrétaire d'État à la Reconstruction et au Logement c/ Cts Hué*, *AJDA*, 1958, II, p. 188).

règles, il ne sera d'aucune utilité d'invoquer les spécificités de cette situation, puisque les décisions prises auraient pu l'être quelles que soient les conditions. La référence à ces notions est donc nécessairement associée à l'utilisation de pouvoirs que l'on qualifiera d'exception⁷¹².

Ce caractère se retrouve dans le cas où un tel aménagement a été prévu par les textes aussi bien dans celui où la décision fait l'objet d'une validation par le juge. Si le premier cas ne pose aucun problème de légalité, le second est plus douteux.

Le contenu de cette dérogation est susceptible de varier : « la référence aux circonstances exceptionnelles peut fonder l'altération de tous les éléments de l'habilitation⁷¹³ ». Pour reprendre les notions utilisées jusqu'à présent, les circonstances peuvent amener notamment à une extension des compétences⁷¹⁴. Ainsi, en cas de péril imminent, le détenteur du pouvoir de police générale peut prendre des mesures relevant d'une police spéciale⁷¹⁵. Les circonstances peuvent également justifier une aggravation des mesures pouvant être édictées. Il en va ainsi en période de guerre, comme l'arrêt du 28 février 1914 *Dames Dol et Laurent*⁷¹⁶ en fournit une illustration : « Considérant que les limites des pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose pour le maintien de l'ordre et de la sécurité [...] ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant la période de guerre où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses ; qu'il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police, de tenir compte, dans son appréciation, des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu, la catégorie des individus visés et la nature des périls qu'il importe de prévenir. »

712. « Les autorités publiques doivent en certains cas accomplir des tâches urgentes. Pour ce faire, elles ont deux possibilités : elles peuvent tout d'abord utiliser leurs compétences normales et recourir à ce que le droit initial les autorise à accomplir. Mais il arrive que ces règles juridiques ordinaires soient insuffisantes au regard des impératifs de la situation, parce qu'elles ne permettent pas d'intervenir à temps. En ce cas, la personne publique est conduite à user d'un droit d'exception, fondé sur l'urgence qui, sous cet angle, ne concerne plus l'obligation d'agir, mais le pouvoir de déroger. » (P.-L. FRIER, *L'urgence*, *op. cit.*, p. 57.)

713. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 585.

714. L'influence que peuvent avoir les circonstances sur les normes d'habilitation est cependant beaucoup plus étendue, puisqu'elles peuvent amener également à une modification des règles procédurales. Ce point ne sera cependant pas évoqué ici, puisqu'extérieur à la question des pouvoirs et compétences implicites.

715. CE, 15 janvier 1986, *Société Pec-Engineering*, *Rec.*, p. 365, et 29 septembre 2003, *Houillères du Bassin de Lorraine*, *JCP, A*, 2003, n° 2109, note P. BILLET ; *AJDA*, 2003, p. 2164, concl. T. OLSON.

716. *Rec.*, p. 2008 ; *S.*, 1918-1919, III, p. 33, note Hauriou ; *RDP*, 1919, p. 338, note Jèze ; *GAJA*, n° 33, p. 204.

Le caractère dérogatoire ne soulève que peu de difficultés quand l'exercice d'un pouvoir d'exception est prévu par un texte. Par contre, lorsque ces pouvoirs sont reconnus en l'absence de tout texte, le problème de leur légalité se pose, à tel point que NIZARD y voit une reconnaissance « *contra legem*⁷¹⁷ ». Cette contrariété aux textes constitue l'un des éléments nuanciant la proximité éventuelle des pouvoirs implicites et d'exception.

B. Les pouvoirs d'exception : l'exclusion apparente de l'implicite

L'implicite est issu d'une interprétation du texte reposant sur une idéalisation de la volonté de son auteur, supposé avoir donné à l'autorité tous les moyens nécessaires à la réalisation des objectifs qui lui ont été assignés. Les pouvoirs d'exception ne correspondent pas de prime abord à ce schéma. Ils peuvent en effet être prévus par l'auteur du texte lui-même, perdant de ce fait leur caractère implicite pour devenir exprès (1°). Dans le cas contraire, en raison de leur caractère dérogatoire, ils sont une entorse aux normes d'habilitation et contredisent la volonté manifestée expressément. En ce cas, ils ne peuvent plus être considérés comme implicites car ils ne reposent plus sur une interprétation du texte, mais sur une adaptation de celui-ci à des contraintes de fait (2°).

1° Une adaptation des pouvoirs aux circonstances expressément reconnue par les textes

Les pouvoirs implicites supposent l'interprétation or, tant l'urgence que les circonstances exceptionnelles peuvent être reconnues par les textes. Ainsi, les textes eux-mêmes peuvent attacher un régime particulier à la survenue de certains événements. Les circonstances exceptionnelles peuvent en outre faire l'objet d'une reconnaissance en tant que telles, conditionnant alors l'application de certains textes.

Les pouvoirs implicites sont le résultat d'une interprétation d'un texte octroyant à une autorité certains pouvoirs et compétences énumérés. Le juge considère que l'auteur du texte a entendu donner à cette autorité l'ensemble des moyens d'action nécessaires à la mise en œuvre de ces pouvoirs et, plus largement, à la mission

⁷¹⁷ L. Nizard, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, op. cit., p. 133.

attribuée à cette autorité. Les pouvoirs implicites se définissent par cette opération d'interprétation qui fait de ceux-ci un ajout à la lettre du texte. En cela, la notion est relativement homogène : pour qu'un pouvoir soit implicite, il ne faut pas qu'il soit reconnu expressément.

Les pouvoirs d'exception, de ce point de vue, ne sont pas nécessairement le produit de l'interprétation du juge. En effet, l'auteur d'un texte peut lui-même prévoir que, dans certains cas de figures, certaines normes d'habilitation imposées en temps ordinaire, qu'elles tiennent à la procédure d'édition d'une décision ou à son contenu, pourront être aménagées ou ignorées. Certes, ainsi que le souligne E. PICARD⁷¹⁸, les pouvoirs d'exception ont parfois pour origine la décision d'un juge. Cependant, la formalisation textuelle d'une décision jurisprudentielle ne remet pas en cause la qualité de ces pouvoirs : il reste des pouvoirs d'exception, mis en œuvre lorsque des circonstances définies plus ou moins précisément le justifient. À l'inverse, un pouvoir implicite, dès lors qu'il fait l'objet d'une disposition textuelle, cesse d'être implicite.

Sur ce point, la notion de pouvoirs d'exception apparaît radicalement différente de celle de pouvoirs implicites. Ces derniers sont fondés sur le rapport entretenu entre le pouvoir et le texte alors que les premiers sont identifiés comme la prise en compte de faits nécessitant une adaptation des textes à des circonstances particulières. Un pan entier des pouvoirs d'exception se détache alors radicalement des pouvoirs implicites, le pouvoir normateur ayant lui-même pris en compte la nécessité et énoncé les conséquences qu'il fallait y attacher.

Deux éléments doivent encore être pris en compte. Il reste possible d'imaginer que les pouvoirs d'exception fassent l'objet d'une interprétation extensive conduisant à la modification de l'habilitation telle qu'elle est prévue. Ainsi, il existe des cas où les circonstances sont telles que les pouvoirs d'exception prévus par les textes se révèlent insuffisants. La nécessité est telle que le juge doit adapter l'habilitation au-delà de ce qui était prévu, ou se livrer à une interprétation extensive du texte.

Il convient ici de citer, pour illustrer ce point, certains arrêts des juridictions administratives relatifs aux immeubles menaçant ruine, et portant plus

718. La police « a imposé [de nouveaux moyens normatifs ou coercitifs] par la pratique d'abord, certes juridiquement incertaine à l'origine. Mais la jurisprudence a toujours plus ou moins ratifié ces pratiques, en les encadrant tant bien que mal, tandis que les lois, voire des règles constitutionnelles, les ont finalement consacrées ». L'auteur évoque au nombre de ces pratiques « la théorie des circonstances exceptionnelles ou celle de l'urgence ». (E. PICARD, « L'impuissance publique en droit », *AJDA*, n° spécial juillet-août 1999, p. 11.)

particulièrement sur les pouvoirs du maire en cas de péril imminent. L'article L. 511-3 du Code de la construction et de l'habitation prévoit que : « En cas de péril imminent, le maire, après avertissement adressé au propriétaire, demande à la juridiction administrative compétente la nomination d'un expert qui, dans les vingt-quatre heures qui suivent sa nomination, examine les bâtiments, dresse constat de l'état des bâtiments mitoyens et propose des mesures de nature à mettre fin à l'imminence du péril s'il la constate. Si le rapport de l'expert conclut à l'existence d'un péril grave et imminent, le maire ordonne les mesures provisoires nécessaires pour garantir la sécurité, notamment, l'évacuation de l'immeuble. »

Dans ce cadre, la loi n'autorise le maire qu'à prendre des mesures provisoires et exclut par conséquent la démolition, mesure définitive. Cependant, à plusieurs reprises le juge administratif a été amené à reconnaître la possibilité d'ordonner la démolition d'un immeuble sans respecter la procédure prévue aux articles L. 511-1 et L. 511-2 du même Code, qui permet une telle mesure, mais impose une procédure plus longue et contraignante⁷¹⁹. Une telle possibilité n'est cependant reconnue qu'en cas de circonstances exceptionnelles soit dans le cadre du pouvoir général de police⁷²⁰, soit, avec plus d'incertitude, dans le cadre de la procédure de l'article L. 511-3 du Code de la construction et de l'habitation⁷²¹. Il y a donc bien ici une extension d'un pouvoir d'urgence en raison de circonstances exceptionnelles.

Pour autant, une telle interprétation ne conduit pas à remettre en cause la distinction entre pouvoirs implicites et pouvoirs d'exception, car de tels pouvoirs seront vraisemblablement reconnus en raison de la nécessité particulière attachée aux circonstances. Ils pourront également être le fruit d'une utilisation classique des pouvoirs implicites en ce qu'ils résulteront d'une interprétation de la volonté idéale de l'auteur du texte, qui a nécessairement entendu reconnaître à l'autorité les pouvoirs nécessaires à la mission qui lui aura été assignée, y compris en cas de circonstances particulières.

719. L'article L. 511-2, IV prévoit notamment un délai d'un mois pour réaliser les travaux.

720. « En présence d'une situation d'extrême urgence créant un péril particulièrement grave et imminent, le maire peut, quelle que soit la cause du danger, faire légalement usage de ses pouvoirs de police générale, et notamment prescrire l'exécution des mesures de sécurité qui sont nécessaires et appropriées » (CE, 10 octobre 2005, *Commune de Badinières*, *Rec.*, p. 425 ; AJDA 2006, p. 362, chron. C. LANDAIS et F. LENICA).

721. « Le maire d'Arcueil, qui n'invoque aucune circonstance exceptionnelle, ne pouvait prescrire de procéder à cette démolition en recourant à la procédure de péril imminent prévue à l'article L. 511-3 précitée » (CE, 20 mars 1992, *Commune d'Arcueil*, inédit, req. n° 115504) ; « le maire doit, en cas de péril imminent, se limiter aux mesures provisoires nécessaires pour garantir la sécurité publique mais ne peut ordonner la démolition de l'immeuble menaçant ruine qu'en cas de circonstances exceptionnelles » (CAA Douai, 3 octobre 2000, *Commune de Saint-André-lez-Lille*, inédit, req. n° 99DA20297).

2° Des pouvoirs contraires à la lettre du texte

L'urgence et les circonstances exceptionnelles sont la traduction d'une nécessité d'agir permettant une dérogation aux normes d'habilitation. La reconnaissance de cette nécessité peut-être le fait du pouvoir normateur. Cependant, il existe tout un pan des pouvoirs d'exception qui correspondent à la reconnaissance de pouvoirs *contra legem*, que l'on permette à l'autorité de prendre des mesures non prévues ou d'user de pouvoirs non reconnus.

Ainsi, NIZARD, en étudiant la jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles, se penche tout particulièrement sur les circonstances exceptionnelles « contre la loi ». Il leur reconnaît « deux traits : il n'y a pas d'habilitation législative autorisant le juge à apporter une exception au régime normal ; et d'autre part, la dérogation décidée par le juge est apportée à une disposition formelle et précise de la loi, et non à une disposition de contenu plus ou moins indéterminée.⁷²² » De tels pouvoirs d'exception supposent donc inévitablement une remise en cause des normes d'habilitation, sans qu'une éventuelle violation des dispositions expresses puisse entraîner la censure de l'acte pris en raison de circonstances exceptionnelles. En effet, ainsi que nous avons pu le dire, les pouvoirs d'exception supposent une dérogation aux règles habituelles d'habilitation. Ils sont conçus comme dérogoires : « La notion de circonstances exceptionnelles apparaît comme la condition jurisprudentielle de violation d'une obligation légale à contenu déterminé⁷²³. » Or, les pouvoirs implicites ne sauraient se concevoir comme une dérogation : ce qui est explicitement refusé ne saurait être implicitement admis. En ce sens, les pouvoirs d'exception ne sauraient être des pouvoirs implicites.

Sur ce point, il convient de souligner que le Conseil d'État a entouré la reconnaissance des pouvoirs implicites d'un certain nombre de précautions, parmi lesquelles figure l'absence de réglementation applicable. Dans un arrêt du 6 décembre 2002⁷²⁴, le juge a ainsi affirmé que « le ministre de l'Agriculture, de la Pêche et de l'Alimentation était compétent, en l'absence de dispositions législatives et

722. NIZARD, *La jurisprudence des circonstances exceptionnelles et la légalité*, op. cit., p. 85.

723. *Ibid.*

724. Mollard, préc.

réglementaires applicables, pour fixer les règles relatives au versement des prestations d'action sociale ».

Outre les appréciations que nous avons déjà pu formuler sur la nécessité des pouvoirs implicites, il faut ajouter qu'elle ne peut être reconnue que si une autorité légalement compétente n'est pas déjà intervenue. Les pouvoirs implicites servent à combler un vide, leur existence tient à la nécessité d'édicter des règles pour permettre l'accomplissement d'une mission ou la mise en œuvre effective d'un pouvoir. Si ces règles existent déjà, le pouvoir n'est par définition plus nécessaire. Les pouvoirs d'exception, à l'inverse, traduisent une inadaptation des règles en raison du contexte : les règles existent mais leur respect n'autoriserait pas une réponse adéquate, permettant à l'autorité de préserver les intérêts dont elle a la charge. Dans un arrêt du 3 avril 1981⁷²⁵, le Conseil d'État a été amené à se prononcer sur la légalité d'une circulaire du ministre de l'Économie et des Finances, en date du 14 février 1978. Celle-ci prévoyait les conditions de constitution et de présentation des dossiers de notification des opérations de concentration économique. Or, la loi du 19 juillet 1977 relative à cette matière disposait que ses conditions d'application devaient être précisées par un décret en Conseil d'État. Le juge, reconnaissant le caractère réglementaire des dispositions de la circulaire, ajoute cependant que le ministre avait le pouvoir de les édicter « dans la mesure toutefois où le décret prévu par la loi et pris le 25 octobre 1977 n'y avait pas lui-même pourvu ». Ce pouvoir, justifié par la qualité de chef de service du ministre, ne pouvait donc être mis en œuvre que pour combler une lacune textuelle. L'opération d'idéalisation de la volonté, qui suppose l'édiction des règles nécessaires à l'efficacité des textes, induit nécessairement que ces règles n'aient pas déjà été adoptées. Le pouvoir implicite ne peut s'exercer dans les cas où il a été expressément écarté et les mesures prises ne sauraient remettre en cause des dispositions adoptées en raison d'une compétence expresse. Outre l'influence sur l'appréciation de la nécessité par le juge que cela implique⁷²⁶, il faut ajouter que la manière dont le juge justifie ces pouvoirs témoigne du souci d'écartier toute contradiction entre la loi, le décret et la solution apportée. Un cas ici nous semble particulièrement pertinent : le ministre prévoit que, pour les cas où les dossiers notifiés ne comprendraient pas l'ensemble des informations prévues, un courrier serait adressé précisant le point de départ du délai dont il disposerait pour saisir la

725. CE, 3 avril 1981, *Société Armand Pellerin et Cie*, préc.

726. Celle-ci sera étudiée dans le paragraphe suivant.

Commission de la concurrence ou formuler des injonctions, alors même que la loi énonçait que ce point de départ était la date de notification des documents. L'illégalité des mesures prises résulte alors selon le Conseil d'État d'un « empiét[ement] sur des matières régies par la loi ou réglementées par le décret ». L'existence d'un pouvoir implicite est donc bien conditionnée par l'absence de mesures déjà prises par une autre autorité, qui en constitue la limite. Par conséquent, la mesure prise sur le fondement d'un pouvoir implicite est illégale non seulement car elle méconnaît une disposition de portée supérieure, mais aussi et surtout car le pouvoir lui-même ne pouvait être exercé.

Les pouvoirs d'exception sont admis en raison de leur nécessité. En cela, les motifs qui conduisent à les reconnaître les rapprochent des pouvoirs implicites. Pourtant, le rapport qu'ils entretiennent avec les normes d'habilitation nous amène à nuancer cette apparente proximité. La clef de compréhension de cette différence semble résider dans la conception de la nécessité, qui nous conduit à considérer les pouvoirs d'exception, non comme des pouvoirs implicites, mais comme des pouvoirs impliqués.

II. La mission, objet commun d'une nécessité appréciée diversement

La nécessité gouverne tant les pouvoirs d'exception que les pouvoirs implicites. Le terme est néanmoins trompeur, car il apparaît à l'étude que cette nécessité est conçue diversement (**A**). Dans le cas des pouvoirs d'exception, ce sont en effet les circonstances de fait qui amènent exclusivement le juge à admettre une dérogation aux règles prévalant en temps normal. Cela influence bien évidemment leur régime, qui diffère en cela de celui des pouvoirs implicites. Pourtant, l'importance de la mission dans leur reconnaissance (**B**) nous amène à considérer qu'il n'existe qu'une différence de degré et non de nature entre les deux notions.

A. Une appréciation de la nécessité des mesures prises liée étroitement aux circonstances de fait

Les pouvoirs implicites peuvent être reconnus en dehors de toute appréciation concrète des circonstances de fait entourant la prise de décision, à l'inverse des pouvoirs d'exception, qui se fondent essentiellement sur la nécessité de la mesure prise au regard des faits. La nécessité mise en œuvre dans ces deux cas est donc d'une nature différente (1°). Elle implique en outre un contrôle accru de la nécessité par le juge dans le cas des pouvoirs d'exception (2°).

1° La prévalence du fait dans la reconnaissance des pouvoirs d'exception

Les pouvoirs d'exception et les pouvoirs implicites sont, ainsi que nous venons de le souligner, pareillement fondés sur la nécessité. Pourtant, si le terme est identique, l'appréciation de celle-ci par le juge nous semble très différente. La nécessité des pouvoirs implicites correspond à l'idée selon laquelle le pouvoir normateur ne saurait vouloir inutilement, et qu'il convient par conséquent de considérer l'ensemble des pouvoirs nécessaires à la conduite des missions attribuées comme ayant été nécessairement octroyés par le législateur.

Cette nécessité est donc utilisée deux fois dans le cadre des pouvoirs implicites : une première nécessité purement logique, qui correspond à la volonté supposée de l'auteur, une seconde nécessité d'apparence plus pratique, mais dont nous avons pu voir qu'elle correspondait en réalité à une simple utilité.

Les pouvoirs d'exception sont reconnus en raison d'une impossibilité d'accomplir la mission étroitement liée aux circonstances entourant la prise de décision. Si les pouvoirs implicites ne sauraient aller à l'encontre d'une disposition expresse du texte, les pouvoirs d'exception ne peuvent s'affranchir de cette impossibilité pratique. La nécessité fondant les pouvoirs d'exception est par conséquent résolument pratique : il ne saurait y avoir d'exception là où la règle normale aurait suffi. P.-L. FRIER le souligne : « Une situation anormale, grave n'a de conséquences [...] que si les moyens dont disposent les autorités publiques se révèlent insuffisants pour y faire face. » En conséquence, le juge replace la mise en œuvre des

pouvoirs d'exception dans le contexte qui entoure la décision de l'autorité de s'affranchir des règles prévalant en temps ordinaire.

Le Conseil d'État, par conséquent, lie étroitement les pouvoirs d'exception aux circonstances de fait entourant l'action ou la prise de décision. De multiples arrêts en témoignent. Le juge, dans l'arrêt *Heyriès*, souligne ainsi que le décret du 10 septembre 1914 n'est valide qu'en raison « des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, à cette époque, les pouvoirs publics ». La solution de l'arrêt *Dames Dol et Laurent* est justifiée au regard des circonstances, énoncées avec précision, après que le Conseil d'État a rappelé que « les limites des pouvoirs de police ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant la période de la guerre » et que le juge devait apprécier l'exercice de ces pouvoirs en tenant compte « des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu, la catégorie des individus visés et la nature des périls ». L'arrêt *Rodes* du 18 mai 1983 admet une aggravation des pouvoirs de police du préfet en raison du péril résultant de l'activité importante du volcan de la Soufrière, s'appuyant notamment sur les rapports des experts. Les circonstances de fait jouent donc un rôle éminent dans la confirmation des décisions prises. Ce sont les faits qui commandent l'adoption de telles décisions, et celles-ci sont donc influencées par ceux-là. Hors les cas où les pouvoirs d'exception sont mis en œuvre dans le cadre d'une appréciation discrétionnaire de la situation, leur existence, y compris lorsque la dérogation est prévue par un texte, est donc relative. Que cesse le péril et le pouvoir disparaît : « La compétence [...] attribuée par la nécessité ne pourra être exercée que tant que persistera la situation qui l'a suscitée⁷²⁷. » L'urgence impose de même une action rapide, mais, et P.-L. FRIER insiste sur ce point, « il faut rechercher si, pour répondre aux exigences de la conjoncture, la puissance publique ne peut se contenter de ses moyens normaux, si elle doit recourir à des pouvoirs exceptionnels⁷²⁸ ». Ce sont les « exigences de la conjoncture » qui déterminent la possibilité d'user des pouvoirs d'urgence. Le juge devra donc également se pencher sur la nécessité de fait des pouvoirs utilisés.

Cette importance du fait est d'ailleurs perceptible quelle que soit l'origine des pouvoirs d'exception accordés. Nous avons déjà pu donner des exemples de pouvoirs

727. L. NIZARD, *La jurisprudence des circonstances exceptionnelles et la légalité*, op. cit., p. 143.

728. P.-L. Frier, *L'urgence*, p. 81.

reconnus par la jurisprudence, mais les pouvoirs prévus par les textes obéissent également à cette contrainte. L'article 24 de la loi du 12 avril 2000 dispose ainsi : « Exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1^{er} et 2 de 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 n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales [...]. Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables : 1° En cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles. »

Le législateur, en prévoyant une telle situation dérogatoire, laisse au juge le soin d'en préciser les cas d'application au regard de standards classiques. La précision que le juge doit apporter au texte implique une appréciation concrète, au cas par cas, des circonstances entourant la prise de décision. Il convient de citer ici C. LANDAIS⁷²⁹ : « en droit, il nous paraît difficile de dire que l'exception des circonstances exceptionnelles prévue par le 1° de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 pourrait viser une catégorie de décisions dans son ensemble. Le terme « exceptionnelles » laisse au contraire entendre qu'il s'agit de cas particuliers et non d'un cas général, qui tiendrait à la nature des décisions en cause ou du public qu'elles concernent. »

Les circonstances exceptionnelles ne peuvent être énoncées indépendamment d'une étude particulière de l'espèce. Est ainsi censuré l'arrêt d'une cour administrative d'appel qui écarte les dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 dans le cadre des décisions de maintien d'une hospitalisation d'office, « en raison de leur objet » seul, en s'abstenant d'étudier les circonstances propres à l'affaire. Le Conseil d'État, amené à se prononcer sur une telle décision, relèvera d'ailleurs : « il ne ressort du dossier aucune situation d'urgence ni aucune circonstance exceptionnelle de nature à exonérer, au cas d'espèce, l'administration de l'application des dispositions [...] de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000. » Le refus de systématiser le recours aux circonstances exceptionnelles au profit d'une étude particulière de chaque cas marque bien la volonté de préserver le caractère exceptionnel de ce recours.

La jurisprudence sur le référé suspension dirigé contre un arrêté d'expulsion vient cependant quelque peu nuancer ce propos. Le juge a pu ainsi affirmer : « eu égard à son objet et à ses effets, une décision prononçant l'expulsion d'un étranger

729. C. LANDAIS, rapport sur CE, 27 mai 2011, *Mme K.*, *AJDA*, 2011, p. 1787.

du territoire français porte, en principe, par elle-même atteinte de manière grave et immédiate à la situation de la personne qu'elle vise et crée, dès lors, une situation d'urgence justifiant que soit, le cas échéant, prononcée la suspension de cette décision⁷³⁰ ».

Le Conseil d'État établit ici une présomption d'urgence puisque celle-ci sera constatée « sauf à ce que l'administration fasse valoir des circonstances particulières⁷³¹ ». Si cette présomption s'applique également en cas de refus de renouvellement ou de retrait d'un titre de séjour⁷³², ces cas sont assez rares, le juge appréciant le plus souvent le caractère urgent de la situation au regard des circonstances particulières invoquées par le requérant⁷³³. Outre l'importance du contentieux relatif à cette matière, il faut vraisemblablement y voir la conséquence du fait que les circonstances susceptibles de justifier l'urgence sont par nature les mêmes dans l'ensemble de ces cas.

Les pouvoirs d'exception supposent que deux conditions soient réunies : l'atteinte à un intérêt préservé ET l'impossibilité de recourir aux règles prévalant en temps ordinaire. Ces deux conditions afin de constater la nécessité ne se retrouvent pas dans les pouvoirs implicites et témoignent d'une appréciation poussée des faits qui entourent la prise de décision. La nécessité qui gouverne la matière est donc une nécessité d'origine essentiellement factuelle.

2° Une différenciation des pouvoirs implicites nuancée au regard de l'appréciation juridictionnelle de la nécessité pratique

Les pouvoirs d'exception peuvent entrer en contradiction avec la lettre même des textes sur lesquels est fondée l'habilitation de l'autorité. Pareille entorse à la volonté expresse du législateur ne saurait se concevoir sans une justification solide. L'éminence de l'intérêt à préserver en constitue les prémisses. L'impossibilité pour l'autorité de le faire en raison d'une inadaptation des pouvoirs ordinaires est le premier élément de cette nécessité. Le juge sera ensuite amené à vérifier non seulement si le non-respect des textes permettait effectivement de préserver cet intérêt, mais aussi si cette infraction était la seule mesure adaptée, ou la mesure la

730. CE, 26 septembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Abd Nasser Mesbahi*, *Rec.*, p. 428.

731. CE, 13 juillet 2010, inédit, req. n° 335537.

732. La « condition d'urgence sera en principe constatée dans le cas d'un refus de renouvellement du titre de séjour, comme d'ailleurs d'un retrait de celui-ci » (CE, 6 juin 2012, inédit, req. n° 354479).

733. Ainsi, dans l'arrêt précité du 6 juin 2012, le Conseil d'État limite l'urgence aux deux cas évoqués. Dans les autres cas de refus d'un titre de séjour, « il appartient au requérant de justifier de circonstances particulières caractérisant la nécessité pour lui de bénéficier à très bref délai d'une mesure provisoire dans l'attente d'une décision juridictionnelle statuant sur la légalité de la décision litigieuse ».

plus adaptée. Cette appréciation de la nécessité n'est d'ailleurs pas seulement utilisée dans le cadre des pouvoirs reconnus *contra legem*. Ainsi, certaines dérogations reconnues par le législateur sont appréciées au regard de leur nécessité effective. Nous étudierons successivement ces deux points.

En matière de pouvoirs implicites, le lien de nécessité peut être interprété comme lâche : peut être entendu comme nécessaire ce qui est utile. La nécessité n'est donc pas inévitablement la traduction d'un impératif, l'extension des compétences ou pouvoirs n'est pas inéluctable. Au contraire, nous avons insisté sur le caractère détaché des pouvoirs et compétences implicites au regard des considérations purement pratiques : ceux-ci obéissent à une interprétation logique du texte. Autrement dit, si l'implicite peut supposer des considérations pratiques, celles-ci ne sont pas reliées à l'espèce. À cet égard, il suffit de constater que le pouvoir implicite, une fois reconnu, pourra être exercé indépendamment des conditions de l'espèce, sauf à ce que les textes eux-mêmes aient changé. Une modification des textes peut remettre en cause l'exercice d'un pouvoir implicite. Les faits, et ceci bien que l'argumentaire des pouvoirs implicites puisse faire état de considérations pratiques, n'influencent que très peu leur existence.

Le Conseil d'État va ainsi être amené à utiliser des expressions *a priori* moins ambiguës lorsqu'il reconnaîtra des pouvoirs d'exception. L'arrêt *Heyriès* rendu par le Conseil d'État le 28 juin 1918⁷³⁴, considéré comme un arrêt fondateur des « pouvoirs de guerre », est révélateur des différences profondes existant entre la nécessité des pouvoirs implicites et celle des pouvoirs d'exception. Le juge est en effet amené à utiliser des termes différents. Le Chef de l'État « avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité⁷³⁵ », « les circonstances exceptionnelles du moment [...] autorisaient le commissaire à la guerre à prendre les mesures indispensables pour parer provisoirement à la situation⁷³⁶ », « si les électeurs ont été privés de leur droit de surveiller les opérations de dépouillement, c'est en raison des circonstances sus-rappelées de l'espèce qui rendaient *indispensable* la prise de mesures exceptionnelles⁷³⁷ », « l'organisation et le fonctionnement d'une telle juridiction ne pouvaient légalement porter atteinte aux droits et garanties essentielles de la défense

734. *Rec.*, p. 651 ; *S.*, 1922, III, p. 49, note M. HAURIOU.

735. *Heyriès*, préc. (nous soulignons).

736. CE, 16 avril 1948, *Laugier*, *Rec.*, p. 161, *S.*, 1948, III, p. 36, concl. LETOURNEUR.

737. CE, 26 novembre 1990, *Élections municipales de San-Damiano*, *Rec.*, p. 337.

que dans la mesure où, compte tenu des circonstances de l'époque, il était indispensable de le faire⁷³⁸ ». Le qualificatif « indispensable » n'est jamais utilisé par le juge lorsqu'il est amené à reconnaître un pouvoir implicite⁷³⁹. Cela n'est pas sans faire songer à l'expression de MARSHALL, réfutant l'idée que le pouvoir du Congrès soit limité « aux seules lois qui sont indispensables à l'exécution des pouvoirs concédés⁷⁴⁰ » : « on constate que [le mot nécessaire] n'implique fréquemment pas plus qu'une chose est pratique, utile ou essentielle à une autre⁷⁴¹ ».

Il pourrait à cet égard exister une différence de degré entre les mesures indispensables et les mesures nécessaires, le terme indispensable évoquant une exigence plus impérieuse que la simple nécessité. Il convient néanmoins de nuancer cette première constatation. Tout d'abord, il arrive que des pouvoirs d'exception soient reconnus en raison de leur caractère « nécessaire ». Ainsi, l'arrêt *Courrent* considère que des « circonstances exceptionnelles [...] autorisaient l'administration à prendre [...] toutes mesures provisoires nécessaires⁷⁴² ». Il en va de même dans un arrêt d'assemblée du 20 juin 1975 : « en dehors des cas de troubles à l'ordre public rendant nécessaire l'intervention de l'autorité de police, une telle mesure, de caractère réglementaire, n'est susceptible d'être prise, lorsque l'intérêt général l'exige et sous le contrôle du juge, que par le Gouvernement, c'est-à-dire par décret⁷⁴³ ».

Un autre élément vient ensuite atténuer la portée de l'utilisation du terme indispensable. L'article L. 511-2 du Code de la construction et de l'habitation dispose que « le maire, à l'issue d'une procédure contradictoire [...] met le propriétaire de l'immeuble menaçant ruine [...] en demeure de faire dans un délai déterminé, selon le cas, les réparations nécessaires pour mettre fin durablement au péril ou les travaux de démolition, ainsi que, s'il y a lieu, de prendre les mesures indispensables pour préserver les bâtiments contigus. » De même, l'article L. 511-3 énonçait, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 15 décembre 2005 : « Si le rapport de [l'] expert [nommé par le juge du tribunal d'instance] constate l'urgence ou le péril grave et imminent, le maire ordonne les mesures provisoires nécessaires pour garantir la sécurité et, notamment,

738. CE, ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot, Rec.*, p. 552 ; *AJDA*, 1962, p. 612, chron. A. DE LAUBADÈRE ; *Revue administrative*, 1962, p. 623, note G. LIET-VEAUX ; *JCP*, 1963, II, n° 13068, note C. DEBBASCH.

739. Il faut toutefois noter que le juge peut utiliser ce terme lorsqu'il se prononce sur la légalité des mesures prises en vertu d'un pouvoir implicite.

740. Trad. É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique*, 2010, *op. cit.*, p. 35.

741. *Ibid.*.

742. CE, 16 mai 1941, *Rec.*, p. 89 (nous soulignons).

743. CE, ass., 20 juin 1975, *Société « Acli International Commodity Service Ltd. » et autres, Rec.*, p. 373.

l'évacuation de l'immeuble. Dans le cas où ces mesures n'auraient point été exécutées dans le délai imparti par la sommation, le maire a le droit de faire exécuter d'office et aux frais du propriétaire les mesures indispensables⁷⁴⁴. »

L'utilisation de termes différents pourrait traduire la volonté du législateur d'imposer au propriétaire d'un immeuble l'ensemble des mesures propres à garantir la sécurité des occupants et des tiers, ou lui laisser le choix parmi différentes mesures à même d'obtenir ce résultat, l'administration ne pouvant elle imposer que les mesures strictement indispensables. Le Conseil d'État emploie en réalité indifféremment les termes nécessaire et indispensable pour qualifier l'une ou l'autre catégorie de travaux. Ainsi, dans un arrêt *Nordine A.* du 4 février 2011⁷⁴⁵, le juge relève « l'abstention du maire à faire procéder d'office aux travaux nécessaires à la cessation du péril »⁷⁴⁶. Si le Conseil d'État établit une différence au regard de la nature des travaux imposés par un arrêté de péril imminent, celle-ci paraît toutefois étroitement liée à la qualité obligatoirement provisoire des mesures pouvant être imposées par ce dernier, plus qu'à un degré de nécessité.

Une autre hypothèse est envisageable : la nécessité des pouvoirs d'exception justifiant la prise des mesures nécessaires, il pourrait exister une obligation d'agir de l'administration lorsque les circonstances l'imposent, y compris lorsque la réaction la plus appropriée impose l'utilisation de moyens illégaux en temps ordinaire. En d'autres termes, l'administration serait alors dans l'obligation de prendre une décision illégale ou d'agir par des moyens ou selon des procédures qui ne lui sont pas reconnus par les textes, voire qui lui seraient contraires. P.-L. FRIER qualifie ainsi l'urgence comme étant « la condition d'une obligation⁷⁴⁷ ». Reste que cet auteur se penche sur l'ensemble des cas d'urgence, que ceux-ci soient prévus par la loi ou validés par le juge. Dans le cas où de telles dérogations sont prévues par les textes, cette obligation pose assez peu problème : il est possible au juge d'imposer à l'administration d'utiliser des pouvoirs qui lui sont reconnus. Un maire peut engager la responsabilité de la commune s'il ne prend pas les mesures de police indispensables afin de prévenir ou réparer un trouble à l'ordre public. Le cas des pouvoirs reconnus en contrariété avec les textes est éminemment plus délicat : « La compétence nouvelle s'exerçant par hypothèse *contra legem*, il n'est pas concevable

744. L'ordonnance du 15 décembre 2005 ne reprendra pas cette distinction terminologique, n'évoquant que « les mesures provisoires nécessaires ».

745. *Inédit*, req. n° 342057.

746. Cf également : CE, 4 juillet 2008, *M. et Mme A. et Mutuelle assurance des instituteurs de France*, *inédit*, req. n° 293873 : « Il ne résultait pas de l'instruction que ces travaux n'auraient pas été rendus nécessaires pour faire cesser le péril imminent ».

747. P.-L. FRIER, *L'urgence*, *op. cit.*, p. 17.

qu'elle puisse être liée par la loi⁷⁴⁸. » NIZARD admet alors deux possibilités : ou l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, ou, le juge se substituant à celle-ci dans l'appréciation de l'opportunité des mesures, elle dispose d'une compétence liée, et l'administration est alors effectivement dans l'obligation d'agir.

Certains des éléments relevés par cet auteur militent effectivement pour l'existence d'une compétence liée. Il relève ainsi que le Conseil d'État, amené à se prononcer sur les décisions prises en raison de circonstances exceptionnelles, utilise des expressions évoquant une obligation pour l'administration. L'arrêt *Couitéas*⁷⁴⁹ évoque ainsi un « devoir d'apprécier les conditions d'exécution d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la force exécutoire, tant qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité » mis à la charge du Gouvernement. L'existence d'un devoir est également utilisée dans un arrêt *Demoiselle Bousquet* du 27 juin 1919⁷⁵⁰. Nous citerons enfin l'arrêt *Heyriès* lui-même qui, bien que non cité par NIZARD énonce qu'« il incombe [au président de la République] de veiller à ce qu'à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ». Le verbe « incomber » est généralement entendu dans un sens qui semble plus fort que d'autres, tel « appartenir », et pourrait permettre de considérer qu'il existerait une obligation mise à la charge du président de la République.

Toutefois, il ne semble pas que cette obligation, à l'instar du caractère indispensable des mesures, soit véritablement consacrée par la jurisprudence. Il n'existe pas à notre connaissance de cas où le juge aurait été amené à condamner l'administration pour avoir respecté les compétences et pouvoirs accordés par les textes, alors même que la nécessité ou l'urgence auraient justifié une mesure contraire à ceux-ci, hors les cas où cette possibilité aurait déjà été prévue par un texte. Ce refus d'une compétence liée s'explique, selon NIZARD, par « le sentiment profond du juge, qu'en dépit des justifications juridiques, la nécessité n'est bien souvent qu'une concession à la raison d'État ; il lui apparaît dès lors inopportun de surenchérir, en

748. L. NIZARD, *La jurisprudence des circonstances exceptionnelles et la légalité*, op. cit., p. 144.

749. CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, *Rec.*, p. 789 ; *D.*, 1923, III, p. 59, concl. RIVET ; *RDP*, 1924, p. 75, concl et p. 208, note JÈZE ; *S.*, 1923, III, p. 57, concl. RIVET et note HAURIUO ; *GAJA*, n° 40, p. 242.

750. CE, *Rec.*, p. 587 : « les conditions dans lesquelles les agissements des filles publiques se sont multipliées à Toulon ont, en raison tant de la situation militaire de cette place forte que du passage incessant des troupes à destination de l'Orient, présenté un caractère tout particulier de gravité dont l'autorité publique avait le devoir de se préoccuper ».

tant que juge, sur les exigences administratives ; il est prêt à les admettre souvent, non à les susciter⁷⁵¹ ».

Le terme « indispensable », s'il remplace parfois celui de « nécessaire » ne suffit donc en rien à démontrer la différence pouvant exister entre les pouvoirs d'exception et les pouvoirs implicites. Il reste toutefois que la nécessité elle-même peut admettre différentes intensités : si la terminologie n'est pas révélatrice, les conditions de validité d'une décision prise dans le cadre de pouvoirs d'exception pourraient à cet égard témoigner d'une exigence importante du juge. Ainsi que nous l'avons vu, les pouvoirs d'exception correspondent à la nécessité de préserver un intérêt primordial, quitte à méconnaître les normes usuelles d'habilitation. Il reste toutefois que toute mesure ayant pour but la préservation de cet intérêt n'est pas valide de ce seul fait. L'exigence de légalité ne peut être ignorée sans raisons sérieuses. La première de ces raisons a été exposée : des contraintes factuelles empêchent d'atteindre cet objectif, car les pouvoirs habituels sont insuffisants. La seconde de ces raisons est exprimée dans deux rapports de « proportionnalité suffisante [...] entre le préjudice à éviter et l'intérêt à transgresser, entre la situation et les moyens employés pour y faire face⁷⁵² ».

Le premier rapport doit être entendu comme l'idée qu'un intérêt « mineur » ne justifiera vraisemblablement pas les mêmes atteintes qu'un intérêt plus important⁷⁵³. Il y a là une différence théorique importante avec les pouvoirs implicites. Dans le cadre des pouvoirs implicites, peu importe l'intérêt en jeu, le juge peut reconnaître l'ensemble des pouvoirs nécessaires. Cette différence tient évidemment au fait que les pouvoirs implicites, du moment que leur possibilité est admise, n'entraînent normalement la transgression d'aucun texte et ne sont par conséquent pas une entorse au principe de légalité. Un tel rapport de proportionnalité ne saurait exister dans la mesure où leur reconnaissance ne méconnaît aucun texte⁷⁵⁴.

751. *Op. cit.*, p. 153.

752. P.-L. FRIER, *L'urgence*, *op. cit.*, p. 118. Cette proportionnalité est également évoquée par NIZARD : « En cas d'urgence comme de circonstances exceptionnelles, l'illégalité légitime est proportionnée aux exigences de la situation appréciée au regard de l'importance de l'intérêt préservé. » (*La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, *op. cit.*, p. 118)

753. « Les fins protégées par certaines polices spéciales (esthétique, ordre public économique) donnent aux autorités publiques des pouvoirs moindres que lorsque l'ordre public général est menacé. » (*Id.*, p. 116.)

754. Certes, dans le cas des pouvoirs implicites, il se pourrait observer un tel rapport de proportionnalité lorsque est posée la question de l'admission de ceux-ci dans leur principe, en ce qu'ils sont la conséquence d'une interprétation extensive du texte, que l'on préférera à une interprétation plus stricte. Néanmoins, une fois ce choix opéré, il n'y a théoriquement pas à déterminer si la mission confiée est suffisamment importante pour permettre une extension des pouvoirs exprès.

Le second rapport de proportionnalité est l'appréciation concrète de la nécessité du pouvoir. Celle-ci suppose évidemment au préalable que les pouvoirs conférés étaient insuffisants : il était donc nécessaire de les étendre. Une fois ce point admis, il faut encore que le pouvoir soit adapté à la situation. Le juge n'accorde pas un blanc-seing aux autorités devant faire face à des situations exceptionnelles, mais est supposé vérifier que les mesures prises ne dépassaient pas, par la gravité de leurs éventuelles atteintes aux libertés ou plus largement à la légalité, ce qui était requis. Certaines solutions témoignent ainsi d'une appréciation stricte de la nécessité par le juge, du moins dans le cadre des pouvoirs d'exception prévus par les textes⁷⁵⁵. FRIER comme NIZARD arrivent cependant tous deux à la conclusion que la nécessité de ces pouvoirs est essentiellement conditionnée par l'intérêt qui gouverne la reconnaissance du pouvoir d'exception : « Si l'intérêt à préserver par l'illégalité revêt une importance que le juge estime cruciale, il aura tendance à valider la décision alors même que sur le plan technique il apparaît très peu probable qu'elle ait été effectivement nécessaire⁷⁵⁶. »

À ce stade de notre étude et bien que nous n'ayons pas encore détaillé avec précision l'appréciation de la nécessité par le juge et les conséquences que celui-ci peut y attacher dans le cas des pouvoirs implicites, il est d'ores et déjà possible d'affirmer que le juge ne saurait avoir une appréciation radicalement différente de la nécessité dans ces deux configurations.

B. Pouvoirs implicites et pouvoirs d'exception : l'éminence de la mission

Un second élément nous semble susceptible de permettre un rapprochement entre pouvoirs implicites et d'exception : la finalité de leur reconnaissance. Nous avons déjà souligné que les pouvoirs implicites correspondaient classiquement à une

755. Ainsi, un arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon, en date du 3 février 2004, confirme un jugement du tribunal administratif de Dijon annulant un commandement de payer le montant des travaux engagés par la commune de Saint-Florentin émis à l'encontre de la propriétaire d'un immeuble en état de péril imminent au motif que « la commune n'apporte aucun élément tendant à établir que, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif, les travaux de reprise de la toiture étaient nécessaires et qu'ainsi l'enlèvement ou la consolidation des éléments menaçant de s'effondrer n'auraient pas été suffisantes pour garantir la sécurité publique » (CAA LYON, 3 février 2004, *Commune de Saint Florentin*, inédit, req., n° 01LY00392).

756. *La jurisprudence des circonstances exceptionnelles et la légalité*, op. cit., p. 129. Le même auteur nie l'existence d'une appréciation « objective » de l'adéquation de la mesure aux circonstances : « il est faux de considérer que le jugement de valeur du juge s'épuiserait dans les opérations de détermination et de définition des exigences de la fin, si bien qu'au moment où le juge se trouve en présence du problème technique, il pourrait céder la place à une sorte d'expert » (*id.*, p. 128). FRIER développe l'idée que ce rapport de proportionnalité est très largement dépendant de la fin envisagée, du but à préserver (*L'urgence*, op. cit., p. 116).

reconnaissance en deux temps : l'auteur du texte a entendu donner à une autorité l'ensemble des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission ; le moyen en cause étant nécessaire, il a par conséquent été accordé.

En ce qui concerne les pouvoirs d'exception, la démarche mise en œuvre peut être résumée ainsi : l'administration doit à tout moment disposer des moyens nécessaires à l'accomplissement de certaines missions jugée primordiales ; les circonstances de fait entourant la décision en cause étaient telles qu'elles ne permettaient plus à l'administration d'accomplir sa mission dans des conditions normales et l'autorisaient donc à agir en utilisant des moyens dérogatoires.

La nécessité telle qu'elle est appréciée lors de la reconnaissance des pouvoirs d'exception diffère somme toute assez peu de la nécessité-efficacité des pouvoirs implicites. La différence majeure réside dans les répercussions qu'auront les faits sur la mise en œuvre des pouvoirs, ceux-ci apparaissant comme un cadre temporel et matériel du pouvoir d'exception, influençant à la fois la durée et le moment d'exercice du pouvoir et le contenu des dispositions susceptibles d'être adoptées.

Outre la nécessité, les pouvoirs d'exception partagent avec les pouvoirs implicites la même visée, qui doit aussi s'entendre comme leur justification : l'accomplissement de la mission. L'objet de la nécessité est donc très proche. Deux fins sont classiquement entendues comme permettant la mise en œuvre de pouvoirs d'exception : l'ordre public et le bon fonctionnement des services publics. Cette dernière mission se retrouve dans le cadre des pouvoirs implicites, il suffit de songer au pouvoir réglementaire du chef de service. Cela n'a rien de surprenant, dans la mesure où « la finalité poursuivie par l'administration dans les circonstances exceptionnelles n'est pas différente de celle des temps normaux⁷⁵⁷ ». Si les missions reconnues dans le cadre des pouvoirs implicites sont plus diverses, c'est que la contrainte pesant sur le juge est moindre : il n'a pas à établir de rapport de proportionnalité entre l'atteinte au principe de légalité et le préjudice à éviter. Il ne faut donc pas voir ici une différence entre les missions, mais plutôt l'influence du caractère dérogatoire des pouvoirs d'exception. Si les fins poursuivies par l'administration restent identiques, seules certaines d'entre elles justifieront une entorse au principe de légalité, les intérêts en cause étant perçus comme suffisamment importants.

757. F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, Paris : PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 8. Voir également FRIER : « En définitive, dans l'action normale comme dans l'action urgente, les buts qui peuvent être poursuivis ou qui sont au contraire interdits, sont identiques. » (*Op. cit.*, p. 74.)

Par ailleurs, pouvoirs implicites comme pouvoirs d'exception s'appuient sur une conception proche des textes eux-mêmes. Dans les deux cas, ils participent soit d'une vision idéalisée de la volonté de l'auteur du texte, soit d'une conception pragmatique du droit et de ses finalités.

Dans le premier cas, les auteurs invoquent une « clause « *rebus sic stantibus* » implicite »⁷⁵⁸ : le pouvoir normateur, conscient de ses lacunes, laisserait en réalité au juge le soin d'adapter le texte en cas de circonstances exceptionnelles. Si cette conception fait l'objet de vives critiques⁷⁵⁹, elle traduit néanmoins l'idée de préserver une apparence de légalité au pouvoir d'exception. Elle permet le rattachement de ces pouvoirs à la volonté, là encore idéalisée, de l'auteur du texte, comme dans les cas d'utilisation de l'implicite.

Dans le second cas, les auteurs estiment que les pouvoirs d'exception se résument en réalité à la prise en compte de la nécessité par le juge. Certes, les auteurs s'opposent ensuite sur l'appréhension de la nécessité par le droit⁷⁶⁰, mais ils fondent quoi qu'il en soit les pouvoirs d'exception sur celle-ci.

Les discussions relatives au fondement des pouvoirs d'exception, si elles présentent des particularités en raison de leur caractère dérogatoire⁷⁶¹, sont donc extrêmement proches des discussions plus générales sur le pouvoir d'interprétation et de création du juge, la question centrale étant de déterminer si le juge peut adapter le texte aux évolutions et aux contraintes pratiques. Que l'on fonde ces pouvoirs sur la volonté de l'auteur du texte ou sur l'adaptation de ce dernier aux nécessités pratiques, pouvoirs implicites et d'exception traduisent tous deux l'idée que le juge doit reconnaître à l'administration les moyens d'accomplir sa mission et par conséquent que la mission elle-même prime sur la lettre stricte du texte – idée qui témoigne d'une conception finaliste du droit. La critique d'une perception essentiellement légaliste du droit formulée par P.-L. FRIER l'illustre parfaitement : cette conception « envisage le droit uniquement sous l'aspect de la stabilité, de la sécurité, en perdant de vue sa

758. P.-L. FRIER, *op. cit.*, p. 505.

759. STASSINOPOULOS écrit à ce sujet : la loi « qui a prescrit [des formes] devait certainement avoir en vue les cas exceptionnels qui sont éventuels dans le fonctionnement des services administratifs. Si elle n'a pas prévu d'exception, cela signifie qu'elle prescrit des formes, même pour les cas exceptionnels ». (M. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Paris : Sirey, 1954, p. 135.)

760. Cette division repose sur le caractère juridique de la nécessité : celle-ci est-elle source de droit ou, au contraire, la prise en compte du fait qui prend alors le pas sur le droit, en devenant sa négation ?

761. Il est plus facile de réfuter la thèse de la volonté implicite du pouvoir normateur, celui-ci ayant en réalité exprimé une volonté que le juge écarte en raison des circonstances.

fonction essentielle. Or, le droit n'apparaît pas seulement comme un corps de règles, de prescriptions, il est avant tout un outil permettant d'atteindre une fin⁷⁶² ».

La proximité de ces deux catégories de pouvoirs amène à nuancer les différences que nous avons pu souligner : la nécessité fondant ces pouvoirs permet de considérer qu'il n'existe entre eux qu'une différence de degré et non de nature. Les pouvoirs d'exception sont en réalité une application extrêmement poussée de la logique qui guide la reconnaissance des pouvoirs implicites, la nécessité à la mission permettant dans des cas exceptionnels de contredire la volonté expresse du pouvoir normateur.

En outre, cette proximité permet de prendre en compte les cas où la différenciation entre pouvoirs implicites et pouvoirs d'exception semble malaisée, et plus particulièrement les pouvoirs et compétences reconnus en raison de circonstances particulières. Ces circonstances particulières permettent en effet l'extension des pouvoirs exprès dès lors qu'une situation définie par le juge avec plus ou moins de précision est avérée. Nous songeons ici, à titre d'illustration, à la solution maintes fois reprise donnée dans l'arrêt *Dehaene*, par lequel le juge reconnaît au Gouvernement le pouvoir de réglementer l'exercice du droit de grève par les agents publics. La reconnaissance de ce pouvoir emprunte à la fois aux mécanismes des pouvoirs implicites et à ceux qui gouvernent les pouvoirs d'exception. Ce pouvoir est reconnu au Gouvernement car il est « responsable du bon fonctionnement des services publics », mission utilisée dans le cadre des pouvoirs implicites comme des pouvoirs d'exception. Il n'est pas sans rappeler les pouvoirs d'exception en raison de deux éléments qui motivent la décision du juge : une circonstance précise et une dérogation aux règles normales de compétence. En effet, le législateur était compétent pour encadrer le droit de grève au regard du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et c'est justement le fait qu'aucune disposition législative ne réglemente le droit de grève de manière satisfaisante, alors même que cet encadrement est nécessaire, qui fonde le pouvoir du Gouvernement. Il y a bien un pouvoir d'exception.

Toutefois, il faut ajouter que le caractère exceptionnel des circonstances est relatif. En effet, cinquante ans plus tard, le juge sera encore amené à valider

762. *Op. cit.*, p. 524.

l'exercice de ce pouvoir⁷⁶³. En outre, ce pouvoir sera étendu à « tout chef de service⁷⁶⁴ » en tant qu'il est « responsable d[e son] bon fonctionnement », motivation identique aux pouvoirs reconnus aux chefs de service en dehors de toute circonstance exceptionnelle. La circonstance qu'une loi n'ait pas été prise n'est de même pas particulièrement propre aux pouvoirs d'exception. Tout pouvoir implicite n'est reconnu que dans la mesure où un texte n'est pas déjà intervenu. De surcroît, le juge n'invoque aucune circonstance de fait particulière pour apprécier la portée des décisions prises au titre de ce pouvoir, s'appuyant en réalité sur la nature des fonctions des agents pour déterminer la nécessité des mesures prises. Ce pouvoir peut donc s'apparenter à un pouvoir implicite.

Les pouvoirs implicites et les pouvoirs d'exception ont ceci de commun qu'ils sont des pouvoirs impliqués par leur nécessité. Si les modalités de leur reconnaissance varient, ils traduisent une conception identique du droit et des textes. Il est par conséquent difficile d'établir une frontière nette, ainsi que le montre l'ensemble des pouvoirs fondés sur des circonstances particulières qui dévoile un spectre d'influence assez large des faits sur la nécessité. Les circonstances particulières permettent en réalité la reconnaissance de pouvoirs que nous qualifierions d'implicites eu égard à leur portée étendue et en raison de l'appréciation très générale des faits par le juge. Ces pouvoirs sont néanmoins conditionnés. S'ils sont reconnus de manière habituelle, marque d'un pouvoir implicite, leur mise en œuvre est soumise à la réalisation de certains faits, mais également à l'absence de dispositions édictées par l'autorité normalement compétente. En ce cas, ils pourront permettre l'intervention habituelle d'une autorité en contradiction avec les règles ordinaires de compétence.

Le juge reconnaît un certain nombre de pouvoirs et compétences fondés sur leur nécessité pour l'accomplissement des missions expressément attribuées. Une telle extension apparaît cependant limitée.

En premier lieu, elle se confond le plus souvent avec l'attribution par les textes d'un pouvoir lui-même très large, que le juge va préciser. Il n'a alors pas recours expressément aux pouvoirs implicites. Dans bien des cas, la généralité des termes de l'habilitation l'en dispense et il se contente alors de fonder les mesures prises sur une

763. CE, 15 mai 2006, *Fédération CFDT des finances et des affaires économiques*, inédit, req. n° 270171

764. Voir pour exemple : CE, 30 novembre 1998, *Madame Rosenblatt et autres*.

disposition expresse, et non sur la nécessité, qu'elle soit théorique ou pratique, de cette mesure au regard des objectifs ou de la mission attribuée.

En second lieu, les cas où le juge ne peut fonder la mesure prise sur les dispositions expresses du texte et refuse toutefois de la censurer au motif qu'elle était nécessaire sont assez rares.

Enfin, l'utilisation par le juge du mécanisme des pouvoirs implicites afin non plus d'étendre, mais d'encadrer l'exercice d'un pouvoir nous amène à nous interroger sur le régime de ces pouvoirs, et particulièrement sur les conséquences attachées à l'exigence de nécessité.

Conclusion du titre 1

Le juge administratif ne reconnaît que rarement des pouvoirs implicites. Si certains d'entre eux apparaissent clairement établis et peuvent se prévaloir d'une jurisprudence constante et abondante, la plupart relèvent de décisions précises, pour ne pas écrire d'espèce.

Le principe qui gouverne la reconnaissance des pouvoirs implicites est pourtant particulièrement large. Le mécanisme des pouvoirs implicites est aisé à mettre en œuvre et bénéficie d'un appui théorique certain qui justifie tant l'admission de la le fondement de ce pouvoir n'est pas énoncé nécessité comme source d'extension des pouvoirs expressément accordés qu'une interprétation des textes fondée sur une volonté idéalisée. Pourtant, son utilisation par le juge administratif reste parcimonieuse. Hormis le cas du pouvoir reconnu au chef d'un service d'adopter l'ensemble des mesures nécessaires au bon fonctionnement de ce service, aucun pouvoir implicite n'a fait l'objet d'une reconnaissance en des termes aussi généraux.

Il est vrai que les pouvoirs implicites, s'ils profitent d'une indétermination du texte, peuvent très souvent être considérés comme une atteinte à l'autorité qui bénéficie de la compétence de droit commun. Ainsi, la reconnaissance de pouvoirs implicites au profit de l'État fédéral ampute les États fédérés d'une partie de leurs attributions. Le pouvoir réglementaire d'organisation du service dont peuvent se prévaloir les chefs de service méconnaît pareillement la compétence du gouvernement relative à l'organisation des services publics nationaux, qui se déduit d'une interprétation combinée des articles 34 et 37. L'extension du pouvoir réglementaire d'application des lois, permettant au gouvernement d'adopter l'ensemble des mesures nécessaires à l'exécution de la loi justifie de la même manière une intervention du pouvoir exécutif dans des matières réservées au législateur.

Ceci explique sans doute que le juge administratif soit réticent à utiliser la théorie des pouvoirs implicites. Une autre raison résulte vraisemblablement de ce que

le juge préfère le plus souvent opter pour une interprétation large des textes sans justifier celle-ci par une quelconque nécessité.

Les pouvoirs implicites sont pour l'essentiel une manifestation des principes qui gouvernent l'interprétation des textes. Deux éléments en témoignent. Tout d'abord, le juge va apporter à certains pouvoirs une restriction directement marquée par l'idée que ceux-ci n'ont été confiés que dans la mesure où ils étaient nécessaires à l'accomplissement des missions confiées ou à l'exercice des pouvoirs accordés. Il faut voir là une limitation implicite du pouvoir, corollaire vraisemblable du principe d'extension des pouvoirs exprès. Ensuite, il convient d'insister sur le rattachement du pouvoir à un texte, ou tout au moins à la volonté de son auteur dès lors que le rattachement à une disposition expresse est impossible. Il faut alors s'interroger sur les conséquences de ce fondement textuel, et sur l'influence que pourra avoir la nécessité sur l'appréciation des mesures prises dans l'exercice d'un pouvoir implicite.

TITRE 2.

L'APPRÉCIATION PAR LE JUGE

DE LA NÉCESSITÉ DES POUVOIRS IMPLICITES

Le pouvoir implicite est l'habilitation à prendre une mesure nécessaire à l'accomplissement d'une mission ou à l'exercice d'un pouvoir exprès. Étudier les pouvoirs implicites suppose par conséquent de se pencher sur l'appréciation par le juge de la nécessité des mesures adoptées. Le lien de nécessité soulève en effet un certain nombre d'interrogations.

Ainsi qu'il a déjà été écrit, ce lien peut revêtir différentes significations, de l'utile à l'indispensable. L'exigence du juge quand il sera conduit à envisager la légalité de la mesure permet alors de qualifier cette nécessité.

Il convient en outre de souligner un hiatus : la reconnaissance du pouvoir est le plus souvent faite en des termes qui lient directement le pouvoir à la nécessité des mesures prises sur son fondement. Il faut donc parvenir à établir que la nécessité du pouvoir ne se confond pas avec celle de la mesure prise sur son fondement avant de pouvoir évaluer le contrôle de cette dernière (**Chapitre 1**).

Tout pouvoir implicite induit pour le juge qui le reconnaît une auto-habilitation indirecte, puisqu'il sera amené ensuite à déterminer les conditions d'exercice de ce dernier. Cette auto-habilitation amène le juge à jouer un rôle important non seulement lorsqu'il admet l'existence d'un pouvoir implicite, mais aussi au stade ultérieur de l'appréciation de la nécessité prise sur ce fondement (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

Le contrôle de l'exercice des pouvoirs implicites

La nécessité est au cœur de la définition des pouvoirs implicites. Elle apparaît tour à tour comme la justification de leur reconnaissance, le lien entre le texte et le pouvoir ou encore la mesure de l'exercice du pouvoir. Sur ce point, affirmer que les pouvoirs implicites sont les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement d'une mission confiée par un texte appelle un certain nombre d'observations.

La jurisprudence administrative présente certaines particularités de ce point de vue. Tant les juridictions internationales que la Cour suprême des États-Unis d'Amérique opèrent un raisonnement en deux temps : en premier lieu, les juges énoncent un principe d'admission des pouvoirs implicites ; en second lieu, ils confrontent ce principe au texte lui-même et s'interrogent sur la nécessité du pouvoir susceptible d'être reconnu. La reconnaissance du pouvoir se distingue donc de l'appréciation de la légalité de son exercice.

Ce raisonnement n'apparaît pas dans les arrêts rendus par le Conseil d'État. Tout d'abord, le juge n'appuie jamais sa décision sur un principe gouvernant l'interprétation des normes d'habilitation. Ensuite, et cela est plus troublant, le juge définit directement le pouvoir en ayant recours à la nécessité.

Section 1. La nécessité, condition d'appréciation de la légalité de l'exercice des pouvoirs et compétences implicites

Le chef de service est compétent pour prendre l'ensemble des mesures nécessaires au bon fonctionnement du service. Cela n'est pas sans soulever certaines difficultés. En effet, si l'on prend cette formule à la lettre, la légalité interne de la mesure prise sera conditionnée par la nécessité de celle-ci. Or, le chef de service n'est

compétent que pour prendre les mesures nécessaires. La définition de la compétence du chef de service semble par conséquent se confondre avec l'appréciation de la légalité interne de la mesure. La nécessité théorique du pouvoir se mêle alors à la nécessité pratique de la mesure.

Il nous semble pourtant possible de déceler dans la jurisprudence que si une même nécessité apparaît comme étant la justification et la limite de l'exercice d'une compétence ou d'un pouvoir implicites, l'existence du pouvoir est en réalité distincte de l'appréciation de la légalité de la mesure (**I**). Cette distinction suppose que la nécessité pratique des mesures prises dans l'exercice d'un pouvoir implicite fasse l'objet d'un contrôle par le juge (**II**).

I. La distinction entre l'existence et l'exercice du pouvoir

Certains arrêts entretiennent une confusion entre l'existence et l'exercice du pouvoir implicite. Si les pouvoirs sont reconnus en raison de leur nécessité, alors toute mesure prise qui ne serait pas nécessaire devrait logiquement être déclarée illégale. Cette illégalité tient-elle cependant à une incompétence de son auteur ou est-elle propre à la mesure prise, sans remettre pour autant en cause l'existence de ce pouvoir ?

En effet, la possibilité de prendre les mesures nécessaires a inévitablement pour conséquence que l'autorité investie de ce pouvoir ne peut édicter des mesures qui ne seraient pas nécessaires. C'est la raison pour laquelle, dans de rares cas, le juge se contente ou de constater l'existence d'un tel pouvoir, ou d'affirmer la nécessité de la mesure, ce qui implique logiquement que l'autorité qui a édicté la mesure était compétente pour prendre de telles mesures. Il faut alors admettre que la constatation de la légalité de la mesure se confond avec la reconnaissance du pouvoir implicite.

Doit-on pour autant en déduire que cette seule nécessité fonde à la fois l'existence du pouvoir et son exercice ? Il nous semble au contraire que l'existence d'un pouvoir est nécessairement distincte, au moins théoriquement, de son exercice (**A**). Par conséquent, la reconnaissance du pouvoir ou de la compétence implicites est également indépendante de l'appréciation de la légalité des mesures prises (**B**).

A. Une distinction nécessaire

Peut-on considérer que l'existence du pouvoir est conditionnée par la nécessité des mesures prises ? Certains éléments permettent en effet cette confusion. D'une part, si l'on considère que l'auteur d'une norme d'habilitation a entendu donner à l'autorité habilitée l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de la mission pour laquelle a été confiée cette habilitation, il semble logique que, dès lors que la mesure prise n'est pas nécessaire, elle sera annulée. D'autre part, et cela est lié, cette confusion est parfois alimentée par le juge. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt du 11 avril 2008, *Union générale des syndicats pénitentiaires CGT*⁷⁶⁵, C. LANDAIS étudie la nécessité des mesures prises par le ministre de la Justice en sa qualité de chef de service pour déterminer si celui-ci était compétent.

Il nous semble de même que la solution mise en œuvre dans l'arrêt d'assemblée du 3 mars 2004, *Association Liberté, Information, Santé* témoigne de cette apparente confusion, et explique qu'elle a pu être interprétée comme consacrant un pouvoir spécifique au profit du ministre de la Défense, tenant non pas à sa qualité de chef de service, mais aux contraintes propres à l'activité militaire. Le juge, à l'inverse d'une démarche classique consistant à énoncer l'existence du pouvoir réglementaire d'organisation du service avant de reconnaître, fût-ce implicitement⁷⁶⁶, la nécessité de la mesure prise, se contente de relever que le ministre a pris des mesures « directement liées aux risques et exigences spécifiques à l'exercice de la fonction militaire ». Étant donné qu'il est « responsable de l'emploi des militaires placés sous son autorité et du maintien de l'aptitude de ces derniers aux missions qui peuvent à tout moment leur être confiées », il n'a par conséquent pas méconnu sa compétence. Le recours aux pouvoirs implicites, ou du moins à l'implication, est ici difficilement contestable. La compétence du ministre était en effet d'autant moins certaine que le législateur est normalement compétent en matière de vaccinations⁷⁶⁷. Pourtant, la

765. CE, *AJDA*, 2008, p. 1142.

766. CE, 2002, *Commune de Rixheim*, préc. : « les ministres, à qui il incombe de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement des administrations placées sous leur autorité, ont la faculté, même en l'absence de disposition le prévoyant expressément, de s'entourer avant de prendre les décisions relevant de leur compétence, des avis qu'ils estiment utile de recueillir ». Il faut déduire d'un tel considérant que la création d'une commission consultative est une mesure nécessaire au bon fonctionnement du service, sans que le juge étudie expressément cette nécessité.

767. « Il apparaît comme acquis que seule la loi peut imposer le principe de toute obligation vaccinale, compte tenu de l'atteinte que porte une telle mesure de contrainte à la liberté individuelle » (G. LE CHATELIER, « Vaccinations obligatoires : les pouvoirs du chef de service », concl. sur CE, ass., 3 mars 2004, *Association Liberté, Information, Santé*, *RFDA*, 2004, p. 585).

légalité de la mesure n'est pas justifiée autrement que par l'existence de risques spécifiques.

Nous considérons cependant que la nécessité tenant à cette spécificité des activités militaires ne fonde pas le pouvoir lui-même, mais ne traduit ici que l'appréciation de la légalité de la mesure. Avant de se prononcer sur ce point, le juge doit avoir admis que le ministre était compétent pour prendre l'ensemble des mesures nécessaires au bon fonctionnement de son service.

Nous pouvons citer à cet égard l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 29 juillet 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts comptables brevetés par l'État*⁷⁶⁸, qui, bien que ne reconnaissant pas un pouvoir implicite, met en valeur la nécessité d'établir une différence entre l'existence du pouvoir et la légalité de son exercice. Le Conseil d'État, ainsi que nous l'avons déjà vu, énonce que les signataires de l'ordonnance du 19 septembre 1945 « ont entendu attribuer [aux autorités de l'ordre des experts-comptables et comptables agréés] l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de cette mission (assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance des professions représentées par l'ordre) ; mais que ces pouvoirs trouvent une limite dans les libertés individuelles qui appartiennent aux membres de l'ordre comme à la généralité des citoyens ; que dès lors, les sujétions imposées par lui à ses membres ne peuvent être tenues pour légales que dans le cas et dans la mesure où les restrictions qu'elles assignent à ces libertés dérivent nécessairement des obligations qui incombent à l'ordre et des mesures qu'impliquent ces obligations ».

Si l'on ne peut différencier l'existence du pouvoir de sa légalité, on arrive à une solution assez étrange : l'ordre peut imposer des restrictions aux libertés de ses membres, car ces restrictions sont nécessaires à l'accomplissement de sa mission/ Le juge ajoute cependant qu'elles doivent nécessairement dériver des obligations qui incombent à l'ordre. La nécessité semble bien ici être le fondement et la mesure du pouvoir (« dans le cas et dans la mesure où »). La solution ne peut donc s'expliquer de manière rationnelle que si l'on distingue le pouvoir lui-même de son exercice. Autrement dit, l'ordre a le pouvoir de limiter les libertés de ses membres, mais ce pouvoir ne peut s'exercer que dans la mesure où la restriction à la liberté est

768. Préc.

nécessaire, et là, le juge pourra apprécier l'exercice de ce pouvoir. La légalité est ici envisagée *in abstracto* (l'existence du pouvoir) et *in concreto* (l'exercice de ce pouvoir).

Nous proposons par conséquent d'admettre que l'étude de la nécessité du pouvoir puisse être distincte de l'étude des mesures mises en œuvre, permettant en cela de rapprocher l'appréciation des pouvoirs implicites de celle des pouvoirs exprès. Cette distinction nous semble d'autant plus facile à admettre que le juge semble parfois lui-même la mettre en œuvre.

B. Une distinction constatée

Admettre que les pouvoirs et compétences implicites font l'objet d'une reconnaissance en deux temps implique que le juge distingue lui-même l'existence du pouvoir de la légalité de la mesure. Un certain nombre d'arrêts nous incitent à une telle considération, au premier rang desquels l'arrêt *Jamart*. Le juge va en effet reconnaître au ministre un pouvoir réglementaire limité aux mesures nécessaires au bon fonctionnement du service. Plus précisément, le ministre peut : « dans la mesure où l'exige l'intérêt du service, interdire l'accès des locaux [...] aux personnes dont la présence serait susceptible de troubler le fonctionnement régulier dudit service ». Le sieur Jamart s'étant vu interdire l'accès aux locaux sur le fondement de ce pouvoir, le juge va ensuite vérifier si cette mesure était exigée par l'intérêt du service.

Nous pouvons analyser ainsi cette décision. Tout d'abord, le juge énonce la reconnaissance du fondement du pouvoir réglementaire du chef de service. De l'autorité qu'il exerce sur le service, le juge déduit qu'il peut édicter les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration. Il considère ensuite que l'une de ces mesures peut consister en l'interdiction d'accéder aux locaux. Il faut toutefois, pour être légale, que la mesure soit indispensable.

Le juge nous semble ainsi distinguer entre l'existence du pouvoir et l'appréciation de son exercice.

Cette conception a été confirmée à de nombreuses reprises. Dans un arrêt du 19 janvier 2000, *Fédération Justice CFDT*⁷⁶⁹, le juge considère ainsi que « si, à raison de leur objet, les mesures de contrôle administratif à leur domicile [...] entrent dans le

769. Préc.

champ des mesures d'organisation que le ministre a qualité pour prendre en tant que chef de service, les dispositions précitées [...] excèdent les limites des mesures nécessaires au bon fonctionnement des services placés sous l'autorité du directeur de l'administration pénitentiaire ».

Un arrêt du 19 juillet 2010⁷⁷⁰ nous semble également révélateur de cette distinction. Le juge était ici invité à apprécier notamment la légalité d'un arrêté du 20 octobre 2008, instituant un traitement automatisé de données personnelles. Amené à se prononcer sur une éventuelle illégalité externe résultant de l'absence de contreseing des ministres de l'Intérieur et de l'Agriculture, le Conseil d'État va tout d'abord reconnaître que le ministre de l'Éducation était compétent puisque l'acte en cause était « relatif à l'organisation et au fonctionnement des seuls services placés sous l'autorité du ministre » ; il entrait dans le cadre de son pouvoir en tant que chef de service. Le juge est ensuite conduit à apprécier la nécessité même des mesures édictées au moment de l'examen de la légalité interne de l'acte.

L'examen de la nécessité pratique de l'acte, alors même que le pouvoir a été reconnu, n'est évidemment pas propre à la jurisprudence *Jamart*. L'arrêt *Carlier* reconnaît ainsi au directeur général des Beaux-Arts, en tant qu'il a la charge de dépendances du domaine public, le pouvoir de prendre « à l'égard des usagers les mesures nécessaires pour prévenir toute atteinte à la conservation de ces ouvrages⁷⁷¹ ». De même que le chef de service, il peut par conséquent en interdire l'accès, sous réserve qu'il concilie « l'exercice de ce pouvoir avec le respect de la faculté qu'a tout usager d'utiliser les dépendances du domaine public conformément à leur affectation⁷⁷² ».

Cette distinction ressort également de la jurisprudence relative à l'office du juge. Le juge s'attache en effet parfois à définir les pouvoirs relatifs à cet office avant d'en faire l'application. Il en est ainsi dans le cas du pouvoir de déroger aux effets rétroactifs de l'annulation contentieuse d'un acte. L'arrêt *Association AC*⁷⁷³ commence ainsi par définir les conditions d'exercice de ce pouvoir et n'étudie qu'ensuite si ces conditions sont remplies en l'espèce.

770. CE, *Fristot et Mme Charpy*, *AJDA*, 2004, p. 1454, note M.-C. MONTECLER, et p. 1930, chron. D. BOTTEGHI et A. LALLET.

771. CE, 18 novembre 1949, *Carlier*, *Rec.*, p. 490 ; *S.*, 1950, III, p. 49, note R. DRAGO ; *RDP*, 1950, p. 172, concl. GAZIER et note WALINE.

772. *Id.*

773. CE, ass., 11 mai 2004, préc.

Il faut donc considérer à la lueur de cette jurisprudence que l'existence du pouvoir implicite peut être distincte de son exercice, et qu'il y a bien une nécessité permettant d'admettre ce pouvoir en dehors des considérations pratiques permettant d'apprécier la légalité de la mesure prise lors de l'exercice de ce pouvoir. Cela nous incite à considérer que seul l'exercice du pouvoir peut être soumis à une appréciation de sa nécessité pratique.

II. Un exercice conditionné par une nécessité pratique

Si le pouvoir ou la compétence implicites sont bien reconnus indépendamment de l'appréciation de la légalité de la mesure prise, cela signifie que la nécessité qui gouverne leur reconnaissance ne saurait être appréciée uniquement au regard de leur utilité pratique. Deux éléments doivent subséquentement être mis en valeur. Tout d'abord, la nécessité pratique n'est qu'un révélateur de l'utilisation de pouvoirs implicites (A). Ensuite, l'appréciation de la nécessité pratique d'une mesure n'est qu'une condition de légalité interne de celle-ci (B).

A. Le recours aux pouvoirs implicites, fondé sur une apparente nécessité théorique

Le juge distingue la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir de son exercice. Par conséquent, lorsqu'il est amené à apprécier la légalité d'une mesure, adoptée en l'absence d'habilitation expresse, au regard de sa nécessité, il reconnaît par là même qu'il était possible à l'autorité d'adopter cette mesure si elle était nécessaire.

La nécessité qui fonde la reconnaissance du pouvoir doit par conséquent être différente de la nécessité utilisée pour apprécier la légalité interne de la mesure. Cette première nécessité, si elle est détachée de ce second examen, doit alors être considérée comme essentiellement théorique. Or, ce caractère purement théorique est une construction artificielle. Ainsi que nous l'avons exposé dans un chapitre précédent⁷⁷⁴, elle repose sur « une représentation intuitive de la rationalité pratique⁷⁷⁵ », une interprétation idéale de la volonté de l'auteur du texte. En ce sens,

⁷⁷⁴. *Supra*, pp. 119 et suiv.

⁷⁷⁵. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation, op. cit.*, p. 601.

les pouvoirs et compétences implicites sont potentiellement inclus dans toute norme d'habilitation.

Toute considération pratique n'est cependant pas exclue. L'interprétation extensive de la norme d'habilitation est certes justifiée par les défauts inhérents à tout texte, mais ces défauts résident eux-mêmes dans l'inadaptation des textes aux besoins et aux évolutions pratiques. Il nous semble permis de considérer que la nécessité logique d'extension des textes s'appuie sur une insuffisance pratique intrinsèque à ceux-ci. L'insuffisance pratique n'a alors pas besoin d'être constatée pour justifier l'extension d'une habilitation, puisqu'elle est théoriquement nécessaire.

Dès lors qu'un texte accorde la possibilité d'agir, le juge aura à sa disposition deux arguments difficilement réfutables pour étendre cette habilitation : d'une part, l'auteur du texte n'a pu vouloir entraver cette action ; d'autre part, l'auteur du texte a nécessairement accordé cette possibilité d'action afin d'atteindre un but. Tous les pouvoirs nécessaires afin de donner plein effet à cette possibilité sont par conséquent logiquement implicites. Cela témoigne selon nous, à l'instar de ce que constatait P. WEIL, du fait que la notion de pouvoirs implicites « est sous-jacente à l'ensemble de la jurisprudence⁷⁷⁶ », puisque chaque habilitation expresse autorise implicitement son extension.

Toutefois, les pouvoirs que l'on peut identifier sans ambiguïté comme étant reconnus en raison de leur caractère implicite sont assez rares. Les manifestations certaines de cette notion – où le juge reconnaît directement la légalité d'une mesure en se fondant non sur les attributions expresses, quitte à leur donner une interprétation extensive, mais sur les pouvoirs ou compétences nécessairement impliqués par la mission confiée par l'auteur d'un texte à l'autorité – témoignent d'un recours sporadique aux pouvoirs implicites lorsque le juge a à se prononcer sur la légalité d'une mesure. Cela peut revêtir différentes significations.

Tout d'abord, il faut souligner que la reconnaissance de pouvoirs implicites est soumise à la saisine du juge, qui permettra de donner un fondement juridique à un pouvoir qui ne s'exerce auparavant qu'en fait.

776. P. WEIL, *Le droit administratif*, op. cit., p. 50.

Par ailleurs, il n'est sans doute pas toujours indispensable, ni même utile, de reconnaître un pouvoir en dehors des attributions expresses. Le texte, pour imparfait qu'il soit inévitablement, peut néanmoins ne pas nécessiter la reconnaissance de pouvoirs implicites, soit tout simplement que les pouvoirs et compétences définis précisément suffisent pour permettre à l'autorité de remplir sa mission, soit que l'habilitation soit définie en des termes vagues. Cette dernière possibilité permet alors au juge de fonder le pouvoir sur le texte lui-même, sans qu'il soit dans l'obligation de se référer à la mission confiée⁷⁷⁷.

Ensuite, si le principe d'interprétation qui gouverne la reconnaissance des pouvoirs implicites bénéficie d'une assise solide, ce n'est pas pour autant que le juge sera amené à reconnaître l'ensemble des pouvoirs utiles à la réalisation de la mission. Ces pouvoirs peuvent être exclus expressément. Le rattachement artificiel des compétences au texte constitue de ce point de vue la force, mais aussi la faiblesse des pouvoirs implicites.

Ces pouvoirs ou compétences peuvent également avoir été expressément confiés à d'autres autorités, et dans ce cas, le juge exclura la possibilité pour une autre autorité de les édicter ; c'est notamment le cas du champ des dispositions statutaires, qui ne peuvent faire l'objet d'une mesure ministérielle prise en qualité de chef de service⁷⁷⁸. Si l'on peut interpréter le silence d'un texte comme autorisant une extension des habilitations expresses, il est plus difficile de prétendre qu'un texte témoigne d'une volonté idéale de confier à l'un ce qui a été expressément attribué à un autre. Cela n'est pas rédhibitoire mais suppose que l'autorité à laquelle a été attribué expressément un pouvoir ne l'ait pas exercé, comme cela est le cas pour la réglementation du droit de grève⁷⁷⁹.

Le pouvoir implicite ne sera dès lors reconnu que si le juge constate l'existence d'une nécessité pratique.

777. Il faut toutefois d'ores et déjà noter que même dans ce cas, le juge pourra interpréter le texte selon une logique finaliste. Le juge, ainsi qu'il a déjà été dit, peut utiliser les mêmes arguments pour étendre les pouvoirs exprès que pour les restreindre. Cela ressort notamment de la jurisprudence sur le pouvoir réglementaire des ordres professionnels. Le juge va alors considérer que seuls les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement des objectifs de l'autorité ont été accordés.

778. Le juge peut cependant donner une lecture assez souple du champ des mesures statutaires. Voir ainsi CAA Nantes, 30 décembre 1998, *M. X.*, inédit, req. n° 96NT00126.

779. Il est également possible que la nécessité pratique soit telle qu'elle permette d'outrepasser les habilitations expresses, comme en témoigne la jurisprudence relative aux circonstances exceptionnelles.

B. La nécessité pratique, condition d'existence du pouvoir

Toute autorité dispose, du moins hypothétiquement, du pouvoir de prendre l'ensemble des mesures nécessaires à l'accomplissement des missions qui lui ont été confiées. La nécessité pratique n'est donc pas la justification première de la compétence de l'auteur de la mesure, puisque cette compétence existe indépendamment de son exercice. Autrement dit, l'appréciation de la compétence de l'auteur de la mesure se distingue de celle de la légalité interne de la mesure.

Toute considération pratique n'est toutefois pas écartée lorsqu'il s'agit de déterminer si une autorité était compétente pour prendre une mesure qui n'était pas expressément prévue par un texte. En effet, la nécessité pratique de la mesure semble dans certains cas s'imposer au juge. Cette nécessité pourra fonder un pouvoir impliqué en dépit des attributions expresses. La nécessité sera alors telle, selon le juge, qu'elle pourra justifier une entorse aux règles écrites d'habilitation.

Cette nécessité peut également à nos yeux constituer un révélateur de la nécessité théorique déjà évoquée. En ce sens, elle ne fonde pas le pouvoir implicite, puisque celui-ci découle en réalité de l'interprétation idéale de la volonté de l'auteur du texte. Elle permet cependant de renforcer l'argumentation permettant au juge de justifier la reconnaissance du pouvoir implicite et vient en quelque sorte confirmer les supposés théoriques de l'interprétation extensive de la norme d'habilitation.

L'interprète de la norme d'habilitation suppose que son auteur a voulu donner une pleine efficacité à celle-ci. L'interprétation extensive des termes de l'habilitation est donc justifiée par une première forme de nécessité. L'interprétation la plus stricte du texte risquerait en effet de priver celui-ci des effets supposés voulus par son auteur. Cette nécessité, si elle est évoquée par les juridictions étrangères ou internationales⁷⁸⁰, n'est pas présente dans les décisions rendues par les juridictions

780. Il convient de citer à cet égard : Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *McCulloch v. Maryland*, É. ZOLLER (trad.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, 2010, *op. cit.*, préc., p. 36 : « À supposer qu'on applique [un] principe d'interprétation (stricte) à l'un des pouvoirs du Gouvernement, on le trouvera immédiatement si néfaste dans ses conséquences qu'on ne pourra qu'y renoncer » ; Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Gibbons v. Ogden*, É. ZOLLER (trad.), *ibid.*, préc., pp. 73-74 : « S'il s'agit de retenir une interprétation étroite, qui paralyserait le Gouvernement et qui le priverait des moyens pour réaliser le but en vue duquel il a été institué et pour lequel les pouvoirs attribués, honnêtement entendus, lui ont donné compétence pour agir, alors nous ne pouvons [...] l'adopter comme règle d'interprétation de la Constitution. [...] Si, à cause des imperfections du langage humain, de sérieux doutes devaient s'élever sur la portée d'une compétence donnée, c'est une règle bien établie que les buts pour lesquels cette compétence a été conférée, surtout lorsque ces buts ont été énoncés dans l'instrument lui-même, doivent peser d'un grand poids dans l'interprétation elle-même. » ; CPJI, 23 juillet 1926, avis n° 13, *Série B*, p. 18 : « On ne saurait

administratives françaises. Il nous semble cependant qu'elle est implicitement utilisée par le juge dans un certain nombre d'arrêts⁷⁸¹.

Suivant ce précepte d'interprétation des normes d'habilitation, le juge va donc être conduit à accepter que tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice d'une mission expresse sont implicitement reconnus. Le juge français se distingue alors en ce qu'il n'étudie pas directement la nécessité du pouvoir exercé par l'autorité avant de l'accepter. Le plus souvent, il va lier l'exercice du pouvoir à la nécessité des mesures adoptées. Autrement dit, il semble envisager que tous ces pouvoirs existent au regard d'une nécessité théorique⁷⁸², qui devra ensuite être confrontée aux faits. Cette existence est néanmoins soumise à la condition que le pouvoir n'ait été ni écarté expressément, ni confié à une autre autorité⁷⁸³. Dans de tels cas, le pouvoir ne peut plus être considéré comme implicite. Il pourra néanmoins être reconnu, mais cette seconde étape devra être ignorée, le juge choisissant de privilégier la volonté idéale sur la volonté expresse en raison de la nécessité pratique.

Enfin, le juge pourra être amené à confronter l'existence de ce pouvoir à sa nécessité pratique. Les multiples significations de la nécessité laissent alors au juge le soin de séparer les pouvoirs illégalement exercés des pouvoirs effectivement nécessaires. La nécessité pratique vient de ce fait confirmer la nécessité théorique décrite lors de la seconde étape et porte sur le respect par l'autorité de la mission qui lui aura été confiée. Un certain nombre de pouvoirs sont ainsi reconnus *in abstracto* indépendamment de l'appréciation de leur exercice.

concevoir que [le] but [des Hautes Parties contractantes] eût été d'empêcher l'Organisation internationale du travail d'élaborer et de proposer des mesures essentielles à la réalisation de cette fin. » ; CIJ, avis, 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*, p. 10 : « les droits et devoirs d'une entité telle que l'organisation doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique ». L'énoncé le plus explicite de ce principe d'interprétation est dû à la CJCE qui, dans un considérant que nous avons déjà eu l'occasion de citer, énonce qu'« il est permis, sans se livrer à une interprétation extensive, d'appliquer une règle d'interprétation généralement admise tant en droit international qu'en droit national et selon laquelle les normes établies par un traité international ou par une loi impliquent les normes sans lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou ne permettraient pas une application raisonnable et utile » (CJCE, 1956, *Fédéchar, Rec.*, p. 305).

781. *Supra*, pp. 133 et suiv.

782. C'est le sens de la jurisprudence *Jamart*, qui confie le pouvoir de prendre toutes les mesures nécessaires au bon fonctionnement du service. Le juge ne se penche pas sur la nécessité d'un pouvoir particulier (par exemple adopter une décision réglementaire ou individuelle précise). Il lie ce faisant, ainsi que nous l'avons vu, la compétence à l'appréciation de la nécessité de la mesure prise.

783. Il faut également souligner que dans ce dernier cas l'absence de nécessité pratique vient renforcer la volonté exprimée de l'auteur. Dès lors qu'une mesure peut être prise, le pouvoir n'est plus nécessaire théoriquement.

C'est le sens de l'arrêt du Conseil d'État du 5 juillet 1929, *Ministre du Travail*⁷⁸⁴ dans lequel le juge reconnaît au préfet un pouvoir de contrôle des visites effectuées par les délégués du personnel. Cela ressort pareillement de l'arrêt du 2 mai 1975, *Fédération régionale des caisses rurales et urbaines de crédit mutuel du Finistère*⁷⁸⁵. Le Conseil d'État va en effet estimer que la mission, énoncée par l'ordonnance du 16 décembre 1958, de contrôle de l'organisation et de gestion des caisses de crédit mutuel implique « nécessairement que la confédération nationale est compétente pour édicter des prescriptions qui s'imposent aux caisses, pour veiller à l'observation, par les caisses, des dispositions qui leur sont applicables, et leur infliger, en cas d'infraction à ces dispositions, des sanctions appropriées⁷⁸⁶ ». Il en va de même des mesures d'interdiction de l'accès à un ou une catégorie d'usagers. Dans l'arrêt *Jamart* comme dans l'arrêt *Carlier*, le Conseil d'État consacre sans ambiguïté le pouvoir d'adopter de telles mesures, réservant ensuite le contrôle de la nécessité pratique de la mesure en cause⁷⁸⁷.

Il reste toutefois un certain nombre de cas où le juge ne se prononce pas sur l'existence d'un pouvoir ou d'une compétence précis. Il énonce alors simplement que l'autorité peut adopter l'ensemble des mesures nécessaires, sans préciser ni la portée, ni le contenu possible de ces mesures. Seule la nécessité pratique de la mesure fait alors l'objet d'un contrôle. Il convient maintenant de se pencher sur l'appréciation de cette nécessité pratique.

784. Arrêt préc.

785. Arrêt préc.

786. Il faut cependant préciser que ces pouvoirs sont d'autant plus faciles à admettre que le juge se fonde également sur le pouvoir de prendre l'ensemble des mesures nécessaires au bon fonctionnement du crédit mutuel.

787. Si dans les deux arrêts cités, le juge annule la mesure d'interdiction prise, celle-ci est déclarée légale dans un arrêt de section du 19 décembre 1980, *Ministre du Commerce et de l'Artisanat* (*Rec.*, p. 481) dans lequel le Conseil d'État admet la suppression de la participation d'un représentant aux travaux de la Commission nationale d'urbanisme « en raison de son comportement lors d'une séance précédente ». Il faut toutefois préciser que ce pouvoir n'est vraisemblablement pas une application directe de la jurisprudence *Jamart*. En effet, la Commission nationale d'urbanisme, organisme consultatif, ne peut être assimilée à un service placé sous l'autorité du ministre. Le commissaire du gouvernement GENEVOIS, dans ses conclusions, lie cependant le pouvoir de suspendre l'un des représentants des activités commerciales et artisanales à l'article 21 du décret du 28 janvier 1974 relatif à l'autorisation d'implantation de certains magasins de commerce de détail et aux commissions d'urbanisme commercial. Ce décret prévoyait en effet la nomination de ces membres par le ministre. Il en déduit que ce dernier pouvait suspendre l'un d'entre eux : « L'autorité compétente pour désigner les représentants des activités commerciales et artisanales a également compétence pour mettre fin à leur mandat, lorsque cela est indispensable au fonctionnement régulier de la commission. » (*Concl.* sur l'arrêt, *Rec.*, p. 483.)

Section 2. L'appréciation de la légalité des mesures prises en vertu d'un pouvoir implicite ou impliqué

Il faut considérer que toute norme d'habilitation dispose implicitement que l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'efficacité de cette habilitation est accordé. Il faut également admettre que cette efficacité nécessite que les missions qui ont été attribuées à son bénéficiaire puissent être accomplies. Le contrôle de l'exercice des pouvoirs implicites est donc soumis au respect de ces missions. Plus précisément, le pouvoir ne sera reconnu que s'il est nécessaire à leur accomplissement, son exercice ne sera légal que s'il ne dépasse pas le cadre de ce qui était nécessaire.

La nécessité, tant du pouvoir que de la mesure prise sur son fondement, conditionne au premier chef l'appréciation de la légalité par le juge (**I**). Cette nécessité pourra également être appréciée au regard d'un examen plus classique de légalité (**II**).

I. L'appréciation de la légalité au regard de la nécessité du pouvoir ou de la mesure

Le pouvoir de réglementation du service reconnu aux ministres ne peut « s'exercer que dans la mesure où les nécessités du service l'exigent⁷⁸⁸ ». Il apparaît que l'incomplétude des dispositions expresses suffit à fonder l'intervention de l'autorité (**A**), bien que le Conseil d'État soit parfois amené à apprécier la nécessité pratique des mesures prises au regard de l'habilitation implicite (**B**).

A. L'absence d'examen de la nécessité pratique

Le pouvoir implicite peut tirer sa nécessité de l'imprécision des textes que l'autorité doit mettre en œuvre. Confrontée à un certain nombre de difficultés pratiques, il lui appartient de préciser ces dispositions. La nécessité doit alors être considérée comme résultant de cette imprécision, qui fonde à elle seule l'intervention de l'autorité. L'arrêt précité, *Société Armand Pellerin et Cie*, énonce qu'« il

788. Concl. M. BERNARD sur CE, 6 octobre 1961, *Union nationale des parents d'élèves des écoles libres et autres(UNAPEL)*, RDP, 1961, p. 1279.

appartenait au ministre de l'Économie comme à tout chef de service, de prendre, dans la mesure toutefois où le décret prévu par la loi et pris le 25 octobre 1977, n'y avait pas lui-même pourvu, les mesures nécessaires au bon fonctionnement de son administration⁷⁸⁹ ». Le ministre chargé de l'instruction d'un dossier est en conséquence compétent, dans le silence des textes, pour « fixer [...] les règles relatives à la constitution et à la présentation⁷⁹⁰ » de ces dossiers.

Le juge a ainsi été amené à définir les mesures que sont susceptibles de prendre les chefs de service.

L'arrêt *Commune de Rixheim*⁷⁹¹, après avoir rappelé le pouvoir des ministres en tant que chefs de service, précise ainsi qu'ils « ont la faculté, même en l'absence de dispositions le prévoyant expressément, de s'entourer avant de prendre les décisions relevant de leur compétence, des avis qu'ils estiment utiles de recueillir ». Les exigences relatives à la création de commissions consultatives sont ici minimales. Une simple utilité suffit. Il faut également noter que le juge laisse aux ministres une grande liberté puisque l'utilité de l'avis est soumise à leur seule appréciation (« qu'ils estiment utiles de recueillir »).

Le ministre est également compétent « pour fixer les règles relatives au versement des prestations d'action sociale à caractère facultatif au personnel de son ministère⁷⁹² » de même que le ministre de l'Éducation nationale peut « fixer les règles d'organisation de l'enseignement de la natation à l'école primaire et soumettre à agrément préalable de l'inspecteur d'académie les intervenants ne relevant pas de l'administration scolaire et chargés de participer à l'enseignement de la natation⁷⁹³ ». Le maire peut édicter « des mesures de caractère général relatives aux modalités de notation des agents placés sous ses ordres⁷⁹⁴ » ou le président du conseil général « fixer les horaires de travail des employés⁷⁹⁵ ».

Dans tous ces cas, le juge n'examine pas la nécessité de ces mesures, qui se déduit alors du rappel du considérant de la jurisprudence *Jamart*. Ce rappel n'est d'ailleurs pas systématique. Le Conseil d'État admet ainsi que le ministre de l'Éducation nationale peut prévoir les indemnités et droits perçus par les agents contractuels des centres d'apprentissage en cas de licenciement sans fonder

789. CE, 3 avril 1981, préc.

790. CE, 21 mai 1982, *Syndicat national des constructeurs de maisons individuelles*, Rec., p. 500.

791. Arrêt préc.

792. CE, 6 décembre 2002, *Mollard*, préc.

793. CAA Nancy, 6 janvier 2000, *Ministre de l'Éducation nationale*, inédit, req. n° 95NC01337.

794. CAA Marseille, 6 avril 2004, *Commune d'Oraison*, inédit, req. n° 00MA00656.

795. CE, 2 octobre 2009, *Département de la Seine-Saint-Denis*, préc.

explicitement cette solution sur sa qualité de chef de service, ni sur la nécessité de cette mesure⁷⁹⁶.

Dans l'ensemble de ces cas, le juge vérifiera si le pouvoir existe, c'est-à-dire s'il n'a pas été confié expressément à une autre autorité⁷⁹⁷, et s'il a été exercé selon la procédure prévue par les textes⁷⁹⁸. La première de ces conditions est d'ailleurs l'objet autour duquel se concentre généralement la plupart des discussions, ce qui renforce l'impression que la nécessité qui fonde le pouvoir résulte essentiellement de la précision à apporter aux textes, que celle-ci soit indispensable ou seulement souhaitable.

Le juge se contente ainsi de faire référence à la nécessité, sans préciser plus avant sa signification. Il pourrait être possible de considérer la nécessité au regard de critères qui ne seraient pas développés dans l'arrêt. Il nous semble cependant que cette solution devrait être écartée. D'une part, elle ne correspondrait pas nécessairement à l'exigence du juge, mais à l'appréciation subjective de l'observateur. D'autre part, le fait que la mesure mise en œuvre apparaisse comme pratiquement indispensable ne signifie pas pour autant que le juge exigera de l'ensemble des mesures prises sur ce fondement qu'elles le soient. En effet, si l'on peut considérer que dès lors qu'une mesure utile peut être prise, les mesures indispensables pourront *a fortiori* l'être, l'acceptation des mesures indispensables ne préjuge en rien de la possibilité ou de l'interdiction d'édicter des mesures utiles.

Il faut alors rechercher les cas où le juge apprécie la nécessité.

B. Le contrôle de la nécessité pratique de la mesure prise.

Le juge peut être conduit à apprécier la nécessité pratique de la mesure énoncée. Si le pouvoir lui-même est admis, il faudra cependant que les actes adoptés sur ce fondement ne dépassent pas ce que la nécessité imposait. Le juge est donc amené à

796. CE, 8 juillet 1959, *Section de la Corrèze du centre national de l'apprentissage*, *Rec.*, p. 437.

797. Le ministre « ne peut faire usage de ce pouvoir que sous réserve des compétences attribuées à d'autres autorités par des textes législatifs et réglementaires en vigueur et dans le respect des lois et règlements » (CE, ass., 30 juin 2000, *Association « Choisir la vie » et autres*, *Rec.*, p. 249 ; *AJDA*, 2000, p. 729, concl. S. BOISSARD ; *RFDA*, 2000, p. 1282, note M. CANEDO ; et p. 1305, note L. DUBOIS).

798. Ces pouvoirs « ne peuvent légalement s'exercer, lorsqu'une disposition législative ou réglementaire fixe les conditions dans lesquelles il est pourvu à son application, que suivant les modalités prévues par cette disposition » (CE, sect., 8 janvier 1982, *SARL « Chocolat de régime Dardenne »*, *Rec.*, p. 1 ; *D.*, 1982, p. 261, concl. B. GENEVOIS ; *Revue administrative*, 1982, p. 624, note B. PACTEAU).

contrôler la nécessité intrinsèque de la mesure, indépendamment d'autres considérations de légalité. Il est alors possible d'assimiler ce contrôle à un contrôle de légalité de l'acte au regard de l'objectif pour lequel a été accordé le pouvoir.

La jurisprudence relative au pouvoir d'organisation du service recèle un certain nombre d'illustrations de ce contrôle. Ainsi, dès lors que la mesure réglementaire apparaît justifiée par certaines contraintes pratiques, le juge admettra sa légalité. Le tribunal administratif de Paris, dans un jugement *Demoiselle Sausseau*⁷⁹⁹ se penche sur la légalité d'une circulaire du ministre de l'Éducation nationale du 7 août 1957, suspendant l'application des dispositions de la loi du 4 août 1956, qui permettaient aux fonctionnaires de bénéficier sur leur demande d'une admission anticipée à la retraite. Le tribunal énonce que cette suspension était possible dès lors que la loi n'établissait pas un devoir pour l'administration, mais une simple faculté⁸⁰⁰ et que cette suspension était justifiée par des impératifs pratiques⁸⁰¹. Il est toutefois vrai que la solution mise en œuvre dans cet arrêt est étroitement liée aux circonstances⁸⁰². Néanmoins, cette appréciation de la nécessité n'est pas isolée. Ainsi, « la mise en place d'un régime d'astreinte pour les agents assurant la conduite d'une automobile trouve sa justification dans les fonctions spécifiques des membres du corps préfectoral qui doivent faire face, en dehors des heures et jours ouvrables, à des événements non programmés⁸⁰³ ».

Le juge admet également la légalité d'une circulaire prohibant, au sein des établissements pénitentiaires, la détention et la consommation d'alcool en dehors du mess au motif que cette circulaire est justifiée par la volonté de « prévenir les risques liés à la consommation d'alcool pour la sécurité des personnels et des détenus⁸⁰⁴ ». C. LANDAIS, dans les conclusions rendues sur cet arrêt, justifie également les mesures de contrôle préconisées par le ministre, relevant que celles-ci lui semblent proportionnées, sans néanmoins s'attarder plus longuement sur l'étude de leur nécessité⁸⁰⁵.

799. TA Paris, 23 mars 1960, *Rec.*, p. 767.

800. Le Conseil d'État se réfère également aux objectifs visés par la loi, et notamment celui de « faciliter le reclassement des fonctionnaires français du Maroc et de Tunisie ».

801. L'arrêt évoque « la pénurie générale d'effectifs existant dans le corps enseignant et des vacances de postes que le rapatriement des fonctionnaires du Maroc et de la Tunisie ne suffisait pas à combler ».

802. Sans doute cette suspension est-elle légale en raison de circonstances, si ce n'est exceptionnelles, du moins particulières.

803. CE, 13 février 2002, *Syndicat national Force ouvrière des personnels de préfecture*, *Rec.*, p. 37.

804. CE, 11 avril 2008, *Union générale des syndicats pénitentiaires CGT*, préc.

805. « Il nous semble que ces mesures de contrôle, qui ne prévoient de fouille ni des agents eux-mêmes, ni de leur casier ou vestiaire et qui n'évoquent le recours à l'éthylomètre qu'en cas de

La nécessité est également appréciée dans un arrêt du Conseil d'État du 30 décembre 2002, *Ajolet et Syndicat Lutte pénitentiaire*⁸⁰⁶, qui porte sur la légalité d'une note du ministre de la Justice relative à l'exercice des droits de l'administration à l'égard des agents bénéficiant d'un congé ordinaire de maladie. Le décret du 14 mars 1986 prévoit que tout agent absent devra transmettre un certificat médical afin de pouvoir obtenir un congé maladie ou un renouvellement de congé maladie. La note précise notamment que ce certificat devra être reçu dans les 48 heures suivant le début de l'absence de l'agent. Le juge va estimer que si le ministre pouvait préciser que ce certificat pouvait être fourni dans un « délai raisonnable », il ne pouvait pour autant exiger que le délai de réception ne dépasse une durée de 48 heures, « sans excéder les limites des mesures nécessaires au bon fonctionnement du service⁸⁰⁷ ».

Une même exigence de nécessité ressort de l'arrêt du 19 janvier 2000, *Fédération Justice CFDT*⁸⁰⁸. Si le ministre peut prévoir que des visites seront effectuées au domicile des agents bénéficiant d'un congé maladie⁸⁰⁹, il ne peut cependant prescrire « aux agents chargés du contrôle à leur domicile des personnels en congé de maladie de relever l'identité du tiers se trouvant au domicile du malade en l'absence de celui-ci et de l'inviter à signer une déclaration ».

Les arrêts relatifs à la réglementation du droit de grève témoignent en particulier de cette exigence du juge.

L'interdiction du droit de grève à une catégorie d'agents est ainsi soumise à la condition que la présence de l'ensemble de ces agents soit exigée par l'impératif de continuité du service public, indépendamment du fait que le service en lui-même est indispensable.

Le juge annulera par conséquent toutes les interdictions générales et permanentes dès lors que celles-ci ne sont pas justifiées par cet impératif. Dans un arrêt de section en date du 28 novembre 1958, *Sieur Lépouse*⁸¹⁰, le Conseil d'État annule une telle

suspicion d'ébriété n'excèdent pas ce qui est nécessaire à la bonne organisation du service. [...] Si vous avez estimé [dans un arrêt CE, 8 juill. 1988, *Société anonyme Comptoir Lyon Alemand Louyot*, *Rec.*, tables, p. 1043] que la pratique de l'alcootest était illégale, c'était compte tenu du caractère trop général de la mesure par rapport à la nature des fonctions des salariés en cause. Or il nous semble que, s'agissant de gardiens de prisons, la mesure est proportionnée. » (Concl. préc., *AJDA*, 2008, p. 1144.)

806. Arrêt préc.

807. Il était également loisible au ministre d'énoncer que des poursuites disciplinaires pourraient être engagées à l'encontre d'un agent ayant recouru de manière abusive au congé.

808. CE, *Rec.*, tables, p. 796, req. n° 175161 ; *DA*, n° 4, comm. 91, R. S.

809. Le Conseil d'État refuse par conséquent de considérer de telles mesures comme étant statutaires.

810. *Rec.*, p. 596.

interdiction prévue par une circulaire du ministre des Postes, Télégraphes et Téléphones et fondée sur la catégorie des agents titulaires ou sur le montant des rémunérations perçues par les agents contractuels. La prise en compte de ce seul élément ne peut être regardée comme pertinente pour déterminer leur participation à l'action gouvernementale. Il faut par conséquent que l'ensemble des membres du personnel soit indispensable à la continuité du service. Le juge annule pour la même raison l'interdiction d'exercice du droit de grève prévue pour l'ensemble des fonctionnaires affectés à certains services préfectoraux⁸¹¹.

Le Conseil d'État considère cependant comme légales les interdictions générales et permanentes de prendre part à un mouvement de grève si les agents auxquels elles s'appliquent exercent des tâches indispensables⁸¹². Il va par conséquent admettre la légalité de l'interdiction générale touchant les chefs de bureau ainsi que les secrétaires en chef des sous-préfectures en se fondant sur « la nature de leur mission », en ce que les tâches qu'ils sont amenés à effectuer sont « un élément essentiel de la mise en œuvre effective des pouvoirs dévolus à l'autorité préfectorale ». Le Conseil d'État admet également cette interdiction pour l'ensemble du personnel affecté au cabinet du préfet en ce qu'ils sont les « auxiliaires immédiats du préfet » et qu'une grève de ces personnels « aurait pour conséquence de faire obstacle à l'exercice matériel des fonctions » du préfet⁸¹³.

Une mesure réglementaire peut également être admise dans son principe pour peu qu'elle soumette les mesures individuelles prises sur son fondement à la constatation de leur nécessité. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Nantes refuse de censurer une circulaire du ministre de l'Éducation nationale prévoyant que les directeurs d'établissement pourront affecter de manière subsidiaire les aides de laboratoire au nettoyage des classes et des laboratoires lorsque le personnel de ménage au sein de l'établissement est insuffisant. En effet, il appartient au directeur d'établissement de

811. CE, sect., 16 décembre 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents de préfecture de France et d'outre-mer (CGT-FO)*, *Rec.*, p. 662 ; DA. Il s'agissait ici des agents affectés au secrétariat du secrétaire général, au bureau du cabinet et au bureau du courrier et de la coordination. Une solution identique a été notamment appliquée aux agents des ateliers mécanographiques interdépartementaux du ministère de l'Intérieur : cf. CE, 22 juin 1963, *Syndicat national des fonctionnaires et agents des préfectures et sous-préfectures de France et d'outre-mer (CGT-FO)*, *Rec.*, p. 382.

812. CE, sect., 19 janvier 1962, *Sieurs Bernadet et autres*, *Rec.*, p. 49 ; AJDA, 1962, p. 310, obs. V.S. ; *D.*, 1962, p. 202, note C. LECLERCQ. Le juge admet l'interdiction individuelle de participer à une grève à l'encontre d'agents, dès lors que « toute cessation de travail de leur part eût été de nature à compromettre gravement la sécurité du trafic aérien ».

813. CE, sect., 16 décembre 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents de préfecture de France et d'outre-mer (CGT-FO)*, préc.

prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement du service sur lequel il a autorité⁸¹⁴. Cette dernière considération réduit d'ailleurs la portée effective de la circulaire. En effet, la cour administrative d'appel de Nantes va considérer que le ministre ne faisait ici que se borner à rappeler le possible exercice d'un pouvoir qui appartenait déjà, en leur qualité de chef de service, aux directeurs d'établissement.

L'illégalité d'une mesure réglementaire peut dans le même ordre d'idées être constatée dès lors que celle-ci refuse de prendre en compte les nécessités qui peuvent s'imposer en pratique. L'appréciation de la nécessité de la mesure prise est alors étroitement liée au contenu de celle-ci. Une mesure générale pourra tout simplement être illégale en raison de cette seule qualité. Ainsi, « s'il appartenait au directeur régional, en qualité de chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité pour organiser la tenue des réunions syndicales définies par les dispositions précitées, il ne pouvait, par une mesure générale et absolue, interdire totalement l'une des modalités d'exercice de ces réunions, autorisées à l'intérieur des bâtiments administratifs, en dehors des heures de service, c'est-à-dire pendant les temps de pause⁸¹⁵ ».

C'est également ce qui ressort d'un arrêt de section du 11 octobre 1968, *Sieur Massoni*⁸¹⁶. L'article 5 de la loi du 1^{er} février 1947 fixe à 48 heures la durée maximale de travail hebdomadaire pour les fonctionnaires. Un décret du 25 mai 1955 précise que pour les membres de la Sûreté nationale, les heures accomplies au-delà de cette durée devront être compensées par un temps de repos « accordé dans les plus courts délais compatibles avec les besoins du service ». Une circulaire du ministre de l'Intérieur du 6 août 1962 vient alors définir les conditions que devront respecter les fonctionnaires de police ayant servi en Algérie avant d'être mutés en métropole. Cette circulaire prévoit notamment que ces congés ne seront plus accordés après le 15 mai 1963. Le requérant exerce un recours contre le rejet de sa demande de congés compensateurs, présentée au-delà de cette date. Il excipe notamment de l'illégalité de

814. CAA Nantes, 30 décembre 1998, *M. X.*, inédit, req. n° 96NT00126. Il faut noter ici que cette mesure est susceptible d'être prise alors même qu'elle confie aux aides de laboratoire des tâches qui échappaient normalement aux agents techniques de laboratoire selon le décret du 10 septembre 1992 portant dispositions statutaires. La nécessité relative au bon fonctionnement de l'établissement permet alors, en cas d'insuffisance de personnel, de confier aux aides de laboratoire des tâches non prévues par leur statut, sans pour autant, ainsi que le relève le Conseil d'État, créer « aucune obligation nouvelle relevant des dispositions statutaires ».

815. CAA Bordeaux, 15 avril 2008, *La Poste*, inédit, req. n° 06BX01352. Il faut ici remarquer que la circulaire était également illégale en ce qu'elle n'« établissait pas de lien avec la méconnaissance des obligations de service » conformément aux dispositions législatives. Cet argument n'est cependant invoqué qu'en second lieu.

816. *Rec.*, p. 484.

la circulaire. Le Conseil d'État accueille favorablement le recours, en soulignant que le ministre ne pouvait mettre en place une telle condition, « sans excepter tout au moins les cas où les nécessités du service n'auraient pas permis d'attribuer, avant cette date, aux intéressés la totalité des congés de récupération d'heures supplémentaires ».

Nous pouvons là encore trouver des exemples en matière de réquisition des agents en cas de grève. Le pouvoir de réquisition doit ainsi non seulement prendre en compte la nécessaire continuité du service, mais aussi la réalité de l'interruption possible, que le juge peut être amené à apprécier. Un maire ne peut requérir un agent d'état civil gréviste dès lors que le service est assuré par des agents non-grévistes⁸¹⁷, et ce quand bien même les services d'état civil ne sauraient être interrompus, « en raison notamment des brefs délais impartis par le Code civil pour procéder à certaines déclarations ».

L'appréciation de la nécessité pratique nous semble ainsi toujours devoir être possible, y compris en dehors du pouvoir du chef de service. L'arrêt *Borloo* en fournit un exemple. Si le juge reconnaît un pouvoir d'investigation à la Commission nationale des comptes de campagne et de financement de la vie politique, celui-ci semble limité par la nécessité pratique venant en encadrer l'exercice⁸¹⁸. Le juge, ce faisant, ne fait que contrôler la légalité de la mesure au regard d'une norme implicite d'habilitation.

II. La confrontation de la nécessité de la mesure à l'exigence de légalité

La légalité de la mesure prise sur le fondement d'un pouvoir implicite est amenée à être appréciée au regard de textes étrangers à la seule norme implicite d'habilitation. Le juge est alors conduit à confronter la nécessité de la mesure à l'exigence de légalité, selon des considérations identiques à celles qui guideraient l'appréciation de la légalité d'une mesure prise sur le fondement d'une habilitation

817. CE, 9 juillet 1965, *Sieur Pouzenc*, *Rec*, p. 421 ; *D.*, 1966, p. 720, note J.-P. GILLI.

818. « Eu égard à l'importance, en l'espèce, du montant de l'apport personnel déclaré par le candidat, la commission n'a pas excédé les limites des pouvoirs d'investigation nécessaires à l'accomplissement de sa mission en demandant à l'intéressé de justifier de l'origine des sommes versées par lui sur le compte de campagne et prélevées sur ses comptes bancaires personnels. » (CE, 16 décembre 1992, préc.)

expresse. Ainsi que le souligne N. POULET-GIBOT LECLERC « dès lors qu'il s'exprime par des actes, le pouvoir hiérarchique est soumis au respect du principe de légalité⁸¹⁹ ».

L'arrêt du 15 octobre 2007, *Duval*⁸²⁰, relatif à la circulaire du 18 novembre 2004 portant sur l'organisation des escortes pénitentiaires des détenus faisant l'objet d'une consultation médicale témoigne de cette identité. Le juge examine ainsi la légalité de cette circulaire au regard du respect de la dignité humaine et de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, qui prévoit le droit au respect de la vie privée et de la confidentialité lors des consultations médicales. Il relève à cet égard que sur le premier point la circulaire n'institue « aucun traitement excédant par lui-même le niveau de contrainte strictement nécessaire au déroulement d'une consultation médicale dans des conditions de sécurité satisfaisantes » et admet sur le second point que les agents de l'administration pénitentiaire peuvent définir des mesures « de contrainte proportionnée conciliant sécurité et confidentialité de l'entretien avec le médecin », au regard de la dangerosité du détenu.

L'arrêt *Frérot*⁸²¹ révèle une appréciation identique. Le juge, se penchant sur la légalité des dispositions d'une circulaire du ministre de la Justice du 14 mars 1986 relative à la fouille des détenus, s'attache en premier lieu à la nécessité de la fouille elle-même. Après avoir rappelé l'objectif de la circulaire⁸²², le juge souligne que seule la fouille intégrale permettait de le garantir. Il va ensuite considérer qu'au regard des « contraintes particulières afférentes au fonctionnement des établissements pénitentiaires », les « mesures prévues pour protéger l'intimité et la dignité des détenus » ne constituent pas un traitement inhumain et dégradant et ne portent pas atteinte au respect de la dignité de la personne humaine. À l'inverse, la circulaire du 19 mars 1986 interdisant aux détenus de correspondre avec leurs relations ainsi qu'avec les visiteurs de prison sera annulée au regard de son caractère général, en ce qu'elle méconnaît par là la liberté de correspondance. L'atteinte est donc

819. N. POULET-GIBOT LECLERC, « Le pouvoir hiérarchique », *RFDA*, 2007, p. 508.

820. CE, 15 octobre 2007, *Duval*, inédit, req. n° 281131 ; *AJDA*, 2007, p. 1957 ; obs. E. PÉCHILLON, *AJ Pénal*, 2008, p. 49.

821. CE, 8 décembre 2000, *Rec.*, p. 589 ; *LPA*, 8 février 2001, p. 16, concl. SCHWARTZ.

822. Qui était de « s'assurer que les détenus ne détiennent sur eux aucun objet ou produit susceptible de faciliter les agressions ou les évasions, de constituer l'enjeu de trafic ou permettre la consommation de produits ou substances toxiques ».

vraisemblablement disproportionnée, bien que le juge souligne qu'une telle interdiction reste possible si les circonstances l'exigent⁸²³.

L'arrêt *Fristot et Mme Charpy* du 19 juillet 2010 doit à nouveau être cité. Le juge procède ici à l'examen de la légalité interne de l'arrêté du 20 octobre 2008. Le Conseil d'État, s'il fonde la compétence du ministre de l'Éducation nationale sur sa qualité de chef de service, ne se penche pas sur la nécessité intrinsèque de la création d'un fichier automatisé par rapport au bon fonctionnement du service⁸²⁴. La nécessité pratique de ce fichier est cependant étudiée au regard d'un certain nombre de principes législatifs ou issus des traités internationaux. Le juge apprécie alors l'absence de disproportion entre l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée et aux libertés des personnes et les « buts d'organisation et de gestion du système éducatif » poursuivis par le ministre.

Si l'on admet que tout pouvoir a été accordé pour permettre l'accomplissement, si ce n'est d'une mission, au moins d'une fonction, l'argumentation développée par le juge sera identique qu'il s'agisse d'un pouvoir exprès ou d'un pouvoir implicite. Le contrôle du détournement de pouvoir n'est pas le propre des pouvoirs implicites. Si la nécessité s'entend aussi bien de ce qui est utile que de ce qui est indispensable, toute appréciation de l'exercice d'un pouvoir est appréciation de sa « nécessité ». Or, celle-ci peut toujours être évaluée au regard des objectifs visés par le texte habilitant.

Toute mesure doit par ailleurs être nécessairement impliquée par le contexte qui entoure la prise de cette décision. La légalité de la décision dépendra alors moins de la nature de l'habilitation que du contenu de la mesure. L'habilitation porte non seulement sur l'acteur mais aussi sur le champ de réglementation. Il ne semble pas y avoir de réelle spécificité du pouvoir implicite au regard de son contrôle, au-delà de l'exigence de nécessité, sans doute plus présente.

Le juge ne distingue que rarement entre la nécessité justifiant la reconnaissance d'un pouvoir implicite et celle permettant d'apprécier la légalité des mesures prises sur son fondement. Cette distinction apparaît pourtant intellectuellement nécessaire. Il reste encore à déterminer le rôle que le juge s'attribue dans la reconnaissance et le contrôle de l'exercice des pouvoirs implicites.

823. « Les détenus doivent continuer à bénéficier [de la liberté de correspondance] même pendant leur placement en cellule de punition, sous réserve des restrictions pouvant être décidées par le chef de l'établissement pénitentiaire ».

824. La création d'un fichier informatisé relève en effet du pouvoir réglementaire, dans le respect des garanties encadrant une telle création telles qu'énoncées dans la loi du 6 janvier 1978.

Chapitre 2

Le rôle du juge dans la reconnaissance et l'exercice des pouvoirs implicites

Le mécanisme de reconnaissance des pouvoirs implicites, de même que l'exercice ultérieur de ces pouvoirs, n'obéissent pas systématiquement à une nécessité impérative. Une identification préalable à leur exercice, et plus encore à leur reconnaissance, est par conséquent extrêmement malaisée. Les raisons qui président à cette reconnaissance appartiennent au juge qui pourra sembler refuser la mise en œuvre de ce principe d'interprétation dans un cas, et l'utiliser dans un autre. Cette difficulté avait pu être mise en avant dans les études portant sur les pouvoirs reconnus en raison de l'urgence ou des circonstances exceptionnelles. Elle est encore plus présente dans le cas des pouvoirs implicites. Là où les pouvoirs d'exception se justifient par un fait de nature à rendre indispensable une entorse aux habilitations légales, les pouvoirs implicites se détachent du fait, puisqu'ils trouvent leur origine dans un texte. Les pouvoirs et compétences implicites ne constituent donc pas une telle entorse mais, au contraire, se veulent le fruit d'une interprétation, si ce n'est fidèle à la lettre, du moins conforme à la volonté de l'auteur du texte. Or, quelle est cette volonté ? C'est celle de garantir au texte une application efficace. Comment assurer cette efficacité supposée voulue par l'autorité habilitante ? Il convient que l'autorité habilitée puisse utiliser tous les pouvoirs et compétences, tous les moyens nécessaires à l'accomplissement de la mission confiée et à la mise en œuvre des pouvoirs exprès.

Le rôle du juge, dans ce cadre, est alors ambivalent, puisqu'il s'affranchit de la lettre du texte tout en veillant à son respect par l'autorité implicitement habilitée. Il doit alors contrôler que l'autorité respecte les limites d'une compétence qu'il a lui-même étendue. Or, dans le cas des pouvoirs implicites, ces limites sont doubles.

D'une part, le pouvoir exercé doit respecter la contrainte d'être effectivement nécessaire à la mission. D'autre part, la mesure prise dans l'exercice de ce pouvoir doit elle-même être nécessaire à cette mission. L'habilitation implicite de l'autorité s'accompagne alors indéniablement d'un contrôle portant non seulement sur l'existence de l'habilitation en amont, mais aussi sur l'exercice de cette dernière en aval.

Le contrôle juridictionnel exercé par le juge s'exerce donc dans le cadre de cette auto-habilitation. Celle-ci, que nous nous attacherons à mettre en valeur dans la première section de ce chapitre (**Section 1**), permet un contrôle particulièrement souple de la nécessité et, par là même, garantit une certaine liberté d'appréciation dans la mise en œuvre du pouvoir (**Section 2**).

Section 1. L'auto-habilitation du juge

L'existence, dans le cadre des pouvoirs implicites, d'une auto-habilitation du juge a été notamment mise en valeur par G. TUSSEAU et permet au juge, en reconnaissant une habilitation implicite, de déterminer lui-même l'étendue de son contrôle (**I**). Il convient cependant de relativiser ce mécanisme, qui peut lui-même être entendu comme autorisé par le pouvoir à l'origine de l'habilitation expresse (**II**).

I. La détermination par le juge de l'étendue du contrôle des pouvoirs implicites

« Si l'argument des compétences implicites a pour résultat immédiat d'habiliter un acteur donné, il n'est pas neutre du point de vue de l'habilitant-contrôleur. Selon un mécanisme d'auto-habilitation indirecte, il fonde de plus le contrôle de ce pouvoir. En effet, seul le juge apprécie à quel point la raison pratique exige qu'un pouvoir implicite soit reconnu et exercé⁸²⁵. » Le mécanisme d'auto-habilitation ici mis en valeur par G. TUSSEAU est d'une facture assez simple : dès lors que le juge reconnaît l'existence d'un pouvoir implicite, il s'octroie le pouvoir de vérifier que les conditions de sa mise en œuvre sont réunies.

825. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 600.

Un texte attributif de compétences contiendrait donc en germe quatre habilitations différentes. La première, l'habilitation expresse de l'autorité, consiste à produire les normes ou les actes prévus expressément. La deuxième permet au juge de vérifier que les conditions d'exercice de cette habilitation sont respectées⁸²⁶. Par la troisième, l'habilitation implicite, le juge autorise l'autorité habilitée expressément à prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre des missions à elle attribuées. Enfin, la quatrième, l'auto-habilitation du juge, est la vérification juridictionnelle des conditions de mise en œuvre de l'habilitation implicite.

G. TUSSEAU définit les phénomènes d'auto-habilitation comme « des configurations normatives dans lesquelles un acteur contribue à déterminer lui-même une norme d'habilitation dont il est destinataire. Il peut donc se doter de la norme désirée pour atteindre certaines fins⁸²⁷ ». Admettre que les pouvoirs implicites ont pour résultat l'auto-habilitation du juge revient à considérer que le juge est habilité à encadrer l'exercice du pouvoir implicite en raison de cette habilitation implicite. Ce qui équivaut à dire que le juge est l'unique origine de ce pouvoir implicite.

Il convient par ailleurs de préciser que l'auto-habilitation résulte de la marge d'appréciation que se réserve le juge. La question de la portée de cette auto-habilitation est donc étroitement liée à celle de sa formulation. Celle-ci, ainsi qu'il a déjà été vu, tient pour l'essentiel à l'énoncé d'une relation de nécessité entre les dispositions pouvant être adoptées et la mission confiée. La portée de l'auto-habilitation est donc tributaire de l'appréciation de cette nécessité par le juge.

Des tempéraments nous semblent pouvoir être apportés à ce phénomène d'auto-habilitation.

II. Une auto-habilitation restreinte

Les tempéraments relatifs au principe même de l'auto-habilitation sont de deux ordres. Ils relèvent succinctement de deux types d'arguments. En premier lieu, cette auto-habilitation est dissimulée par le lien affiché entre le pouvoir et le texte. En

826. En effet, il faut considérer, par simple parallélisme, que si l'habilitation implicite entraîne une auto-habilitation du juge, la compétence du juge pour vérifier le respect des conditions de mise en œuvre de l'habilitation expresse découle non de sa qualité, mais du texte habilitant lui-même.

827. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, op. cit., p. 482.

second lieu, cette auto-habilitation apparaît limitée par l'idée que l'interprétation des normes d'habilitation est contextualisée. L'auto-habilitation du juge, si l'on considère que l'habilitation implicite est permise par l'habilitation expresse, doit alors être envisagée comme elle-même autorisée par l'auteur du texte.

A. Une auto-habilitation dissimulée

Ce premier argument est assez simple. Le pouvoir implicite trouve son origine, selon l'argumentaire utilisé par le juge, dans la volonté de l'autorité habilitante, telle qu'elle peut être déduite des textes. Cela entraîne une conséquence importante du point de vue de l'auto-habilitation. Il faut ici s'attacher à la manière dont est présenté par les juridictions le mécanisme de reconnaissance des pouvoirs implicites. Le juge ne se présente pas comme habilitant l'autorité à laquelle est reconnue la possibilité d'exercer un pouvoir implicite. Si cette primo-habilitation à laquelle fait référence G. TUSSEAU n'existe pas, c'est donc que, toujours selon le juge, il n'y a pas d'auto-habilitation. Le texte lui-même a habilité l'autorité. Le contrôle de l'exercice des pouvoirs implicites n'est donc qu'un contrôle de conformité des mesures prises à des dispositions textuelles qui, si elles sont inexprimées, n'en sont pas moins présentes dans le texte. Le juge ne s'est par conséquent pas lui-même habilité à contrôler cet exercice, puisque le pouvoir étant prévu par le texte, son contrôle doit également être considéré comme prévu. Il y a là quelque chose qui s'apparente à un rattachement fictif.

Rien ne distingue l'habilitation expresse de l'habilitation implicite du point de vue de leur origine : toutes deux sont des habilitations textuelles. Dès lors, le contrôle de l'exercice des pouvoirs implicites exercé par le juge n'est en rien différent du contrôle exercé sur les pouvoirs exprès. L'appréciation de cet exercice entre dans le cadre du contrôle de la conformité de la mesure au texte.

Le mécanisme d'idéalisation de la volonté permet alors, sous le couvert de l'interprétation, de nier qu'il existe une quelconque habilitation du juge. En contrôlant la nécessité des mesures prises, le juge ne fait pas autre chose que lorsqu'il contrôle le respect de telle ou telle condition textuelle de mise en œuvre d'un pouvoir exprès.

Le juge, en niant une création lors de la reconnaissance de l'habilitation implicite, nie par là même ce mécanisme d'auto-habilitation, pour le remplacer par une habilitation semblable à celle qui lui permet le contrôle du respect d'une disposition expresse.

G. TUSSEAU y voit la force des pouvoirs implicites : « L'argument des compétences implicites permet d'occulter la création normative réalisée par l'acteur qui semble « mettre au jour » une habilitation inexprimée mais préexistante. Ce raisonnement impute l'innovation [...] à celui qui a conféré le pouvoir exprès initial⁸²⁸. » Il est même possible de dire qu'il n'y a en réalité pas d'innovation, puisque ce pouvoir est censé être déjà prévu par le texte. À tout le moins, si cela n'est pas le cas, l'extension elle-même des pouvoirs exprès est voulue par l'habilitant.

V. CONSTANINESCO témoigne particulièrement de cette dissimulation de la portée créatrice de l'interprétation du juge : « la compétence n'est qu'apparemment étendue : la zone des compétences virtuelles est incluse dans la finalité au service de laquelle se trouve la compétence⁸²⁹ ». L'auteur va ici jusqu'à renverser le lien logique qui paraît intuitivement présider à la reconnaissance des pouvoirs implicites et fait pleinement siens les arguments développés par le juge pour justifier la reconnaissance des pouvoirs implicites : le pouvoir semble être étendu, mais il ne l'est pas.

Bien que certains auteurs aient fait leur cette conception, ce sont là pour l'essentiel des arguments purement rhétoriques, visant à détourner l'attention du rôle créateur du juge. Il n'en reste pas moins qu'il est permis de s'interroger, non pas sur la question de l'existence d'une auto-habilitation, mais sur son éventuelle acceptation par l'auteur de la norme d'habilitation. Si le rattachement du pouvoir au texte apparaît fictif, il faut s'interroger sur la pertinence de cette fiction.

828. G. TUSSEAU, *id.*, p. 601.

829. V. CONSTANINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes – contribution à l'étude de la nature juridique des communautés*, *op. cit.*, p. 75.

B. Une auto-habilitation permise

F. OST insiste sur la nécessaire contextualisation de l'interprétation et l'inexistence d'une interprétation totalement libre. Reprenant les travaux d'U. ECO sur les limites de l'interprétation, il relève que « si l'on cherche à interpréter [le texte] en respectant sa visée, il conviendra de respecter son fond linguistique et culturel, ou encore les « présuppositions » qui font l'objet d'une sorte d'accord implicite entre l'auteur et le lecteur et déterminent le cadre, le fond ou le point de vue à partir duquel un texte demande à être entendu⁸³⁰ ».

L'interprétation est alors la recherche de l'« *intentio operis* », de « la cohérence d'ensemble du texte⁸³¹ ». Le lecteur empirique doit laisser la place à un « lecteur modèle » qui tentera de deviner les intentions d'un auteur empirique lui même idéalisé. Une telle conception est, selon F. OST, mise en œuvre dans le cadre de l'interprétation juridictionnelle⁸³² :

« L'herméneutique juridique fournit donc une illustration particulièrement éclairante de la construction, par un « lecteur idéal » (le « bon juge » qui s'efforce de correspondre au modèle qu'on attend de lui), d'un « auteur idéal », le « bon législateur », qui ne fait pas (trop) mentir la visée de sens déduite de l'*intentio operis* : celle d'un système juridique à la fois juste et opératoire⁸³³. »

Outre une justification de l'interprétation constructive utilisée pour reconnaître un pouvoir implicite, l'idée que le texte est interprété au regard de présuppositions implicitement admises par son auteur nous amène à nous interroger sur l'apparemment de l'existence de pouvoirs implicites à de telles « présuppositions ». Il faut alors s'intéresser non à la justification du principe d'interprétation mis en

830. F. OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », *op. cit.*, 2007, p. 96.

831. *Id.*, p. 97.

832. « Il s'agit, en cas de doute, de privilégier la signification qui conforte le plus efficacement l'effet utile du texte, la cohérence d'ensemble de la loi, de l'œuvre, du système. Il s'agira tantôt d'appuyer la rationalité linguistique du législateur (censé être un usager conséquent du langage usuel et du langage juridique), tantôt sa rationalité praxéologique (on ne peut supposer qu'il fasse preuve de maladresse dans la construction du système juridique ; en conséquence, on s'efforcera de faire disparaître, par la voie de l'interprétation, les antinomies, les lacunes, les redondances ; on respectera le rapport logique entre principes et exceptions, ainsi que le rapport instrumental entre moyens et fins) ; on présupposera également que le législateur fait preuve de rationalité épistémologique (il respecte la nature des choses ainsi que la logique des institutions), ainsi que de rationalité axiologique (il ne viole pas la règle de justice et adopte une hiérarchie cohérente et constante de valeurs). » (F. OST, *id.*, p. 98.)

833. *Id.*, p. 99.

œuvre, mais à la manière dont ce principe est présenté par le juge lors de son utilisation.

Le juge affirme fréquemment que le principe d'interprétation mis en oeuvre lors de la reconnaissance d'un pouvoir implicite est classique. Il faut voir là, sans nul doute, un soutien à son utilisation. Cela nous semble cependant pouvoir être précisé. Le classicisme du principe est également utilisé pour affirmer qu'il ne pouvait être ignoré de l'autorité habilitante. L'absence de terme restrictif dans l'énumération des compétences est alors avancée pour soutenir la reconnaissance des pouvoirs implicites. Le juge met à la charge de l'auteur du texte l'absence de restriction, qui démontre par conséquent qu'une telle interprétation des pouvoirs et compétences expresses devait avoir été envisagée lors de la rédaction du texte. La justification du principe est pragmatique, ainsi que nous l'avons déjà étudiée⁸³⁴. La justification de son utilisation est la connaissance qu'en avaient nécessairement les auteurs du texte, et l'absence de termes l'excluant expressément.

Il suffit d'étudier les jurisprudences américaine et internationale pour s'apercevoir que le juge présente son interprétation comme une interprétation purement logique⁸³⁵ et, surtout, que ne pouvaient ignorer les rédacteurs des clauses attributives de compétences. La Cour suprême des États-Unis d'Amérique relève ainsi, dans son arrêt *Gibbons v. Ogden* : « c'est une règle bien établie que les buts pour lesquels cette compétence a été conférée [...] doivent peser d'un grand poids dans l'interprétation qui en est faite⁸³⁶ ». La Cour internationale de justice rappelle que « selon le droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci. *Ce principe de droit* a été appliqué à l'Organisation internationale du Travail par la Cour permanente de Justice internationale [...] et il doit l'être aux Nations Unies⁸³⁷ ».

834. *Supra*, pp. 71 et suiv

835. Le Tribunal fédéral suisse évoque quant à lui une interprétation « raisonnable » : 21 avril 2004, *Canton de Genève contre Conseil fédéral ainsi que Commission fédérale de recours en matière de marchés publics*, arrêt précité, consid. 2.5, p. 163.

836. Arrêt préc., p. 179.

837. CIJ, *Réparation des dommages subis au service des États-Unis*, pp. 182-183 (nous soulignons). Il est possible également de citer l'avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, p. 79 : « Il est généralement admis que les organisations internationales peuvent exercer de tels pouvoirs dits « implicites ». » (Nous soulignons.)

La Cour de justice des Communautés européennes affirme enfin : « il est permis, sans se livrer à une interprétation extensive, d'appliquer une règle d'interprétation généralement admise tant en droit international qu'en droit national et selon laquelle les normes établies par un traité international ou par une loi impliquent les normes sans lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou ne permettraient pas une application raisonnable et utile⁸³⁸ ».

L'interprétation est bien présentée comme une règle établie et généralement admise, c'est-à-dire un principe.

Cette présentation de l'interprétation utilisée dans le cadre des pouvoirs implicites est non seulement une justification de sa mise en œuvre mais le classicisme affiché de celle-ci permet aussi au juge de prétendre qu'elle ne saurait avoir été ignorée par le pouvoir habilitant. Cette règle se veut logique et témoigne d'une volonté idéalisée, nous l'avons déjà évoqué. Cette règle est également fréquemment mise en œuvre. Le juge prête par conséquent à l'« auteur modèle » la connaissance des mécanismes d'interprétation⁸³⁹. À propos de la Constitution, MARSHALL écrit ainsi : « Sa nature exige donc que seuls les grands contours soient tracés, les objectifs importants désignés, et que les ingrédients mineurs qui composent ces objectifs soient déduits de la nature des objectifs eux-mêmes. Que cette idée fût admise par les rédacteurs de la Constitution américaine ne s'infère pas seulement de la nature des textes, elle se déduit aussi de sa rédaction⁸⁴⁰. » Le juge s'appuie alors sur le fait que la rédaction des termes de l'habilitation ne permet pas de conclure que l'auteur empirique⁸⁴¹ a entendu proscrire ces pouvoirs.

Le juge, conduit à admettre un pouvoir implicite, rappelle ainsi constamment, et parfois de manière insistante, que ce pouvoir n'est reconnu qu'en l'absence

838. CJCE, 29 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, arrêt précité, p. 306.

839. Le Tribunal fédéral suisse appuie ainsi la reconnaissance de pouvoirs implicites sur l'interprétation de la Constitution par le législateur fédéral : « La manière dont la Constitution a été comprise, à l'occasion de son application, est un élément à prendre en considération lors de son interprétation. » (Tribunal fédéral suisse, 29 mai 1991, *République et canton de Genève contre Confédération suisse*, ATF 117 IA 221, considér. 3.c, p. 228.) Ce qui revient à dire que l'adoption de lois par la Confédération en vertu d'une compétence implicite est un argument justifiant la reconnaissance ultérieure de compétences implicites au profit de cette même Confédération : « L'interprétation de la Constitution, notamment à la lumière des actes normatifs adoptés successivement par la Confédération en vue d'assurer sa propre sécurité, démontre donc que, dans cette matière, la Confédération dispose d'une compétence originaire implicite » (*id.*, considér. 3.d, p. 230).

840. Arrêt préc., p. 136.

841. F. OST, *Dire le droit, faire justice, op. cit.*, p. 97.

d'exclusion expresse. Cette dernière devient alors un argument fondant la reconnaissance des pouvoirs implicites. MARSHALL, le premier, fait de cette absence l'un des arguments autorisant une interprétation extensive des énumérations de compétences, qui ne saurait être écartée « à moins que les mots ne l'exigent impérieusement⁸⁴² ». La charge de l'extension des compétences expresses pèse alors sur le législateur, qui n'a en rien démontré qu'il entendait l'exclure⁸⁴³.

Le juge international fait de même lorsqu'interrogé sur les compétences de l'Organisation internationale du travail, il estime que les pouvoirs nécessaires à la mise en œuvre de l'objectif de celle-ci ne sauraient lui être refusés : « Pareille limitation des pouvoirs de l'Organisation internationale du travail [...] aurait dû, si elle avait été envisagée, trouver son expression dans le Traité lui-même⁸⁴⁴. »

Il faut voir là un rappel de la limitation évidemment induite par le caractère implicite des pouvoirs qui ne saurait contredire ce qui est affirmé expressément. Ce rappel n'est en soi guère utile et n'est utilisé que comme un argument en faveur de la reconnaissance de pouvoirs implicites. Selon le juge, le principe d'interprétation précédemment évoqué trouve à s'appliquer en raison du fait que le texte ne l'écarte pas. Une telle présomption s'apparente selon nous aux « présupposés » évoqués par F. OST.

La jurisprudence du Conseil d'État ne permet pas de mettre en valeur avec autant d'évidence l'argumentation du juge. La constante réaffirmation de la soumission des pouvoirs implicites aux textes, accompagnant leur reconnaissance, nous semble cependant participer d'une telle conception. L'absence de remise en cause du principe de ces pouvoirs par le législateur ou les limitations ponctuelles apportées à ceux-ci peuvent alors s'entendre comme une confirmation de cette jurisprudence. Si l'habilitation du juge à reconnaître et à encadrer ce pouvoir n'est pas la volonté du pouvoir habilitant et doit être considérée comme une auto-habilitation, nous pensons cependant qu'il convient d'admettre que cette auto-habilitation est, sinon encouragée, du moins permise par l'auteur du texte.

842. Arrêt préc., p. 137.

843. « Il n'y a aucune phrase dans le texte qui, comme dans les Articles de la Confédération, exclut des pouvoirs accessoires ou impliqués, et qui exige que chaque chose concédée soit expressément et minutieusement décrite. » (Cour suprême, *McCulloch v. Maryland*, préc., p. 135.)

844. CPJI, *Compétence de l'Organisation internationale du travail pour régler accessoirement le travail patronal*, avis préc., p. 18.

Les termes de cette auto-habilitation impliquent l'appréciation d'une nécessité fondant les pouvoirs, mais également la légalité de la mesure prise sur leur fondement. Le flou inhérent à la notion de « nécessité » permet alors de préserver une certaine souplesse des pouvoirs implicites, souplesse qui bénéficie au juge mais aussi à l'autorité habilitée.

Section 2. La nécessité, encadrement souple du pouvoir

La nécessité des mesures et des pouvoirs n'exclue pas une certaine liberté d'appréciation. Cela s'est fait au prix d'un glissement sémantique dont l'origine remonte, en ce qui concerne les pouvoirs implicites, aux premiers arguments présentés par la Cour suprême. Le juge administratif, en admettant qu'un pouvoir nécessaire n'avait pas obligatoirement à être exercé, semble partager une conception identique de la nécessité.

Il convient donc en premier lieu de s'interroger sur l'identification de celle-ci en tant que standard (I), avant de se pencher sur la liberté que celle-ci accorde au juge et à l'autorité habilitée implicitement, tant pour déterminer les conditions d'appréciation de l'exercice du pouvoir que la possibilité d'y recourir (II).

I. La nécessité, révélatrice de l'utilisation d'un standard

Ce qui est nécessaire est ce dont on ne saurait se dispenser⁸⁴⁵, ce « dont l'existence, la présence est requise pour répondre au besoin de quelqu'un, au fonctionnement de quelque chose⁸⁴⁶. » Nécessité et utilité s'entendent alors distinctement : ce qui est nécessaire est indispensable, alors même que ce qui est utile ne dépasse pas le stade de la simple convenance. Il est cependant vrai que les dictionnaires usuels en donnent pour synonymes à la fois les termes « utile » et « indispensable ». Une telle imprécision du terme permet alors au juge de recourir à l'une ou l'autre de ces significations. Il a déjà été exposé que MARSHALL, se référant à l'absence de qualification de la nécessité, en avait déduit que l'interprétation du terme

845. « Se dit d'une condition, d'un moyen dont la présence ou l'action rend seule possible une fin ou un effet. » (*Grand Robert.*)

846. *Ibid.*

« nécessaire » devait se comprendre comme permettant l'extension des compétences en vertu de l'interprétation exposée dans le paragraphe précédent. La jurisprudence administrative elle-même témoigne d'une synonymie des termes « utile » et « nécessaire ».

Il y a là une approximation qui peut conduire à une certaine confusion. La nécessité apparaît ainsi dans certains cas étroitement liée à l'idée de proportionnalité. Les mesures de police doivent être « nécessaires », ce qu'il faut entendre comme « strictement proportionnées⁸⁴⁷ ». « L'autorité de police puis le juge détermine non plus si la mesure prise constitue une des mesures possibles, mais si c'est la mesure nécessaire, non excessive, celle qui assure le meilleur équilibre entre les coûts et les avantages⁸⁴⁸ ». Cette appréciation rigoureuse de la nécessité est écartée au profit d'une conception souple dans le cas des pouvoirs implicites.

Ainsi, les mesures prises sur le fondement d'une habilitation implicite, elles aussi « nécessaires », ne sont plus que les mesures utiles à la réalisation des dispositions expresses, bien que selon leur contenu, le juge puisse témoigner d'une exigence plus importante. Une formulation plus précise aurait sans doute pu être choisie. À titre d'exemple, le pouvoir du chef de service aurait pu être reconnu en ces termes : « même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient nécessairement, comme à tout chef de service, de prendre les mesures utiles au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité ». La relative imprécision des expressions retenues appelle cependant plusieurs remarques.

Tout d'abord, la référence à la nécessité peut être perçue comme un argument purement rhétorique. Il convient d'entendre la nécessité comme un soutien sémantique de l'interprétation adoptée par le juge. L'admission du recours à un pouvoir ou une compétence implicites sera d'autant plus justifiée que ces derniers seront fondés sur leur nécessité, et non sur une simple utilité. Ensuite, le lien de nécessité entre le pouvoir et le texte ne se déduit pas simplement de la nécessité de la mesure elle-même, mais d'une nécessité intellectuelle gouvernant l'interprétation des textes. Il faut alors distinguer ici la nécessité intellectuelle, qui octroie la faculté à tout interprète d'un texte de reconnaître les pouvoirs utiles à l'accomplissement d'une mission, de l'utilité même de la mesure. Enfin, et ce troisième point découle en droite

847. P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 299.

848. *Ibid.*

ligne du deuxième, la mesure elle-même n'est sans doute pas absolument nécessaire mais il peut être indispensable que le bénéficiaire du pouvoir puisse avoir le choix des moyens qu'il désire mettre en œuvre. La conception large de la nécessité se justifie alors par la logique qui gouverne la reconnaissance des pouvoirs implicites.

Cette idée est primordiale dans le raisonnement fondant les pouvoirs implicites. Il importe peu de ce point de vue que la mesure soit la seule possible ou adéquate, puisque la nécessité ne jouera en réalité qu'un rôle en amont. Il est indispensable de pouvoir prendre les mesures, mais il est inutile de chercher à restreindre le pouvoir aux seules mesures indispensables. C'est en réalité la possibilité d'action qui est indispensable, le « contenu » de cette action pouvant simplement être utile⁸⁴⁹. Il faut alors revenir vers les arguments développés par MARSHALL. Le Congrès est en réalité seul juge du contenu des mesures⁸⁵⁰. Il y a là une limitation extrêmement importante de l'auto-habilitation du juge : s'il sanctionnera les mesures qui n'étaient pas nécessaires, il faut en réalité entendre que le juge ne sera amené à sanctionner que les mesures qui ne seraient pas relatives aux pouvoirs ou aux missions expressément confiés.

La souplesse qui caractérise l'appréciation des pouvoirs implicites est elle-même étroitement liée à l'origine des pouvoirs implicites et en devient de ce fait une qualité intrinsèque. Le pouvoir est reconnu en raison de la nécessaire incomplétude d'un texte. On ne peut dès lors imaginer que le juge ajoute une mesure rigide à une disposition textuelle en vue d'apporter la souplesse qui manque à cette dernière. Si les pouvoirs implicites sont un moyen de traduire et d'entretenir la vivacité des institutions, celle-ci ne saurait ensuite être bridée. Cela apparaîtrait comme contre-productif ou, à tout le moins, assez paradoxal.

Si l'approximation est regrettable, elle n'est donc pas dépourvue de pertinence.

La nécessité des mesures susceptibles d'être prises ne peut être conçue, dans le cadre des pouvoirs implicites, comme une donnée précise et pourrait alors être

849. Sous réserve, bien évidemment, du respect des impératifs de légalité extérieurs aux seuls pouvoirs implicites. À titre d'exemple, une mesure entraînant une atteinte importante aux libertés peut être utile, encore faut-il qu'elle soit proportionnée.

850. « Le Congrès peut utiliser tous les moyens qui sont de nature, selon lui, à réaliser au mieux le but qui doit être accompli. Tout moyen adapté à la fin poursuivie, tout moyen qui tend directement à l'exécution des pouvoirs constitutionnels du gouvernement, sont en eux-mêmes constitutionnels. » CSEUA, *McCulloch v. Maryland*, préc., § 12 (trad. É. ZOLLER, 2010, *op. cit.*).

apparentée intuitivement à un standard⁸⁵¹ en ce que le juge, à travers son énoncé, préserve un pouvoir ultérieur d'appréciation. La nécessité est-elle un de « ces petits mots trop évidents, trop discrets, pour être vraiment honnêtes⁸⁵² » ? l'idée que la nécessité puisse être considérée comme un standard est énoncée par S. RIALS dans sa thèse, à propos de l'appréciation des circonstances exceptionnelles⁸⁵³. Encore faudrait-il que la nécessité des pouvoirs d'exception soit la même que celle des pouvoirs implicites. Il convient ici de brosser rapidement un portrait de la notion de standard, telle que définie par S. RIALS, que nous rapprocherons constamment de la nécessité qui nous intéresse.

Nous ne pouvons nous dispenser de citer ici la définition dégagée par cet auteur : « Le standard est une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en terme de normalité, dans la double acception de ce terme⁸⁵⁴. » Il est tout d'abord certain que la formulation de la reconnaissance des pouvoirs implicites est caractérisée par son indétermination, qui tient à l'étendue de ce qu'il est possible de qualifier de nécessaire.

Les caractéristiques formelles envisagées par S. RIALS tiennent notamment à l'utilisation de certains verbes tels que « pouvoir », « ne pouvoir », « savoir » au conditionnel négatif, « devoir »⁸⁵⁵. L'auteur illustre cette idée d'un grand nombre d'exemples. Nous n'en reprendrons que quelques-uns. Le juge peut ainsi viser des « risques auxquels les usagers de la voie publique « pouvaient normalement s'attendre »⁸⁵⁶ », ou relever que : « le carrier prudent « ne pouvait ignorer le danger auquel il s'exposait en travaillant sans lunettes »⁸⁵⁷ », une « défectuosité qui ne

851. Du moins tel qu'entendu par A. SANHOURY : « L'application du standard [...] exige un pouvoir discrétionnaire, l'intuition d'un expert [...] et elle aboutit, non pas à la solution invariable que donne l'application de la règle, mais à des solutions variées et concrètes, chacune d'elles adaptée aux particularités des faits en présence. [Le standard] se borne à formuler la façon normale de se conduire, sans abstraction ni généralisation ; il suppose par son essence même, qu'il y a plusieurs façons de se conduire selon les circonstances, et c'est au juge qu'incombe la tâche délicate de déterminer dans quelles circonstances quelle est la meilleure façon de se conduire. » (« Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2 : *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris : Sirey, 1934 p. 146.)

852. *Id.*, p. 53.

853. S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, op. cit., p. 113. L'un des caractères principaux du standard dégagé par cet auteur est sa référence à la normalité. Le standard s'entend comme d'une appréciation d'un comportement ou d'un fait au regard de la normalité. Il est certain que dans les pouvoirs d'exception, cette normalité est utilisée en contraste avec l'anormalité des circonstances justifiant l'entorse au principe de légalité que ces pouvoirs entraînent.

854. S. RIALS, *id.*, p. 120.

855. RIALS admet cependant que cette liste ne saurait être exhaustive.

856. *Id.*, p. 118. L'auteur cite ici CE, 29 novembre 1961, *Département des Bouches-du-Rhône*, *AJDA*, 1962, p. 384.

857. *Id.*, p. 117. L'auteur cite ici CE, 26 janvier 1938, *Commune de Beuzec*, *Rec.*, p. 94.

« saurait être regardée comme provenant d'un défaut d'entretien normal de la voie publique »⁸⁵⁸ ». Tous ces verbes témoignent en réalité d'une appréciation d'un comportement au regard de la normalité. Cela ne se retrouve guère dans la jurisprudence administrative en matière de pouvoir implicite⁸⁵⁹, bien que certains arrêts témoignent d'un usage du verbe « devoir » renvoyant à « l'idée de juge normal⁸⁶⁰ ».

Si de telles formulations ne se retrouvent pas dans l'appréciation des pouvoirs implicites par le juge administratif, la référence à la normalité ne semble toutefois pas absente. Il faut d'abord relever le classicisme revendiqué de l'interprétation des dispositions attribuant une compétence ou un pouvoir. Ce classicisme peut en effet être entendu comme l'interprétation d'un « juge normal ». Il reste néanmoins que le juge administratif ne revendique pas expressément ce classicisme. En outre, ce point ne porte pas directement sur l'appréciation de l'exercice du pouvoir mais sur son existence. Il faut ensuite souligner que la référence à la normalité peut être expresse, comme c'est le cas dans l'arrêt *Delansorme*⁸⁶¹. Elle peut aussi être identifiée à partir de l'objet de la nécessité. La jurisprudence relative au pouvoir du chef de service fait ainsi référence au « bon fonctionnement du service ». Ce dernier n'est-il pas également un fonctionnement normal ? Ces hypothèses sont toutefois clairement identifiées et ne permettent pas une généralisation à l'ensemble des pouvoirs implicites sur leur seul fondement. Il paraît néanmoins possible d'inférer la normalité de la logique qui gouverne la reconnaissance de ces pouvoirs.

La volonté idéalisée qui fonde cette reconnaissance présume en effet que l'auteur du texte attributif d'un pouvoir ou d'une compétence doit avoir pour visée de permettre à l'autorité d'exercer efficacement sa mission. L'efficacité peut être rapprochée de la normalité en ce que la première doit être la possibilité d'accomplir de manière normale la mission confiée. Il est possible d'objecter que l'efficacité prise au pied de la lettre devrait en réalité être évaluée sur des critères permettant de déterminer la nécessité eu égard à un accomplissement optimal de la mission⁸⁶². Une

858. *Id.*, pp. 118-119. L'auteur cite ici notamment CE, 22 janvier 1930, *Ménard*, *Rec.*, p. 92.

859. Le verbe « pouvoir » s'entend dans la jurisprudence déjà citée comme l'énoncé d'une possibilité d'action.

860. *Id.*, p. 118.

861. CE, 18 décembre 1959, *Sieur Delansorme*, préc.

862. Un exercice minimal est ici écarté en raison du fait que si la nécessité était évaluée à cette aune, le pouvoir ne serait pas étendu mais vraisemblablement cantonné aux dispositions expresse (excepté le cas où l'accomplissement de la mission serait rendu impossible pratiquement en raison de l'incomplétude des textes).

telle recherche par le juge serait cependant, il nous semble, perceptible dans la motivation des arrêts, qui témoignerait vraisemblablement de la recherche de l'optimalité de la mesure. L'optimal, tout comme l'indispensable, nécessite une solution unique. Cette idée ne s'accommode alors que difficilement avec l'utilité qui transparaît parfois dans la jurisprudence. Cependant, la liaison de la nécessité à l'idée de normalité n'apparaît pas certaine. Il reste pourtant que son utilisation dans le cadre des pouvoirs implicites entretient une correspondance évidente avec les fonctions du standard dégagées par S. RIALS.

L'auteur en dégage trois, que l'on pourrait qualifier d'essentielles. La première correspond à « un transfert du pouvoir créateur de droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique ou si ces deux missions sont assurées par la même autorité, il contribue à réserver le pouvoir à cette dernière⁸⁶³ ». Cette fonction rappelle directement le mécanisme d'auto-habilitation du juge, le pouvoir étant révélé par le juge, qui se réserve également l'exercice d'un pouvoir de contrôle.

La seconde se décompose en « trois missions rhétoriques liées de persuasion, de légitimation et de généralisation⁸⁶⁴ ». Il a déjà été évoqué que la préférence réservée à l'emploi du terme de nécessité à celui d'utilité était vraisemblablement justifiée par le souci de donner une assise plus solide au pouvoir reconnu, rien ne permettant de déterminer que le juge considère le pouvoir indispensable. La nécessité témoigne par ailleurs, en elle-même, de cette mission de légitimation, puisqu'elle se conçoit comme un impératif et plaide en faveur de la reconnaissance du pouvoir. La dernière mission de généralisation semble toutefois moins évidemment poursuivie par le juge. Si les formules employées sont le plus souvent laconiques, le terme même de nécessité, qui semble supposer l'adéquation de la mesure à une contrainte pratique, exclut une généralisation systématique de celle-ci. Pourtant, toute généralisation n'est pas absente dans le cadre des pouvoirs implicites. Ainsi, le juge peut donner une portée extensive à ses décisions, comme l'indiquent des expressions telles que « tout chef de service », ou encore « l'ensemble des mesures nécessaires ». Cette dernière formule est d'ailleurs exemplaire de la liberté dont peut bénéficier le juge lorsqu'il sera amené à apprécier l'exercice du pouvoir, les mesures susceptibles d'être adoptées étant

863. S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, op. cit., p. 120.

864. *Ibid.*

exclusivement tributaires de l'appréciation par le juge de la nécessité et de son interprétation de la mission.

Enfin, dernière des fonctions évoquées, le standard « permet une régularisation permanente du système juridique⁸⁶⁵ ». La nécessité permet alors une grande latitude d'appréciation : le juge en bénéficiera lorsqu'il sera amené à reconnaître ou refuser un pouvoir implicite, ainsi que lorsqu'il conviendra d'apprécier la nécessité de la mesure elle-même. La référence à la nécessité apparaît ici superflue, puisque l'exigence du juge ne sera pas fonction d'une appréciation pratique de la nécessité intrinsèque de la mesure, mais de la portée et du contenu de la décision. La mise en œuvre des pouvoirs implicites n'est alors plus considérée comme une entorse au principe de légalité, puisque l'atteinte à la légalité n'est pas appréciée différemment lors du contrôle de l'exercice d'un pouvoir exprès⁸⁶⁶.

La nécessité considérée comme standard permet par ailleurs de garantir une certaine souplesse de fonctionnement au sein de l'administration. Elle permet tout d'abord au juge, et c'est le sens premier des pouvoirs implicites, de préserver une certaine adaptabilité des règles de compétence. Elle octroie en outre à l'administration une relative liberté dans le choix de mettre en œuvre ou non un pouvoir implicite.

II. La liberté d'appréciation de l'exercice du pouvoir

La reconnaissance de l'existence d'une habilitation implicite est une décision exclusive du juge. Sur ce point, le juge administratif s'est montré peu enclin à reconnaître de tels pouvoirs. Néanmoins, une fois le pouvoir reconnu, le juge réserve à l'administration un large degré d'appréciation sur l'exercice de ce pouvoir.

Dès lors que le juge se contente d'exiger l'utilité de la mesure, il diminue grandement la portée de l'auto-habilitation précédemment énoncée. En effet, s'il ne

865. *Ibid.*

866. « Il n'y a pas de jugement sans norme préalable. [...] Le juge, comme toute autorité normative [...], jouit en fait d'une certaine liberté pour la créer ou feindre de la « découvrir ». Mais une fois la norme émanée de lui établie, il l'applique comme une autre et ce faisant n'exerce nullement un pouvoir discrétionnaire : il ne fait que dire un droit qu'il a créé, au besoin, comme à l'ordinaire, en l'interprétant. » (S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », *in* PERELMAN C. et VANDER ELST R. (éd.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 48). Dès lors que le juge « révèle » un pouvoir implicite, les exigences relatives à la légalité des mesures prises sur son fondement ne différeront pas outre mesure de ce que le juge contrôlera lors de l'examen des mesures prises sur le fondement d'une habilitation expresse. L'appréciation de la nécessité d'une mesure n'est en effet pas spécifique à ces pouvoirs, ainsi qu'il a déjà été dit.

peut exister qu'un nombre restreint de mesures indispensables, le nombre de mesures simplement utiles est beaucoup plus étendu. La moindre rigueur du contrôle permet alors de garantir à l'autorité à laquelle est reconnu un pouvoir implicite le choix des mesures susceptibles d'être adoptées.

Il faut toutefois relever que la référence à la nécessité permet parfois au juge de revenir à des exigences plus strictes, sans avoir à se dédire. Deux espèces précédemment citées en apportent une illustration. Dans la première⁸⁶⁷, un arrêté du ministre de l'Environnement et du Cadre de vie définit la date de première commercialisation des modèles types, dont le dépôt auprès de la direction départementale de l'équipement est prévu par un décret. Si le ministre, chargé de l'exécution du décret, pouvait fixer « les règles relatives à la constitution et à la présentation du dossier de dépôt », il ne pouvait cependant énoncer la définition de la date de première commercialisation sans dépasser « les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité ». Dans la seconde⁸⁶⁸, le Conseil d'État considère que le ministre, dans le cadre de son pouvoir d'organisation du service, ne peut édicter de règles générales relatives à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. L'utilité des mesures prises ne fait aucun doute. Il est même possible de considérer que, dans la première, l'absence de définition exacte de la date de première commercialisation rendait indispensable la mesure prise, et aurait permis l'application de la solution mise en œuvre dans l'arrêt du 3 avril 1981, *Société Armand Pellerin et Cie*⁸⁶⁹.

Le flou inhérent à l'utilisation de la nécessité permet en second lieu de réserver à l'autorité le soin de décider de mettre en œuvre un pouvoir implicitement reconnu. Les mesures prises sur le fondement de cette habilitation doivent être, à tout le moins, utiles. L'appréciation de la pertinence de la mise en œuvre du pouvoir revient donc en premier lieu, non au juge, mais à l'autorité qui en bénéficiera. Deux arrêts sur la réglementation de l'exercice du droit de grève à la Régie autonome des transports parisiens en témoignent.

Dans un premier arrêt en date du 8 mars 2006, *Onesto et autres*⁸⁷⁰, le Conseil d'État devait déterminer si le refus d'édicter une réglementation du droit de grève

867. CE, 21 mai 1982, *Syndicat national des constructeurs de maisons individuelles*, préc.

868. CE, 23 mai 1969, *Société Distillerie Brabant et Cie, Rec.*, p. 264., concl. N. Questiaux ; *D.*, 1970, p. 763, note M. FROMONT.

869. *Rec.*, tables, p. 564. *Supra*, pp. 176 et 242-243.

870. *Rec.*, p. 113.

opposé par la directrice de la RATP à une demande de mise en place d'un service minimum était légal. Elle se fondait sur deux arguments : seul le conseil d'administration pouvait modifier le règlement intérieur de la Régie ; le principe de continuité du service public n'imposait pas une telle réglementation.

R. KELLER, dans ses conclusions, rappelle la compétence classique des organes dirigeants de l'établissement public pour apporter de telles limitations à ce droit. Il précise néanmoins que ces limitations doivent être nécessaires. C'est ce point qui appelle ici des précisions. Le commissaire du gouvernement insiste en effet sur le fait que ces « aménagements [doivent être] strictement nécessaires⁸⁷¹ ». La nécessité, entendue de manière restrictive, s'apparente à l'indispensable. Ce terme est d'ailleurs utilisé pour déterminer si la direction était tenue de mettre en place un service minimum⁸⁷². Deux conditions sont exigées pour que ce caractère soit constaté : les perturbations doivent empêcher la satisfaction des « besoins essentiels » de la population et le service minimum doit être la seule solution possible à ce désagrément. Ni l'une ni l'autre n'étant remplies, il n'y avait pas une obligation à instaurer ce service⁸⁷³. En outre, d'autres mécanismes, déjà mis en place, apparaissaient suffisants. Le Conseil d'État suit ces conclusions et considère que « s'il appartient aux organes dirigeants de la RATP de garantir [...] l'effectivité du principe fondamental de la continuité du service public des transports collectifs dans l'agglomération parisienne qu'assure la RATP et de prendre toutes les mesures, permanentes ou temporaires, nécessaires à cette fin, il ne résulte pas de ce principe qu'ils seraient tenus d'édicter à tout moment une réglementation du droit de grève ».

Il peut en être déduit que si les mesures destinées à limiter le droit de grève doivent être strictement nécessaires, l'administration est libre de décider de les adopter ou pas. Autrement dit, la stricte nécessité qui conditionne la légalité de ces mesures ne fait pas d'elles des mesures indispensables.

Cette opinion est d'ailleurs confortée par l'arrêt du 11 juin 2010, *Syndicat SUD RATP*⁸⁷⁴. Par une instruction générale, la direction de la RATP impose aux agents de commencer leur grève au début de leur service, interdisant de ce fait les grèves

871. R. KELLER, concl. sur CE, 8 mars 2006, *Onesto et autres*, *RFDA*, 2006, p. 1236

872. « Pour qu'un service minimum, avec limitation ou interdiction du droit de grève, soit indispensable à la RATP, il ne suffit pas que des arrêts de travail se produisent de temps en temps. » (*Id.*)

873. Bien au contraire, le commissaire du gouvernement estime qu'une telle mesure risquerait de remettre en cause le « cercle vertueux [...] engagé à la RATP » (concl. préc.).

874. Arrêt préc.

débutant en cours de service. Le Conseil d'État va évidemment étudier la nécessité de cette mesure : « le président-directeur général de la RATP a entendu prévenir les risques de désorganisation qui résulteraient de l'interruption du travail en cours de service par des agents décidant de rejoindre la grève après le début de leur service ». Certes, la nécessité est ici appréciée pratiquement. Pourtant, le caractère indispensable de l'édition d'une telle mesure reste sujet à caution. Le juge ne semble pas requérir que la mesure adoptée soit la seule en mesure de permettre la prévention des risques invoqués⁸⁷⁵. Il est même possible d'estimer que le juge n'apprécie pas ici l'opportunité de la mesure, mais sa nécessité eu égard aux exigences de la légalité. Le Conseil d'État précise en effet que « la limitation apportée à l'exercice du droit de grève qui en résulte est justifiée par les nécessités du fonctionnement du service public de transport assumé par la RATP et vise à prévenir un usage abusif du droit de grève ». Ce n'est donc pas tant la pertinence d'édicter une telle réglementation qui est en cause, que la mesure dont doit faire preuve tout chef de service dans l'édition des limitations apportées à ce droit.

Si la nécessité d'édicter une mesure implique, quand il s'agit de savoir si l'autorité compétente était tenue de l'adopter, de répondre à la question de son caractère indispensable, l'administration peut néanmoins choisir de prendre de sa propre initiative toutes les mesures utiles, sous réserve qu'elles respectent les exigences de légalité. Cela ressort également de certains des arrêts que nous avons étudiés, et est flagrant en ce qui concerne la création des commissions consultatives, le pouvoir de prendre les mesures nécessaires comprenant celui de s'entourer de l'ensemble des avis que l'autorité estime utiles⁸⁷⁶.

Il reste néanmoins que le juge peut être à la fois l'auteur et le destinataire de l'habilitation implicite. Il faut alors admettre que la nuance que nous apportons à ce phénomène d'auto-habilitation doit être écartée. En effet, l'auto-habilitation est alors directe. Le juge semble reconnaître un pouvoir en tant que rattaché à son office parce que nécessaire pour l'accomplissement de sa fonction, mais il reste maître de l'appréciation de cette nécessité.

875. À aucun moment, ni l'arrêt du Conseil d'État, ni les conclusions du rapporteur public ne témoignent de cette idée. La mesure est peut-être indispensable, mais la recherche de ce caractère n'apparaît pas.

876. CE, 29 avril 2002, *Commune de Rixheim*, préc.

Les pouvoirs implicites constituent indéniablement un exemple d'auto-habilitation du juge puisque les termes de leur reconnaissance supposent un examen ultérieur. Cette habilitation apparaît cependant relative, puisque l'absence de termes restrictifs dans l'énoncé de l'habilitation expresse peut être considérée comme autorisant le juge à étendre ses termes en mettant en œuvre une solution que l'habilitant ne peut méconnaître. Cette permission est parfois d'autant plus flagrante que les textes ultérieurs ne la remettent pas en cause, ou viennent la limiter sans l'infirmier totalement.

La nécessité objet du contrôle apparaît cependant particulièrement souple, puisque le juge réserve le plus souvent à l'autorité habilitée l'appréciation de l'utilité d'exercer le pouvoir.

Conclusion du Titre 2

Le juge est théoriquement amené à contrôler la nécessité du pouvoir, mais aussi celle des mesures. La nécessité du pouvoir est d'abord une nécessité théorique, qui correspond à la mise en œuvre de l'idée qui fonde les pouvoirs implicites : les textes doivent être interprétés comme confiant l'ensemble des pouvoirs nécessaires à la réalisation de la mission.

L'interprétation extensive justifiée, le juge est amené à envisager l'intérêt pratique du pouvoir avant de l'admettre. Cette nécessité constatée *in abstracto*, le juge va ensuite apprécier la légalité de la mesure prise au regard de l'habilitation implicite.

Ce mécanisme laisse une grande liberté au juge, puisque la nécessité du pouvoir ou de la mesure peut être entendue strictement ou, au contraire, prendre le simple sens d'utilité. Cette nécessité permet également de préserver une certaine souplesse au profit du bénéficiaire dans la mise en œuvre du pouvoir implicite. Le juge réserve en effet souvent à celui-ci l'appréciation de l'opportunité de l'exercice du pouvoir et le choix des mesures susceptibles d'être adoptées.

Conclusion

Il existe une grande proximité entre les pouvoirs implicites consacrés tant en droit international que dans les différents droits nationaux. Ils répondent tous à une conception utilitaire des textes et au constat de leurs insuffisances.

Deux considérations motivaient l'étude des pouvoirs implicites en droit administratif français. En premier lieu, celle-ci devait déterminer si les pouvoirs implicites pouvaient constituer un facteur d'explication de certaines solutions jurisprudentielles. En second lieu, il importait de préciser les conditions d'appréciation de l'exercice de ces pouvoirs.

Sur le premier point, le bilan est assez mitigé. Les pouvoirs implicites permettent le rattachement d'un pouvoir à une disposition textuelle, en dehors d'une habilitation expresse. Le mécanisme qui conduit à leur reconnaissance ne peut donc être assimilé à un fondement du pouvoir nouvellement reconnu, ce dernier étant nécessairement, *in fine*, le texte interprété de manière extensive par le juge. Par ailleurs, les pouvoirs implicites ne sont pas une explication suffisante de la reconnaissance d'un pouvoir. Certes, le juge recourt à la nécessité pour justifier celui-ci. En ce sens, il est possible de dire que dès lors qu'un pouvoir apparaît nécessaire pour qu'une autorité puisse mener à bien les missions qui lui ont été confiées, un pouvoir implicite peut être reconnu. Mais cela ne reste qu'une possibilité, et la reconnaissance de ces pouvoirs n'est en aucun cas systématique. Il faut alors rechercher l'explication de cette reconnaissance dans les spécificités de la mission et non se référer simplement aux pouvoirs implicites.

Ceux-ci ne sont par conséquent qu'un outil rhétorique entre les mains du juge. Ils permettent de conférer une assise solide au pouvoir, qui apparaît justifié à la fois par les textes et par la nécessité. Toutefois, cet outil est dépourvu de toute « âme » propre et le juge reste parfaitement maître de son utilisation. À cet égard, il paraît important de souligner que les mêmes arguments peuvent être invoqués tant pour réduire l'exercice d'un pouvoir exprès que pour l'accroître.

Sur le second point, il nous semble possible d'affirmer certaines règles minimales encadrant les pouvoirs implicites. Rattaché à une disposition textuelle précise ou à un ensemble plus vaste de dispositions, un pouvoir implicite est logiquement soumis au respect des textes, tant lors de sa reconnaissance que pour apprécier son exercice. Ainsi, le pouvoir ne saurait que rarement être accepté en méconnaissance d'une norme d'habilitation expresse précise. Seule l'inaction du titulaire de cette habilitation justifiera la reconnaissance d'un pouvoir implicite. De même, dès lors que l'exercice d'un pouvoir est soumis à certaines contraintes formelles, toutes les extensions implicites de ce pouvoir obéiront à ces contraintes.

Au-delà du respect des règles expresses, l'exercice d'un pouvoir implicite est soumis aux arguments de sa reconnaissance. S'il est justifié par la volonté de garantir l'efficacité des attributions confiées à une autorité, il est limité par ces mêmes attributions. Pour être acceptées, les mesures doivent ainsi être nécessaires à la réalisation des missions confiées. Toutefois, cette nécessité est souvent lâche et laisse au bénéficiaire d'une habilitation implicite une certaine marge d'appréciation des mesures adaptées à cette réalisation.

Si le rattachement du pouvoir implicite au texte apparaît parfois très audacieux, il faut néanmoins le considérer comme un pouvoir fondé sur un texte. En ce sens, la légalité de la mesure prise en vertu de cette habilitation implicite est appréciée de la même manière que celle d'une mesure prise sur le fondement d'une habilitation expresse. Les exigences du juge varieront alors selon la nature de la mesure.

Enfin, les pouvoirs implicites restent soumis à l'appréciation juridictionnelle de leur nécessité, tant pour être reconnu que lors de leur exercice.

Bibliographie

Ouvrages généraux

- ALLAND D. (dir.), *Droit international public*, Paris : PUF, coll. « Droit fondamental », 2000, 807 p.
- ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy / PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2003, XXV-1649 p.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Paris : Montchrestien, 2001, 1427 p.
- , *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris : Montchrestien, 2008, 1540 p.
- COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, 10^e éd., Paris : Montchrestien, coll. « Domat – Droit Public », 2012, XXVI-820 p.
- CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Paris : PUF, coll. « Quadrige », 2005, XX-970 p. ; 9^e éd. mise à jour, 2011, XXX-1095 p.
- DUPUY P.-M. et KERBRAT Y., *Droit international public*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2012, XXX-929 p.
- DUPUY R.-J., *Le droit international*, 12^e éd., Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 2001, 128 p.
- FAVOREU L. et PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16^e éd., Paris : Dalloz, 2011, XXXI-591 p.

- FRIER P.-L. et PETIT J., *Droit administratif*, 7^e éd., Paris : Montchrestien, coll. « Domat – Droit public », 2012, 626 p.
- GAUDEMET Y., *Droit administratif*, 20^e éd., Paris : LGDJ, 2012, 624 p.
- GONOD P., MELLERAY F. et YOLKA P., *Précis de droit administratif*, Paris : Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2011, 2 vol., 841 p. et 711 p.
- HAMILTON A., JAY J. ET MADISON J., *Le Fédéraliste*, préf. nouvelle éd. A. TUNC, préf. A. ESMEIN, trad. G. JÈZE, Paris : Economica, coll. « Études juridiques comparatives », 1988, 788 p.
- HAURIOU M., *Principes de droit public*, reprod. de l'éd. Paris : Sirey, 1910 enrichie d'une préf. d'O. Beaud, Paris : Dalloz, 2010, 734 p.
- LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, 10^e éd., Paris : PUF, coll. « Quadrige », 2010, XXIV-1423 p.
- LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVÉ P. et GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^e éd., Paris : Dalloz, 2011, XVIII-1009 p.
- NGUYỄN QUÔC D., DAILLIER P., FORTEAU M. et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris : LGDJ, 2009, 1709 p.
- ODENT R., *Contentieux administratif*, Paris : Les Cours de droit, 1971, 6 vol., 1768-XXI p.
- PACTEAU B., *Traité de contentieux administratif*, Paris : PUF, 2008, 646 p.
- RIVERO J. et WALINE J., *Droit administratif*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2006, XVII-645 p.
- SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, préf. de G. GUILLAUME, Bruxelles : Bruylant, coll. « Universités francophones », 2001, XLI-1198 p.
- SEILLER B., *Droit administratif*, t. 1 : *Les sources et le juge*, 4^e éd., Paris : Flammarion, coll. « Champ Université », 2011, 345 p.

- SEILLER B., *Droit administratif*, t. 2 : *L'action administrative*, 4^e éd., Paris : Flammarion, coll. « Champ Université », 2011, 355 p.
- TROPER M., *La philosophie du droit*, 3^e éd. mise à jour, Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, 128 p.
- TRUCHET D., *Droit administratif*, 4^e éd., Paris : PUF, 2011, 470 p.
- TUNC A. et TUNC S., *Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique*, t.1 : Histoire constitutionnelle, préf. R. DAVID, Paris : Domat-Montchrestien, 1954, VII-506 p.
- VAN LANG A., GONDOUIN G. et INSERGUET-BRISSET V., *Dictionnaire de droit administratif*, 5^e éd., Paris : Sirey, 2008, XII-440 p. ; 6^e éd., Paris : Sirey / Dalloz, 2011, XII-477 p.
- VEDEL G. et DELVOLVÉ P. (collaborateur), *Droit administratif*, 12^e éd., Paris : PUF, 1992, 2 vol., 716 p. et 806 p.
- VILLIERS M. (de) et LE DIVELLEC A., *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 8^e éd., Paris : Sirey, 2011, X-399 p.
- WEIL P., *Le droit administratif*, 1^{re} éd., Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 1964, 126 p. ; 23^e éd., 2010, 127 p.
- ZOLLER É. (éd.), *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, éd. bilingue anglais-français, Paris : PUF, 2000, 1328 p.
- , *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, éd. commentée, Paris : Dalloz, 2010, XVI-922 p.

Monographies et thèses

Le centenaire du Code civil 1804-1904, Paris : Imprimerie nationale, 1904, 82 p.

BEAUGENDRE C., *La notion de compétences implicites, étude de droit comparé*, thèse de droit public, Amiens : université de Picardie-Jules Verne, 2003, 539 p.

BIENVENU J.-J., *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, thèse de droit public, Paris : université Paris II, 1979, 2 vol.

CEREXHE G., *Les compétences implicites et leur application en droit belge*, Bruxelles : Bruylant, 1989, XII-485 p.

CONNIL D., *L'office du juge administratif et le temps*, Paris : Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2012, XIV-904 p.

CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes – contribution à l'étude de la nature juridique des communautés*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit international », 1974, XVII-92 p.

CORNELOUP V., *La notion de compétence des autorités administratives françaises en droit français*, thèse de droit public, Paris : université Paris II, 2000, 463 p.

DEFLINE P., *Notion de rentabilité financière et logique de choix dans les services publics*, thèse de sciences de gestion, Paris : Conservatoire national des arts et métiers, 2011, 378 p.

DICKINSON J. et LEE R. H., *Empire and Nation: Letters from a Farmer in Pennsylvania (John Dickinson). Letters from the Federal Farmer (Richard Henry*

Lee), 2^e éd. par F. McDONALD, Indianapolis : Liberty Fund, 1999, XVI-174 p.
Consultable en ligne :
http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=690.

DOUENCE J.-C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, Paris : LGDJ, 1967, 534 p.

DOUENCE M., *Le pouvoir d'organisation du service*, thèse de droit public, Pau : université de Pau et des pays de l'Adour, 2003, 2 vol., 1438 p.

FAURE B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, Paris : LGDJ, 1998, 329 p.

FRIER P.-L., *L'urgence*, Paris : LGDJ, 1987, IV-599 p.

GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Paris : Economica, coll. « Droit civil », 1985, 250 p.

GAZIN H., *De la nature juridique des règlements de travail*, Paris : Larose et Tenin, 1913, 225 p.

GÉNY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : Essai critique*, préf. de F. SALEILLES, Paris : LGDJ, 1919, 2 vol., XXV-446 p. et 422 p.

—, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la méthode de la critique juridique*, t. I : *Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution* (fac-similé de l'éd. de 1922, Paris : Sirey), Bad Feilnbach : Schmidt Periodicals, 2003, XIII-212 p.

GOUBEUX G., *La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1969, 542 p.

ISAAC G., *La procédure administrative non-contentieuse*, Paris : LGDJ, 1968, 732 p.

JENNEQUIN A., *L'implicite en droit administratif*, thèse de droit public, Lille : université Lille 2, 2007, 497 p.

- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, Paris : Dalloz, 1999, XV-496 p.
- LALLE H., *La question des règlements d'atelier*, Paris : A. Bonnet, 1904, 169 p.
- LENAERTS K., *Le juge et la Constitution aux États-Unis et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles : Bruylant, 1988, 817 p.
- LE FLOCH G., *L'urgence devant les juridictions internationales*, Paris : A. Pédone, 2008, 517 p.
- MATTHIEU B., *Les « validations » législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Paris : Economica, coll. « Droit public positif », 1987, III-329 p.
- MICHOUD L., *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 1932, t. 2, p. 180 ;
- MONGOIN D., *Le Pari de la Liberté, Étude sur Le Fédéraliste*, Paris : Classiques Garnier, coll. « PolitiqueS », 2012, 665 p.
- NIZARD L., *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, Paris : LGDJ, 1962, 293 p.
- OST F., *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles : Bruylant, coll. « Penser le droit », 2007, XXIV-206 p. (2^e éd., 2012, XXII-222 p.)
- PICARD E., *La notion de police administrative*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1984, 2 vol., 928 p.
- PONTIER J.-M., *L'État et les collectivités locales*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1968, 630 p.
- RAUX J., *Les relations extérieures de la Communauté économique européenne*, Paris : Cujas, 1966, 557 p.

- RENARD G., *La théorie de l'institution – Essai d'ontologie juridique*, t. 1 : *Partie juridique*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930, XXXVI-639 p.
- RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris : LGDJ, 1980, XXII-564 p.
- RIVERO J., *Les mesures d'ordre intérieur administratives, essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1934, 405 p.
- ROMANO S., *L'ordre juridique*, 2^e éd., trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, Paris : Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 2002, XXII-174 p.
- ROUYER-HAMERAY B., *Les compétences implicites des organisations internationales*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit international », 1962, 110 p.
- SAINT-BONNET F., *L'état d'exception*, Paris : PUF, coll. « Léviathan », 2001, 393 p.
- SFEZ L., *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1966, XV-520 p.
- SIMON D., *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales : Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris : A. Pédone, 1981, XV-936 p.
- STASSINOPOULOS M., *Traité des actes administratifs*, Paris : Sirey, 1954, VIII-315 p.
- TOURNAY V., *Sociologie des institutions*, Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, 128 p.
- TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Paris : Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006, XVIII-813 p.
- VERPEAUX M., *La naissance du pouvoir réglementaire français : 1789-1799*, Paris : PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 1991, VIII-434 p.

VINCENT F., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1966, II-272 p.

WIENER C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, Paris : LGDJ, 1970, 298 p.

Articles

AMSELEK P., « L'interprétation dans la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen »
in Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté,
Cowansville (Québec) : Éditions Yvon Blais, 2011, p. 39.

AUBY J.-M., « Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels », *JCP*, 1973,
n° 2545.

—, « Le pouvoir réglementaire des autorités locales : à propos d'une controverse
récente », *AJDA*, 1984, p. 468.

BEAUD O., « Compétence et souveraineté », *in* Association française pour la recherche
en droit administratif, *La compétence*, actes du colloque de Nancy des 12 et 13 juin
2008, Paris : Litec, coll. « Colloques et débats », 2008, p. 5.

BEAUTÉ J., « Le partage des compétences entre les États et la Fédération », *Pouvoirs*,
n° 59 : *La Cour suprême*, 1991, p. 100.

BELLOUBET-FRIER N., « De la précarité à la pérennité : le statut des agents non-
titulaires de l'État », *AJDA*, 1990, p. 851.

BERNARD M., « Le contrôle du Conseil d'État sur l'appréciation par l'administration
de l'aptitude professionnelle ou physique des fonctionnaires », *EDCE*, 1957, p. 62.

BERTRAND B., « Les blocs de jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit européen*,
2012, p. 741.

BOUJU D., « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur », *RDP*, 2005, p. 597.

- BOULOUIS N., « Sur une notion discutable : l'édition des mesures d'application des lois en vertu « d'habilitations législatives » », in *Juger l'administration, administrer la justice : Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris : Dalloz, 2007, p. 113.
- BRAIBANT G., DRAGO R., GAUDEMET Y., LABETOULLE D., LYON-CAEN A., LE MIRE P., MOREAU J., VEDEL G., WAQUET P., « Questions pour le droit administratif », *AJDA*, 1995, n° spécial juin 1995, p. 11.
- CAILLOSSE J., « Le juge administratif et la question de l'efficacité », *RDP*, 2013, p. 27.
- CARINE D., « Le pouvoir d'organisation du service : une jurisprudence toujours en mouvement », *Droit administratif*, 2006, p. 11.
- CASAS D. et DONNAT F., « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *Droit administratif*, 2004, n° 5, étude n° 9.
- CHAMINADE A., « La soumission du spectre des fréquences radio-électriques aux règles de la domanialité publique », *JCP*, 2003, II, n° 10189.
- COMBACAU J., « Conclusions générales », in Société française pour le droit international, *Les compétences de l'État en droit international*, Colloque de Rennes du 2 au 4 juin 2005, Paris : A. Pédone, 2006, p. 301.
- COMBEAU P., « Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative », *RFDA*, 2004, p. 1069.
- DOUENCE J.-C., « Chapitre trois – La création et la suppression des services publics locaux » in *Les services publics locaux, Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2012, folio n° 6040.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE O., « Les juges face au silence du droit », *RDP*, 2012, p. 1055.

- FAURE B., « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA*, 1998, p. 547.
- , « Le droit administratif des collectivités locales et la concurrence », *AJDA*, 2001, p. 136.
- , « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, janvier 2006, p. 119.
- , « Le rapport du comité Balladur sur la réforme des collectivités territoriales : bonnes raisons, fausses solutions ? », *AJDA*, 2009, p. 859.
- , « Le régime contentieux des décisions de la collectivité de Saint-Barthélemy », *AJDA*, 2012, p. 1356.
- FILION M., « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives : les directives », *Les Cahiers de droit*, vol. 20, n° 4, 1979, p. 855.
- FRIER P.-L., « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique », *AJDA*, 2003, p. 559.
- FRYDMAN B., « Le projet scientifique de François Géný », in THOMASSET C., VANDERLINDEN J. et JESTAZ P. (éd.), *François Géný, mythe et réalités : 1899-1999. Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Cowansville / Paris / Bruxelles : Blais / Dalloz / Bruylant, 2000, p. 213.
- GARRIGOU-LAGRANGE J.-M., « Les contrôles du Conseil constitutionnel sur les décrets de convocation des électeurs au référendum », *LPA*, n° 199, 2002, p. 4.
- GAUDEMET Y., « Remarques à propos des circulaires administratives », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos : Problèmes de droit public contemporain*, Paris / Athènes : LGDJ / Revue du droit public, 1974, p. 561.

GENEVOIS B., « Le juge administratif et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877.

GODBILLON B., « La jurisprudence sur le pouvoir réglementaire des ministres à l'égard du personnel », *AJFP*, 1998, p. 8.

GOLDMAN B. , « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *RCADI*, t. 109, 1963, p. 347.

HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », in HAURIOU M., *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté* (fac-similé de l'édition de 1933, Paris : Bloud et Gay), Caen : Centre de Philosophie politique et juridique, coll. « Bibliothèque de philosophie politique et juridique », 1986, p. 89.

HERBOTS J. H., « La Traduction juridique – Un point de vue belge », *Les Cahiers de droit*, vol. 28, n° 4, 1987, p. 813.

JEANNOT G., « Les associations, l'État et la théorie de l'institution de Maurice Hauriou », *Les Annales de la Recherche urbaine*, n° 89, juin 2001, p. 19.

LAFaix J.-F., « Le sens du silence », *RDP*, 2012, p. 1032.

LAMBERT E., « Les compétences implicites sont-elles absentes du droit public français ? – Quelques considérations sur les techniques de répartition en l'absence de règles secondaires claires », *RRJ*, 2000, p. 241.

LANDAIS C. et LÉNICA F., « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *AJDA*, 2004, p. 1183.

LASCOMBE M., « Les ordres professionnels », *AJDA*, 1994, p. 857.

LEROY P., « L'acquêt de communauté supplanté par la règle de l'accessoire ? », *D.*, 1994, p. 93.

- MALINVERNI G., « Le droit comparé dans le contexte fédéral suisse », *RIDC*, 1988, n° 3, p. 583.
- MAULIN É., « Compétence, capacité, pouvoir » in Association française pour la recherche en droit administratif, *La compétence*, actes du colloque de Nancy des 12 et 13 juin 2008, Paris : Litec, coll. « Colloques et débats », 2008, p. 33.
- MBONGO P., « L'agrément par l'administration des candidats aux concours », *JCP, A*, n° 27, 30 juin 2003, 1629, p. 891.
- MELLERAY F., « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AJDA*, 2005, p. 71.
- MICHEL V., « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique », *Europe*, n° 10, octobre 2006, p. 5.
- MODERNE F., « À propos du contrôle de la légalité des statuts de la Confédération nationale du crédit mutuel : quelques observations sur le pouvoir réglementaire des organismes à caractère professionnel », *Droit social*, 1976, p. 464.
- PETIT J., « Le nouveau régime de la délégation de signature des membres du Gouvernement », *JCP, A*, n° 46, 14 novembre 2005, 1361, p. 1682.
- PICARD E., « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, p. 55.
- , « L'impuissance publique en droit », *AJDA*, n° spécial juillet-août 1999, p. 11.
- POINCARÉ R., SARRAUT A. et FALLIÈRES A., « Déconcentration et décentralisation – Rapport au président de la République française », *JORF*, 7 novembre 1926, p. 11890.
- POINCARÉ R. et SARRAUT A., « Régies municipales – Rapport au président de la République française », *JORF*, 31 décembre 1926, p. 13742.
- POULET-GIBOT LECLERC N., « Le pouvoir hiérarchique », *RFDA*, 2007, p. 508.

- RAMA-MONTALDO M., « *International legal personality and implied powers of international organizations* », *British Year Book of International Law*, 1970, p. 111.
- RÉMILLARD G., « Situation du partage des compétences législatives en matière de ressources naturelles au Canada », *Les Cahiers de droit*, vol. 18, n° 2-3, 1977, p. 471.
- RENAUDIE O., « Que reste-t-il du pouvoir de police générale du gouvernement en matière économique ? », *LPA*, n° 16, 2009, p. 24.
- RIALS S., « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN C. et VANDER ELST R. (éd.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 39.
- SANHOURY A., « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2 : *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris : Sirey, 1934, p. 144.
- SCHWARTZ R., « Le pouvoir d'organisation du service », *AJDA*, n° spécial juin 1997, p. 47.
- THEVAND A., « La pérennité du fédéralisme », *RDP*, 2009, p. 1431.
- TUSSEAU G., « L'urgence en droit constitutionnel », in ROBBE F. (dir.), *Le temps et le droit*, Aix / Marseille : PUAM, 2010, p. 105.
- VEDEL G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, n° 8, p. 21.
- VENEZIA J.-C., « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », in *Le juge et le droit public : Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris : LGDJ, 1974, t. 2, p. 795.

ZOLLER É., « De la constitutionnalité de l'ordre international à l'internationalité de l'ordre interne - Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, t. 294, 2002, p. 39.

— , « La Cour suprême des États-Unis, entre création et destruction du droit », *APD*, t. 50, 2007, p. 277.

— , « Le réalisme dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 146.

Notes de jurisprudence et conclusions

ALIBERT, note sous CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, S.*, 1931, III, p. 73.

BAZEX M., note sous CE, 13 mai 1983, *Société René Moline, AJDA*, 1983, p. 624.

BERNARD M., concl. sur CE, sect., 23 juin 1972, *Société « La Plage de la forêt, RDP*, 1972, p. 1259.

—, concl. sur CE, 6 oct. 1961, *Union national des parents d'élèves des écoles libres et autres (UNAPEL), RDP*, 1961, p. 1279.

BILLET P., note sous CE, 29 septembre 2003, *Houillères du Bassin de Lorraine, JCP, A*, 2003, n° 2109.

BOISSARD S., concl. sur CE, ass., 30 juin 2000, *Association « Choisir la vie » et autres, AJDA*, 2000, p. 729.

BON P. et BÉCHILLON D. de, obs. sous CE, 30 juillet 1997, *Boudin, D*, 1999, p. 59.

BOTTEGHI D. et LALLET A., chron. sous CE, 19 juillet 2010, *Fristot et Mme Charpy, AJDA*, 2004, p. 1930.

CANEDO M., note sous CE, ass., 30 juin 2000, *Association « Choisir la vie » et autres, RFDA*, 2000, p. 1282.

CELERIER T., note sous CE, 10 septembre 1992, *Meyet, LPA*, 21 octobre 1992.

COMBREXELLE J.-D., concl. sur CE, sect., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, CJEG, no 534, juillet-août 1997, p. 264.

COURRÈGES A., concl. sur CE, 21 novembre 2008, *RFDA*, 2009, p. 151.

CRISTOL D., obs. sous CE, sect., 18 juillet 2008, *Fédération de l'hospitalisation privée*, *RDSS*, n° 5, 2008, p. 966.

DAVID, concl. sur CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, *Rec.*, p. 155 ; *D.*, 1875, III, p. 18.

DEBBASCH C., note sous CE, ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, *JCP*, 1963, II, n° 13068.

DEREPAS L., concl. sur CE, 19 mars 2007, *Mme le Gac et autres*, *RFDA*, 2007, p. 770.

—, concl. sur CE, sect., 18 juillet 2008, *Fédération de l'hospitalisation privée*, *Rec.*, p. 290.

DEVYS C., concl. sur CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, *Rec.*, p. 197 ; *RFDA*, 2004, p. 454.

DRAGO R., note sous CE, 18 novembre 1949, *Carlier, S.*, 1950, III, p. 49.

DURAND P., note sous Cass. soc., 16 juin 1945, *Droit Social*, 1946, p. 427.

DUBOUIS L., note sous CE, ass., 30 juin 2000, *Association « Choisir la vie » et autres*, *RFDA*, 2000, p. 1305.

DUQUESNE F., note sous CE, 11 juin 2010, *Syndicat SUD RATP*, *Droit social*, n° 11, novembre 2010, p. 1099.

ETTORI C., concl. sur CE, 26 avril 1929, *Syndicat de l'union des voies ferrées et des transports automobiles*, *RDP*, 1929, p. 319.

FAURE B., note sous CE, 23 mai 2003, *Communauté de communes Artois-Lys*, *RFDA*, 2004, p. 299.

FILION M., « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives : les directives », *Les Cahiers de droit*, vol. 20, n° 4, 1979, p. 855.

FROMONT M., note sous CE, 23 mai 1969, *Société Distillerie Brabant et Cie, D.*, p. 763.

GALMOT Y., concl. sur CE, 16 juin 1967, *Ligue nationale pour la liberté des vaccinations*, *JCP*, 1967, II, n° 15303.

GARANT P., « Le déclin de la théorie des pouvoirs ancillaires (Necessary incidental powers) », chron. sous l'arrêt de la Cour d'appel du Québec, *The Bell Telephone Co. of Canada c/ la Commission du Salaire minimum* [1966] BR 301, *Les Cahiers de droit*, vol. 8, n° 1, 1966-1967, p. 104.

GAZIER, concl. sur CE, 18 novembre 1949, *Carlier*, *RDP*, 1950, p. 172.

—, concl. sur CE, ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *RDP*, 1950, p. 691 ; *JCP*, 1950, II, n° 5681 ; *Revue administrative*, 1950, p. 366 ; *Droit social*, 1950, p. 317.

GEFFRAY E. et LIÉBER S.-J., chron. sous CE, sect., 18 juillet 2008, *Fédération de l'hospitalisation privée*, *AJDA*, 2008, p. 1812.

GENEVOIS B., concl. sur CE, sect., 19 décembre 1980, *Ministre du Commerce et de l'Artisanat c/ société Au Printemps*, *Rec.*, p. 482.

—, concl. sur CE, sect., 8 janvier 1982, *SARL « Chocolat de régime Dardenne »*, *D.*, 1982, p. 261.

GERVAIS, note sous CE, ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *D.*, 1950, p. 538.

GILLI J.-P., note sous CE, 9 juillet 1965, *Sieur Pouzenc*, *D.*, 1966, p. 720.

GLASER E., note sous CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, *AJDA*, 2010, p. 1246.

GOHIN O., note sous CE, 10 septembre 1992, *Meyet, D.*, 1993, p. 293.

GREVISSE F., concl. sur CE, 15 juillet 1954, *Comité de défense des libertés professionnelles des membres de l'ordre des experts-comptables et comptables agréés*, *Droit social*, février 1955, n° 2, p. 73.

—, concl. sur CE, 14 mars 1958, *Secrétaire d'État à la Reconstruction et au Logement c/ Cts Hué*, *AJDA*, 1958, II, p. 188.

GUIBAL M., note sous CE, 31 janvier 1969, *Union nationale des grandes pharmacies de France*, *D.*, 1969, p. 360.

HAURIOU M., note sous CE, 29 mars 1901, *Casanova, S.*, 1901, III, p. 73.

—, note sous CE, 28 février 1914, *Dames Dol et Laurent, S.*, 1918-1919, III, p. 33.

—, note sous CE, 28 juin 1918, *Heyriès, S.*, 1922, III, p. 49.

—, CE, 30 novembre 1923, *Couitéas, S.*, 1923, III, p. 57.

J. D. V., note sous CE, ass., 7 juillet 1950, *Dehaene, S.*, 1950, III, p. 109.

JÈZE, note sous CE, 28 février 1914, *Dames Dol et Laurent, RDP*, 1919, p. 338.

—, note sous CE, 30 novembre 1923, *Couitéas, RDP*, 1924, p. 208.

JOSSE, concl. sur CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, RDP*, 1930, p. 530 ; *S.*, 1931, III, p. 73.

KELLER R., concl. sur CE, 8 mars 2006, *Onesto et autres, RFDA*, 2006, p. 1236.

KESSLER D., concl. sur CE, ass., 10 septembre 1992, *Meyet, Rec.*, p. 331.

KOLBERT É., note sous CAA Lyon, 7 juin 2005, *Ministre de l'Éducation nationale c/ SARL Les cyclamens*, *AJDA*, 2005, p. 1554.

LACHAUME J.-F., note sous CE, 10 juin 1998, *Association pour la protection de l'environnement et le développement économique de l'île d'Oléron « Oléron environnement et développement »*, *RFDA*, 1998, p. 1157.

LANDAIS C., concl. sur CE, 11 avril 2008, *Union générale des syndicats pénitentiaires CGT*, *AJDA*, 2008, p. 1142.

—, rapport sur CE, 27 mai 2011, *Mme K.*, *AJDA*, 2011, p. 1786.

LASCOMBE M., note sous CE, 10 septembre 1992, *Meyet*, *LPA*, 26 avril 1993.

LAUBADÈRE A. (de), chron. sous CE, ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, *AJDA*, 1962, p. 612.

—, note sous CE, 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre et autres*, *AJDA*, 1964, p. 440.

LATOURNERIE, concl. sur CE, 5 juillet 1929, *Ministre du Travail*, *RDP*, 1931, p. 325.

LEBRETON (G.), « Port de signes religieux et laïcité de l'enseignement public », note sous CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa*, *LPA*, n° 62, 24 mai 1993, p. 4.

LE CHATELIER G., « Vaccinations obligatoires : les pouvoirs du chef de service », concl. sur CE, ass., 3 mars 2004, *Association Liberté, Information, Santé*, *AJDA*, 2004, p. 581.

LENICA F., rapport sur CE, 11 juin 2010, *Syndicat SUD RATP*, *AJDA*, 2010, p. 1719 ; *RJEP*, n° 681, décembre 2010, p. 23.

LE POURHIET A.-M., note sous CE, 10 septembre 1992, *Meyet*, *RDP*, 1992, p. 1822.

LESAGE M., note sous CE, 18 décembre 1959, *Sieur Delansorme, D.*, 1960, p. 371.

LETOURNEUR, concl. sur CE, *Laugier*, 16 avril 1948, *S.*, 1948, III, p. 36.

LIET-VEAUX G., note sous CE, ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *Revue administrative*, 1950, p. 366.

—, note sous CE, ass., 29 juillet 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État*, *Revue administrative*, 1950, p. 471.

—, note sous CE, ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, *Revue administrative*, 1962, p. 623.

LONG M., concl. sur CE, sect., 4 juillet 1958, *Sieur Graff et Époux Reyes*, *JCP*, 1959, II, p. 11116.

MARTIN P.-M., « La compétence de la compétence (à propos de l'arrêt *Tadić*, Tribunal pénal international, chambre d'appel, 2 octobre 1995) », *D*, 1996, p. 157.

—, « À propos d'une « zone grise » du droit international : les avis de la Cour internationale de justice du 8 juillet 1996 », *LPA*, 1996, n° 124, p. 4. MATHIEU B., note sous CE, 13 novembre 1992, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile*, *AJDA*, 1993, p. 221.

MAUGÛE C. et SCHWARTZ R., chron. sous CE, 10 septembre 1992, *Meyet*, *AJDA*, 1992, p. 643.

MONSARRAT G., note sous CE, 25 juin 1937, *Barthes*, *D.*, 1938, III, p. 9.

MONTECLER M.-C., note sous CE, 19 juillet 2010, *Fristot et Mme Charpy*, *AJDA*, 2004, p. 1454.

BOTTEGHI D. et LALLET A., chron. sous CE, 19 juillet 2010, *Fristot et Mme Charpy*, *AJDA*, 2004, p. 1930.

MOREL R., note sous Cass. req., 22 décembre 1920, *S.*, 1922, I, p. 369.

NOURY A., « Permis de construire, risques naturels et preuve - Remarques à propos de la décision *Ville de Paris* rendue par le Conseil d'État le 14 mars 2003 », *RFDA*, 2004, p. 346.

ODENT R., concl. sous CE, ass., 29 juillet 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État*, *RDP*, 1951, p. 224.

OLSON T., concl. sur CE, 29 septembre 2003, *Houillères du Bassin de Lorraine*, *AJDA*, 2003, p. 2164.

PACTEAU B., —, note sous CE, sect., 8 janvier 1982, *SARL « Chocolat de régime Dardenne »*, *Revue administrative*, 1982, p. 624.

—, note sous CE, 13 mai 1983, *Société René Moline*, *Revue administrative*, 1983, p. 578.

PAPIN J.-P., note sous CE, sect., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, *CJEG*, n° 534, juillet-août 1997, p. 274.

PÉCHILLON E., obs sous CE, 15 octobre 2007, *Duval*, *AJ Pénal*, 2008, p. 49.

PETIT J., obs. sous CE, ass., 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins d'Aix et autres*, *JCP*, 1999, I, p. 128.

PICARD E., obs. sous CE, 10 septembre 1992, *Meyet*, *JCP*, 1993, I, n° 3645.

PIVETEAU D., concl. sous CE, 28 mai 2001, *Territoire des îles Wallis et Futuna*, *BJCP*, 2001, p. 396.

PONTIER J.-M., note sous CE, 17 novembre 2004, *SEL Landwell et associés*, *AJDA*, 2005, p. 319.

POUYAUD D., note sous CE, 10 septembre 1992, *Meyet*, *RFDA*, 1993, p. 55.

PUYBASSET M. et PUISSOCHET J.-P., chron sous CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, *AJDA*, 1964, p. 705.

QUESTIAUX N., concl. sur CE, 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre et autres*, *RDP*, 1964, p. 1018.

—, note sous CE, 23 mai 1969, *Société Distillerie Brabant et Cie*, *Rec.*, p. 264.

RAY J.-E., obs. sous CE, sect., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, *Droit social*, n° 5, mai 1997, p. 534.

RIVERO J., note sous CE, 7 février 1936, *Jamart, S.*, 1937, III, p.113.

—, note sous CE, ass., 29 juillet 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État*, *Droit social*, 1950, p. 391.

RIVET, concl. sur CE, 30 novembre 1923, *Couitéas, D.*, 1923, III, p. 59 ; *RDP*, 1924, p. 75 ; *S.*, 1923, III, p. 57.

ROSSILLION C., note sous CE, 12 décembre 1953, *Confédération nationale des associations catholiques des chefs de famille*, *D.*, 1954, p. 511.

ROUAULT M.-C., obs. sous CE, 8 novembre 1993, *M. Renard*, *JCP*, 1994, IV, n° 122.

ROYERE, note sous CE, 2 octobre 2009, *Département de la Seine Saint-Denis*, *Dalloz actualités*, 13 octobre 2009.

SCHWARTZ R., concl. sur CE, 8 décembre 2000, *Frérot*, *LPA*, 8 février 2001, p. 16.

SEILLAN H., note sous CE, 23 mai 1983, *Ministre du Travail et de la Participation*, *D.*, 1984, p. 107.

THIBAUD V., note sous CE, ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, *RDP*, 2009, p. 481.

TESSIER, concl. sur CE, 26 octobre 1908, *Commune de Labastide-Saint-Pierre, Rec.*, p. 1083.

WALINE M., note sous CE, 18 novembre 1949, *Carlier, RDP*, 1950, p. 172.

—, note sous CE, ass., 7 juillet 1950, *Dehaene, RDP*, 1950, p. 691.

—, note sous CE, ass., 29 juillet 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État, RDP*, 1951, p. 212.

Table des matières

<i>Introduction</i>	11
I. Définitions.....	13
A. L'implicite.....	13
B. Pouvoir et compétence.....	17
II. Difficultés et méthode envisagée.....	21
 <i>La notion de pouvoirs implicites</i>	 24
 Titre 1. Délimitation de la notion de pouvoirs implicites	 25
Chapitre unique	
L'unité des pouvoirs implicites.....	27
Section 1. La classification doctrinale des pouvoirs implicites.....	27
I. Les pouvoirs impliqués.....	27
A. Un élargissement des pouvoirs fondé sur la nécessité.....	28
1° La nécessité, caractérisation de l'implication.....	28
2° L'indivisibilité et la relativité, déclinaisons de la nécessité.....	30
B. Les pouvoirs nécessaires à la mise en œuvre des compétences expresses.....	33
1° En droit international.....	33
2° En droit administratif français.....	35
II. Les pouvoirs déduits de la nature juridique ou de la mission de l'organe.....	39
A. L'induction de la nature juridique ou de la mission de l'organe.....	39
1° La qualité juridique induite par les textes.....	39
2° Les missions induites par la structure du texte.....	42
B. La déduction de pouvoirs de la nature juridique ou de la mission de l'organe.....	45
Section 2. La nécessité, dénominateur commun des pouvoirs implicites.....	48
I. La nécessité, justification de la reconnaissance de l'ensemble des pouvoirs implicites.....	48
A. Les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement d'une mission.....	49
B. Les pouvoirs intrinsèquement liés à la qualité de l'autorité.....	52
II. Une nécessité objectivée.....	56
A. Des pouvoirs nécessaires à l'efficacité du texte.....	57
B. Une définition limitée aux pouvoirs nécessaires à l'effectivité du texte.....	60
 Titre 2. Les soutiens à l'extension des pouvoirs implicites en droit administratif français	 68

Chapitre 1

Une nécessité pragmatique.....	70
Section 1. La portée étendue de la justification classique des pouvoirs implicites.....	70
I. L'argumentation pragmatique de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique.....	71
A. L'arrêt McCulloch v. Maryland.....	71
1°) L'interprétation de la necessary and proper clause dans le Fédéraliste.....	72
2°) L'argumentation déployée dans l'arrêt McCulloch v. Maryland.....	74
B. Une jurisprudence pragmatique extrêmement étendue.....	79
II. La diffusion des pouvoirs implicites.....	84
A. La diffusion des pouvoirs implicites dans les États fédéraux.....	85
B. Les pouvoirs implicites reconnus par les juridictions internationales.....	86
C. Les compétences implicites dans la jurisprudence de la CJCE.....	93
Section 2. Le soutien théorique envisageable à la nécessité des pouvoirs implicites.....	95
I. La théorie de l'institution : l'édiction de règles obéissant à une nécessité biologique....	95
A. L'institutionnalisme et la sécrétion des règles par les institutions elles-mêmes	95
1° L'insuffisance des thèses subjectiviste et objectiviste	96
2° Une insuffisance dépassée par la théorie de l'institution.....	97
a) L'idée de l'œuvre à réaliser.....	98
b) Un pouvoir de gouvernement organisé.....	99
c) Une manifestation de communion.....	99
3° L'institution, créatrice de ses règles d'organisation.....	101
B. La théorie de l'institution, support théorique de la reconnaissance de pouvoirs implicites.....	102
1° La vie intérieure de l'administration.....	103
a) La nécessité de règles intérieures.....	104
b) La spontanéité des règles intérieures.....	105
2° Une théorie contestée en tant que fondement possible.....	106
II. L'adage <i>accessorium sequitur principale</i> et l'identité de but de l'accessoire	109

Chapitre 2

L'interprétation d'une volonté idéalisée.....	113
Section 1. L'acceptation présumée des pouvoirs implicites.....	113
I. La nécessaire idéalisation de la volonté de l'auteur du texte attributif de compétences	115
A. Une interprétation inévitable.....	115
1° L'obscurité du texte, fondement apparent de l'interprétation	115
2° Les insuffisances intrinsèques de l'écrit.....	117
B. L'idéalisation de la volonté de l'auteur du texte.....	119
1° L'adaptation du texte aux évolutions sociales	119
2° Une volonté idéale.....	122
II. La recréation de la volonté de l'auteur du texte.....	125
A. La contextualisation de la volonté idéale de l'auteur du texte.....	126

1° La confrontation de la volonté au contexte de sa manifestation.....	126
2° Une présomption de volonté « divinatoire ».....	128
B. Une démarche créatrice accrue.....	129
Section 2. L'interprétation des compétences accordées et des objectifs assignés au titulaire d'un pouvoir.....	133
I. Les missions et fonctions, objet essentiel de la nécessité.....	134
A. La mission : la nécessité du pouvoir ou de la compétence à l'obtention d'un résultat	134
1° La mission, source d'extension des pouvoirs exprès.....	134
2° La déduction de la mission.....	138
B. La fonction : la nécessité du pouvoir ou de la compétence au respect de principes encadrant l'exercice de la fonction.....	140
II. L'inflation des pouvoirs à travers une interprétation extensive des compétences.....	145
A. La compétence, règle de détermination du possible exercice d'un pouvoir.....	145
B. La dénaturation de la compétence, interprétée comme objectif.....	149
 <i>L'utilisation des pouvoirs implicites en droit administratif français.....</i>	158
 Titre 1. Les pouvoirs implicites reconnus en droit administratif français.....	159
Chapitre 1	
Les pouvoirs reconnus à une autorité en raison de sa qualité.....	160
Section 1. La reconnaissance d'un pouvoir de direction attaché à l'autorité exercée sur un service.....	161
I. Le fondement implicite du pouvoir du chef de service.....	161
A. L'incomplétude de la justification institutionnelle.....	161
B. Le pouvoir réglementaire du chef de service, pouvoir implicite.....	164
1° Un pouvoir découlant de l'autorité confiée au chef de service	164
a) Une autorité attribuée par les textes.....	165
b) Un pouvoir justifié par sa nécessité pratique.....	170
2° Les dispositions textuelles, limites du pouvoir implicite d'organisation du service	171
II. L'autorité, fondement d'un pouvoir implicite étendu.....	176
A. La multiplicité des titulaires de pouvoirs liés à l'organisation du service.....	176
B. La multiplicité des pouvoirs attachés à la direction d'un service.....	179
a) Les mesures relatives au personnel.....	179
b) Les mesures relatives à l'organisation du service.....	180
c) Les mesures ayant des répercussions sur les usagers du service.....	182
Section 2. La reconnaissance du pouvoir de police générale au profit du chef de l'exécutif	183
I. Une compétence impliquée par sa nécessité.....	184
II. Un pouvoir implicite spécifique.....	186
A. Une compétence nécessaire à la mission d'exécution des lois	187

B. Un pouvoir inhérent à la fonction de chef de l'exécutif.....	189
C. Un pouvoir implicite ni supplétif, ni contingent.....	191
Chapitre 2 Les pouvoirs et compétences reconnus pour garantir l'efficacité des missions expressément confiées.....	194
Section 1. L'admission générale des pouvoirs fondés sur l'efficacité des dispositions législatives.....	195
I. L'extension du champ d'application de la loi.....	196
II. L'extension de la compétence du pouvoir réglementaire.....	201
A. L'intervention du pouvoir réglementaire en matière législative.....	201
B. Une extension limitée.....	207
Section 2. L'admission relative des pouvoirs fondés sur l'efficacité des missions expressément attribuées.....	209
I. Le refus relatif de reconnaître un pouvoir réglementaire au profit des ordres professionnels.....	209
A. Un refus de principe de consacrer un pouvoir réglementaire sans habilitation expresse.....	210
1° Des conditions propices à l'émergence de pouvoirs implicites.....	210
2° L'utilisation de l'implication nécessaire pour limiter le pouvoir expressément accordé.....	212
B. La reconnaissance très restreinte de pouvoirs et compétences implicites au bénéfice des instances ordinaires.....	218
II. La reconnaissance ponctuelle de pouvoirs implicites en vue de garantir l'efficacité d'une mission expressément attribuée.....	220
A. L'octroi de compétences spécifiques au regard de la mission dévolue à une autorité	220
B. La création des services publics locaux et la reconnaissance résiduelle de compétences implicites.....	222
1° La création de nouveaux services publics locaux	223
a) L'évolution de la jurisprudence.....	223
α) Une compétence originellement circonstanciée.....	224
β) une compétence étendue à un intérêt public local.....	226
b) L'utilisation des pouvoirs implicites pour justifier une interprétation large de la clause générale de compétence.....	227
2° La création de services accessoires à un service existant.....	230
Section 3. Le primat de la mission : la reconnaissance de pouvoirs d'exception	231
I. Une relation au texte différente en dépit d'un fondement partagé.....	232
A. L'exception de nécessité : la constatation d'une nécessité justifiant une dérogation aux règles applicables en temps ordinaire.....	232
1° La qualification de la nécessité.....	233
a) L'urgence, la nécessité d'agir vite.....	233

b) Les circonstances exceptionnelles, la nécessité de préserver des intérêts essentiels.....	235
2° Une nécessité fondant une dérogation aux normes d’habilitation	236
B. Les pouvoirs d’exception : l’exclusion apparente de l’implicite	238
1° Une adaptation des pouvoirs aux circonstances expressément reconnue par les textes.....	238
2° Des pouvoirs contraires à la lettre du texte.....	241
II. La mission, objet commun d’une nécessité appréciée diversement.....	243
A. Une appréciation de la nécessité des mesures prises liée étroitement aux circonstances de fait.....	244
1° La prévalence du fait dans la reconnaissance des pouvoirs d’exception.....	244
2° Une différenciation des pouvoirs implicites nuancée au regard de l’appréciation juridictionnelle de la nécessité pratique.....	247
B. Pouvoirs implicites et pouvoirs d’exception : l’éminence de la mission.....	253
Titre 2. L’appréciation par le juge de la nécessité des pouvoirs implicites	261
Chapitre 1	
Le contrôle de l’exercice des pouvoirs implicites.....	262
Section 1. La nécessité, condition d’appréciation de la légalité de l’exercice des pouvoirs et compétences implicites.....	262
I. La distinction entre l’existence et l’exercice du pouvoir.....	263
A. Une distinction nécessaire.....	264
B. Une distinction constatée.....	266
II. Un exercice conditionné par une nécessité pratique.....	268
A. Le recours aux pouvoirs implicites, fondé sur une apparente nécessité théorique...268	
B. La nécessité pratique, condition d’existence du pouvoir.....	271
Section 2. L’appréciation de la légalité des mesures prises en vertu d’un pouvoir implicite ou impliqué	274
I. L’appréciation de la légalité au regard de la nécessité du pouvoir ou de la mesure.....	274
A. L’absence d’examen de la nécessité pratique.....	274
B. Le contrôle de la nécessité pratique de la mesure prise.....	276
II. La confrontation de la nécessité de la mesure à l’exigence de légalité.....	281
Chapitre 2	
Le rôle du juge dans la reconnaissance et l’exercice des pouvoirs implicites.....	284
Section 1. L’auto-habilitation du juge.....	285
I. La détermination par le juge de l’étendue du contrôle des pouvoirs implicites.....	285
II. Une auto-habilitation restreinte.....	286
A. Une auto-habilitation dissimulée.....	287
B. Une auto-habilitation permise.....	289
Section 2. La nécessité, encadrement souple du pouvoir.....	293
I. La nécessité, révélatrice de l’utilisation d’un standard.....	293

II. La liberté d'appréciation de l'exercice du pouvoir.....	299
<i>Conclusion</i>	305
<i>Bibliographie</i>	307
<i>Table des matières</i>	331

Résumé :

Les pouvoirs implicites, dans une acception large, sont les pouvoirs déduits par le juge et faisant appel à une argumentation distincte de celle fondée sur le seul sens accordé aux termes d'une disposition expresse.

Le lien entre ce pouvoir et les textes est susceptible de varier, selon que le pouvoir est reconnu sur le fondement d'une disposition précise ou sur une appréhension globale des attributions de l'autorité qui en bénéficie. Pourtant, indépendamment de cette distinction, les pouvoirs implicites correspondent tous à la mise en œuvre d'un raisonnement similaire : il faut considérer que l'auteur d'un texte désire que celui-ci puisse produire tous ses effets.

Les textes doivent alors être entendus comme confiant non seulement tous les pouvoirs prévus expressément, mais aussi ceux qui sont nécessaires à l'accomplissement des objectifs confiés par leur auteur. Ce principe d'interprétation posé, le juge est ensuite conduit à apprécier cette nécessité au regard d'une ou d'un ensemble de dispositions.

La jurisprudence administrative témoigne de la reconnaissance de pouvoirs implicites. Leur identification est cependant le plus souvent incertaine. Par ailleurs, les termes par lesquels le juge admet ces pouvoirs lient étroitement la reconnaissance de ceux-ci à la nécessité de fait des mesures adoptées, en dépit d'une distinction indispensable. Enfin, l'origine le plus souvent textuelle des pouvoirs conditionne leur régime : issus du texte, ils y restent soumis.

Descripteurs : droit administratif – pouvoir – compétence – interprétation – nécessité

Title and Abstract: Implicit Powers in French Administrative Law

Broadly defined, implicit powers are powers that the judge deduces by interpreting the text of an express provision beyond the very meaning of the terms.

The link between the power and the text from which it is deduced may vary: the power can be admitted on the basis of a specific provision or can derive from an extended view of the remit of the authority which receives this power. However, the same reasoning is at work in each case: we must presume that the author intended that his text shall fully take effect.

Then we also assume that the authority has received not only all the powers explicitly described by the text, but also all those which are necessary to achieve the goals the author has assigned to this authority. Once this principle of interpretation set, the judge evaluates the requirement of an implicit power in relation with one or a body of provisions.

Implicit powers have been admitted by the administrative case law. However, their designation is most often doubtful. Furthermore, the terms used by the judge for their recognition tightly connect their acceptance to the *de facto* necessity of the measures taken, despite a necessary differentiation between the one and the other. At last, the fact that this powers most often originate from a text determines their status, for the spirit of the text, if not the letter, still limits them.

Keywords: administrative law – power – jurisdiction – interpretation – necessity



Résumé :

Les pouvoirs implicites, dans une acception large, sont les pouvoirs déduits par le juge et faisant appel à une argumentation distincte de celle fondée sur le seul sens accordé aux termes d'une disposition expresse.

Le lien entre ce pouvoir et les textes est susceptible de varier, selon que le pouvoir est reconnu sur le fondement d'une disposition précise ou sur une appréhension globale des attributions de l'autorité qui en bénéficie. Pourtant, indépendamment de cette distinction, les pouvoirs implicites correspondent tous à la mise en œuvre d'un raisonnement similaire : il faut considérer que l'auteur d'un texte désire que celui-ci puisse produire tous ses effets.

Les textes doivent alors être entendus comme confiant non seulement tous les pouvoirs prévus expressément, mais aussi ceux qui sont nécessaires à l'accomplissement des objectifs confiés par leur auteur. Ce principe d'interprétation posé, le juge est ensuite conduit à apprécier cette nécessité au regard d'une ou d'un ensemble de dispositions.

La jurisprudence administrative témoigne de la reconnaissance de pouvoirs implicites. Leur identification est cependant le plus souvent incertaine. Par ailleurs, les termes par lesquels le juge admet ces pouvoirs lient étroitement la reconnaissance de ceux-ci à la nécessité de fait des mesures adoptées, en dépit d'une distinction indispensable. Enfin, l'origine le plus souvent textuelle des pouvoirs conditionne leur régime : issus du texte, ils y restent soumis.

Descripteurs : droit administratif – pouvoir – compétence – interprétation – nécessité

Title and Abstract: Implicit Powers in French Administrative Law

Broadly defined, implicit powers are powers that the judge deduces by interpreting the text of an express provision beyond the very meaning of the terms.

The link between the power and the text from which it is deduced may vary: the power can be admitted on the basis of a specific provision or can derive from an extended view of the remit of the authority which receives this power. However, the same reasoning is at work in each case: we must presume that the author intended that his text shall fully take effect.

Then we also assume that the authority has received not only all the powers explicitly described by the text, but also all those which are necessary to achieve the goals the author has assigned to this authority. Once this principle of interpretation set, the judge evaluates the requirement of an implicit power in relation with one or a body of provisions.

Implicit powers have been admitted by the administrative case law. However, their designation is most often doubtful. Furthermore, the terms used by the judge for their recognition tightly connect their acceptance to the *de facto* necessity of the measures taken, despite a necessary differentiation between the one and the other. At last, the fact that this powers most often originate from a text determines their status, for the spirit of the text, if not the letter, still limits them.

Keywords: administrative law – power – jurisdiction – interpretation – necessity