



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master 2 – Droit public approfondi**  
**Dirigé par Guillaume DRAGO**  
**2018**

***L'incompétence, vice de légalité externe  
ou interne ?***

**Giorgio ABBOUDY**

**Sous la direction de Bertrand SEILLER**



## SOMMAIRE

Remerciements	4
Introduction	5
Chapitre 1. Le rattachement douteux à la légalité externe	18
Section 1. Un vice affectant le contenu de l'acte	18
§ 1. Les hypothèses marginales et limitées	18
A- L'incompétence « <i>ratione loci</i> »	19
B- L'incompétence « <i>ratione temporis</i> »	20
§ 2. Le contrôle fréquent de l'incompétence « <i>ratione materiae</i> »	24
A- L'intervention dans les domaines ne relevant pas des attributions de l'administration	25
B- L'incompétence dans les matières relevant des attributions de l'administration	28
Section 2. Un vice au statut contentieux particulier	31
§ 1. Un moyen singularisé par son caractère d'ordre public	32
A- Une notion extensible	32
B- Les enjeux de la qualification	36
§ 2. Un moyen échappant à la hiérarchisation des illégalités	38
A- La neutralisation	38
B- La régularisation	42
Chapitre 2. Le rattachement préférable à la légalité interne	46
Section 1. Un doute alimenté par des classifications théoriques dissidentes	46
§ 1. Un vice tenant à l'objet de l'acte (la position de Marcel Waline)	46
A- L'exposé	46
B- Les critiques	47
§ 2. Un vice rattaché aux vices de fond de l'acte (la position de Charles Eisenmann)	48
A- L'exposé	48
B- Les critiques	50
Section 2. Un rattachement concourant à la cohérence de l'état du droit	51
§ 1. Un vice reposant sur un motif illégal	52
A- Le rattachement de l'incompétence négative à l'erreur de droit	52
B- La généralisation du rattachement aux cas d'incompétences positives	56
§ 2. Les conséquences contentieuses	58
A- Des moyens d'ordre public regroupés autour d'une même cause juridique	59
B- Des vices de légalité interne unifiés par des techniques correctives communes	61
Conclusion	66
Bibliographie générale	68

## **REMERCIEMENTS**

Mes remerciements vont vers Monsieur le Professeur Bertrand Seiller pour la confiance qu'il m'a témoignée en acceptant de diriger cette recherche et pour les enseignements et les pistes qu'il m'a prodigué. Il a su, avec patience, me conseiller et m'encourager pour la préparation de ce travail. Qu'il reçoive ici l'expression de ma plus profonde gratitude.

Ma reconnaissance et mon amitié, enfin, à tous ceux qui ont partagé à un moment ou à un autre et de diverses manières cette année de master. Leur présence et leur soutien m'ont aidé plus qu'ils ne peuvent le penser.

## INTRODUCTION

Il est d'usage, dans les manuels de droit administratif, de considérer que le vice d'incompétence se rattache à la légalité dite externe, et il est vrai qu'il y a au rattachement une explication historique.

Un rattachement accidentel ? On peut le craindre. D'un côté, il ne semble pas compatible avec le courant jurisprudentiel récent du Conseil d'État. De l'autre, la nature même de ce vice est étranger à ce qui semble pouvoir être regroupé au sein de la légalité externe.

Aurélie Bretonneau écrit-elle dans ses conclusions sur l'arrêt *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT* que l'incompétence est réputée « mère de tous les vices parce qu'elle touche à la condition même de possibilité d'édition de l'acte »<sup>1</sup>. Il serait assez regrettable de faire taire les doutes qu'il peut y avoir à classer les questions de compétence en contentieux administratif parmi les vices de légalité externe.

L'ambition de la présente recherche n'est pas ailleurs : révéler le caractère bancal du rattachement de l'incompétence à la légalité externe et la satisfaction qu'il peut y avoir à voir rattacher ce vice à la légalité interne. Il faudra pour cela préciser ce qu'est cette notion d'incompétence à prendre pour objet ainsi que l'acception à retenir de l'opposition entre légalité externe et légalité interne.

Dans son sens commun, l'incompétence, empruntée au bas latin *incompetens* (« déplacé », « qui ne cadre pas »), renvoie selon *Le Petit Robert*, à un « défaut des connaissances ou de l'habileté nécessaires »<sup>2</sup> et révèle ainsi un jugement négatif porté sur l'aptitude intellectuelle d'une personne.

Il arrive pour le juge administratif de retenir parfois l'incompétence au sens intellectuel du terme. Ainsi, lorsqu'il censure une erreur manifeste d'appréciation, définie par Guy Braibant dans ses conclusions sur l'arrêt *Lambert*, comme l'erreur grossière ou évidente « qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé »<sup>3</sup>, il n'est pas interdit de penser que le juge fait discrètement référence à une certaine incompétence de l'organe.

Si l'on peut admettre avec Éric Maulin, que l'aptitude intellectuelle n'est pas dépourvue de lien avec l'aptitude juridique<sup>4</sup>, l'incompétence juridique renvoie à l'évidence à une notion

---

<sup>1</sup> A. Bretonneau, concl. sur CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, *RFDA* 2018. 656.

<sup>2</sup> *Le Petit Robert*, 1996, p. 1149.

<sup>3</sup> G. Braibant, concl. sur CE, Sect., 13 nov. 1970, *Lambert*, p. 665.

<sup>4</sup> E. Maulin, « Compétence, capacité, pouvoir », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, Litec LexisNexis, Collection colloques et débats Travaux de l'AFDA 2, 2008, p. 33.

différente. Au sens juridique du terme, l'incompétence est définie par *Le Petit Larousse* comme le fait de « ne pas avoir qualité pour accomplir un acte juridique »<sup>5</sup>. Selon le *Vocabulaire juridique*, elle est l'« inaptitude d'une autorité publique à accomplir un acte juridique », une « méconnaissance positive ou négative par l'auteur d'un acte administratif, des règles de sa compétence »<sup>6</sup>.

Toute tentative de définition de l'incompétence repose nécessairement sur une conception préalable de la compétence. La compétence est, nous dit André de Laubadère, « la base de tout le droit public »<sup>7</sup>. Mais encore, la compétence est la raison d'être du droit administratif dont l'exorbitance se construit, se justifie et s'applique par la compétence<sup>8</sup>. Si l'édition de 1996 du *Petit Robert* définit l'incompétence au sens juridique comme « l'inaptitude d'une autorité publique à accomplir un acte juridique »<sup>9</sup>, il est intéressant de remarquer que l'édition de 1973 définit celle-ci comme un « défaut de compétence »<sup>10</sup>.

Pourtant si la notion de compétence semble se trouver assez souvent au cœur de nombreux débats, celle-ci n'est pas clairement définie et si une définition en est donnée, elle est souvent proposée par analogie ou par opposition avec d'autres notions. Étienne Picard parle à ce propos d'une « catégorie juridique curieusement si commune et si présente dans le discours quotidien des juristes, et cependant si mal connue »<sup>11</sup>.

Une partie de la doctrine et de nombreux textes se sont employés à tenter d'en préciser les contours. Deux approches distinctes de la compétence se confrontent souvent, ainsi que le Professeur Beaud le résume en affirmant qu'« il existe un courant de la doctrine qui identifie la compétence à une sphère d'activité à l'intérieur de laquelle l'État ou l'organe de l'État peut légalement agir, et un autre courant qui définit la compétence comme « un pouvoir légal de faire des actes juridiques » »<sup>12</sup>.

Loin de devoir être cantonnés à des oppositions, ces approches révèlent deux aspects qui définissent indissociablement la compétence. Le premier est l'aptitude à agir (« compétence - aptitude légale »), le second est le domaine dans lequel cette dernière s'exerce (« compétence - sphère d'action »).

---

<sup>5</sup> *Le Petit Larousse*, 2003, p. 538.

<sup>6</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2000, p. 445.

<sup>7</sup> A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1963, p. 476.

<sup>8</sup> A. Gillot, *La compétence en droit administratif*, thèse Paris I, 2014.

<sup>9</sup> *Le Petit Robert*, 1996, p. 1149.

<sup>10</sup> *Le Petit Robert*, 1973, p. 887.

<sup>11</sup> E. Picard, « Rapport de synthèse », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, préc., p. 237.

<sup>12</sup> O. Beaud, « Compétence et souveraineté », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, préc., p. 20.

Ainsi, selon Jean-Marie Pontier, « la compétence est l'aptitude légale d'une personne à intervenir dans un domaine déterminé pour y poser des règles, le régir ou le régler »<sup>13</sup>. Selon l'auteur, « parler des compétences, c'est faire référence indissolublement à ces deux dimensions »<sup>14</sup>.

Cette dualité inhérente à la notion de compétence explique que l'incompétence puisse revêtir indifféremment ces deux visages. Ainsi, elle peut ainsi être conçue selon Henri Berthélémy, comme « le défaut d'aptitude légale à accomplir l'acte déterminé »<sup>15</sup>. Ou encore comme le précise André de Laubadère, « l'exercice d'une compétence par un autre que son titulaire »<sup>16</sup>. Conformément à la position du Conseil d'État, « une décision administrative est entachée d'incompétence lorsque l'autorité qui l'a adoptée n'avait pas le *pouvoir* de le prendre (nous soulignons) »<sup>17</sup>. Il est intéressant de relever qu'au sein même du droit administratif, les termes « attribution » et « pouvoir » sont soit distingués de celui de compétence soit envisagés comme des équivalents.

Par exemple, selon Herbert Maisl, l'assimilation entre les termes « compétence » et « pouvoir » doit être dénoncée, elle « remonte à une époque où le pouvoir, n'étant pas institutionnalisé, était susceptible d'appropriation. L'institutionnalisation du pouvoir a mis en lumière la notion de compétence : les personnes publiques, dotées d'un certain pouvoir, c'est-à-dire donnant à leurs actes une certaine force, exercent, au nom de l'État et non pas pour le compte du délégant »<sup>18</sup>. À l'inverse, pour Charles Eisenmann, la compétence est un pouvoir<sup>19</sup>.

En soi, compétence et incompétence apparaissent en elles-mêmes insaisissables. Les définitions générales dégagées de l'incompétence ne suffisent pas à la circonscrire car cette dernière est en suspension dans tout le droit administratif. L'incompétence est une notion à laquelle le juge et la doctrine ont souvent recours pour l'appliquer à des organes et des situations très différentes. Ainsi, l'incompétence est appliquée aussi bien à une autorité administrative, comme à une juridiction ou au législateur, et, concernant les seules autorités administratives, pour l'accomplissement d'une activité matérielle, comme pour l'adoption d'actes juridiques, unilatéraux ou contractuels. Elle est également appliquée aussi bien à une personne privée qu'à

---

<sup>13</sup> J.-M. Pontier, « L'enchevêtrement des compétences », dans *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales ?*, sous la direction de J.-C. Néméry, L'Harmattan, 2010, p. 111.

<sup>14</sup> J.-M. Pontier, « Compétences locales et politiques publiques », *RFAP*, 2012, p. 140.

<sup>15</sup> H. Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1905, 3<sup>e</sup> éd., p. 887 s.

<sup>16</sup> A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1957, p. 207 s.

<sup>17</sup> Glossaire du CE : <http://www.conseil-État.fr>

<sup>18</sup> H. Maisl, *Recherches sur la notion de délégation de compétence en droit public*, Thèse Paris II, 1972, p. 37.

<sup>19</sup> Pour une analyse de la pensée de C. Eisenmann dans ce domaine : N. Chiffot, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, 2009.

une personne publique. La compétence, associée au droit public, est par ailleurs souvent opposée ou assimilée à la capacité des individus en droit privé<sup>20</sup>, leur aptitude ou encore leur savoir-faire.

En dépit de toutes ces applications, l'objet même de la présente étude veut que l'incompétence des seules autorités administratives soit envisagée.

Doyen des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, l'incompétence occupe une place singulière dans l'histoire du droit administratif français. L'incompétence constitue le premier et le plus ancien des moyens d'annulation des actes de l'administration. Fait original, le recours en incompétence est historiquement antérieur et extérieur à la juridiction administrative puisqu'il puise sa source dans l'article 3 de la loi des 7 et 14 octobre 1790 disposant que « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux ; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale ».

Cette loi dont l'origine est un conflit de compétence entre une commune et un directoire de département en matière d'alignement de voirie, avait pour but principal non pas de réaffirmer l'incompétence des tribunaux judiciaires, déjà rappelée par la loi des 16 et 24 août 1790, mais bien de prévenir les conflits de compétence entre autorités administratives<sup>21</sup>. En outre, cet article fonde le recours *omisso medio* qui est un recours en annulation porté directement devant le Conseil d'État dans la mesure où il est dispensé de l'intermédiaire du ministre-juge.

Jusqu'à la seconde République, l'excès de pouvoir, tel qu'il est utilisé par le Conseil d'État comme instrument de délimitation de son contrôle, était défini par rapport à la théorie dite du « scandale »<sup>22</sup>. Le contrôle était limité seulement aux questions de compétence strictement entendue et aux irrégularités formelles des actes mais à la condition pour ces dernières qu'elles soient suffisamment graves, c'est-à-dire substantielles. Si le contrôle est restreint, le fait est qu'à partir de 1852<sup>23</sup>, le contrôle tend à se développer.

D'abord, le contrôle opéré par le Conseil d'État par la voie du recours *omisso medio* ne se limite plus à un contrôle formel : le requérant n'est plus tenu d'invoquer la violation d'un droit privé pour obtenir l'annulation d'un acte sur le fondement de la loi des 7 et 14 octobre 1790. Autrement dit, l'intérêt froissé suffit pour que le recours soit déclaré recevable.

---

<sup>20</sup> Voir sur ce point : J.-M. Pontier, « Mort ou survie de la clause générale de compétence ? », *BJCL*, 2011, p. 11.

<sup>21</sup> G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, n°19, p. 33.

<sup>22</sup> P. Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Paris, Sirey, 1942, p. 20.

<sup>23</sup> Le décret du 25 mars de 1852 dit « de décentralisation », qui correspondait en réalité à une déconcentration massive des pouvoirs des ministres au profit des préfets.

Ensuite, en adoptant une conception extensive de la notion d'incompétence, le Conseil d'État admet en 1864 dans l'arrêt *Lesbats*<sup>24</sup>, de contrôler le but ou le mobile de la mesure attaquée, d'où l'émergence du détournement de pouvoir, sous le Second Empire que Léon Aucoc baptisera dans la première édition de ses *Conférences sur l'administration et le droit administratif*<sup>25</sup> « détournement du pouvoir », synonyme d'abus de pouvoir<sup>26</sup>.

La même notion d'incompétence a permis en outre, au Conseil d'État et en dehors des hypothèses légales, d'examiner la bonne application de la loi. Ainsi et comme le souligne Sabine Boussard, sous le Second Empire, c'est « sous couvert de l'incompétence et sur le fondement de la loi des 7 et 14 octobre 1790 [que] le Conseil d'État s'immisce dans le contrôle des motifs de droit, de la qualification juridique des faits et même dans le contrôle de l'erreur de fait. Mais il n'opère un tel contrôle que parce qu'un droit particulier a été atteint »<sup>27</sup>.

Par la suite, une jurisprudence assez riche du Conseil d'État viendra mettre en évidence les principaux cas d'incompétence en sanctionnant les actes administratifs par lesquels l'administration empiète sur la compétence d'une autorité administrative, mais également sur celle de l'autorité judiciaire ou du législateur. C'est également à cette période que le Conseil d'État viendra consacrer le caractère d'ordre public de l'incompétence.

L'ancienneté de la notion en jurisprudence explique sans doute l'intérêt que lui a toujours prêté la doctrine. Dans un premier temps, les auteurs se sont surtout intéressés à cerner les manifestations de l'incompétence dans la jurisprudence du Conseil d'État, sans chercher à établir de véritable théorie de l'incompétence.

L'apport du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* d'Édouard Laferrière est alors décisif et ce, à plusieurs titres. D'abord, Édouard Laferrière est le premier à systématiser les recours contentieux sur le critère de l'étendue des pouvoirs de la juridiction administrative en distinguant la pleine juridiction, l'annulation, l'interprétation et appréciation de légalité et la répression. L'auteur montre que le contentieux de l'annulation est un contentieux du droit parce qu'il se limite à l'examen des questions de légalité. Pour lui, les notions d'excès de pouvoir et d'illégalité sont synonymes. Il s'attache donc à définir les différents chefs d'illégalité qui peuvent être invoqués à l'appui du recours pour excès de

---

<sup>24</sup> CE, 25 fév. 1864, *Lesbats*, p. 209.

<sup>25</sup> L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I, 1<sup>re</sup> éd., 1869, n°283.

<sup>26</sup> « Les cas d'abus et nous dirions volontiers de détournement du pouvoir de police confié à l'administration sont assez variés », *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des ponts et chaussées*, 1<sup>re</sup> éd., 1869, tome 1, p. 399.

<sup>27</sup> S. Boussard, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État – Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, p. 43.

pouvoir. Il s'agit de l'incompétence, du vice de forme, de la violation de la loi et des droits acquis et du détournement de pouvoir.

Chaque moyen d'annulation fait l'objet dans son *Traité* d'une définition théorique qui est ensuite illustrée à partir d'exemples concrets tirés de la jurisprudence. L'incompétence est ainsi définie comme « l'inaptitude légale d'une autorité administrative à prendre une décision, à faire un acte non compris dans ses attributions »<sup>28</sup>. Selon lui, elle fait l'objet d'un contrôle plus « sévère »<sup>29</sup> que devant la Cour de cassation puisqu'il s'agit d'un moyen d'ordre public.

Ensuite, Édouard Laferrière sera le premier à proposer une classification des hypothèses d'incompétence, dont l'ambition est de distinguer l'usurpation de pouvoir et la simple incompétence. Par cette notion d'usurpation de pouvoir, Édouard Laferrière entendait mettre l'accent sur le fait que l'administration n'avait pas simplement porté atteinte à la répartition des compétences au sein de l'administration, mais avait violé le principe de séparation des pouvoirs en agissant en dehors même des compétences dévolues à l'administration.

L'auteur précise également le contenu de l'incompétence en distinguant l'incompétence négative de l'incompétence positive. La première renvoie d'une part, au cas « où une autorité, au lieu de franchir les limites de sa compétence, reste en-deçà, et refuse de faire un acte de son ressort en déclarant qu'elle n'a pas qualité pour l'accomplir »<sup>30</sup> et quoiqu'il s'agisse d'une hypothèse « inverse de toutes les précédentes », cette espèce d'illégalité « doit être également réprimée, car s'il n'est pas permis à une autorité d'étendre le cercle de ses pouvoirs, il ne lui est pas non plus permis de le restreindre ; dans un cas, comme dans l'autre, il y a infraction aux lois d'attributions »<sup>31</sup>. D'autre part, l'auteur fait au sein de l'incompétence positive la distinction entre l'incompétence *ratione materiae* et l'incompétence *ratione loci*.

La raison principale ayant conduit Édouard Laferrière à distinguer l'usurpation de pouvoir de l'incompétence tient à la sanction particulière dont la première devait faire l'objet : s'inspirant de la doctrine civiliste<sup>32</sup>, il fut en effet le premier à esquisser une théorie de l'inexistence des actes administratifs. Cette dernière a considérablement séduit la doctrine et on en trouve des

---

<sup>28</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction et des recours contentieux*, Paris, tome 2, 1<sup>re</sup> éd., 1888, p. 467 et 2<sup>e</sup> éd., 1896, p. 486.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, tome 2, p. 491.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, thèse, Paris II, éd. Panthéon-Assas, 2003, n°458 s.

traces dans les travaux de grands auteurs tels que Jean-Marie Auby<sup>33</sup>, Prosper Weil<sup>34</sup>, Jacques Moreau<sup>35</sup> ou encore le Professeur Plessix<sup>36</sup>.

Dès la première partie du XX<sup>e</sup> siècle, la doctrine a largement repris à son compte la classification d'Édouard Laferrière, avec parfois des nuances. Ainsi, Henri Berthélémy considère qu'au sein des hypothèses d'incompétence, il y a usurpation de pouvoir si l'acte est accompli par une personne dépourvue de toute autorité, devant entraîner alors l'inexistence juridique<sup>37</sup>.

De même, Léon Duguit proposait de distinguer « l'usurpation de pouvoir », qui pourra être sanctionnée par l'inexistence, de « l'abus de pouvoir », constitué lorsque « l'agent administratif fait une opération matérielle en restant dans le domaine administratif, mais commet une faute, soit parce que l'acte devait être fait par un autre agent administratif, soit parce qu'il l'a fait sans les formalités », sanctionné par l'illégalité de l'acte<sup>38</sup>.

Dans un sens comparable, pour Roger Bonnard, l'incompétence est « l'inaptitude d'un agent à accomplir un acte qui pourrait être fait, mais qui devait être fait par autre agent. Par conséquent, le fait pour un agent d'accomplir un acte qui ne pourrait être accompli par aucun autre, d'exercer un pouvoir non prévu ou interdit par le droit positif ne constitue pas une incompétence : c'est une illégalité matérielle quant à l'objet. Il n'y a pas incompétence puisque aucune compétence n'était fixée »<sup>39</sup>.

Maurice Hauriou adopte dans son *Précis de droit administratif et de droit public*<sup>40</sup> une analyse proche, mais toutefois légèrement différente : comme Édouard Laferrière, il distingue en premier lieu la simple incompétence qui est « le fait d'autorités administratives régulières qui excèdent leur compétence légale », de l'usurpation de pouvoir qui est le fait « d'une individualité sans mandat légal » et qui sera en principe sanctionnée par l'inexistence. Au sein de l'incompétence, l'auteur différencie par contre l'incompétence *ratione materiae* et l'incompétence *ratione personae* ; or, au sein de cette césure, on peut alors retrouver des hypothèses qui constituaient pour Édouard Laferrière des usurpations de pouvoirs. Ainsi, l'incompétence *ratione personae* est le cas de l'empiètement d'une autorité administrative sur

---

<sup>33</sup> J.-M. Auby, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, thèse, Paris, 1947

<sup>34</sup> P. Weil, *Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif*, D. 1958, chron. p. 49

<sup>35</sup> J. Moreau, « Inexistence », *Répertoire Dalloz du contentieux administratif*, 2002.

<sup>36</sup> B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit., p. 110-118 et p. 443-460

<sup>37</sup> H. Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit.

<sup>38</sup> L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., en 5 volumes, Paris, E. de Boccard, 1930, t. 3, p. 758 et s.

<sup>39</sup> R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 1940, spéc. P. 102 et s. Et p. 273 s.

<sup>40</sup> M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 11<sup>e</sup> éd., 1927, p. 416 s.

la compétence d'une autre autorité, tel que le législateur, l'autorité judiciaire, ou une autre autorité administrative. Elle englobe aussi l'incompétence *ratione loci*.

La présentation d'Édouard Laferrière s'est progressivement estompée dans les manuels de droit administratif. Sans pour autant adopter une présentation très différente de lui, la doctrine a moins mis l'accent sur la distinction entre incompétence et usurpation de pouvoir, cette dernière notion étant de moins en moins utilisée. La raison principale tient sans doute à ce que la jurisprudence n'a que partiellement confirmé les analyses d'Édouard Laferrière sur la théorie de l'inexistence, affaiblissant ainsi la pertinence et l'autonomie de la notion d'usurpation de pouvoir.

À partir des années 1950, un effacement progressif de la distinction proposée par Édouard Laferrière va s'opérer au profit d'une classification tripartite fondée sur l'incompétence matérielle, territoriale et temporelle. L'incompétence *ratione loci* ou territoriale renvoie à l'hypothèse dans laquelle une autorité a pris un acte en dehors du champ territorial de sa compétence. L'incompétence *ratione temporis* ou temporelle est celle dans laquelle une autorité a pris un acte alors qu'elle n'était pas ou plus compétente. L'incompétence *ratione materiae* ou matérielle est enfin celle dans laquelle une autorité a pris un acte dans une matière qui ne relève pas de sa compétence.

C'est du reste la présentation faite par des auteurs de la période de l'après-guerre, comme André de Laubadère<sup>41</sup> ou encore Marcel Waline<sup>42</sup>, et qui fut reprise par la majorité des auteurs aujourd'hui, comme René Chapus<sup>43</sup>, Yves Gaudemet<sup>44</sup>, Jean-François Lachaume<sup>45</sup>, Aude-Rouyère et Jean-François Brisson<sup>46</sup>, Jacqueline Morand-Devillier<sup>47</sup>, Georges Dupuis, Patrice Chretien et Marie-José Guedon<sup>48</sup>, Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit<sup>49</sup>, Martine Lombart et Gilles Dumont<sup>50</sup>, Jean-Louis Autin et Catherine Ribot<sup>51</sup>, ou encore le Professeur Seiller<sup>52</sup>.

Cependant, certaines présentations de l'incompétence, plus minoritaires, s'éloignent de cette classification tripartite. C'est le cas de Paul Duez et Guy Deberre qui dans leur *Traité de droit*

---

<sup>41</sup> A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1957, p. 207 s.

<sup>42</sup> M. Waline, *Droit administratif*, Sirey, 1963, 9<sup>e</sup> éd., p. 452 à 458.

<sup>43</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, 14<sup>e</sup> éd., 2000, n°1213 s., p. 1001 s.

<sup>44</sup> Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 16<sup>e</sup> éd., 2001, p. 493 et 604 s.

<sup>45</sup> J.-F. Lachaume, *Droit administratif*, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 2002, p. 710 s.

<sup>46</sup> A. Rouyère et J.-F. Brisson, *Droit administratif*, Montchrestien, Pages d'amphi, 2004, p. 289.

<sup>47</sup> J. Morand-Devillier, *Cours de droit administratif*, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2007, p. 362 et 709.

<sup>48</sup> G. Dupuis, P. Chretien et M.-J. Guedon, *Droit administratif*, 10<sup>e</sup> éd., 2007, p. 629.

<sup>49</sup> P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 2006, p. 457 s.

<sup>50</sup> M. Lombard et G. Dumont, *Droit administratif*, Dalloz, Hyper-cours, 7<sup>e</sup> éd., 2007, p. 480.

<sup>51</sup> J.-L. Autin et C. Ribot, *Droit administratif général*, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 2007, p. 312, n°643.

<sup>52</sup> B. Seiller, *Droit administratif*, Flammarion, 2001, t. II, p. 222.

*administratif*<sup>53</sup> distinguent l'incompétence « absolue » de l'incompétence « relative », cette césure recoupant celle entre l'intervention de l'administration hors des compétences des autorités administratives (ou en d'autres termes, l'usurpation de pouvoir) et l'empiètement d'une autorité administrative sur une compétence appartenant à une autre autorité administrative. Ces auteurs distinguent également l'incompétence de l'usurpation de fonction, sanctionnée par l'inexistence.

Une présentation différente a également été faite par Maurice Duverger qui distinguait entre « l'usurpation de fonction » et « l'empiètement de fonction »<sup>54</sup>.

De même, certains auteurs comme Guy Braibant et Bernard Stirn<sup>55</sup> ou encore André Legrand<sup>56</sup>, distinguent entre le domaine d'action de l'administration (qui amène à opposer sa compétence aux autres pouvoirs) et la répartition des compétences à l'intérieur de l'administration, qui regroupe alors les trois variétés d'incompétence déjà exposées.

Des auteurs comme Jean Rivero et Jean Waline<sup>57</sup> présentent les hypothèses d'incompétence non par variétés, mais par degrés, allant ainsi du cas de l'autorité n'ayant pas la qualité d'agent public, vers les cas où l'administration agit en dehors de ses attributions, puis des conflits de compétence entre autorités administratives, pour arriver enfin à l'incompétence dite négative.

Enfin, Marion Ubaud-Bergeron dans sa contribution au colloque organisé en juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif<sup>58</sup> proposait de distinguer entre « l'incompétence par défaut de compétence » et « l'incompétence par erreur de compétence ». La première hypothèse est constituée lorsque l'incompétence résulte de l'inexistence d'une compétence et non d'un mauvais usage de la compétence, tandis que la seconde est caractérisée lorsqu'une autorité administrative habilitée méconnaît l'étendue de sa compétence.

Quoi qu'il en soit, le juge ne s'attache pas tant à bâtir une théorie abstraite de l'incompétence qu'à définir concrètement les situations devant être sanctionnées pour incompétence. En cela, la classification tripartite nous semble présenter des vertus puisqu'elle est la plus accessible et reflète le mieux la jurisprudence.

La classification traditionnelle quadripartite des moyens d'annulation au sein du contentieux de l'excès de pouvoir qualifié souvent de « procès fait à un acte » (mais l'est-il encore vraiment ?) a le mérite de respecter la succession chronologique de ces moyens, lesquels peuvent être

---

<sup>53</sup> P. Duez et G. Deberre, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952, p. 384 s.

<sup>54</sup> M. Duverger, *Éléments de droit public*, PUF, coll. « Thémis », 8<sup>e</sup> éd., 1977, p. 293.

<sup>55</sup> G. Braibant et B. Stirn, *Le droit administratif français*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2002, p. 286.

<sup>56</sup> A. Legrand, « Incompétence » : *Répertoire Dalloz du contentieux administratif*, févr. 2001.

<sup>57</sup> J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 20<sup>e</sup> éd., 2004, p. 535.

<sup>58</sup> M. Ubaud-Bergeron, « L'incompétence », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, préc., p. 145.

regroupés en deux « causes juridiques » distinctes. Avec l'arrêt du Conseil d'État *Société Intercopie* du 20 février 1953<sup>59</sup>, le juge administratif, en admettant la distinction exposée par François Gazier dans son *Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir*<sup>60</sup> donne à la cause de la demande en justice dans le cadre du recours pour excès de pouvoir son contenu actuel.

En vertu de la jurisprudence *Intercopie*, les parties ne sont fondées à invoquer en cours d'instance que les moyens relevant des mêmes « causes juridiques » que ceux qu'ils avaient évoqués initialement. Cette décision massivement confirmée dès le début<sup>61</sup> puis restée constante<sup>62</sup> est en réalité inspirée d'une règle initialement dégagée en première instance pour le plein contentieux contractuel<sup>63</sup>. Notion transposée du droit processuel privé au contentieux administratif, la cause de la demande en justice est avec l'objet, l'un des deux éléments constitutifs de la demande.

Cependant, la cause juridique ne peut recevoir une définition autre que celle qui découle de la description de l'objectif de sa fonction : celle de la fixation de l'identité de l'instance dans le recours pour excès de pouvoir et sa préservation en application de la règle dite de l'« immutabilité de l'instance ». Cette règle de l'immutabilité interdit toute demande nouvelle, et plus précisément frappe d'irrecevabilité, à l'exception de ceux qui sont d'ordre public, les moyens soulevés après l'expiration de ce délai s'ils reposent sur une cause juridique non invoquée dans ce délai.

Le caractère fonctionnel de la cause juridique de la demande explique ainsi la difficulté que rencontrent les tentatives pour lui donner une définition conceptuelle satisfaisante. Ainsi, pour le président Odent, la cause de la demande est un « raisonnement juridique » puisqu'elle ne correspond en fait qu'à une totalisation des moyens invoqués<sup>64</sup>. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Gondrand Frères*, Marceau Long définit celle-ci comme étant une « catégorie de droit »<sup>65</sup>. Pour Bruno Kornprobst, elle peut se définir comme le « statut juridique » sous la protection duquel

---

<sup>59</sup> CE, Sect., 20 févr. 1953, *Société Intercopie*, p. 88.

<sup>60</sup> F. Gazier, *Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir*, EDCE 1951, p. 77 et s.

<sup>61</sup> CE, 19 mars 1954, *Chambre de commerce de Brazzaville*, p. 167 ; CE, Ass., 17 juill. 1954, *Société des aciéries et forges de Saint François*, p. 482 ; CE, 28 oct. 1955, *Gervais*, p. 504 ; CE, 17 févr. 1956, *Destresse*, p. 725 ; CE, 26 janv. 1973, *Garde des sceaux c/ Lang*, p. 72.

<sup>62</sup> CE, Sect., 21 déc. 1973, *Commune de Cours de Pile*, p. 743 ; CE, Sect., 25 févr. 1977, *Nicoud*, p. 115 ; CE, 8 juill. 1977, *Dame Rie et Association pour la sauvegarde de Telmont et autres*, p. 317 ; CE, 20 janv. 1978, *Cadiou et Lacroix*, p. 20 ; CE, 17 mars 1978, *Société de publicité et d'affichage Giraudy*, p. 135 ; CE, 23 mars 1979, *Dame Canu et autres*, p. 126.

<sup>63</sup> CE, 16 mai 1928, *Jourda de Vaux*, p. 483.

<sup>64</sup> R. Odent, *Contentieux administratif*, 1966, p. 727.

<sup>65</sup> M. Long, concl. sur CE, 11 mai 1956, *Société française des transports Gondrand Frères*, p. 202

entend se placer le requérant<sup>66</sup>. De même, le président Kahn dans ses conclusions sur la décision *Dame Ginestet* la définit comme « un principe juridique »<sup>67</sup>. Mattias Guyomar et le Professeur Seiller quant à eux, la définissent comme une « catégorie dont les moyens ne sont qu'un mode d'expression particulier. Elle rassemble ceux qui mettent en cause un même aspect de l'action administrative (nous soulignons) »<sup>68</sup>.

On distingue plusieurs causes, selon la nature du recours. Depuis l'arrêt d'assemblée du 15 juillet 1954, *Société des aciéries et forges Saint-François*<sup>69</sup>, deux causes juridiques fondent l'exercice du recours pour excès de pouvoir : la légalité externe et la légalité interne de la décision attaquée. Cette distinction est très importante parce que comme le souligne André Calogeropoulos, « ce sont les notions de légalité externe et de la légalité interne qui rendent possible le fonctionnement de la notion de la cause de la demande dans le recours pour excès de pouvoir et pas l'inverse »<sup>70</sup>.

Dans ses conclusions sur la décision *Dame Ginestet* précitée, le président Kahn relève que l'illégalité externe se définit « comme celle qui, une fois constatée, laisse intacte la faculté, pour l'administration, de refaire l'acte, sans violer la chose jugée par le juge de l'excès de pouvoir », au contraire de l'illégalité interne qui « peut être comprise comme celle qui, sauf exception, interdit à l'administration de reprendre la même solution »<sup>71</sup>. Reprenant la terminologie de René Chapus, on dira plutôt que la légalité externe a trait à « la façon dont on a décidé », et la légalité interne à « ce qui a été décidé »<sup>72</sup>. Pour le Professeur Seiller, « contester la légalité externe d'une décision administrative, c'est critiquer non le fond de celle-ci, mais la façon dont elle a été prise »<sup>73</sup>.

Si la notion de cause connaît des controverses en contentieux administratif<sup>74</sup> et si certaines classifications doctrinales récentes tenant compte du renouvellement de l'office du juge avaient été proposées<sup>75</sup>, il n'en demeure pas moins que la distinction légalité externe/ légalité interne outre son intérêt pratique en contentieux administratif, garde un intérêt didactique incontestable

---

<sup>66</sup> B. Kornprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ 1959, p. 361.

<sup>67</sup> J. Kahn, concl. sur CE, 23 mars 1956, *Dame veuve Ginestet*, p. 141.

<sup>68</sup> M. Guyomar et B. Seiller, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Hypercours », 4<sup>e</sup> éd., 2017, p. 328.

<sup>69</sup> CE Ass., 15 juillet 1954, 482.

<sup>70</sup> A. Calogeropoulos, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, 1983, p. 7.

<sup>71</sup> J. Kahn, concl. ss CE, 23 mars 1956, *Dame veuve Ginestet*, op. cit.

<sup>72</sup> R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2008.

<sup>73</sup> B. Seiller, *Droit administratif*, Flammarion, 2001, t. II, p. 254.

<sup>74</sup> G. Koubi, *Réflexions critiques à propos de la distinction entre légalité externe et légalité interne de l'acte administratif unilatéral*, thèse, Montpellier, 1984.

<sup>75</sup> Par ex. : J. Robbe, De l'intérêt (relatif) de la distinction entre légalité externe et légalité interne, *RFDA* 2018, p. 85.

puisqu'elle structure utilement l'appréhension de cette notion phare du droit administratif qu'est l'acte administratif unilatéral.

Classiquement, des quatre moyens d'annulation – incompétence, vice de forme, violation de la loi et détournement de pouvoir – les deux premiers ont en commun de toucher à l'édiction de l'acte, et partant, les règles qui les gouvernent constituent des règles de légalité externe. Cependant, le classement de l'incompétence au sein de la légalité externe tient avant tout une explication historique. C'est en effet, lorsqu'est apparue la théorie des causes juridiques que ces deux cas d'ouverture avaient été regroupés sous le timbre commun de la légalité externe, parce que le recours pour excès de pouvoir moderne est né de la fusion de deux institutions différentes, le recours pour excès de pouvoir strictement entendu (incompétence et vice de forme) et le recours par voie contentieuse, c'est-à-dire pour violation de la loi, réunis vers la fin du Second Empire<sup>76</sup>.

Si l'on s'en tient aujourd'hui à l'analyse de la plupart des auteurs qui semblent faire de l'incompétence une simple modalité d'édiction d'un acte, celle-ci est conçue comme la substitution d'une autorité administrative à une autre autorité compétente pour l'édiction d'un acte légalement possible. Mais le rattachement de l'incompétence à la légalité externe, avant tout historique, n'est pas satisfaisant et se révèle bancal pour différentes raisons.

D'abord, ce rattachement à la légalité externe, autrement dit à une façon de décider, ne rend suffisamment pas compte de la différence de nature qui existe entre ce vice et les vices de forme ou de procédure : l'incompétence touche en effet, à la condition même de la possibilité d'édiction d'une décision. Pour le dire plus crûment encore, c'est le contenu d'une décision qui détermine l'autorité compétente. Les partisans du rattachement classique à la légalité externe semblent négliger cette dimension, pourtant fondamentale.

Ensuite, ce classement ne rend pas compte de la place de l'incompétence parmi les autres cas d'ouverture. D'abord et historiquement, le grief d'incompétence a permis au Conseil d'État, au XIX<sup>e</sup> siècle et notamment sous le Second Empire, de sanctionner des illégalités qui seraient aujourd'hui qualifiées d'erreur sur les motifs – voire de procéder à un contrôle de l'erreur de fait. Ensuite, la notion d'incompétence est vague par sa propension certaine à déborder de son lit : ainsi, dans une démarche avant tout pragmatique, le juge va parfois qualifier d'incompétence des vices de procédure et certaines erreurs de droit, alors même que la compétence juridique d'un organe n'est nullement en question.

---

<sup>76</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction et des recours contentieux*, tome II, p. 976.

Cette tendance à l'extension de la notion s'explique à l'évidence par le caractère d'ordre public du moyen de l'incompétence qui, contrairement aux autres vices externes, peut être relevé d'office par le juge dans l'hypothèse où les requérants omettent de l'invoquer. L'insaisissabilité de la notion d'incompétence a été par ailleurs, mise en avant par les auteurs de certaines monographies excellentes sur la théorie des actes administratifs puisqu'après avoir posé qu'il y a différentes sortes d'illégalités, et parmi elles l'incompétence, ces mêmes auteurs arrivant après à l'illégalité tenant au motif, indiquent que la distinction est difficile, et qu'au fond on pourrait se demander s'il ne s'agit pas là aussi de cas d'incompétence.

Aussi, le doute à l'égard de ce rattachement de l'incompétence à la légalité externe n'est pas solitaire.

La jurisprudence récente ne l'a pas, semble-t-il, favorisé non plus. Ainsi et par opposition aux vices de forme ou de procédure, le vice d'incompétence n'est pas passé au crible de grands arrêts d'assemblées du Conseil d'État telles que *Danthony* ou encore récemment, *CFDT finances*, endossant chacun une hiérarchisation des illégalités par l'usage de procédés neutralisants. On retrouve aussi la même logique dans la reconnaissance progressive à l'administration d'une faculté de régularisation rétroactive de certains actes entachés seulement d'un vice de forme ou de procédure.

De même, on s'aperçoit que dans leurs tentatives de classification des irrégularités commises par l'administration, certains auteurs de l'après-guerre avaient refusé de rattacher le vice tenant à la compétence de l'auteur d'un acte aux vices de forme ou de procédure.

Enfin, il est intéressant de relever que l'autorité administrative ne disposant de sa compétence, celle-ci doit être sanctionnée aussi bien lorsqu'elle excède que lorsqu'elle méconnaît celle-ci. Or, si elle commet une « erreur de droit » (relevant de la légalité interne) lorsqu'elle « méconnaît sa compétence », la logique juridique tolère-t-elle qu'il puisse en aller différemment dans les cas où celle-ci outrepassé sa compétence ?

Aux vues de tous les éléments avancés peut-on encore s'autoriser à soutenir que l'incompétence relève en contentieux administratif de la légalité externe ? Nous ne le pensons pas. Le sens de notre démonstration tient en peu de mots : révéler le caractère douteux du rattachement classique du vice d'incompétence à la légalité externe (Chapitre 1) et montrer en quoi un rattachement à la légalité interne est préférable (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le rattachement douteux à la légalité externe.

Chapitre 2. Le rattachement préférable à la légalité interne.

## Chapitre 1.

### Le rattachement douteux à la légalité externe

Le rattachement de l'incompétence à la légalité externe est douteux, pour deux raisons.

En premier lieu, il s'agit d'un vice affectant le contenu de l'acte. Ce qui caractérise les vices de forme ou de procédure, c'est qu'elles sont relatives aux conditions d'élaboration d'une décision. S'agissant de l'incompétence, c'est le contenu d'une décision qui détermine si l'autorité administrative qui l'a édicté était compétente. (Section I).

En second lieu, il s'agit d'un vice au statut contentieux particulier. Tout le monde s'accordant à dire que le vice d'incompétence est particulièrement grave, le juge administratif en tire la conséquence en réservant à ce dernier un traitement contentieux différent des autres vices de légalité externe (Section II).

#### Section 1.

##### Un vice affectant le contenu de l'acte

Marcel Waline relève que « chaque agent public n'est investi de pouvoirs qu'en vue de certains objets, dans une circonscription territoriale et pendant un certain temps. Par suite, ses actes peuvent être entachés d'incompétence *ratione materiae*, *ratione loci* ou *ratione temporis* »<sup>77</sup>. Or, dans ces différentes variétés de l'incompétence, c'est bien le contenu qui détermine si l'autorité administrative était compétente. Nous reprenons volontiers cette classification tripartite « classique » pour appuyer notre démonstration puisqu'elle permet de rester fidèle tant à la démarche pragmatique du juge administratif qu'à ses solutions. La première variété d'incompétence constitue l'hypothèse la plus fréquente (§2) tandis que les deux dernières sont marginales voire limitées (§1).

##### § 1. Les hypothèses marginales et limitées

L'incompétence *ratione loci* est rare en jurisprudence. Toutefois, les quelques solutions apportées permettent de voir en quoi le contenu de l'acte détermine l'autorité compétente territorialement (A). Un peu plus fréquente que la première, l'incompétence *ratione temporis*

---

<sup>77</sup> M. Waline, note sous CE, 20 juin 1930, *Association des bibliothécaires français*, D. 1932, III, p. 25.

est très critiquée par la doctrine. Néanmoins, elle permet elle aussi de voir en quoi elle n'est pas sans lien avec ce qui a été décidé (B).

#### A. L'incompétence « *ratione loci* »

L'incompétence territoriale ou *ratione loci* est clairement définie par Raphaël Alibert : « L'incompétence *ratione loci* est l'empiètement que commet un agent administratif sur les attributions d'un agent de même ordre et de même rang lorsqu'il prétend exercer ses fonctions au-delà des limites de la circonscription territoriale qui lui est assignée »<sup>78</sup>. Ce type d'incompétence ne semble pas avoir retenu l'attention de la doctrine en raison probablement du faible nombre d'arrêts rendus sur ce point par le Conseil d'État.

La littérature doctrinale n'étant pas d'un grand secours, il est intéressant, pour voir dans quelle mesure le contenu de la décision permet de conclure à l'incompétence *ratione loci* de l'autorité administrative, de se reporter à la distinction proposée par Marion Ubaud-Bergeron<sup>79</sup>. D'un côté, il existe « une incompétence dans le lieu d'exercice de la compétence » comme c'est le cas « lorsque l'autorité compétente se trouve en dehors du lieu où elle devrait être ». Ainsi, le juge ne peut faire abstraction du contenu pour constater qu'un conseil municipal ne s'est pas réuni à la mairie de la commune<sup>80</sup>.

De l'autre côté, se situe l'« incompétence dans le champ d'application de la compétence » qui renvoie au fait de « prendre une décision en dehors du champ territorial de sa compétence ». Pour savoir si l'autorité administrative est compétente territorialement, il convient de s'assurer que le contenu de la décision ne révèle pas que cette autorité prend des décisions ayant vocation à s'appliquer dans la circonscription administrative d'une autre autorité<sup>81</sup>, voire en dehors même du territoire national<sup>82</sup>.

Par la force des choses et dans la plupart des cas, l'empiètement générateur d'une incompétence *ratione loci* vise les pouvoirs d'autorités du même ordre et du même rang. Ceci suppose une certaine homogénéité dans la répartition des compétences qui peut cependant faire défaut à

---

<sup>78</sup> R. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, 1926, p. 217.

<sup>79</sup> M. Ubaud-Bergeron, « L'incompétence », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, préc., p. 159.

<sup>80</sup> CE, 1<sup>er</sup> juill. 1998, *Préfet de l'Isère*, p. 768.

<sup>81</sup> CE, 27 janv. 1950, *Perrin*, p. 64 : incompétence d'un préfet qui prend une mesure dans un département autre que le sien ; CE, Sect., 6 juill. 1990, *Baptiste*, p. 210 : incompétence de l'inspecteur des impôts qui notifie un redressement fiscal à un contribuable qui n'est pas domicilié dans sa circonscription.

<sup>82</sup> CE, 5 juin *Incimer*, p. 244 : incompétence pour un préfet à prendre une décision à propos d'une opération devant s'effectuer au-delà de la limite des eaux territoriales.

cause des disparités de réglementation. Dans ce dernier cas, l'incompétence *ratione loci* est doublée par une incompétence *ratione materiae*, qui n'est pas non plus appréciable séparément de ce qui a été décidé.

Ainsi, à propos du recours dirigé contre des décisions préfectorales interdisant l'envol d'avions de tourisme pendant la journée du 14 juillet, le Conseil d'État juge dans une décision *Fédération aéronautique de France* de 1937<sup>83</sup> que l'intervention des préfets, sur instruction donnée par le ministre, ne permettait pas aux premiers de se substituer au second – à l'époque, seul un arrêté ministériel étant de nature à interdire légalement le survol de certaines zones pour des raisons d'ordre militaire ou de sécurité publique. Dans le même sens, le Conseil d'État juge que le maire ne peut légalement statuer sur le stationnement dans une dépendance de gare sans s'immiscer dans la police des chemins de fer<sup>84</sup>.

Le Conseil d'État admet également dans un arrêt de Section *Association de défense des habitants du quartier Chèvre-Morte* du 6 mars 1981<sup>85</sup>, la possibilité pour les communes d'agir en dehors des limites territoriales de leurs pouvoirs « s'il est constaté que la commune expropriante ne peut trouver sur son propre territoire des terrains présentant la même aptitude à recevoir l'ouvrage ». Dans cette hypothèse, l'incompétence *ratione loci* est neutralisée par la reconnaissance d'une compétence *ratione materiae*. Pour apprécier la compétence *ratione loci* de la commune, le juge est amené à vérifier si son action présente un « intérêt communal » et c'est seulement en portant un regard sur le contenu de l'acte que le juge conclut à la compétence territoriale de son auteur.

Remarquons que le vice plutôt rare en soi, est souvent absorbé par un autre vice plus classique entachant l'acte administratif. En s'appuyant sur un arrêt *Chaveneau* de 1900<sup>86</sup>, Georges Liet-Veaux considère ainsi que l'absence de consultation d'une autorité décentralisée fait apparenter l'incompétence *ratione loci* à un vice de forme substantiel. Ou encore que l'incompétence des maires qui avaient pris des arrêtés municipaux interdisant aux ramasseurs, aux collecteurs et à tous négociants en œufs de pratiquer leurs achats directement à la ferme dans la décision *Fédération nationale des syndicats des grossistes* de 1950<sup>87</sup> n'est qu'« un simple cas de violation de la loi »<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> CE, 27 oct. 1937, *Fédération aéronautique de France*, p. 861.

<sup>84</sup> CE, 21 février 1919, *Caille*, p. 180.

<sup>85</sup> CE, Sect., 6 mars 1981, *Association de défense des habitants du quartier Chèvre-Morte*, p. 600.

<sup>86</sup> CE, 2 février 1900, *Chaveneau*, p. 88.

<sup>87</sup> CE, 29 juill. 1950, *Fédération nationale des Syndicats des grossistes*, p. 482.

<sup>88</sup> G. Liet-Veaux, L'incompétence *ratione loci*, Rev. Adm. 1954, p. 29.

## B- L'incompétence « *ratione temporis* »

Pour certains, cette variété d'incompétence n'a pas lieu d'être. En effet, certains auteurs du début du XX<sup>e</sup> siècle, comme Henri Berthélémy<sup>89</sup>, ont considéré que l'incompétence ne pouvait se manifester que territorialement ou matériellement, mais non temporellement. D'autres ont refusé de considérer l'incompétence territoriale ou *ratione temporis* comme une catégorie autonome d'illégalité au motif qu'elle « se dissout à la fois dans la violation des principes généraux du droit et dans l'illégalité relative au motif »<sup>90</sup>. Aujourd'hui encore, plusieurs auteurs en contestent la pertinence. Ainsi, pour Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, elle n'a « pas d'existence propre » puisqu'elle se rattache en réalité soit aux règles de procédure, soit à celles liées à l'entrée en vigueur de l'acte<sup>91</sup>. Dans le même sens, le Professeur Plessix considère que le temps ne saurait jouer sur l'existence même d'une compétence : l'incompétence serait alors soit *ratione materiae*, en fonction de la nature des attributions, soit *ratione personae*, lorsque la règle de désignation a trait à la personne du titulaire de la compétence, lequel peut ne pas être compétent en fonction d'un lieu ou d'une date<sup>92</sup>.

Quoi que puisse en penser la doctrine, nous l'envisageons aux côtés de la compétence territoriale et matérielle pour voir dans quelle mesure sa méconnaissance affecte le contenu même d'une décision. Selon Jean-Marie Auby et Roland Drago, l'incompétence *ratione temporis* grouperait « des hypothèses assez variées dans lesquelles l'auteur d'un acte administratif méconnaît les règles qui lui sont assignées au sujet de l'exercice de sa compétence dans le temps »<sup>93</sup>. Comme l'écrit le Professeur Plessix<sup>94</sup> dans sa contribution au colloque organisé par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy en 2008, les prémices d'une théorisation de l'incompétence *ratione temporis* furent apportées par le commissaire du gouvernement Georges Teissier dans ses conclusions sur l'arrêt *Le Bigot* du 17 mai 1907 : l'expression est alors pour la première fois utilisée pour fonder l'illégalité de l'exercice anticipé du pouvoir de nomination des fonctionnaires<sup>95</sup>.

---

<sup>89</sup> H. Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1905, 3<sup>e</sup> éd., p. 887 s.

<sup>90</sup> J.-M. Auby, L'incompétence *ratione temporis*, *RDP* 1953, p. 60.

<sup>91</sup> P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd. 2006, p. 458, n°786.

<sup>92</sup> B. Plessix, « La compétence et le temps », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, préc., p. 68.

<sup>93</sup> J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, 1975, t. II, p. 246, n°1087.

<sup>94</sup> B. Plessix, « La compétence et le temps », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, préc., p. 52.

<sup>95</sup> G. Teissier, concl. sur CE, 17 mai 1907, *Le Bigot et autres enseignes de vaisseau*, p. 460.

Il est certain que certaines situations sont parfois identifiées à tort comme des hypothèses d'incompétence *ratione temporis*. Ainsi, les nombreux cas où la loi ou le règlement fixent un délai d'intervention à une autorité administrative ne sauraient être analysés comme une incompétence *ratione temporis* lorsque la personne publique ne le respecte pas ; si tel est le cas, l'intervention de la personne publique pourrait, si le délai était prescrit de façon impérative, être annulé pour violation d'une formalité procédurale. Il en va de même pour les cas où l'autorité administrative prétend agir de façon rétroactive, qui constituent une violation du principe général du droit établi depuis une jurisprudence *Société du Journal l'Aurore* de 1948<sup>96</sup> et selon lequel un acte administratif ne peut disposer de façon rétroactive, mais non une incompétence. Il en va également pour les décisions anticipées illégales produisant leurs effets à l'expiration d'un délai plus ou moins long après leur entrée en vigueur.

Le rattachement des décisions anticipées au cas d'incompétence *ratione temporis* confirmé après l'arrêt *le Bigot* précité dans l'arrêt *Figliera* du 5 juillet 1919<sup>97</sup>, était appuyé par une partie de la doctrine, et notamment Gaston Jèze<sup>98</sup>. Cependant, il y a eu depuis les années 1930 un doute sur la pertinence d'une telle analyse puisque l'illégalité des nominations anticipées fut par la suite prononcée pour détournement de pouvoir ou tout simplement, de telles nominations pouvait être justifiées « par les nécessités du service et le souci d'assurer son fonctionnement dans les meilleures conditions possibles », pour défaut de « motif de service de nature à donner une base légale à l'acte attaqué »<sup>99</sup>.

Pour le Professeur Plessix<sup>100</sup>, les hypothèses d'incompétence *ratione temporis* semblent se limiter à deux seulement. En premier lieu, il y a incompétence *ratione temporis* « lorsqu'une autorité administrative met en œuvre une compétence à une date où elle n'est pas habilitée à exercer ses fonctions ». Le temps « se condense et se réduit à un moment précis. [II] n'est pas ici mouvement et durée ; c'est celui des instants sans durée. Le droit s'attache à une date : celle de l'émission de l'acte administratif met en lumière l'inaptitude de son auteur à intervenir dans le champ de la compétence que lui ont reconnu les textes en vigueur. Du temps, le droit ne retient ici que l'instantanéité : c'est un moment sans durée, un pur instant de raison grâce auquel la pensée juridique parvient à se représenter mentalement un cas d'incompétence (...) ».

---

<sup>96</sup> CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*, p. 289.

<sup>97</sup> CE, 5 juill. 1919, *Figliera*, p. 606.

<sup>98</sup> G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 1926, t. III, p. 192.

<sup>99</sup> CE, 11 mars 1931, *Apcher*, p. 277 ; CE, Sect., 13 mars 1931, *Danjoy*, p. 293 ; CE, 2 févr. 1944, *Cornilleau*, p. 40.

<sup>100</sup> B. Plessix, « La compétence et le temps », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, préc., p. 59.

Il nous semble que les cas où la personne publique prétend user de sa compétence avant même d'être habilitée ou alors qu'elle n'est plus habilitée doit bien s'analyser comme une incompétence temporelle. Mais c'est uniquement par le contenu que l'on peut apprécier cette compétence temporelle. Ainsi, c'est bien le contenu de la décision qui permet de savoir si au moment où l'acte a été édicté une autorité administrative était investie<sup>101</sup> ou avait rompu avec ses fonctions<sup>102</sup>.

Naturellement, les solutions admises et qui sont relatives à la date à prendre en compte pour apprécier la compétence temporelle d'une autorité administrative connaissent des tempéraments dues aux nécessités du fonctionnement des services publics. Ainsi et conformément à un arrêt d'assemblée du Conseil d'État *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie* du 4 avril 1952, le gouvernement démissionnaire reste compétent dans l'attente de la nomination d'un nouveau gouvernement qui intervient au jour de la publication au Journal officiel du décret portant nomination, en vertu d'un principe traditionnel du droit public, pour « l'expédition des affaires courantes »<sup>103</sup>.

On peut parler d'affaires courantes en cas d'affaires qui ne sont pas susceptibles de comporter de choix politique important, c'est-à-dire celles qui comportent la mise en œuvre des tâches essentiellement administratives ou celles qui, en raison de l'urgence, imposent une action immédiate. Il s'agit de toute action imposée par « l'inertie » du mécanisme administratif et de son fonctionnement<sup>104</sup>, ce qui revient à dire que, malgré tout, c'est au juge qu'il appartient à chaque fois d'effectuer la qualification. Ont été considérées comme des affaires courantes par exemple, l'établissement du tableau d'avancement des administrateurs civils<sup>105</sup>, l'approbation d'une délibération instituant une taxe municipale<sup>106</sup> ou encore, la détermination de la caisse de Sécurité Sociale, en vue de l'affiliation de certains assurés<sup>107</sup>.

Dans ces hypothèses, pour savoir si l'autorité intérimaire était compétente *ratione temporis*, il convient de porter un regard sur le contenu puisqu'il s'agit de s'assurer que l'acte ne comporte pas un choix politique délicat. Si tel est le cas, l'autorité intérimaire ne disposant que de compétences réduites va bien au-delà de ce qui lui est permis de faire : elle est incompétente temporellement.

---

<sup>101</sup> CE, 10 janv. 1958, *Deville*, p. 27.

<sup>102</sup> CE, 4 avr. 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, p. 210.

<sup>103</sup> CE, Ass., 4 avr. 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, p. 210.

<sup>104</sup> R. Odent, *Contentieux administratif*, 1976, p. 1819

<sup>105</sup> CE, Ass., 4 mars 1955, *Dame André*, p. 126.

<sup>106</sup> CE, 2 juill. 1956, *Chambre de commerce de Tananarive*, p. 285.

<sup>107</sup> CE, Sect., 24 mai 1957, *Compagnie nouvelle pari-presse*, éd. Montsouris, p. 339.

En second lieu, précise le Professeur Plessix<sup>108</sup>, « la jurisprudence administrative française envisage, au titre de l'incompétence *ratione temporis*, un second cas de figure, encore plus restreint et spécifique que le précédent. Le temps, cette fois-ci, y est envisagé le temps dans sa durée, sous la forme de délai ».

Un exemple significatif nous semble résider dans l'hypothèse générale des délais d'action fixés au gouvernement dans une loi d'habilitation où « l'expiration du délai a pour effet de dessaisir l'autorité administrative de sa compétence ». Ainsi, le Conseil d'État dans une affaire *Sieur Dalmas de Polignac* du 22 novembre 1963 reconnaît l'incompétence temporelle du gouvernement qui prend une mesure relevant normalement du domaine de l'article 34 de la Constitution, après le délai fixé par la loi d'habilitation : « qu'il résulte [des dispositions de la loi du 31 juillet 1959] que le législateur a entendu limiter au délai d'un an (...) la compétence ainsi conférée au gouvernement que, par suite, postérieurement à l'expiration du délai d'un an suivant la publication le 5 août de la loi précitée, le gouvernement n'était plus compétent pour admettre par décret au bénéfice de l'amnistie les personnes énumérées à l'article 15 de ladite loi »<sup>109</sup>. Là encore, pour conclure à la compétence temporelle de l'autorité réglementaire qui intervient à l'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation, il convient de s'assurer que les mesures ne relèvent pas du champ de l'article 34 de la Constitution.

C'est encore le même raisonnement qui prévaut en matière d'ordonnances puisqu'à l'expiration du délai d'habilitation imposé par l'article 38 de la Constitution, l'autorité réglementaire devient incompétente temporellement pour prendre des ordonnances.

De même et en vertu de la jurisprudence *Conseil national de l'ordre des médecins* du Conseil d'État du 11 décembre 2006<sup>110</sup>, l'autorité réglementaire est privée de la compétence qui lui avait été temporairement reconnue pour abroger ou modifier, une fois le délai expiré, les dispositions d'une ordonnance non ratifiée intervenue dans le champ de l'article 34 de la Constitution. Mais en revanche, rien ne lui interdit de faire figurer dans une ordonnance, à côté des dispositions intervenant dans le domaine de la loi, des mesures strictement réglementaires<sup>111</sup>. Une telle situation ne les transforme pas en dispositions en la forme législative, et l'autorité réglementaire est alors compétente pour les modifier à tout moment, c'est-à-dire y compris une fois le délai d'habilitation expiré.

---

<sup>108</sup> B. Plessix, « La compétence et le temps », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, préc., p. 61

<sup>109</sup> CE, Sect., 22 nov. 1963, *Sieurs Louis Dalmas de Polignac et a*, p. 565.

<sup>110</sup> CE, Ass., 11 déc. 2006, *Conseil national de l'ordre des médecins*, p. 510.

<sup>111</sup> CE, 30 juin 2003, *Fédération régionale ovine du Sud-Est*, p. 292.

Dans cette hypothèse, pour apprécier au-delà du délai d'habilitation la compétence *ratione temporis* de l'autorité réglementaire qui modifie ou abroge des dispositions d'une ordonnance non ratifiée, il convient d'analyser la nature législative ou réglementaire de ses dispositions.

## § 2. Le contrôle fréquent de l'incompétence « *ratione materiae* ».

Hypothèse la plus fréquente, l'incompétence matérielle ou *ratione materiae* tenant au fait qu'une autorité administrative sort du domaine de ses attributions matériellement définies amène à la distinction entre deux hypothèses : la première est celle de l'intervention de l'autorité administrative dans les domaines ne relevant pas des attributions de l'administration (A) et la deuxième, plus fréquente encore, est celle où l'autorité administrative est intervenue dans des attributions relevant d'une autre autorité administrative (B).

### A. L'intervention dans les domaines ne relevant pas des attributions de l'administration

L'ancienneté de la jurisprudence sur l'intervention de l'autorité administrative dans les domaines ne relevant des attributions de celle-ci est remarquable<sup>112</sup>. Le Conseil d'État a effectivement été amené très tôt à sanctionner les empiètements de l'autorité administrative sur les attributions du législateur comme sur celle des juridictions judiciaires et administratives. Un troisième cas d'intervention, du fait même que l'autorité administrative sort de l'enceinte des attributions de l'administration, peut être vu théoriquement dans les empiètements sur les terrains de l'action juridique des administrés, c'est-à-dire sur le domaine juridique privé.

Dans chacune de ces trois hypothèses, la compétence *ratione materiae* de l'autorité administrative n'est pas appréciée indépendamment de ce qui a été décidé.

À titre préliminaire, il importe de relever que le cas où une autorité administrative s'immisce dans un domaine relevant des attributions juridictionnelles et législatives est une variété particulière de l'incompétence *ratione materiae* puisqu'elle correspond à « l'usurpation de pouvoir ». Il y a usurpation de pouvoir selon Édouard Laferrière, « lorsque la décision est prise par une personne dépourvue de toute autorité » mais il s'agit également des « cas graves d'empiètement d'un administrateur sur le pouvoir législatif ou sur le pouvoir judiciaire »<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, n°52, n°113.

<sup>113</sup> E. Laferrière, *Traité...*, op. cit., p. 497.

Cette notion d'usurpation de pouvoir n'est pas propre à Édouard Laferrière, mais les autres auteurs ne la distinguent pas de l'incompétence. Ainsi, pour Léon Aucoc, l'usurpation de pouvoir n'est qu'une manifestation de l'incompétence puisque « toute espèce d'incompétence constitue un excès de pouvoir. Peu importe qu'elle consiste dans l'usurpation du pouvoir législatif, du pouvoir de l'autorité judiciaire, ou dans l'usurpation des fonctions d'une autorité administrative supérieure ou inférieure à celle qui a fait l'acte attaqué »<sup>114</sup>. Dans le même sens et pour Jean de Soto, « on peut seulement dire qu'il s'agit de cas flagrants d'incompétence *ratione materiae* »<sup>115</sup>. Pour Marion Ubaud-Bergeron également, « cette situation, indépendamment de la dénomination adoptée par ailleurs, n'a aucune raison d'être séparée de la théorie de l'incompétence : elle en est une manifestation particulière mais non pas autonome, et le juge retiendra bien comme motif d'annulation de l'acte celui de l'incompétence de l'auteur de la mesure »<sup>116</sup>.

Une sanction particulière s'applique en principe à cette variété d'incompétence *ratione materiae* : l'inexistence, sanction plus forte que l'annulation. Toutefois, cette présentation doit être nuancée parce qu'il peut arriver que la simple illégalité soit retenue<sup>117</sup>. Quoiqu'il en soit et en premier lieu, le juge administratif amené à sanctionner toute immixtion sur les attributions des juridictions, qu'elles soient judiciaires ou administratives ne peut faire abstraction de ce qui a été décidé pour conclure à une telle immixtion.

Sur les empiètements au détriment de l'autorité judiciaire, il semble que la formulation usuelle en jurisprudence, et qui met en avant le fait que le contenu de l'acte détermine l'autorité compétente, soit celle selon laquelle « aucune disposition législative ou réglementaire » ne donnait compétence à telle autorité pour prendre la mesure contestée<sup>118</sup>. Elle trouve notamment une illustration récurrente dans les cas où l'administration entend se faire juge d'une question touchant au droit de propriété ou lorsqu'elle entend intervenir de façon irrégulière sur une propriété privée. Ainsi et par exemple, dans une décision *Delle Le Coz* du 19 mai 1911<sup>119</sup>, le

---

<sup>114</sup> L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., Dunod, 1878, p. 460 à 465, spéc. P. 463, n°296.

<sup>115</sup> J. de Soto, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, Paris, 1941, p. 52.

<sup>116</sup> M. Ubaud-Bergeron, « L'incompétence », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, préc., p. 145.

<sup>117</sup> Lorsque l'autorité administrative empiète sur la compétence d'une juridiction, la sanction exclusive devrait être celle de l'inexistence, ainsi que l'a consacré l'arrêt de principe *Rosan-Girard* (CE, 31 mai 1957, p. 355) ; mais la simple illégalité est souvent retenue (v. par ex. : CE, Sect., 8 mai 1870, *Sté Nobel-Bozel*, p. 312). Par ailleurs, le débordement du pouvoir réglementaire sur le domaine de la loi est en principe sanctionné par l'illégalité.

<sup>118</sup> V. Par ex. : CE, Sect., 8 mai 1970, *Sté Nobel-Bozel*, p. 312 : « Aucune disposition législative ou réglementaire ne donnait compétence à l'ingénieur subdivisionnaire pour enjoindre à la société Bozel-Maletra d'exécuter les travaux susmentionnés, ni d'assurer la sécurité de la circulation sur la voie publique (nous soulignons) »

<sup>119</sup> CE, 19 mai 1911, *Delle Le Coz*, p. 602.

Conseil d'État juge que le préfet s'est « constitué le juge d'une question de propriété, dont la connaissance appartient exclusivement à l'autorité judiciaire ».

L'empiètement peut toucher d'autres domaines que celui de la seule propriété privée. Ainsi, dans une décision *Société des hauts fourneaux de Rouen* du 2 novembre 1957<sup>120</sup>, le Conseil d'État censure l'incompétence de l'inspecteur du travail pour procéder à des radiations sur des listes électorales pour les comités d'entreprise, le juge de paix étant « seul compétent ». Dans ces exemples, le seul contenu de la décision du préfet ou de l'inspecteur du travail permet de conclure à la compétence *ratione materiae* de l'autorité judiciaire.

Cette affirmation trouve également une illustration dans les cas où une autorité administrative, en prenant un acte rentrant dans ses attributions, préjuge d'une question qui ne pouvait être tranchée que par une juridiction. Dans l'affaire *Ville de Castelnaudary* du 25 octobre 1933<sup>121</sup>, le Conseil d'État juge ainsi que le préfet, compétent pour inscrire d'office au budget communal les sommes destinées au paiement des dettes exigibles, ne peut exercer cette attribution si la dette est contestée ; une mesure d'inscription d'office prise dans ces conditions préjuge de la décision du juge quant à l'existence et la quotité de la dette et doit être annulée.

Les modalités de l'empiètement sont par ailleurs, variées et peuvent être parfois considérées comme un vice autre que celui de l'incompétence. L'utilisation des compétences légales, en vue de trancher des questions qui relèvent des attributions juridictionnelles peut souvent dévier vers le détournement de pouvoir. C'était le cas concernant des décisions prises dans le but de trancher un litige d'ordre privé, par exemple les réquisitions prises au profit de l'occupant d'un local en litige avec le propriétaire<sup>122</sup>.

Le contenu d'une décision permet de conclure à la compétence *ratione materiae* juridictionnelle également lorsqu'il s'agit de juridictions administratives. Tel était le cas dans la célèbre affaire *Rosan-Girard* de 1957<sup>123</sup>, lorsqu'un préfet prétend annuler le résultat d'une élection en lieu et place du juge électoral, ou encore lorsqu'une autorité administrative dépasse sa compétence en procédant à la liquidation d'une astreinte provisoire prononcée par un tribunal administratif<sup>124</sup>. En second lieu, c'est également à travers le contenu que sont décelées les hypothèses d'empiètement sur le domaine de la loi. Depuis 1958, cet empiètement fournit une hypothèse intéressante de contrôle de constitutionnalité de l'acte administratif : en effet, si l'acte

---

<sup>120</sup> CE, 2 nov. 1957, *Sté des hauts fourneaux de Rouen*, p. 580.

<sup>121</sup> CE, 25 octobre 1933, *Ville de Castelnaudary*, p. 946.

<sup>122</sup> CE, 8 nov. 1944, *Consorts Auger*, p. 285 ; CE, 22 juin 1945, *Pietrini*, p. 130 ; CE, 26 déc. 1945, *Frène*, p. 271.

<sup>123</sup> CE, Ass., 31 mai 1957, *Rosan-Girard*, p. 357.

<sup>124</sup> CE, 24 juill. 1987, *Brolin*, p. 280 : « il appartenait seulement au tribunal administratif de Grenoble, en cas d'inexécution ou d'exécution tardive de la condamnation, de liquider l'astreinte et de condamner le contrevenant à son paiement (...) (nous soulignons) ».

règlementaire empiète sur le domaine de la loi, le vice qui entache celui-ci est une violation de l'article 34 de la Constitution et il sera donc annulé pour inconstitutionnalité. Il convient pour conclure à la compétence *ratione materiae* de l'autorité règlementaire de vérifier si l'acte rentre bien dans ceux qu'elle est habilitée à prendre en vertu de la délimitation constitutionnelle. Toutefois, si l'acte règlementaire est pris en application d'une loi, l'écran législatif devrait en principe empêcher la sanction de l'inconstitutionnalité de l'acte ; or, une solution originale prévaut puisque, dans ce cas, il est admis que l'écran législatif n'empêche pas le juge de s'assurer que le gouvernement a respecté le partage constitutionnel des compétences entre la loi et le règlement.

Ainsi, dans un arrêt *Quintin* du 17 mai 1991<sup>125</sup>, le Conseil d'État s'assure-t-il du respect du principe constitutionnel du droit de propriété d'un décret pris sur habilitation conférée au pouvoir règlementaire par l'article L. 111-1 du Code de l'urbanisme. Comme le souligne René Chapus, « dans une telle hypothèse, l'existence de la loi ne déliera pas le gouvernement du respect dû à la constitution »<sup>126</sup>. Le lien entre le contenu et les questions de compétence *ratione materiae* est ainsi davantage rigidifié.

C'est enfin le contenu qui révèle les hypothèses dans lesquelles une autorité administrative prétend intervenir ou prendre une décision dans des affaires relevant de façon exclusive de la compétence de personnes privées. Il est possible d'en voir un exemple lorsque le juge sanctionne la décision du maire qui prescrit, sans que ceci implique l'exercice de ses pouvoirs de police, le rétablissement d'un branchement desservant une habitation<sup>127</sup> ou quand le Premier ministre prétend prendre une délibération relevant de la seule compétence du conseil d'administration d'une entreprise<sup>128</sup>.

La situation inverse, c'est-à-dire l'immixtion de personnes privées ou d'organes non habilités dans des fonctions administratives est également possible (et plus fréquente<sup>129</sup>) et relève également de la même logique.

Du reste, la combinaison de la sortie de l'administration de l'enceinte de ses attributions et l'atteinte grave portée au droit de propriété ou à une liberté autrefois « fondamentale » et depuis

---

<sup>125</sup> CE, 17 mai 1991, *Quintin*, p. 1429.

<sup>126</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, 14<sup>e</sup> éd., 2000, n°51 et 52.

<sup>127</sup> CE, 20 juin 1934, *Société lyonnaise des eaux*, p. 703.

<sup>128</sup> CE, Ass., 3 mars 1993, *Comité centrale de la SEITA*, p. 41.

<sup>129</sup> Elle peut se manifester lorsqu'une personne privée ou un organe de droit privé dépourvu de toute qualité administrative et de tout lien avec l'administration entend exercer une compétence appartenant à cette dernière (v. par ex. : CE, 5 mars 1948, *Marion*, p. 113) ou encore, lorsque la décision émane de personnes ayant un lien avec l'administration, mais regroupées dans un organe ou en des formes dépourvues de toute existence légale (v. par ex. : CE, 9 nov. 1983, *Saerens*, p. 453).

jurisprudence *Bergoend* de 2013<sup>130</sup> « individuelle » est constitutive de la voie de fait qui, comme nous le savons, résulte d'une décision ou d'un comportement « manifestement insusceptible d'être rattaché à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ».

#### B- L'incompétence dans les matières relevant des attributions de l'administration

La plus fréquente parmi les différentes hypothèses d'incompétences, l'incompétence dans les matières relevant des attributions de l'administration se rencontre lorsque, pour reprendre Jean-Marie Auby et Roland Drago « l'autorité a pris sa décision dans une matière relevant d'une autre autorité administrative, qu'il s'agisse d'une autorité supérieure, subordonnée ou de rang égal »<sup>131</sup>. Aussi est-elle moins grave que la première variété d'incompétence *ratione materiae* mais n'en affecte pas moins le contenu de l'acte.

Le contenu d'un acte est affecté d'abord, lorsque l'empiètement est fait par une autorité inférieure sur les attributions d'une autorité supérieure. Cette illégalité présente d'ailleurs un double aspect puisqu'elle constitue tant une incompétence qu'une atteinte au principe hiérarchique.

Il en va ainsi des cas d'empiètements commis par une autorité subordonnée sur les attributions matérielles d'une autorité hiérarchique ou de tutelle. C'est le contenu qui permet de conclure à l'incompétence *ratione materiae* du sous-secrétaire qui intervient dans les matières attribuées au ministre<sup>132</sup> ou au recteur d'académie qui intervient à la place du secrétaire d'État aux universités<sup>133</sup> ou au maire à la place du préfet<sup>134</sup>.

La police administrative est par ailleurs, celle qui étaye le mieux ce raisonnement. La jurisprudence en la matière est claire : les autorités de police, nonobstant leur place inférieure dans la hiérarchie peuvent intervenir dans les matières déjà règlementées par l'autorité de police supérieure dès lors que leurs prescriptions sont en accord avec la réglementation établie par cette dernière et que les nécessités locales du maintien de l'ordre public imposent leur intervention<sup>135</sup>. Dans ce cas, l'intervention d'une autorité inférieure ne peut aller que dans le sens de l'aggravation de la réglementation<sup>136</sup>, qu'il s'agisse de l'action des autorités inférieures

---

<sup>130</sup> TC, 17 juin 2013, *Bergoend c/ Société ERDF Annecy Léman*, p. 356.

<sup>131</sup> J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, 1975, t. II, p. 271.

<sup>132</sup> CE, 1<sup>er</sup> févr. 1939, *Union nationale des parents d'élèves*, p. 52.

<sup>133</sup> TA d'Amiens, 25 avr. 1975, *Rouhette*, p. 710.

<sup>134</sup> CE, 17 août 1945, *Kérouartz*, p. 180.

<sup>135</sup> CE, 8 août 1919, *Labonne*, p. 737.

<sup>136</sup> CE, Ass., 9 juill. 1943, *Ferrand*, p. 176.

dans le cadre de la police administrative générale<sup>137</sup> ou de l'action d'une autorité inférieure de police générale intervenant dans les domaines d'attribution d'une autorité supérieure de police spéciale<sup>138</sup>.

À propos de la réglementation de l'usage du drapeau national, le Conseil d'État juge ainsi dans l'affaire *Baldy* de 1971<sup>139</sup> que le préfet peut intervenir pour interdire l'apposition d'emblèmes sur ce drapeau ou encore dans l'affaire *Société « Les films Lutétia »* de 1959<sup>140</sup> que le droit qui appartient au ministre de l'information d'attribuer aux films cinématographiques un visa d'exploitation n'empêche pas les maires de pouvoir interdire la projection d'un film dans la commune si des nécessités locales concernant le maintien de l'ordre justifient cette décision. Dans ces deux exemples, pour savoir si le préfet et le maire étaient compétents matériellement, il convient de s'assurer que leurs actes rentraient bien dans ceux qu'ils sont habilités à prendre aux vues des conditions posées par la jurisprudence en matière de police.

En outre, le même raisonnement trouve à s'appliquer aux cas où l'autorité subordonnée agit par voie de délégation. Selon Claude Dumont, la délégation de compétence « est généralement définie comme le moyen pour une autorité administrative de confier, aux agents placés sous son autorité, l'exécution de certaines tâches. Deux grandes catégories de délégations peuvent être différenciées : la délégation de pouvoir et la délégation de signature »<sup>141</sup>.

À la différence de la délégation de pouvoir, la délégation de signature ne modifie pas la répartition des compétences dans la hiérarchie administrative. L'inobservation d'une des conditions propres à chacune de ces deux formes entraîne l'annulation de l'acte du délégataire (ou de l'acte conférant la délégation)<sup>142</sup>. La jurisprudence s'emploie souvent à rappeler que les actes du délégataire ne peuvent intervenir que dans les matières faisant l'objet de la délégation<sup>143</sup> et que celle-ci doit faire l'objet d'une interprétation restrictive<sup>144</sup>.

Pour apprécier la compétence *ratione materiae* du délégataire, il convient de vérifier si son acte rentre bien dans ceux qu'il est autorisé à prendre en vertu de la délégation. C'est la seule confrontation du contenu de l'acte du délégataire aux matières fixées par l'acte conférant la délégation qui permet de savoir si le délégataire était compétent matériellement.

---

<sup>137</sup> CE, 18 avr. 1902, *Commune de Nérès-Les-Bains*, p. 275.

<sup>138</sup> CE, 6 juillet 1906, *Bargeaud et autres*, p. 600.

<sup>139</sup> CE, 10 août 1917, *Baldy*, p. 637

<sup>140</sup> CE, 18 déc. 1959, *Société « Les films Lutétia » et syndicat français des producteurs et exportateurs de films*, p. 694.

<sup>141</sup> C. Dumont, « Les délégations », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, préc., p. 219.

<sup>142</sup> CE, 8 févr. 1928, *dame James*, p. 187 ; CE, 16 mai 1928, *dame veuve Pernot*, p. 634.

<sup>143</sup> CE, 1<sup>er</sup> févr. 1939, *Union nationale des associations de parents d'élèves*, p. 52 ; CE, 8 janv. 1958, *Dury*, p. 811

<sup>144</sup> CE, 8 janv. 1958, *Dury*, p. 811.

Le contenu est affecté ensuite, lorsqu'il résulte de l'empiètement sur les attributions d'une autorité d'un rang égal. Cette modalité d'incompétence se combine souvent, avec l'incompétence *ratione temporis* ou *loci* dans la mesure où les autorités qui se succèdent dans le temps ou dans l'espace dans un domaine d'attributions sont du même niveau dans la hiérarchie administrative.

La jurisprudence la plus intéressante concerne les incompétences résultant des empiètements d'un ministre sur les attributions d'un autre<sup>145</sup>. Nous sommes témoins d'une imbrication de l'action des services publics modernes, ce qui a comme conséquence de nombreuses interventions dans des matières relevant d'autres départements ministériels. C'est la seule appréciation de ce qui a été décidé qui permet de régler les conflits de compétence *ratione materiae* surgissant entre les différents départements ministériels. C'est le contenu qui entraîne la sanction des hypothèses où un pouvoir individuel est exercé là où est prévue une compétence ministérielle collective<sup>146</sup>.

C'est également le contenu qui décèle les cas de dépassement réciproque de leurs attributions par les autorités exécutives et délibérantes. Il en est ainsi par exemple du préfet ayant désigné les membres des commissions départementales sanitaires à la place du conseil général<sup>147</sup> ou du maire qui supprime un emploi municipal<sup>148</sup>. Inversement, le Conseil municipal, autorité délibérante, empiète sur les fonctions du maire, en édictant des mesures de police<sup>149</sup> ou en lui enjoignant de prendre telle ou telle mesure<sup>150</sup> ou en révoquant un employé de la commune<sup>151</sup>.

Le contenu est affecté enfin, dans les hypothèses d'empiètement d'une autorité supérieure sur les attributions d'une autorité inférieure. Le contenu permet de sanctionner l'incompétence *ratione materiae* du commissaire de la République qui prononce une interdiction de séjour à la place du préfet compétent<sup>152</sup>, de même que le préfet qui fixe les cours moyens des produits agricoles à la place du directeur départemental des services agricoles<sup>153</sup>.

Tous ces exemples témoignent du fait que c'est le contenu qui permet de trancher la question de la compétence *ratione loci, temporis* ou encore *materiae* de l'autorité administrative qui

---

<sup>145</sup> CE, 6 janv. 1922, *Aubrun et autres*, p. 15.

<sup>146</sup> Par exemple, c'est le cas de l'émission d'un arrêté ministériel à la place d'un arrêté interministériel (CE, Sect., 2 juill. 1965, *Syndicat national des parcs automobiles*, p. 444).

<sup>147</sup> CE, 24 févr. 1905, *Jouon*, p. 198.

<sup>148</sup> CE, 1<sup>er</sup> août 1914, *Franç et Richard*, p. 982.

<sup>149</sup> CE, 16 juill. 1915, *Abbé Couvenhens*, p. 239.

<sup>150</sup> CE, 28 juin 1912, *Guislain*, p. 740.

<sup>151</sup> CE, 24 juill. 1930, *Delalande*, p. 780.

<sup>152</sup> CE, Sect., 27 févr. 1948, *Frocrain*, p. 97.

<sup>153</sup> CE, 10 juin 1949, *Syndicat départemental de la propriété agricole de la Corrèze*, p. 276.

prend un acte. Il faut bien reconnaître que l'incompétence est un vice qui affecte l'objet même de l'acte, son contenu même. Continuer ainsi à rattacher l'incompétence à une manière de faire ne paraît pas satisfaisant. En plus d'affecter le contenu de l'acte, l'incompétence fait l'objet d'un statut contentieux particulier.

## Section 2.

### Un vice au statut contentieux particulier

Parce qu'un désordre dans la répartition des compétences serait intolérable, un intérêt primordial s'attache au respect de ces règles qui commandent l'organisation et le bon fonctionnement de l'administration. Le traitement que le juge administratif réserve aux questions de compétence est par conséquent, particulier.

D'une part, toutes les atteintes à l'ordre des compétences sont rigoureusement sanctionnées parce qu'elles constituent des troubles pour l'ordre public. Le caractère d'ordre public de l'incompétence a été reconnu de façon très ancienne (depuis 1880 au moins<sup>154</sup>) (§1).

D'autre part, l'incompétence échappe à ce mouvement jurisprudentiel endossant une hiérarchisation des chefs d'illégalité dont certaines, celles de forme ou de procédure, ne méritent pas que l'on prononce une annulation rétroactive aux conséquences incommensurables à leur niveau de gravité (§2).

#### § 1. Un moyen singularisé par son caractère d'ordre public

Le juge administratif va parfois qualifier d'incompétence certains vices de procédures et certaines erreurs de droit, alors même que la compétence juridique d'un organe n'est nullement en question. La tendance à l'extension de la notion s'explique à l'évidence par le caractère d'ordre public du moyen d'incompétence (A).

La catégorie des moyens d'ordre public correspond aux moyens regardés comme revêtant une importance particulière et doivent bénéficier par conséquent d'un régime privilégié. Les enjeux de la qualification en moyen d'incompétence sont cruciaux puisque le régime juridique des moyens d'ordre public est doublement dérogoire (B).

#### A- Une notion extensible

---

<sup>154</sup> CE, 27 févr. 1880, *Commune de Chébli*, p. 211.

L'incompétence est parfois soulevée par le juge dans des situations où la compétence de l'organe n'est pas au sens strict du terme en cause : tel est le cas pour certaines hypothèses qui constituent à strictement parler des vices de forme ou de procédure ainsi que pour ce qui est d'usage d'appeler « l'incompétence négative ».

D'abord, nous pensons à l'instar du président Odent que « les vices de forme et les irrégularités dans la procédure ont un caractère moins objectif que le vice tenant à l'incompétence de l'auteur d'une décision »<sup>155</sup>. C'est pourquoi le juge administratif étend la notion de compétence à des hypothèses qui constituent à strictement parler des vices de procédure, pour leur faire bénéficier du statut avantageux de moyen d'ordre public.

La première intéresse l'édition d'un acte sur avis conforme d'un organisme consultatif. À la différence de l'avis facultatif, l'avis conforme est particulièrement contraignant puisque l'autorité administrative compétente doit soit décider conformément à l'avis, soit renoncer à prendre la décision. Celle-ci constitue une exigence hybride : se rapprochant extérieurement de la procédure, ne serait-ce que par sa dénomination, il opère un partage de compétence entre l'organe consultant et l'organe consulté.

Le Conseil d'État devait confirmer cette conception dans l'arrêt de section *Ged* du 7 janvier 1955<sup>156</sup> puisque pour la première fois, il reconnaît expressément que « le système de l'avis conforme sort du domaine de la procédure au sens strict pour déboucher dans le domaine de la compétence »<sup>157</sup>.

Il s'agit en effet, de rechercher, par-delà les apparences, le titulaire réel du pouvoir décisionnel. Aujourd'hui, il est clair que le défaut d'avis conforme ou alors, la non-conformité d'un acte administratif à un tel avis, est un moyen d'ordre public car rattaché à l'incompétence<sup>158</sup>.

Toutefois, la jurisprudence n'a pas transposé la solution adoptée pour l'avis conforme à la proposition impérative<sup>159</sup>. Pour notre part, nous ne voyons pas d'obstacle à ce que le juge reconnaisse un jour d'office l'incompétence de l'auteur d'une décision administrative prise en méconnaissance d'une proposition impérative puisque cette dernière aboutit à un partage de compétence entre l'auteur de la décision et l'organe de proposition dans les mêmes conditions que l'avis conforme.

---

<sup>155</sup> R. Odent, *Contentieux administratif*, 1980, p. 1826.

<sup>156</sup> CE, Sect., 7 janv. 1955, *Ged*, p. 11.

<sup>157</sup> G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968, p. 165.

<sup>158</sup> CE, Sect., 19 déc. 1956, *Lancrin*, p. 733 ; CE, 17 juin 1966, *Consorts Duval*, req. n°62959.

<sup>159</sup> CE, Sect., 26 mars 1965, *Magnol et Orliac*, p. 196.

La seconde hypothèse concerne le défaut de consultation du Conseil d'État dans un cas où elle est obligatoire. Depuis un arrêt de section du Conseil d'État *Keindé-Sérigné* du 25 janvier 1957<sup>160</sup>, ce qui n'aurait dû apparaître que comme une simple irrégularité de procédure se voit sanctionné par le biais d'un moyen très efficace puisque d'ordre public : l'incompétence.

D'un point de vue méthodologique, il était davantage satisfaisant de consacrer le caractère d'ordre public du moyen tiré du défaut de consultation dans le cas où un décret en Conseil d'État est imposé et conserver la cohérence conceptuelle de l'incompétence. Par ailleurs, l'assimilation du Conseil d'État à un coauteur de la décision présentait la fâcheuse conséquence de prêter le flanc à la censure européenne dont on connaît les exigences liées à la dualité fonctionnelle du Conseil d'État<sup>161</sup>.

Dans une décision *Syndicat de la magistrature* du 28 décembre 2009<sup>162</sup>, le Conseil d'État renonce à qualifier d'incompétence l'omission de consultation du Conseil d'État. Celui-ci réitère par une décision *Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres* de 2013<sup>163</sup>, le caractère d'ordre public du moyen tiré du défaut de consultation dans un cas où sa consultation est obligatoire.

En outre, l'omission de la signature d'un ministre compétent (et plus généralement l'omission d'une signature à un acte conjoint), bien que constituant l'absence d'une forme de l'arrêté interministériel, révèle au juge l'incompétence de son (ou ses) auteur(s). La signature est l'élément extérieur, la preuve, de l'accord des codécideurs. On comprend dès lors la possibilité qui s'offre au juge d'utiliser le vice de forme afin de découvrir l'incompétence.

Ainsi, dans deux arrêts rendus par l'assemblée du contentieux en date du 16 janvier 1976, le Conseil d'État relève d'office que les actes portant notation des requérants n'avaient été signés que par une seule autorité (premier président de Cour d'appel dans l'arrêt *Dujardin*, procureur général dans l'arrêt *Menez*) au lieu de l'avoir été conjointement par ces deux autorités. Constatant d'office cette unique signature, l'assemblée du contentieux en a déduit dans les deux cas que « l'acte attaqué émane d'une autorité incompétente pour le prendre seule et doit, pour ce motif être annulé »<sup>164</sup>.

---

<sup>160</sup> CE, Sect., 25 janv. 1957, *Keindé-Sérigné*, p. 63.

<sup>161</sup> CEDH, 9 nov. 2006, *Société Sacilor-Lormines c/ France*, RFD adm. 2007, p. 342.

<sup>162</sup> CE, 28 déc. 2009, n°312314, *Syndicat de la magistrature*, Lebon T. p. 603-604-606-608-819.

<sup>163</sup> CE, 17 juill. 2013, n°358109, *Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres*.

<sup>164</sup> CE, Ass., 16 janv. 1976, *Sieur Dujardin et Sieur Menez*, p. 44 et 46.

Pour Pierre Ferrari, « la signature n'est donc pas en l'occurrence une simple formalité mais l'expression du consentement des coauteurs. La formalité est en l'espèce indissociable de la compétence »<sup>165</sup>. Ce point de vue paraît faire l'unanimité des auteurs.

Il en va de même pour le contreseing dans la mesure où le contresignataire est coauteur du décret puisqu'il participe à l'élaboration du contenu de celui-ci et peut en bloquer l'édition. En régime parlementaire, il est normal que le défaut de contreseing implique une incompetence. Néanmoins, si à notre connaissance aucun arrêt ne soulève d'office le défaut de contreseing, cela tiendrait plutôt à la difficulté de déterminer dans chaque cas les contreseings nécessaires<sup>166</sup>. Ensuite, il est possible de voir une situation analogue dans ce qui est d'usage d'appeler « l'incompétence négative ». Celle-ci, identifiée par Édouard Laferrière et reprise par la suite par l'ensemble de la doctrine, est le refus d'une autorité à adopter une décision en invoquant à tort son incompetence : l'incompétence proviendrait ici du non-usage de la compétence.

Il y a toutefois un débat nourri sur le fait de savoir si cette incompetence négative constitue un cas d'incompétence ou d'erreur de droit. Lorsque le juge administratif utilise la formule selon laquelle l'autorité aurait « méconnu (l'étendue de) sa compétence »<sup>167</sup>, il ne spécifie pas toujours (et même pas souvent) la nature de ce moyen : il se contente de l'accueillir ou de le rejeter. Mais lorsqu'il le fait, on ne peut manquer d'être surpris par les hésitations qu'il manifeste à la qualification à donner à ce moyen et, par voie de conséquence, au régime contentieux qui lui est applicable. Il est effectivement des cas où le juge va considérer que l'autorité qui « méconnaît (l'étendue de) sa compétence » commet une erreur de droit.

Le Conseil d'État juge ainsi que le garde des Sceaux qui prend une sanction contre un magistrat en s'estimant lié par l'avis du Conseil supérieur de la magistrature « a ainsi méconnu l'étendue de sa compétence et entaché sa décision d'une erreur de droit »<sup>168</sup>. De même, le préfet qui a refusé un titre de séjour en se fondant exclusivement sur l'avis d'un médecin inspecteur de santé publique selon laquelle l'état de santé de l'étranger ne justifierait plus son maintien sur le territoire français, a ainsi « méconnu l'étendue de sa propre compétence » et, « par suite, sa décision (...) est entachée d'une erreur de droit »<sup>169</sup>.

Toutefois, si associer l'incompétence négative à l'erreur de droit dans une même formule est très fréquent chez le juge administratif, cette jurisprudence n'est pas parfaitement établie dans

---

<sup>165</sup> P. Ferrari, « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral », in *Mélanges Ch. Eisenmann*, 1975, p. 221.

<sup>166</sup> En ce sens : A. Calogeropoulos, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, p. 589 et s.

<sup>167</sup> On le verra, le juge administratif n'emploie pas l'expression d'« incompetence négative » (sauf une fois).

<sup>168</sup> CE, 20 juin 2003, *Stilinovic*, p. 258. On trouve dans un cas similaire, une formule strictement identique dans CE, 12 janv. 2004, M. X, n°248702, mentionné aux tables du Lebon.

<sup>169</sup> CE, 21 oct. 2005, *Préfet de la Seine-et-Marne*, n°274904.

la mesure où on trouve d'autres arrêts dans lesquels l'incompétence négative est explicitement rangée parmi les moyens de légalité externe. Or, s'il s'agit d'une illégalité externe, ce ne peut être qu'une forme d'incompétence. Mais si tel est le cas, il s'agit alors aussi d'un moyen d'ordre public.

Le Conseil d'État a confirmé cette thèse dans un arrêt *M. Yvan A.* du 16 décembre 2008<sup>170</sup> en jugeant que le moyen tiré de ce que le garde des Sceaux – en prenant un arrêté portant réintégration d'un fonctionnaire dans son corps d'origine en se fondant exclusivement sur l'avis de la commission administrative paritaire – aurait méconnu sa compétence « est (...) d'ordre public ».

Il s'agit du reste là d'une solution traditionnelle, qui était déjà clairement celle de l'arrêt *Quéralt*, en 1950<sup>171</sup>. Jean Delvolvé, commissaire du gouvernement, relevait dans ses conclusions sur cet arrêt le caractère d'ordre public du moyen fondé sur l'incompétence négative de l'autorité en cause : « pour rejeter le recours hiérarchique, le ministre ne s'est pas (...) fondé sur la légalité de la décision qui lui était déférée. Il s'est contenté de répondre qu'il ne pouvait pas revenir sur la décision prise par l'inspecteur (du travail) parce que les tribunaux étaient les seuls compétents pour connaître de son bien-fondé. Il a estimé qu'il n'avait pas à exercer le contrôle hiérarchique et a ainsi dénié sa compétence » ; or, concluait le commissaire – qui sera suivi par le Conseil d'État –, « les questions de compétence sont d'ordre public », ce qui autorisait le juge à « examiner celle-ci d'office »<sup>172</sup>.

Comme le relève très justement Arnaud Le Pillouer, « il est (...) tentant de voir dans ces hésitations jurisprudentielles le simple écho des querelles doctrinales relatives à la nature de ce moyen d'annulation »<sup>173</sup>. Pour notre part, il nous paraît indiscutable que, dans le cas où l'administration invoque sa propre incompétence pour ne pas statuer, il y a bien erreur de droit puisque ce qui est en réalité sanctionné, c'est seulement le motif de la décision (soit que l'autorité allègue à tort son incompétence, soit qu'elle justifie sa décision en la fondant à tort sur celle d'une autorité incompétences, par exemple).

## B- Les enjeux de la qualification

---

<sup>170</sup> CE, 16 déc. 2008, *M. Yvan A.* n°297808, inédit au Lebon.

<sup>171</sup> V. Aussi, par ex., CE, Sect., 19 nov. 1971, *Ministre de la Santé publique et population c/ Dlle Bruguière*, p. 691. De même, CAA Lyon, 20 mai 1999, *SA Comalait Industries*.

<sup>172</sup> Concl. J. Delvolvé sur CE 30 juin 1950, *Quéralt*, Dr. Soc. 1951, 248.

<sup>173</sup> A. Le Pillouer, L'incompétence négative des autorités administratives : retour sur une notion ambivalente, *RFDA* 2009, p. 1203.

Parce qu'ils ne protègent pas l'intérêt des parties mais l'intérêt général, une certaine conception du droit et de l'État, la caractéristique première des moyens d'ordre public est de ne pas être laissés à la discrétion des parties. Aussi sont-ils placés sous la vigilance du juge, qui peut et même doit s'en saisir si les parties omettent de les invoquer ou choisissent délibérément de ne pas le faire.

Les enjeux de qualifier un moyen en moyen d'ordre public sont doubles : ils concernent d'une part et avant tout, les parties (demandeur ou défendeur) au procès administratif, et d'autre part, les pouvoirs du juge administratif.

D'abord, un moyen d'ordre public peut être invoqué par les parties à n'importe quel stade de la procédure, c'est-à-dire non seulement à tout moment de l'instance (même après l'expiration du délai de recours) mais aussi plus tard, en appel ou en cassation. Un moyen d'ordre public n'est pas concerné par la règle dite de l'« immutabilité de l'instance » interdisant la recevabilité après l'expiration du délai de recours contre un acte administratif, les moyens présentés par le requérant qui ne se rattachent pas à l'une ou l'autre des deux causes juridiques (légalité externe et légalité interne), invoquée dans la requête avant l'expiration de ce délai. Pour reprendre une expression du Professeur Broyelle, « les moyens d'ordre public apportent de la souplesse à la demande, que la notion de « cause » a pour effet au contraire de rigidifier »<sup>174</sup>.

Ainsi, rattacher l'incompétence négative à l'incompétence, qui est une illégalité considérée artificiellement comme externe, ou à l'erreur de droit de droit, considérée comme une illégalité interne, n'est pas sans conséquence dans le contentieux de l'excès de pouvoir puisque l'une et l'autre relèvent de causes juridiques distinctes<sup>175</sup>. Or, il n'est pas possible d'invoquer une illégalité interne à l'expiration du délai de recours contentieux, si seuls des moyens de légalité externe l'ont été avant son terme – *vice versa*. Mais encore, si elle se rattache à l'incompétence, elle doit être considérée comme un moyen d'ordre public, ce qui en fait alors une exception à la règle de l'immutabilité de l'instance. C'est ce qu'illustre parfaitement l'arrêt du 16 décembre 2008<sup>176</sup> (préc.) : le moyen tiré de ce que le garde des Sceaux aurait méconnu l'étendue de sa compétence était invoqué pour la première fois en cassation ; le Conseil d'État le déclare pourtant recevable (même s'il finira par le rejeter) précisément parce qu'il le considère comme un moyen d'ordre public.

---

<sup>174</sup> C. Broyelle, *Contentieux administratif*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., p. 155.

<sup>175</sup> CE, 15 juill. 1954, *Société des Acieries Saint-François*, p. 482.

<sup>176</sup> CE, 16 déc. 2008, *M. Yvan A*, préc.

On mesure dès lors quel intérêt les parties peuvent avoir à connaître la position du Conseil d'État : à défaut de savoir à l'avance si un moyen se rattache à l'incompétence et doit être considéré comme d'ordre public, il leur est impossible d'ajuster leur stratégie contentieuse.

Ensuite, les conséquences de cette opération de qualification ne se limitent pas à cette seule perspective pratique et concernent également les pouvoirs du juge administratif.

Lorsque les parties les négligent et quand bien une partie aurait déclaré renoncer à s'en prévaloir<sup>177</sup>, les moyens d'ordre public peuvent et doivent être soulevés d'office par le juge, ce qui tempère la maîtrise de la matière litigieuse par les parties puisque selon une expression d'André Heurté, ces moyens « portent atteinte à la notion même de parties »<sup>178</sup>. Il peut le faire à tout moment de la procédure, y compris en cassation<sup>179</sup> ou en référé<sup>180</sup>, mais sous réserve que ce moyen ressorte de façon manifeste des pièces du dossier qui lui est soumis<sup>181</sup> et il lui est interdit de mener des investigations si aucune pièce du dossier ne révèle un moyen d'ordre public<sup>182</sup>. Si le moyen est fondé, son examen sera précédé de la formule « sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête » : les moyens des parties ne seront absolument pas examinés, le moyen d'ordre public étant regardé comme prioritaire.

Certes, le juge tend actuellement à s'accorder de plus en plus de latitude dans l'exercice de son office. Mais qu'il s'agisse comme on le verra, de la modulation des effets dans le temps de ses annulations contentieuses, des opérations de substitution de motifs, ou même de la création de voies de droits nouvelles, le Conseil d'État veille à ne pas s'octroyer de compétences nouvelles que lorsque celles-ci permettent une meilleure administration de la justice – ou, du moins, peuvent apparaître telles. Or, rien de la sorte ne saurait justifier que le juge puisse considérer un même moyen comme d'ordre public de manière discontinue et, semble-t-il arbitraire.

Ainsi, en va-t-il en matière fiscale où ne constitue pas un moyen d'ordre public l'incompétence *ratione loci* du fonctionnaire qui a décerné le titre de perception contesté. Le Conseil d'État rejette en effet, ce moyen invoqué pour la première fois en appel considérant qu'il repose sur une cause juridique distincte de celle fondant la demande initiale et qui concernait le principe de l'imposition<sup>183</sup>. Or, nous pensons à l'instar d'Henri Berthélémy, que si l'incompétence peut

---

<sup>177</sup> CE, 31 déc. 1919, *Moine*, p. 973.

<sup>178</sup> A. Heurté, « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », *RD publ.* 1953. 615.

<sup>179</sup> CE, 5 déc. 2005, *Mann Singh c/ Préfet du Val d'Oise*, p. 544.

<sup>180</sup> CE, 14 juin 2006, *Sté France Télécom Marine*, n°282317.

<sup>181</sup> CE, 14 nov. 1980, *Union départementale des syndicats CFDT du Tarn*, p. 422 – CE, 7 mars 2005, n°259685.

<sup>182</sup> Si le moyen tiré de la tardivité du recours n'a pas été soulevé par les parties et si rien, dans le dossier, ne permet de présumer une telle tardivité, le juge ne peut mener aucune investigation.

<sup>183</sup> CE, 9 avril 1962, *Trassard*, Bull. Contr. dir. Dupont, 1962, p. 465. Voir également, Martin, concl., sur CE, 15 juillet 1964, req. 56952 et 57179, D.F., 1964, n°52, doctrine ; CE, 26 avr. 1968, req. 65457, D.F., 1968, n°25, com. 808 ; CE, 24 mars 1972, req. 73288, D.F., 1973, n°5, com. 141, concl. Mehl.

être *ratione materiae* ou *ratione loci* « dans tous les cas elle est d'ordre public et peut être prononcée d'office par le Conseil d'État alors même que les parties ne l'auraient pas invoquée »<sup>184</sup>.

Par ailleurs, dans ses conclusions sur l'arrêt *CFDT finances* précité, Aurélie Bretonneau s'écriait-elle que « le classement du défaut de consultation du Conseil d'État du côté des moyens d'ordre public n'est pas logique mais purement nostalgique »<sup>185</sup>, une simple rémanence de l'époque où ce défaut de consultation était assimilé à une incompétence. Il s'agit d'une question de cohérence interne du discours juridictionnel : il n'est pas acceptable de faire passer la ligne de partage non pas entre incompétence et forme et procédure, mais entre vices de légalité externe d'ordre public et les autres.

## § 2. Un moyen échappant à la hiérarchisation des illégalités

À l'instar du Professeur Seiller<sup>186</sup>, l'on peut dire que le débat sur le recours pour excès de pouvoir s'est déplacé de son inefficacité à sa parfois trop grande efficacité rompant avec le systématisme illégalité/sanction. Mais la rupture ne semble pas concerner le vice d'incompétence qui se trouve exclu du mouvement de hiérarchisation des illégalités. L'incompétence échappe ainsi aux techniques classiques utilisés par le juge administratif lui permettant tant de neutraliser un vice (A) que le régulariser (B).

### A- La neutralisation

Le mécanisme de la neutralisation d'une illégalité est simple : l'illégalité constatée par le juge existe mais ne conduit pas à la conséquence normalement attachée à ce constat à savoir le prononcé d'un dispositif d'annulation aux effets temporels importants puisque rétroactifs. Cependant, si la rétroactivité évitée par la théorie des formalités substantielles d'une part, et par la théorie des moyens inopérants d'autre part, intéresse fondamentalement les vices de forme ou de procédure, le vice d'incompétence n'est pas concerné.

Dans un premier temps, la théorie des formalités substantielles, déjà présente chez Édouard Laferrière<sup>187</sup>, permet de neutraliser une illégalité externe. Le juge considère en vertu de cette

---

<sup>184</sup> H. Berhélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1930, p. 1124.

<sup>185</sup> A. Bretonneau, concl. sur CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n°414583.

<sup>186</sup> B. Seiller, *L'illégalité sans l'annulation*, *AJDA* 2004. 963.

<sup>187</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, LGDJ, rééd. 1989, p. 492 et s. Pour un exemple ancien, classiquement évoqué, CE, 3 juill. 1896, *Syndicat de l'association des vidanges d'Arles et autres*, p. 546.

théorie, que certains vices de forme ou de procédure sont trop peu importants pour entraîner une annulation de l'acte concerné. Autrement dit, alors même que certaines formalités sont prescrites et que l'accomplissement de certaines procédures est exigé en vue de la régularité d'un acte administratif, il peut arriver que l'omission de certaines d'entre elles n'entraîne pas *ipso facto* l'annulation de l'acte dès lors que ces formalités dites non substantielles ne peuvent avoir, au regard des circonstances de l'espèce, aucune incidence sur la décision à prendre. Cependant, le décalage possible entre apparence et réalité, possible en matière de formes et de procédures, est impossible en matière de contrôle de compétence.

La question qui se pose est alors de savoir quels sont les critères d'identification des formalités non substantielles. Le juge administratif ne retient pas une définition précise de cette catégorie et les solutions n'étaient pas homogènes ni leurs lignes directrices évidentes. Le président Odent soulignait simplement que « la jurisprudence s'attache davantage aux conséquences d'une formalité et aux raisons qui en justifient l'existence qu'à la formalité elle-même (...). Pour apprécier si une formalité est ou non substantielle, il faut tenir compte des considérations en fonction desquelles elle a été instituée et de l'objectif auquel elle répond »<sup>188</sup>.

Il en résultait un certain malaise, exprimé par le Conseil d'État lui-même dans son rapport public 2011, *Consulter autrement. Participer activement*. Celui-ci avait d'ailleurs proposé de « se prémunir contre les censures contentieuses sans portée, et génératrices d'un formalisme excessif ». La loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (art. 70) tente de mettre de l'ordre et le Conseil d'État dans un arrêt *Danthony* du 23 décembre 2011<sup>189</sup> donne enfin au traitement juridictionnel du vice de procédure son considérant de principe.

En vertu de la jurisprudence *Danthony*, une hiérarchisation des illégalités procédurales est établie entre celles qui ont privé les intéressés d'une garantie ou qui ont été susceptibles d'exercer une influence sur le sens de la décision, d'une part, soit les irrégularités graves, et celles qui n'ont privé les intéressés d'aucune garantie et qui n'ont eu aucune incidence sur la décision prise, d'autre part, soit les irrégularités vénielles. Les enjeux attachés à cette distinction sont cruciaux parce qu'il s'agit de savoir si l'acte objet du contrôle peut voir son illégalité tolérée.

Cependant, si avec cette jurisprudence le vice de procédure peut résulter autant de l'omission d'une procédure que d'une mal façon dans la procédure<sup>190</sup>, l'omission d'une procédure qui a

---

<sup>188</sup> R. Odent, *Contentieux administratif*, t. 2, Dalloz, 2007, p. 429.

<sup>189</sup> CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, p. 649

<sup>190</sup> L'article 70 de la loi de 2011 ne mentionnant pas l'omission dans la procédure.

« pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte »<sup>191</sup> est radicale en ce qu'elle rejoint l'illégalité la plus grave, celle de l'incompétence et entache toujours d'illégalité l'acte qui s'en est suivi. Autrement dit, les questions de compétence sont hors du champ de cette jurisprudence et continuent d'obéir à une logique d'annulation bien plus systématique.

Il est à noter que la matière contractuelle et le contentieux de la responsabilité ne sont pas restés à l'écart de cette évolution. D'une part, se fondant sur les exigences de loyauté et de stabilité des relations contractuelles, le Conseil d'État avait jugé dans son arrêt *Commune de Béziers I*<sup>192</sup> qu'il ne lui appartient pas d'écarter un contrat que dans des hypothèses où il est entaché de vices substantiels, tenant au caractère illicite de son objet ou à une irrégularité d'une particulière gravité, relative notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. Est par exemple illicite, le contrat par lequel la personne publique renonce à l'exercice d'une compétence<sup>193</sup>, cède un bien du domaine public<sup>194</sup> ou méconnaît des dispositions du code de l'urbanisme<sup>195</sup>. D'autre part, la jurisprudence *Carliez*<sup>196</sup> interdit qu'une illégalité de forme sans incidence sur le dispositif de la décision administrative engage, malgré son caractère fautif, la responsabilité de l'administration.

Dans un second temps, et comme autre technique de neutralisation de l'illégalité, nous relevons la théorie des moyens inopérants. Ces derniers sont définis par René Chapus comme « les moyens qui, même s'ils sont recevables et fondés, sont insusceptibles d'exercer une influence sur la solution du litige »<sup>197</sup>. Le juge n'est pas tenu de répondre expressément à un moyen inopérant et peut donc le rejeter. Trois catégories de moyens inopérants sont identifiées par l'auteur : d'abord, les moyens sans rapport avec le litige ; ensuite, les moyens qui se heurtent à une disposition législative ; enfin, les moyens invoqués à l'encontre d'une décision que l'administration était tenue de prendre en vertu d'une compétence liée.

Un moyen n'échappera pas à l'inopérance s'il est sans intérêt sur la satisfaction des conclusions à fin d'annulation. Et c'est précisément en raison de la configuration particulière de certains litiges que les vices de forme et de procédure peuvent être jugés inopérants. Ainsi, en est-il des moyens soulevés à l'encontre des décisions attaquées « en tant que ne pas »<sup>198</sup> où l'objet

---

<sup>191</sup> Cette formule couvre l'hypothèse où la procédure à observer (essentiellement la consultation d'un organisme) associe une autorité à l'adoption de la décision par une autre, comme par exemple l'avis conforme d'un organisme, nécessaire pour qu'une décision puisse ensuite être prise par l'autorité compétente.

<sup>192</sup> CE, Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, n°304802.

<sup>193</sup> CE, 20 juin 2012, *Service départemental d'incendie et de secours du Nord*, n°342843.

<sup>194</sup> CE, 4 mai 2011, *Communauté de communes du Queyras*, n°340089.

<sup>195</sup> CE, 10 juillet 2013, *Commune de Vias, Société d'économie mixte de la ville de Béziers et du littoral*, n°362304.

<sup>196</sup> CE, Sect., 19 juin 1981, *Carliez*, n°20619.

<sup>197</sup> R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2008, p. 809, n°921.

<sup>198</sup> CE, 18 nov. 2011, *Escalas*, p. 734-972.

véritable du litige n'est pas l'annulation « en tant que ne pas » de l'acte attaqué – acte qui tient uniquement lieu d'accroche au contentieux –, mais l'édiction de la norme jugée manquante, *via* le pouvoir d'injonction<sup>199</sup>. Un tel recours soulève exclusivement, en réalité une question de fond : l'administration pouvait-elle légalement s'abstenir d'insérer telle mesure au sein de l'acte attaqué ? Or, pour contester une omission, on ne peut se prévaloir des irrégularités affectant les mesures qui ont effectivement été prises dans l'acte attaqué (car ce n'est pas l'objet du litige). Il en va ainsi également des moyens soulevés à l'encontre de certaines décisions rejetant un recours administratif. Qu'importe en effet, dans cette hypothèse que la seconde décision soit entachée de vices externes, dits vices propres, et à quoi bon l'annuler pour ce seul motif alors que la situation du requérant n'en sera aucunement affectée, la décision initiale, déclarée légale, produisant en tout état de cause ses effets ?

Récemment, dans l'arrêt d'assemblée *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT* du 18 mai 2018<sup>200</sup>, le Conseil d'État juge que sont inopérants les irrégularités de forme et de procédure qui entachent un acte réglementaire et qui seraient susceptibles d'entraîner son annulation s'il était attaqué dans le délai de recours contentieux, dès lors qu'ils auraient été invoqués à l'appui de contestations formées après l'expiration de ce délai, soit dans le cadre d'un recours contre le refus d'abroger l'acte réglementaire, soit par la voie d'une exception d'illégalité. L'inopérance ne concerne que les vices de forme et de procédure, à l'exclusion des illégalités de fond et la compétence de l'auteur de l'acte réglementaire qui devront pouvoir toujours être perpétuellement contestée.

Lorsque le législateur s'était lancé dans une construction comparable en matière d'urbanisme quelques années plus tôt, il avait opté pour une formule en forme d'irrecevabilité. Ainsi, l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme introduit par la loi du 9 février 1994 prévoit, afin de sécuriser les autorisations d'urbanisme, que l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un document d'urbanisme ne peut être invoqué par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause. Néanmoins, et contrairement à cette jurisprudence *CFDT finances*, le législateur avait fait réserve des vices de forme ou de procédure qu'il considère comme substantiels en interdisant l'invocabilité de moyens de légalité externe mais tout en prenant compte des possibles effets de ces vices sur la situation du requérant.

---

<sup>199</sup> Ce pouvoir d'injonction est en principe subordonné à la condition que le juge ait été saisi de conclusions en ce sens. Mais l'affaire *Vassilikiotis* (CE, Ass., 29 juin 2001, p. 303) illustre la faculté que s'est attribuée le juge, même en l'absence de telles conclusions, de prendre sans même l'initiative de précision dans sa décision, par « des motifs qui en constituent le soutien nécessaire », ce qu'implique une telle annulation « en tant que ne pas ».

<sup>200</sup> CE, 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n°414583.

Quoi qu'il en soit, le pas supplémentaire franchi par cette jurisprudence *CFDT* tient de l'aboutissement plus que de la révolution et s'inscrit dans le sillage de jurisprudences comme *Danthy* mais encore *AC !*<sup>201</sup> mettant en œuvre un régime limité de contrôle et de censure de la légalité formelle et procédurale de l'acte administratif.

Il est intéressant de relever à propos de la modulation dans le temps des effets d'une annulation d'une décision administrative admise dans la jurisprudence *AC !* que si la nature de l'illégalité n'est pas un critère de modulation, elle n'en est pas moins un élément de contexte. Dans ses conclusions sur cette décision, Christophe Devys s'était ainsi refusé à proposer « de limiter l'exercice du pouvoir de modulation aux seules décisions d'annulations fondées sur des motifs de légalité externe », mais avait cependant admis « une certaine prise en compte » de la nature de l'illégalité constatée.

Toutes les illégalités commises par l'administration ne se valent pas et lorsque l'illégalité est d'une faible ou sans incidence, le juge administratif choisit parfois d'éviter une annulation aux conséquences rétroactives. L'incompétence aux vues de sa gravité, est exclue à la fois par la jurisprudence et la législation de ces techniques neutralisantes. Pas plus qu'une neutralisation, l'incompétence ne fait pas l'objet d'une régularisation.

## B- La régularisation

Cette hypothèse de correction de l'illégalité permet à l'administration de rectifier son acte, unilatéral ou contractuel, au sein duquel le juge a détecté une illégalité. Il est possible d'envisager que la régularisation soit entreprise à titre préventif, permettant ainsi d'éviter l'annulation, mais aussi à titre curatif, ne jouant alors que sur les conséquences à tirer de l'annulation, essentiellement en termes d'injonction. La technique est remarquablement définie par Vincent Daumas dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune d'Émerainville et syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée-Val-Maubuée* de 2016<sup>202</sup> : « La régularisation est une démarche tendant à rétablir la conformité de l'ordre juridique à la légalité, afin de sauvegarder les effets produits par un acte administratif entaché d'un vice, sans les modifier (...) c'est-à-dire sans que le sens ou le dispositif de l'acte vicié soit en rien changé. (...). En mettant en œuvre une mesure de régularisation, l'administration confirme sa volonté d'édicter l'acte vicié, dans tous les aspects de son sens ou de son contenu. Ainsi la régularisation a pour objet non seulement de rectifier ce que l'acte initial avait d'imparfait, mais aussi, pour le dire

---

<sup>201</sup> CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, p. 197.

<sup>202</sup> CE, Sect., 1<sup>er</sup> juill. 2016, p. 291, *RFDA*, 2017, 289, concl. V. Daumas.

en latin, de réitérer le *negotium* de cet acte. (...) L'enjeu véritable de la régularisation est bien sûr de permettre (...) de purger pour le passé le vice entachant l'acte administratif initial, afin d'éviter la remise en cause des effets qu'il a déjà produits dans l'hypothèse d'une annulation par le juge – qu'une telle annulation soit déjà acquise ou encore possible ».

L'une des questions soulevées par cette démarche porte sur les limites dans lesquelles l'administration peut édicter un tel acte de régularisation. La distinction entre vices de légalité externe et vices de légalité interne est à cet égard appelée à jouer un rôle essentiel.

D'abord, pour Vincent Daumas bien qu'il ne soit pas facile de prétendre donner à l'avance une liste exhaustive des illégalités régularisables, « la plupart des irrégularités de procédure sont régularisables. La plupart des irrégularités de forme nous le semblent aussi »<sup>203</sup>. Un peu plus loin, celui-ci ajoute que « l'ensemble constitué des illégalités régularisables est plus vaste que l'ensemble constitué par les irrégularités de procédure dont les conséquences sur la légalité de l'acte peuvent être neutralisées en application de la jurisprudence *Danthony* », ce qui voudrait signifier que la régularisation rétroactive concerne des actes entachés d'un vice de forme ou de procédure même non « danthonysable ».

Néanmoins, comme il n'est pas évident que la violation de toute règle de forme ou de procédure soit absolument sans effet sur l'acte, Henri Bouillon voit dans le caractère bénin ou non du vice de forme un critère de distinction<sup>204</sup>. En faisant la différence avec le vice non substantiel « si inoffensif qu'il n'a pas même besoin d'être régularisé », Jean-Jacques Israël (que l'auteur s'emploie à citer) explique à ce propos que « le vice régularisable est certes bénin, car il n'a pas bouleversé l'économie générale de l'acte, mais il présente toutefois un degré de gravité légèrement supérieur au vice non substantiel, sans quoi sa régularisation aurait même été superflue. Il paraît donc nécessaire de hiérarchiser le vice non substantiel et le vice bénin régularisable, tout en concédant que la frontière est indécidable et casuistique »<sup>205</sup>.

Ensuite, selon Vincent Daumas, puisqu'elle constitue « un obstacle de fond qui implique que l'existence ou le sens d'un acte administratif ne puisse être maintenu », une illégalité interne « n'est donc en principe pas régularisable ». Il est vrai que la régularisation curative d'un vice de légalité interne est exclue. Ainsi, s'agissant des décisions attribuant une subvention à une association<sup>206</sup>, de celles ordonnant la récupération d'un indu de revenu de solidarité active<sup>207</sup>,

---

<sup>203</sup> V. Daumas, concl. ss CE, Sect., 1<sup>er</sup> juill. 2016, *Commune d'Émerainville et syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée-Val-Maubuée*, p. 295.

<sup>204</sup> H. Bouillon, La régularisation d'un acte administratif après annulation conditionnelle : une technique en gestation, *AJDA* 2018, p. 142.

<sup>205</sup> J.-J. Israël, *La régularisation en droit administratif français*, LGDJ, 1981, p. 59.

<sup>206</sup> Décision *Commune d'Émerainville*, préc.

<sup>207</sup> CE, 16 déc. 2016, *Guionnet*, n°389642.

et des titres exécutoires<sup>208</sup>, cette régularisation se limite aux seuls vices de forme et de procédure.

Or, si on s'en tient au rattachement artificiel de l'incompétence aux vices externes, on remarque que l'opposition vices régularisables/vices non régularisables ne recouvre pas la distinction vices de légalité externe/vice de légalité interne puisque selon une jurisprudence constante, l'incompétence semble également exclue des illégalités régularisables.

Lorsqu'un acte a été adopté par une autorité administrative incompétente, l'approbation de l'autorité administrative compétente ne saurait effacer le vice d'incompétence<sup>209</sup>. Il en va ainsi dans une décision *Le Moign* du 19 janvier 1915<sup>210</sup> où le Conseil d'État refuse la confirmation par un Conseil général des délibérations d'une séance précédente irrégulière en décidant que ceci n'empêche pas un membre du Conseil général d'invoquer l'irrégularité de la délibération initiale. De même, dans une décision du 13 décembre 1946, *Société Lyonnaise des eaux et de l'éclairage*<sup>211</sup>, il juge que le vice d'incompétence résultant de la signature d'un agent non habilité à signer une circulaire réglementaire faute de délégation légalement donnée, ne peut être effacé par le fait que l'autorité compétente déclare s'approprier la décision. La même solution est donnée à propos de la confirmation par le préfet, autorité compétente, d'une mesure de licenciement d'un employé communal pris par le maire<sup>212</sup>.

L'incompétence ne peut pas également être couverte par une ratification de l'autorité compétente en la rendant exécutoire<sup>213</sup>, en procédant à son exécution<sup>214</sup>, ou en adoptant les actes faisant nécessairement suite à l'acte illégal<sup>215</sup> : la seule possibilité, pour cette dernière, est d'adopter une nouvelle décision.

Cette jurisprudence trouve une explication dans le principe d'exercice personnel des compétences mais surtout, elle révèle le caractère douteux du rattachement de l'incompétence aux vices de légalité interne.

Le rattachement de l'incompétence à la légalité est douteux parce qu'il obéit à un régime contentieux très particulier et qui se différencie nettement des autres vices de légalité externe. Le juge a non seulement le pouvoir mais le devoir de soulever d'office le moyen tiré de

---

<sup>208</sup> CE, 11 déc., *Mme Mas*, p. 526.

<sup>209</sup> CE, 2 nov. 1939, *Wagner*, p. 547.

<sup>210</sup> CE, 19 janv. 1915, *Le Moign*, p. 46.

<sup>211</sup> CE, 13 déc. 1946, *Société Lyonnaise des eaux et de l'éclairage*, p. 305.

<sup>212</sup> CE, 13 mars 1936, *Chevreau*, p. 326.

<sup>213</sup> CE, 5 fév. 1958, *Cochin*, p. 73.

<sup>214</sup> CE, 2 mai 1945, *Machet*, p. 82.

<sup>215</sup> CE, Sect., 1<sup>er</sup> juill. 1955, *Charles*, p. 379.

l'incompétence d'une autorité administrative dans l'hypothèse où les requérants omettent de l'invoquer. Le vice d'incompétence échappe de plus, à toute hiérarchisation et n'est concerné ni par les techniques de neutralisation ni par la régularisation rétroactive. À partir de là, peut-on enfin s'autoriser à dire que le rattachement de l'incompétence à la légalité interne est préférable.

## Chapitre 2.

### Le rattachement préférable à la légalité interne

Le rattachement de l'incompétence à la légalité interne est préférable.

En premier lieu, un tel rattachement expliquerait les tentatives qu'il y a depuis longtemps de proposer en doctrine des classifications différentes de celles classiquement retenues. Le doute était déjà alimenté par des classifications théoriques dissidentes (Section 1).

En second lieu, il permettrait de contribuer à la cohérence de l'état de droit en permettant de surmonter certaines difficultés d'une part, et d'autre part, en tirant les conséquences du sort que la législation et la jurisprudence réservent de concert à cette notion (Section 2).

#### Section 1.

##### Un doute alimenté par des classifications théoriques dissidentes

Dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Édouard Laferrière avait systématisé, dès 1887, les différents cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir en distinguant l'incompétence de l'auteur de l'acte, le vice de forme, la violation de la loi et le détournement de pouvoir.

Deux auteurs avaient semblé proposer une classification quelque peu différente. Il s'agit en premier de Marcel Waline qui entendait rattacher l'incompétence à la catégorie des vices tenant à l'objet de l'acte (§ 1). Charles Eisenmann en second, entendait rattacher l'incompétence aux vices de fond par opposition aux modalités d'exercice des pouvoirs légalement conférés (§ 2).

##### § 1. Un vice tenant à l'objet de l'acte (la position de Marcel Waline)

Nous envisagerons par souci de simplicité, dans un premier temps un exposé de la classification faite par Marcel Waline (A) puis dans un second temps, nous en dresserons des critiques (B).

##### A- L'exposé

Marcel Waline dans son *Traité élémentaire de droit administratif*<sup>216</sup>, présente lui aussi quatre cas d'excès de pouvoir mais différents de ceux dégagés depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Dans une section consacrée aux moyens d'annulation et tout en soulignant la différence qu'il y avait avec la « compétence liée », l'auteur explique que le « pouvoir discrétionnaire » de l'autorité administrative « dont il n'appartient pas en principe aux tribunaux, même administratifs de contrôler l'exercice, n'est jamais absolu » et subit de ce fait, « une quadruple limitation ». Chaque « limitation » fait l'objet d'une définition théorique brève.

On retrouve « l'excès de pouvoir tenant à l'objet de l'acte » et qui peut être de deux sortes. Celui-ci peut tenir d'abord à l'incompétence de l'autorité administrative. Cette incompétence se trouve caractérisée dit Marcel Waline, lorsque « l'autorité administrative (...) fait des actes que la loi ne lui donne pas le pouvoir de faire, soit parce que ce pouvoir appartient à une autre autorité administrative, soit *a fortiori* s'il n'appartient à aucune de ces autorités ».

Ensuite, la deuxième manifestation de l'excès de pouvoir tenant à l'objet repose sur la violation de la règle de droit. Cette violation est caractérisée lorsque l'autorité administrative « fait » certains actes alors que « le législateur a interdit à [cette] autorité administrative de [les] faire, même dans l'exercice de sa compétence ».

Cet excès de pouvoir tenant à l'objet de l'acte se distingue de trois autres formes d'excès de pouvoir et qui sont « l'excès de pouvoir par vice de forme » d'abord, « l'excès de pouvoir tenant aux motifs de l'acte » ensuite, et « l'excès de pouvoir tenant aux mobiles de l'acte » enfin.

Ce qui semble caractéristique de cette classification adoptée par Marcel Waline, c'est surtout la réunion de l'incompétence et de la violation de la loi sous un timbre commun : celui de « l'excès de pouvoir tenant à l'objet de l'acte ».

## B- Les critiques

Charles Eisenmann critique dans son *Cours de droit administratif* la classification opérée par Marcel Waline. D'abord, la critique porte sur les désignations de « violation de la loi » d'une part, et d'« incompétence » de l'autre. Ces désignations sont qualifiées dans son *Cours* de « défectueuses »<sup>217</sup>, et un peu plus loin de « fâcheuses » voire de « propres à induire en erreur »<sup>218</sup> précisément parce qu'elles sont insuffisamment précises voire trop larges.

---

<sup>216</sup> M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Recueil Sirey, 6<sup>e</sup> éd. p. 135.

<sup>217</sup> C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, 2 tomes, LGDJ, 1982, p. 323.

<sup>218</sup> C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, 2 tomes, LGDJ, 1982, p. 328.

Mais plus intéressante est la critique soulignant que l'on peut « émettre les doutes les plus sérieux sur la légitimité du groupement de l'incompétence et de la violation de la loi sous une idée commune déterminée, celle d'excès de pouvoir tenant à l'objet de l'acte »<sup>219</sup>. Pour lui, lorsque c'est un autre organe qui peut édicter une décision et non celui qui l'a édicté, l'irrégularité se rapporte beaucoup plus au sujet, à l'auteur de l'acte qu'à l'objet. « Ce n'est en effet pas du tout le dispositif de la norme qui est critiqué, qui est allégué contraire à la réglementation qui lui était applicable ; il ne s'agit pas d'irrégularité intrinsèque de la norme ; le principe de l'irrégularité se trouve dans la personne, l'organe, l'autorité, qui a édicté la norme » explique-t-il<sup>220</sup>.

Bien que la critique de Charles Eisenmann porte sur l'incompétence en tant que telle qui ne peut alors être définie comme un « excès de pouvoir tenant à l'objet de l'acte », l'auteur classe comme on le verra, l'incompétence dans les « vices de fond » par opposition aux irrégularités tenant aux modalités d'exercice des pouvoirs. D'où son deuxième reproche consistant à critiquer précisément le fait que cette classification faite par Marcel Waline « méconnaît absolument cette distinction fondamentale entre les deux catégories de règles : règles déterminant le fond des pouvoirs, et règles sur l'exercice des pouvoirs »<sup>221</sup>.

Bien que la doctrine actuelle soit assez muette sur la question, le Professeur Seiller semble lui aussi, rattacher l'incompétence au contenu de l'acte, à son objet même. Ainsi, dans son manuel de droit administratif, énonce-t-il que « pour savoir si un préfet était compétent pour édicter un acte donné, il convient de vérifier si cet acte rentrait bien dans ceux qu'il est habilité à prendre : le contenu de l'acte détermine l'autorité compétente »<sup>222</sup>.

## § 2. Un vice rattaché aux vices de fond de l'acte (la position de Charles Eisenmann)

Là encore, on adoptera l'exposé d'abord (A), la classification ensuite (B).

### A- L'exposé

Dans une partie de son *Cours* intitulée « *Apprendice. Les vices ou irrégularités des actes administratifs juridiques* », Charles Eisenmann dresse une classification qu'il veut modeste en

---

<sup>219</sup> C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, 2 tomes, LGDJ, 1982, p. 324.

<sup>220</sup> C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, 2 tomes, LGDJ, 1982, p. 328.

<sup>221</sup> C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, 2 tomes, LGDJ, 1982, p. 323.

<sup>222</sup> B. Seiller, *Droit administratif*, Flammarion, coll. Champs Université, 7<sup>e</sup> éd., 2018, p. 255.

la qualifiant de « simple esquisse »<sup>223</sup>, des différentes irrégularités des actes administratifs. Charles Eisenmann prend comme critère de classification les pouvoirs légalement conférés. Selon lui, la distinction à faire est celle entre « les irrégularités pour violation des règles sur l'exercice du pouvoir » et « les irrégularités pour infraction aux règles déterminant le *fond* des pouvoirs (nous soulignons)<sup>224</sup> ».

La première catégorie de règles regroupe « l'irrégularité des formes et de la procédure suivie » qui renvoie selon l'auteur, « au non-accomplissement correct des opérations qui étaient prescrites par la réglementation, soit législative, soit jurisprudentielle, pour l'édiction des normes posées par l'acte »<sup>225</sup>. Il ne va pas plus loin jugeant que ce groupe d'irrégularités « n'ont pas un intérêt théorique majeur »<sup>226</sup>.

Le second groupe de règles embrasse quant à lui, « des irrégularités par infraction aux règles sur le fond des pouvoirs ». À l'intérieur de ce second groupe, est adoptée une division quadripartite. Il distingue en premier, les « irrégularités relatives au but de l'édiction », « irrégularités relatives aux conditions objectives d'édiction » ensuite, « les irrégularités consistant dans la contrariété de la norme édictée à une règle supérieure qui la déterminait » en troisième, et « les irrégularités consistant en ce que la norme a été édictée par un organe qui n'avait pas reçu le pouvoir de l'édicter » enfin et qui intègre l'incompétence de l'auteur d'un acte.

Cependant, pour bien distinguer ces dernières irrégularités de celles « consistant dans la contrariété de la norme édictée à une règle supérieure », l'auteur prend le soin de préciser qu'« il faut supposer que la norme, considérée en elle-même, est parfaitement régulière, c'est-à-dire qu'elle ne contient aucune infraction à une règle supérieure, qu'elle est parfaitement compatible avec la réglementation supérieure, mais que, régulière en elle-même, cette norme a été édictée par une autorité qui n'avait pas compétence, qui n'avait pas le pouvoir de l'édicter »<sup>227</sup>. Dans cette hypothèse, « ce n'est pas du tout le dispositif de la norme qui est critiqué (...) ; le principe de l'irrégularité se trouve dans la personne, l'organe, l'autorité qui a édicté la norme »<sup>228</sup>.

Plus loin, il envisage la distinction entre la compétence *ratione materiae* et la compétence *ratione loci* ou *ratione personae*.

---

<sup>223</sup> C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, 2 tomes, LGDJ, 1982, p. 325.

<sup>224</sup> *Ibid.*

<sup>225</sup> *Ibid.*

<sup>226</sup> *Ibid.*

<sup>227</sup> C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, 2 tomes, LGDJ, 1982, p. 327.

<sup>228</sup> C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, 2 tomes, LGDJ, 1982, p. 328.

Ce qui semble ressortir de cette classification de Charles Eisenmann, c'est l'exclusion nette de l'incompétence des irrégularités tenant aux modalités d'exercice des pouvoirs. L'incompétence est regardée comme une « irrégularité par infraction aux règles sur le fond des pouvoirs ».

## B- Les critiques

Par cette classification, Charles Eisenmann entendait tirer toutes les conséquences de la critique qu'il avait pu formuler à l'égard de l'analyse faite par Marcel Waline dans son *Traité*. C'est dans ses critiques sur la classification de ce dernier qu'on a quelques éléments explicatifs de cette catégorisation par Charles Eisenmann de ces irrégularités en deux groupes distincts. Charles Eisenmann critique le fait que cette distinction ne fasse pas ressortir d'un côté, la violation des règles de forme et de l'autre, toutes les autres irrégularités (y compris l'incompétence) qu'il convenait mieux alors de regrouper sous le timbre commun de « vices de fond ». L'auteur définit ces derniers comme étant une « méconnaissance des règles relatives à la détermination du fond des pouvoirs de l'organe et non pas des règles relatives à l'exercice de ce pouvoir, comme le sont les règles sur la forme »<sup>229</sup>. Cette opposition entre le « fond » du pouvoir et « l'exercice » de celui-ci n'est rien d'autre que l'opposition entre le fond et la forme, entre « ce qui a été décidé » et « la façon dont on a décidé » pour reprendre la terminologie de René Chapus<sup>230</sup>.

Charles Eisenmann continue et selon lui, la différence entre les irrégularités de forme et les vices de fond est « considérable »<sup>231</sup> et elle l'est tellement « qu'un esprit libre doit même se demander s'il est bien juste d'appeler excès de pouvoir l'irrégularité qui consiste simplement en une méconnaissance des règles de forme »<sup>232</sup>. Par conséquent, il serait selon lui « tout à fait excessif »<sup>233</sup> de dire que l'irrégularité consistant en une méconnaissance des règles de forme puisse être constituer un excès de pouvoir puisqu'« il suffit à cette autorité, une fois la première décision annulée, d'observer les règles de forme pour pouvoir reprendre exactement la même décision »<sup>234</sup>. Cette expression fait écho aux propos du président Kahn dans ses conclusions sur la décision *Dame Ginestet* précitée ; faisant la différence entre l'illégalité externe et l'illégalité

---

<sup>229</sup> C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, 2 tomes, LGDJ, 1982, p. 323.

<sup>230</sup> R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2008.

<sup>231</sup> C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, 2 tomes, LGDJ, 1982, p. 323.

<sup>232</sup> *Ibid.*

<sup>233</sup> *Ibid.*

<sup>234</sup> *Ibid.*

interne, celui-ci prenait, pour opérer la distinction entre les deux formes d'illégalité, le critère des conséquences de l'annulation de la décision administrative.

Enfin et vers la fin de sa première critique, Charles Eisenmann propose d'opposer les « irrégularités de forme, d'un côté ; les autres irrégularités, d'un autre côté »<sup>235</sup>. Il est clair que pour lui, les vices de forme constituent des irrégularités distincts et opposables aux « autres » irrégularités qui forment les « vices de fond ». L'emploi de l'adjectif « autre » est important puisqu'il permet d'intégrer l'incompétence dans cette catégorie résiduelle. En procédant à un raisonnement par exclusion, il ressort que les questions de compétence ne sont pas selon Charles Eisenmann des règles relatives à l'exercice du pouvoir mais bien à la détermination du fond de celui-ci.

L'apport de Charles Eisenmann résonne encore aujourd'hui. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt *CFDT* précité, Aurélie Bretonneau reprend cette thèse pour justifier que l'inopérance des vices de forme ou de procédure invoqués à l'appui des contestations formées après l'expiration du délai de recours dans le cadre d'un recours formé contre le refus d'abroger un acte réglementaire ou par la voie de l'exception d'illégalité. Tout en précisant les contours de la solution qu'elle propose, celle-ci semble manifester son désir de vouloir rattacher l'incompétence à la légalité interne.

Nous ne sommes pas les premiers à plaider en faveur du détachement de l'incompétence des autres vices externes. Bien que rares, les auteurs qui le pensent n'ont pas manqué d'exprimer leur point de vue à ce sujet. Appuyé par une doctrine minoritaire, le rattachement à la légalité interne de l'incompétence concourt par ailleurs à la cohérence de l'état du droit.

## Section 2.

### Un rattachement concourant à la cohérence de l'état du droit

Le rattachement de l'incompétence à la légalité interne concourt à la cohérence de l'état du droit.

En premier lieu, un tel rattachement permet de rendre compte davantage de ce que recouvre la notion d'incompétence. Celle-ci est d'abord et avant tout, un vice relatif au motif de la décision (§ 1).

---

<sup>235</sup> *Ibid.*

En second lieu, il entraîne logiquement des conséquences contentieuses. Il s'agit d'un prolongement du sort que la législation et la jurisprudence réservent à ce vice en particulier, mais encore à d'autres vices rattachés à la légalité interne (§ 2).

### § 1. Un vice reposant sur un motif illégal

Très utilisée en contentieux constitutionnel, l'incompétence dite « négative » désigne le fait pour une autorité administrative de rester en deçà de sa compétence.

Cette notion est la source d'hésitations jurisprudentielles et de controverses doctrinales. Mais aujourd'hui tant la doctrine que la jurisprudence s'accordent à dire qu'une autorité administrative commet une « erreur de droit » lorsqu'elle se rend coupable d'une incompétence négative (A).

Une autorité administrative ne saurait disposer de sa compétence, et doit être sanctionnée aussi bien lorsqu'elle excède que lorsqu'elle méconnaît celle-ci. La cohérence plaide en faveur d'une généralisation de ce rattachement non seulement à des cas où l'autorité méconnaît sa compétence mais également lorsqu'elle outrepassé celle-ci. La généralisation doit donc, se faire au profit de cas d'incompétences dites « positives » (B).

#### A- Le rattachement de l'incompétence négative à l'erreur de droit

Très utilisée aujourd'hui par le Conseil constitutionnel, c'est dans le giron du droit administratif qu'est venue au monde près d'un siècle plus tôt cette notion d'incompétence négative puisque c'est à propos de deux décisions du Conseil d'État relatives, respectivement, aux médailles<sup>236</sup> et aux chercheurs d'or<sup>237</sup> qu'Édouard Laferrière la forge en 1888 dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*<sup>238</sup>.

En premier lieu, la jurisprudence est hésitante sur cette notion d'incompétence négative puisque d'une part, elle recouvre des irrégularités très diverses et d'autre part, la formule utilisée par le juge administratif ne correspond pas à la notion doctrinale d'« incompétence négative ». D'abord, on ne peut manquer d'être surpris par la très grande variété des irrégularités ainsi censurées. Aurélie Bretonneau dans un numéro des *Nouveaux cahiers du Conseil*

---

<sup>236</sup> CE, 1<sup>er</sup> mai 1874, *Lezeret de la Maurinerie*, p. 410.

<sup>237</sup> CE, 23 nov. 1883, *Société des mines d'or de la Guyane c/ Malguy*, p. 832.

<sup>238</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et Cie, 1888, t. 2, p. 491.

*constitutionnel* écrit-elle que « le pavillon de l'incompétence négative ne s'en est pas moins montré accueillant, regroupant sous un intitulé unique des configurations disparates »<sup>239</sup>. La variété est telle qu'on en vient à douter de la consistance de cette notion.

On en recense quatre hypothèses : d'abord, la forme d'incompétence négative la plus classique – celle qui avait été théorisée par Laferrière – consiste en ce que l'autorité concernée refuse de statuer, en alléguant, à tort, son incompétence<sup>240</sup> ; la deuxième correspond aux cas où, tout en prenant effectivement la décision qu'elle est compétente pour adopter, une autorité administrative se croit liée par l'avis d'une autre autorité – et ce faisant, elle permet en quelque sorte à cette dernière de prendre la décision à sa place<sup>241</sup> ; la troisième correspond aux cas dits de « subdélégation illégale », par laquelle l'autorité compétente se décharge expressément, et sans respecter les formalités nécessaires, sur une autorité inférieure de son pouvoir de décision ; la quatrième – similaire à celle dont législateur peut, selon le Conseil constitutionnel, se rendre coupable – renvoie au fait pour une autorité administrative de se montrer insuffisamment précise dans sa décision, si bien qu'une trop grande marge d'appréciation est laissée à son application<sup>242</sup>.

Ces différents cas de figures ont en commun de traduire une retenue coupable de l'autorité administrative. Ils emportent pour le reste des conséquences très variées, et même hétéroclites, allant de l'absence de toute décision de fond là où il en faudrait une à l'intervention d'une décision de fond dont le véritable auteur n'est pas le bon, en passant par l'édiction d'une décision compétemment, mais incomplètement prise.

Ensuite, celui qui cherche à analyser le traitement contentieux que le juge réserve à l'incompétence négative se heurte immédiatement à une difficulté terminologique : le juge administratif, au contraire du Conseil constitutionnel, n'utilise pas cette expression. Dans tous les cas où le juge fait droit au moyen rangé sous ce pavillon, le juge administratif préfère relever que l'autorité administrative a « méconnu (l'étendue de) sa compétence ». De fait, dans les arrêts du Conseil d'État qui sont le plus communément cités comme exemples d'incompétences

---

<sup>239</sup> A. Bretonneau, L'incompétence négative « faux ami » du juge administratif ?, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°46, 2015, p. 22.

<sup>240</sup> Dans l'arrêt *Lezeret de la Maurinerie* de 1874, le Conseil d'État sanctionne le garde des Sceaux pour avoir décliné toute autorité hiérarchique sur le grand chancelier de la Légion d'honneur – dont le requérant contestait la décision. Ce type d'incompétence négative continue d'être aujourd'hui sanctionnée : V. par ex. CE, 22 nov. 1996, *Société Home Vidéo Channel*, p. 204.

<sup>241</sup> V. par ex. : CE, Sect. 20 juin 2003, *M. Stilinovic*, p. 258 où le ministre de la justice avait volontairement lié son pouvoir d'appréciation en matière de discipline des magistrats du parquet à celui du Conseil supérieur de la magistrature.

<sup>242</sup> V. par ex. : CE, 28 oct. 2011, *Commune de Moisselles*, p. 630 où le Conseil d'État annule la délibération d'un Conseil municipal accordant une garantie de la commune pour plusieurs emprunts d'une société d'économie mixte, pour la seule raison que cette délibération était restée trop vague.

négligentes, ce sont bien ces formules qui sont utilisées, formules qui par ailleurs, sont également utilisées par le Conseil constitutionnel – qui ne se contente donc pas de l'expression d'« incompétence négative », même s'il lui arrive souvent de l'utiliser<sup>243</sup>.

Par ailleurs, le juge applique la formule « a méconnu (l'étendue de) sa compétence » non pas seulement à des autorités administratives mais aussi à des autorités juridictionnelles<sup>244</sup>. Mais encore, on observe que le juge sanctionne une incompétence dite « positive » en évoquant la « méconnaissance de l'étendue de sa compétence » par l'autorité administrative, autrement dit, alors même que l'autorité administrative n'est pas restée en deçà, mais a outrepassé sa compétence<sup>245</sup>. Sans doute peut-on s'étonner, voire s'inquiéter de cette similitude, qui ne participe certainement pas à la clarté ni à la cohérence du discours juridictionnel, mais un tel usage de la formule est, en ce qui concerne les autorités administratives, assez rare et les décisions rendues dans ces cas assez isolés.

En second lieu, la qualification de l'incompétence négative en « erreur de droit » par le juge administratif étant de plus en plus fréquente<sup>246</sup>, la doctrine semble vouloir généraliser cette solution. Ainsi, pour Jean de Soto, « c'est le contenu même de l'acte qui est illégal. La nullité est bien plutôt relative à l'objet de l'acte. La décision émane du fonctionnaire compétent mais elle est erronée »<sup>247</sup>. Quant à Michel D. Stassinopoulos, il énumère les différents cas d'incompétence sans y inclure l'incompétence négative, mais en précisant, en note : « Alibert, p. 217 ajoute l'« incompétence négative » (lorsqu'un agent refuse de prendre une décision en alléguant à tort son incompétence), qui n'est toutefois qu'une erreur de droit »<sup>248</sup>. Jean-Marie Auby et Roland Drago proposent de réserver la qualification d'« incompétence » aux cas où « celui dont émane l'acte litigieux n'était pas celui désigné par (la) règle (de compétence) pour exercer cette compétence »<sup>249</sup>. Or, tel n'est pas le cas, argumentent-ils, en ce qui concerne les hypothèses dites d'incompétence négative, puisque l'auteur de l'acte est bien compétent pour

---

<sup>243</sup> V. par ex. : Cons. const., 27 févr. 2007, *Télévision du futur*, 2007-550 DC (dans laquelle l'expression constitue le titre d'une subdivision de la décision) ou Cons. const., 29 juill. 2004, *Traitements de données à caractère personnel*, 2004-499 DC (où l'expression est utilisée dans un considérant).

<sup>244</sup> Ainsi, saisi en cassation d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris, le Conseil d'État estime que celle-ci avait « méconnu l'étendue de sa compétence » en refusant de statuer sur la question de savoir si un arrêté du ministre de l'intérieur était constitutif ou non d'une voie de fait, au motif que cette question relevait du juge judiciaire (CE, 6 avr. 2001, *M. X*, n°212106).

<sup>245</sup> V. l'annulation de la décision de la commission nationale d'aménagement foncier d'attribution de parcelle afin de tirer les conséquences d'un jugement du tribunal administratif d'Orléans annulant la délibération d'un conseil municipal (CE, 15 oct. 2004, *Groupement agricole d'exploitation en commun du Colombier*, req. n°248289).

<sup>246</sup> V. *supra*. Pour un exemple récent : CE, 3 juin 2009, *CIMADE*, p. 211.

<sup>247</sup> J. de Soto, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, Paris, 1941, p. 129.

<sup>248</sup> M. Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Coll. de l'Institut français d'Athènes, Athènes, 1954, p. 113, n°1.

<sup>249</sup> J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd. 1975, t. II, p. 246-247.

le prendre. Quant à Jean Kerninon, il estime que le parallélisme entre incompétences positive et négative « n'est qu'apparent : dans un cas, l'acte émane d'une autorité incompétente (cas de l'incompétence positive), dans l'autre, c'est l'autorité compétente qui prend la décision (cas de l'incompétence négative) »<sup>250</sup>. Dans le *Manuel de droit administratif* de Georges Dupuis, Marie-José Guédon et Patrice Chrétien, on peut lire que l'on « parle de compétence négative, bien qu'il s'agisse plutôt d'une erreur de droit selon la jurisprudence, lorsqu'une autorité méconnaît sa propre compétence »<sup>251</sup>. Sans opter clairement pour ou l'autre des positions, après en avoir fait une présentation très classique (comme une sorte d'incompétence), René Chapus conclut celle-ci de façon assez prudente : « il reste que l'idée d'incompétence négative paraît, en elle-même, singulière », ce qu'il lui permet de faire ensuite état des hésitations jurisprudentielles à ce sujet<sup>252</sup>.

La thèse consistant à plaider pour que l'incompétence négative soit toujours rattachée au vice d'incompétence strictement entendu est surtout celle des auteurs assez anciens tels qu'Édouard Laferrière, Raphaël Alibert ou François Gazier, et reste très peu défendue aujourd'hui<sup>253</sup>.

Il n'est pas inutile, pour comprendre le rattachement de l'incompétence négative en « erreur de droit » de revenir sur la note de Jean-Marie Auby sous l'arrêt *Quéral*<sup>254</sup> – Jean-Marie Auby est du moins l'auteur qui est généralement identifié comme étant à l'origine de la remise en cause à partir des années 1950, de la théorie de l'incompétence négative<sup>255</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'une décision du ministre du travail qui s'était déclaré incompétent pour connaître d'un recours hiérarchique formé par un administré contre la décision d'un inspecteur du travail. Le Conseil d'État a estimé que cette dernière décision était bien légale ; dès lors, si le ministre l'avait simplement confirmée, explicitement ou implicitement (en gardant le silence), sa décision eût été, par voie de conséquence, légale elle aussi. Cependant, le ministre ne s'était pas fondé, pour rejeter le recours hiérarchique, sur la légalité de la décision de l'inspecteur, mais sur sa propre incompétence à connaître d'un tel recours. C'est cette décision que le juge a annulée.

Selon Jean-Marie Auby, dans cette affaire ce qui est illégal et par conséquent sanctionné, ce n'est donc pas le fait pour le ministre de ne pas statuer, mais le fait de ne pas statuer en invoquant

---

<sup>250</sup> J. Kerninon, *Rev. adm.*, 1981, p. 480.

<sup>251</sup> G. Dupuis, M.-J. Guédon et P. Chrétien, *Manuel de droit administratif*, Paris, Sirey, 11<sup>e</sup> éd., 2009, p. 651

<sup>252</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, Paris, Montchrestien, 2001, p. 1030.

<sup>253</sup> Les seuls à adopter clairement cette première position sont Christian Debouy (*Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, PUF, 1980, p. 44) ou Georges Schmitter (*L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives, Annuaire international de Justice Constitutionnelle*, t. 5, 1898, p.144).

<sup>254</sup> CE, 30 juin 1950, *Quéral*, p. 413, note J.-M. Auby (S. 1951. 3. 85).

<sup>255</sup> C. Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, PUF, 1980, p. 43-44.

sa propre incompétence – autrement dit, le motif de ce refus. Comme le reconnaît Christian Debouy<sup>256</sup>, auteur aux vues diamétralement opposées, « cette position ne manque pas d'une certaine logique » : elle consiste à affirmer que l'on ne saurait « annuler pour incompétence la décision prise par une autorité compétente ».

Quoi qu'il en soit, la conclusion qui s'impose met en évidence le caractère paradoxal de l'expression considérée. Ce caractère paradoxal est mis en avant par Arnaud Le Pillouer dès les premières lignes de son article : « Autant le dire tout net : l'expression d'« incompétence négative » n'est pas très heureuse. La raison est simple : l'adjectif n'apporte pas de précision au substantif, il le contredit » écrit-il. Quelques lignes plus loin, il ajoute que « ce paradoxe apparent n'est sans doute pas sans lien (...) avec les hésitations doctrinales, et même jurisprudentielles, que cette notion suscite en droit administratif »<sup>257</sup>.

#### B- La généralisation du rattachement aux cas d'incompétence positive.

Si la jurisprudence et la doctrine s'accordent à dire qu'une autorité administrative commet une « erreur de droit » lorsque celle-ci reste en deçà de sa compétence, la cohérence juridique plaiderait en faveur d'une généralisation de ce rattachement aux cas où l'autorité outrepassa cette compétence. Cette thèse peut être appuyée par des exemples tirés de la jurisprudence.

En premier lieu, la critique des auteurs groupés autour de la conception de Jean-Marie Auby peut être nuancée. Certes, il est permis de dire que dans le cas où l'autorité administrative s'est refusée à statuer sous le prétexte erroné qu'elle n'avait pas compétence pour prendre la décision « l'illégalité n'est relative qu'au motif illégal sur lequel cette autorité s'était fondée en appliquant faussement la règle de compétence ». Mais ce raisonnement ne serait-il pas également applicable aux cas d'incompétence dite positive entachant les décisions de l'autorité administrative ? L'illégalité serait alors relative au motif illégal sur lequel cette autorité s'était fondée pour se reconnaître compétente, en appliquant faussement la règle de compétence.

L'incompétence (négative comme positive) est fondamentalement un vice dans les motifs de droit sur lesquels s'appuie la décision. Elle se rapporte à une mauvaise interprétation du sens et de la portée de la règle de compétence appliquée. Il n'est pas inenvisageable de pouvoir rattacher l'incompétence positive à l'instar de l'incompétence négative, à l'erreur de droit. Un

---

<sup>256</sup> C. Debouy, op. cit., p. 44.

<sup>257</sup> A. Le Pillouer, L'incompétence négative des autorités administratives : retour sur une notion ambivalente, *RFDA* 2009, p. 1203.

tel rattachement n'est d'ailleurs pas sans pertinence, tant les catégories de l'incompétence et de l'erreur de droit sont vagues et extensibles.

L'incompétence en général est en lui-même une erreur de droit. Le grief d'incompétence a permis au Conseil d'État au XIX<sup>e</sup> siècle, comme on l'a vu, de sanctionner sur le fondement de la loi des 7 et 14 octobre 1790, des illégalités qui seraient aujourd'hui qualifiées d'erreur sur les motifs, voire de procéder à un contrôle de l'erreur de fait. Dans son *Cours de droit administratif*, Charles Eisenmann écrit à propos de l'incompétence qu'elle « couvre évidemment toutes les hypothèses d'irrégularité au fond, toutes répondent à une « incompétence » »<sup>258</sup>. Pour François Gazier, « une même irrégularité selon la manière dont elle est décelée et dénoncée peut bien souvent constituer aussi bien une incompétence qu'un défaut de base légale, un vice de procédure qu'un détournement de pouvoir, un détournement de procédure qu'une erreur de fait »<sup>259</sup>.

La compétence n'étant pas un droit à la libre disposition de l'agent de l'administration mais une charge qui s'impose à lui, l'agent administratif doit par conséquent être sanctionné aussi bien lorsqu'il méconnaît que lorsqu'il excède celle-ci. Dans les deux cas, il y a bien illégalité (interne) quant à la compétence, si bien que, si on devait reformuler une expression de Raphaël Alibert, on pourrait dire que « l'incompétence [positive] est absolument semblable à l'incompétence [négative], et se trouve réglée *mutatis mutandis* par les mêmes principes et les mêmes règles »<sup>260</sup>.

En second lieu, si on devait procéder à une mise en application de ce raisonnement, on remarque que les illustrations jurisprudentielles sur l'incompétence positive viennent appuyer cette réflexion. Il est intéressant de reprendre la distinction proposée par Marion Ubaud-Bergeron<sup>261</sup> entre deux formes d'incompétence positive. D'un côté, il existe l'incompétence par défaut de compétence constituée « lorsque l'incompétence résulte de l'inexistence d'une compétence, et non d'un mauvais usage de la compétence ». De l'autre côté, se situe l'incompétence par erreur de compétence qui « se situe (...) dans l'usage que fait l'organe de sa compétence ». Par souci de simplicité nous envisageons les deux variétés de l'incompétence *ratione materiae* parce qu'elles sont plus fréquentes.

---

<sup>258</sup> C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Dalloz, p. 324.

<sup>259</sup> F. Gazier, *Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950*, op. cit., p. 83.

<sup>260</sup> R. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, Payot, 1926, p. 217.

<sup>261</sup> M. Ubaud-Bergeron, « L'incompétence », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, préc., p. 145.

D'abord, une première manifestation du défaut de compétence trouve une illustration dans les cas d'empiètement sur l'autorité judiciaire. Ainsi, le Conseil d'État juge dans un arrêt *Mme Laverlochère* de 1993<sup>262</sup> qu'« aucune disposition législative ou réglementaire ne confère au maire le pouvoir d'ordonner la démolition d'une construction édifiée, même illégalement, sur une propriété privée ». En réalité, le maire est sanctionné parce qu'il a mal fondé en droit sa décision : aucune disposition législative ou réglementaire ne l'habilitait à prendre la mesure contestée – la connaissance de question de propriété appartenant exclusivement à l'autorité judiciaire.

Une seconde manifestation du défaut de compétence trouve une illustration dans les cas d'empiètement sur le domaine de la loi. Ainsi, le Conseil d'État juge dans un arrêt *Association nationale des dirigeants des agences comptables* de 2004<sup>263</sup> que l'article 16 du décret du 12 mai 1960 qui fixe le principe d'une responsabilité pécuniaire et personnelle des agents comptables des organismes de sécurité sociale est entaché d'incompétence, car cette matière est réservée par l'article 34 de la Constitution à la seule compétence du législateur. On peut considérer que le vice entachant le décret qui empiète sur le domaine de la loi est une mauvaise interprétation de l'article 34 de la Constitution.

Ensuite, l'erreur dans la compétence peut se manifester par l'empiètement d'une autorité administrative sur la compétence d'une autre autorité administrative.

Il en va ainsi du ministre de l'économie et des finances qui prend une décision relevant de la compétence du premier ministre et qui fonde mal en droit sa décision dans l'arrêt *Association des diplômés ICH du Languedoc-Roussillon* de 2000<sup>264</sup> puisqu'« à la date de l'arrêté attaqué, aucune disposition législative ou réglementaire n'habilitait le ministre de l'économie et des finances à édicter les dispositions réglementaires mentionnées à l'article L. 111-4, précité, du code des assurances ; qu'en l'absence d'une telle délégation, et nonobstant la circonstance que le ministre signataire exerce la tutelle du secteur des assurances, le premier ministre était seul compétent pour imposer l'usage de clauses types de contrats ».

Dans le même sens, dans un arrêt d'assemblée *Anglès d'Auriac* de 1961<sup>265</sup>, le Conseil d'État déclare l'incompétence du ministre de l'éducation nationale pour édicter, dans une circulaire relative aux contrats de l'enseignement privé, des mesures de caractère réglementaire en l'absence d'une disposition législative l'y autorisant. Si le ministre de l'éducation nationale est

---

<sup>262</sup> CE, 6 sept. 1993, *Mme Laverlochère*, LPA 5 janv. 1994, p. 22.

<sup>263</sup> CE, 28 avr. 2004, *Association nationale des dirigeants des agences comptables*, p. 175.

<sup>264</sup> CE, 13 sept. 2000, *Association des diplômés ICH du Languedoc-Roussillon*, p. 377.

<sup>265</sup> CE, Ass., 24 nov. 1961, *Anglès d'Auriac*, p. 657.

sanctionné, c'est parce que sa décision est mal fondée en droit car se reconnaissant à tort compétent.

À partir du moment où l'incompétence est un vice tenant à un motif illégal, le rattachement à la légalité interne est logique et entraîne des conséquences contentieuses.

## § 2. Les conséquences contentieuses

Le rattachement de l'incompétence à la légalité interne entraîne des conséquences contentieuses. D'abord, les moyens qualifiés d'ordre public sont regroupés autour d'une même cause juridique (A). Ensuite, les vices de légalité interne sont unifiés par des techniques correctives communes (B).

### A- Des moyens d'ordre public regroupés autour d'une même cause juridique

Notion entièrement fonctionnelle, le terme de « moyens d'ordre public », très fréquemment utilisé par la jurisprudence, ne peut recevoir une définition conceptuelle. Il se révèle ainsi plus facile de déterminer son régime juridique que d'en préciser les contours. L'existence d'un moyen d'ordre public peut être identifiée de trois manières : soit le moyen est expressément qualifié comme tel<sup>266</sup> ; soit il est y fait droit en étant précédé de la formule « sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête » ; soit une partie a pu l'invoquer après l'expiration du délai de recours alors qu'il relevé d'une cause juridique distincte.

À titre préliminaire, il importe de relever que c'est le juge qui décide d'ériger un moyen de droit en moyen d'ordre public. Présentent un caractère d'ordre public les règles relatives à la compétence de la juridiction administrative saisie<sup>267</sup> comme aux conditions de recevabilité de la requête ou encore le défaut de qualité de l'une des parties.

Outre ces moyens intéressant la procédure contentieuse, on relève de nombreux moyens d'ordre public intéressant le fond du litige. Sont ainsi d'ordre public les moyens tirés de l'incompétence de l'auteur de l'acte (acte unilatéral<sup>268</sup> ou contractuel<sup>269</sup>), de la rétroactivité d'un règlement<sup>270</sup>, de la violation de l'autorité absolue de chose jugée<sup>271</sup>, de l'inexistence juridique d'un acte, de

---

<sup>266</sup> V. par ex. : CE, 17 juill. 2013, *Syndicat national des professionnels de santé au travail*, n°358109.

<sup>267</sup> V. par ex. : CE, 4 oct. 1967, *Trani*, p. 352.

<sup>268</sup> CE, 15 févr. 1961, *Alfred-Joseph*, p. 114.

<sup>269</sup> CE, Sect., 28 janv. 1977, *Sté Heurty*, p. 50.

<sup>270</sup> CE, Sect., 8 nov. 1968, *Menez*, p. 557.

<sup>271</sup> CE, 28 juill. 1999, *Lainé*, n°195572. En revanche, absence de caractère d'ordre public du moyen tiré de la violation de l'autorité relative de la chose jugée : CE, 1<sup>er</sup> juin 2011, *Min. du Budget*, n°343245, inédit.

la nullité d'une transaction (sont nulles par exemple : la renonciation à l'exercice d'une compétence<sup>272</sup>, ou la promesse d'exercer la compétence<sup>273</sup>, ou encore la transaction relative à la compétence), ou encore de la méconnaissance du champ d'application de la loi (le mot « loi » étant ici entendue au sens large), c'est-à-dire le fait pour l'administration d'avoir pris une décision sur la base d'une norme inapplicable (le juge, selon la formule jurisprudentielle, a l'obligation de relever d'office ce moyen lorsqu'il ne pourrait statuer sur le litige dont il est saisi « sans méconnaître lui-même le champ d'application de la loi »<sup>274</sup>, c'est-à-dire si appliquer la loi en cause reviendrait pour le juge à se fonder sur des dispositions inapplicables).

Certains moyens d'ordre public, enfin, concernent des contentieux spécifiques. En matière électorale, par exemple, constitue un moyen d'ordre public le moyen tiré de l'inéligibilité d'un candidat<sup>275</sup> ; en matière contractuelle, la nullité d'un contrat administratif<sup>276</sup> ; dans le domaine de la responsabilité, le moyen tiré de l'existence d'une responsabilité sans faute<sup>277</sup> ou le principe qu'une personne ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas<sup>278</sup>.

En revanche, un moyen tiré de la violation d'un vice de forme ou de procédure n'est pas un moyen d'ordre public. La solution en contentieux communautaire est différente puisque la violation de formes substantielles constitue aux yeux de la Cour de justice de l'Union européenne, un moyen d'ordre public<sup>279</sup>.

On peut retenir de cet exposé des moyens d'ordre public, que tous les moyens qualifiés d'ordre public sont des vices tenant à la légalité interne de l'acte. Cependant, l'inverse n'est pas vrai ; autrement dit, tous les vices tenant à la légalité interne ne sont pas forcément qualifiés d'ordre public. En revanche, les vices de légalité externe ne sont jamais qualifiés comme tels, en principe.

Moyens d'ordre public et cause juridique entretiennent des relations étroites. Le caractère également fonctionnel de la cause de la demande en justice explique la difficulté que rencontrent les tentatives pour lui donner une définition conceptuelle satisfaisante. Il en est ainsi de la définition de la cause de la demande comme un « raisonnement juridique » par le président Odent ou encore, comme une « principe juridique » par le président Kahn.

---

<sup>272</sup> CE, 9 mars 1951, *Ville de Villefranche-sur-Saône*, p. 144 (délibération d'un Conseil municipal s'interdisant à l'avenir la création de boulangeries municipales).

<sup>273</sup> CE, 7 août 1903, *Douriez*, p. 636 (promesse de nomination).

<sup>274</sup> CE, Sect., avis, 5 avr. 1996, *Houdmond*, p. 116.

<sup>275</sup> CE, 22 mai 1908, *Élect. De Sartène*, p. 557.

<sup>276</sup> CE, Sect., 13 juill. 1961, *Sté d'entr. générale et de travaux publics pour la France et pour les colonies*, p. 473.

<sup>277</sup> CE, Sect., 29 nov. 1974, *Épx Gevrey*, p. 600. En revanche, absence de caractère d'ordre public de la responsabilité contractuelle sans faute : CE, 11 juill. 2014, n°359980.

<sup>278</sup> CE, Sect., 19 mars 1971, *Mergui*, p. 235.

<sup>279</sup> Affaire 6-54 du 21 mars 1955, Recueil 1955, p. 220.

Bruno Kornprobst définit la cause comme un statut juridique sous lequel le requérant entend se placer mais refuse de reconnaître le caractère d'un véritable statut juridique à la légalité externe dont les vices ne seraient qu'une « présomption d'illégalité »<sup>280</sup>. En revanche, il aboutit à reconnaître l'unité formée par le moyen de l'incompétence et les moyens relevant de la légalité interne de l'acte parce qu'il considère le vice de l'incompétence comme une « présomption (...) d'illégalité entraînant toujours la sanction du juge » à l'instar des vices de légalité interne<sup>281</sup>. Bruno Kornprobst écrit lui-même à propos de l'incompétence qu'elle devrait être « considérée comme relevant toujours de la même cause que les moyens d'illégalité interne puisqu'elle peut être soulevée à tous les stades de la procédure »<sup>282</sup>. Toutefois, l'auteur ne va pas plus loin et se garde d'envisager le rattachement de l'incompétence à la légalité interne.

Le pas supplémentaire franchi dans la présente étude tient plus de la cohérence que de la révolution. Ce rattachement éclaire la contradiction apparente qu'il y a à soulever l'incompétence après avoir présenté des moyens de légalité interne. À partir du moment où l'incompétence est classée au sein de la légalité interne, les moyens d'ordre public en excès de pouvoir relèvent d'une seule et même cause juridique, celle de la légalité interne : les uns se rattachant à l'incompétence, et les autres à la méconnaissance du champ d'application de la loi.

#### B- Des vices de légalité interne unifiés par des techniques correctives communes

On l'a vu, toute illégalité affectant une décision administrative n'entraîne pas invariablement son annulation. Certaines techniques dites de correction ne couvrent que l'incompétence et les autres vices de légalité interne. Parce qu'elles sont communes à tous les vices internes, d'autres ne remettent pas en cause le rattachement de l'incompétence à la légalité interne. Bien au contraire, ce rattachement est même retrouvé et le lien existant entre les vices internes, renforcé. En premier lieu et outre le pouvoir d'interprétation du juge qui lui permet de corriger certaines illégalités en comprenant l'acte contesté dans le sens de la légalité<sup>283</sup>, les techniques de correction de l'illégalité, qui relèvent de l'office du juge, sont classiques. Le juge administratif dispose ainsi d'un pouvoir de substitution qui désigne deux techniques distinctes, la substitution de base légale et la substitution de motifs.

---

<sup>280</sup> B. Kornprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, p. 309-310 et pp. 362-363.

<sup>281</sup> B. Kornprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, p. 364 et pp. 349-351.

<sup>282</sup> Op. cit. p. 364.

<sup>283</sup> Le pouvoir d'interprétation du juge permet une véritable correction de l'acte illégal. Ainsi, pour le Professeur Seiller, « en acceptant d'effacer l'illégalité potentielle d'un acte administratif, le juge se livre à une réécriture de cet acte dont il gomme les malfaçons » (B. Seiller, *L'illégalité sans l'annulation*, AJDA 2004. 964).

La première est clairement définie par Jacques-Henri Stahl dans ses conclusions sur l'arrêt *El Bahi* du 3 décembre 2003 : « la substitution de base légale revient à substituer au fondement légal sur lequel a cru pouvoir s'appuyer l'autorité administrative une autre base légale qui permettrait à cette autorité de prendre légalement la même décision »<sup>284</sup>. Le mécanisme se comprend aisément : le juge administratif constate l'illégalité d'une décision mais, plutôt que d'en prononcer l'annulation, il en corrige le vice en déterminant le fondement juridique correct. La jurisprudence est constante sur le fait que l'administration ne peut utilement demander une telle substitution lorsque la décision litigieuse est entachée d'un vice de forme ou de procédure<sup>285</sup>. Cependant, à partir du moment où on admet que l'autorité administrative qui fait une mauvaise interprétation d'une règle de compétence en se reconnaissant faussement compétente, ou alors en se fondant pour se reconnaître compétente, sur une norme inapplicable, soit qu'elle ait cessé de produire ses effets, soit qu'elle visait d'autres situations que celle sur laquelle l'autorité administrative a statué, le juge fait preuve de réalisme et estime que l'administration est fondée à prendre la décision qu'elle a adoptée, mais sur le fondement d'un autre texte que celui qu'elle a cru pouvoir invoquer. L'incompétence et les autres vices de légalité interne ne sont pas alors de nature à justifier l'annulation de l'acte et cette illégalité peut même être corrigée en déterminant le fondement juridique correct.

Ensuite, le même raisonnement peut être tenu à propos de la substitution de motifs, autre déclinaison du pouvoir, et qui consiste à remplacer le motif erroné de la décision par un motif juridiquement justifié. Le dispositif de la décision de l'administration reste le même, seuls les motifs sont corrigés. Ce mécanisme doit immédiatement être distingué de la neutralisation de motifs issus de la jurisprudence *Dame Perrot* de 1968<sup>286</sup>, qui consiste simplement à écarter les motifs illégaux sur lesquels a pu se fonder l'administration pour ne retenir que les motifs légaux. La substitution de motifs est une technique ancienne<sup>287</sup> qui a longtemps été cantonnée aux hypothèses dans lesquelles l'administration se trouvait en situation de compétence liée<sup>288</sup>.

Par deux décisions de 2001 et 2004, concernant respectivement le plein contentieux et l'excès de pouvoir, le juge administratif a élargi les possibilités de substitutions de motifs. À travers les arrêts *Compagnie nationale Air France* du 23 novembre 2001<sup>289</sup> et *Mme Hallal* du 6 février 2004<sup>290</sup>, le Conseil d'État a élargi les possibilités de substitution de motifs en développant cette

---

<sup>284</sup> J.-H. Stahl concl. sur CE, Sect., 3 déc. 2003, *Préfet de Seine-Maritime c/ El Bahi*, RFDA 2004. 733.

<sup>285</sup> TA Nîmes, 21 déc. 2011, n°1002103, *Viau*.

<sup>286</sup> CE, Ass., 12 janv. 1968, *Ministre de l'économie et des finances c/ Mme Perrot*, p. 39.

<sup>287</sup> CE, 8 juin 1934, *Augier*, p. 660

<sup>288</sup> CE, Sect., 23 juill. 1976, *Ministre du travail c/ URSAFF du Jura*, p. 362.

<sup>289</sup> CE, Sect., 23 nov. 2001, *Compagnie Air France*, p. 576.

<sup>290</sup> CE, Sect., 6 févr. 2004, *Mme Hallal*, p. 48.

technique qui lui permet, dans certains cas, de corriger une illégalité pour éviter de prononcer l'annulation d'une décision. Et de la même manière, cette technique – avec celle de la neutralisation d'un motif illégal d'une décision fondée sur plusieurs motifs – ne couvre que les seules illégalités internes. Selon une solution dégagée par le Conseil d'État dans un arrêt *Rosenthal* de 2007<sup>291</sup>, l'administration ne peut utilement demander une telle substitution lorsque la décision n'est pas illégale pour un vice tenant aux motifs qui la fondent mais pour une insuffisance de motivation, et plus généralement pour tout vice de forme<sup>292</sup> et de procédure<sup>293</sup>.

En second lieu, si la neutralisation et la régularisation concernent fondamentalement les moyens de légalité externe dirigés contre la décision contestée, il ne faut pas en déduire *a contrario* que les moyens de légalité interne sont tous opérants d'une part, et régularisables de l'autre. Si l'incompétence fait l'objet dans des cas très exceptionnels, d'une neutralisation et/ ou d'une régularisation, il s'agit en réalité de l'application de techniques contentieuses d'évitement de l'annulation applicables également à d'autres vices de légalité interne, ce qui ne remet pas en cause alors, son rattachement à la légalité interne.

D'abord, on peut s'intéresser aux moyens invoqués à l'encontre d'une décision que l'administration était tenue de prendre. La raison d'être de la théorie des moyens inopérants dans le cas où l'administration doit adopter une décision donnée, c'est-à-dire lorsqu'elle se trouve en situation de compétence liée, a été parfaitement décrite par Jean-Marie Auby. Selon ce dernier, « si le juge, à supposer le moyen fondé, prononce l'annulation de l'acte, l'administration sera nécessairement tenue de reprendre le même acte : la censure juridictionnelle sera dépourvue de conséquences pratiques. Dès lors, le juge, se plaçant sur le terrain de l'efficacité de son intervention plutôt que sur celui de la légalité pure va renoncer à prononcer une annulation platonique »<sup>294</sup>.

Le Conseil d'État a par une décision du 3 février 1999, *Montaignac*<sup>295</sup>, précisé et encadré la notion de compétence liée. Cette hypothèse n'apparaît que lorsque l'administration se trouve dans une situation où elle est tenue, en vertu du droit applicable de prendre une décision dans un sens déterminé, sans avoir à porter d'appréciation sur les faits de l'espèce.

Il nous importe de relever que ce n'est pas seulement les moyens de forme ou de procédure, mais des moyens de légalité interne qui sont également susceptibles d'être déclarés inopérants,

---

<sup>291</sup> CE, 25 avr. 2007, *Rosenthal*, p. 646-1039.

<sup>292</sup> CE, 31 mars 2010, *Mme Dalasara*, p. 923.

<sup>293</sup> CAA Lyon, 11 mai 2010, n°08LY00049, *Hayar*.

<sup>294</sup> J.-M. Auby, Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative, *AJDA* 1966, 10-12.

<sup>295</sup> CE, Sect., 3 févr. 1999, *Montaignac*, p. 6.

y compris le moyen tenant à l'incompétence. Ainsi, une décision prise par une autorité incompétente n'est pas illégale si l'autorité compétente était en situation de compétence liée pour prendre cette décision : la jurisprudence est constante sur ce point<sup>296</sup>.

Les moyens tirés de l'inexactitude matérielle des faits<sup>297</sup> et du détournement de pouvoir<sup>298</sup> échappent eux aussi, à la sanction en cas de compétence liée.

Cependant et en vertu d'une décision du Conseil d'État *Faugeroux* du 9 avril 1986<sup>299</sup>, si l'adoption de la décision par l'autorité compétente constitue une garantie essentielle dont il n'est pas possible de priver le justiciable, la situation de compétence liée ne suffira pas à rendre inopérant l'incompétence de l'auteur de l'acte contesté, qui sera donc annulé.

Ensuite, fort est de constater que ni la loi ni la jurisprudence ne font, en tous domaines, correspondre les illégalités régularisables aux illégalités externes ni les illégalités non régularisables aux illégalités internes.

Ainsi, en matière contractuelle, l'arrêt *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole* du 11 mai 2016<sup>300</sup> constitue une considérable évolution par rapport à la jurisprudence *Commune de Béziers I* précitée<sup>301</sup> qui veut qu'un vice d'une particulière gravité affectant le contenu même du contrat ne puisse être régularisé. L'arrêt note que les règles fondamentales du droit du domaine public ont été violées, puisque la délibération de l'autorité administrative entendait, par le contrat autorisé, confier à l'occupant du domaine public des droits réels civils. Constatant que ces stipulations sont indivisibles des autres, le juge annule la délibération, mais « sans préjudice de la possibilité pour les parties de décider de régulariser le contrat ». Ce faisant selon Étienne Fatôme et Jean-François Lafaix, « le Conseil d'État affirme explicitement la possibilité de régulariser un contrat dont le contenu est illégal en raison de l'incompatibilité de certaines de ses clauses avec les « règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public » »<sup>302</sup>.

Par ailleurs, en contentieux de l'urbanisme, la délivrance en cours d'instance d'un permis modificatif peut régulariser *a posteriori*, non seulement un vice de procédure<sup>303</sup>, mais aussi une

---

<sup>296</sup> V. par ex. : CE, 26 mai 1950, *Dirat* ; CE, 21 nov. 1956, *Lazarini*, p. 443 ; CE, 2 oct. 1970, *Gaillard*, p. 553.

<sup>297</sup> CE, Sect., 11 janv. 1935, *Gras*, p. 40.

<sup>298</sup> CE, 19 juin 1931, *Ville de Sarreguemines*, S. 1932, 3, p. 25.

<sup>299</sup> CE, 9 avr. 1986, *Faugeroux*, p. 346.

<sup>300</sup> CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, n°390118.

<sup>301</sup> Jurisprudence qui veut qu'un vice d'une particulière gravité affectant le contenu même du contrat ne puisse être régularisé

<sup>302</sup> E. Fatôme et J-F. Lafaix, Attribution et consolidation des titres d'occupation du domaine public. Retour sur l'arrêt *Communauté urbanisme de Marseille-Provence-Métropole*, *AJDA* 2017. 611.

<sup>303</sup> CE, 2 févr. 2004, *SCI La Fontaine de Villiers*, p. 914.

illégalité de fond<sup>304</sup> affectant le permis initial. Cette possibilité d'abord prétorienne, a été confirmée par l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, issu de l'article 2 de l'ordonnance du 18 juillet 2013.

De même, en matière de tarifs des services publics à caractère industriel et commercial, la continuité du service public justifie la possibilité d'une régularisation. En cas d'annulation par le juge d'une décision fixant le tarif au titre d'une période donnée, l'autorité compétente peut, en l'absence du maintien des anciens tarifs, fixer rétroactivement un nouveau tarif applicable à la période applicable à la période couverte par la décision annulée<sup>305</sup>, sans que cette faculté ait été explicitement exclue dans le cas d'une annulation prononcée pour un motif d'illégalité interne.

Également, dans le domaine des traitements de données et lorsque la décision créant ce traitement a été annulée, l'administration peut échapper à l'injonction de supprimer les données qui ont ainsi illégalement été recueillies, en adoptant un acte de régularisation, qui peut remédier tant à un vice de procédure<sup>306</sup> qu'à un vice de fond<sup>307</sup>.

Vincent Daumas dans ses conclusions affirmait à propos du rapport entre l'incompétence et la régularisation que « lorsqu'un acte d'une autorité administrative compétente pour le prendre émane d'une personne ou d'un organe qui, au sein de cette autorité, n'était pas la bonne personne ou le bon organe, nous ne verrions pas d'obstacle à ce qu'une telle incompétence, interne à l'autorité administrative, puisse être régularisée si la personne ou l'organe effectivement compétent s'approprie le contenu de l'acte ». Cette affirmation est certes critiquable aux vues de la jurisprudence constante du Conseil d'État, mais elle ne fait pas craindre une remise en cause du rattachement de l'incompétence à la légalité interne puisqu'une brèche semble déjà ouverte concernant certains vices de fond.

---

<sup>304</sup> CE, 9 déc. 1994, *SARL Séri*, p. 126.

<sup>305</sup> CE, 19 mars 2010, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes (SCARA), Fédération nationale de l'aviation marchande (FNAM)*, p. 580

<sup>306</sup> CE, 11 janv. 2006, *Association des familles victimes du saturnisme, Association « Droit au logement »*, p. 11 (illégalité externe tenant au défaut de consultation préalable d'un organisme).

<sup>307</sup> CE, 19 juill. 2010, *Mme Fristot et Mme Charpy*, p. 777-779-916 (illégalité interne tenant à la durée excessive de conservation des données).

## CONCLUSION

Au terme de cette étude, nous voudrions proposer une conviction, puis exprimer une observation.

Une conviction, d'abord. Le vice d'incompétence ne relève pas de la légalité externe. La doctrine, la jurisprudence et la législation semblent de concert appuyer cette analyse.

D'abord et intuitivement, c'est le contenu d'une décision qui détermine l'autorité compétente. L'incompétence n'est pas un vice touchant à une façon de décider mais un vice relatif à ce qui a été décidé.

Ensuite, ce vice est soumis à un statut contentieux particulier. Moyen d'ordre public, vice ni neutralisable ni régularisable : ce statut est bien celui réservé en principe à des vices de légalité interne.

Aussi, de par leurs tentatives de classification des irrégularités, certains auteurs avaient manifesté un doute. Aujourd'hui, ce doute est repris par une partie de la doctrine. La présente étude ne fait donc, que se situer dans une continuité, dans un sillage amorcé depuis longtemps. Le rattachement de l'incompétence à la légalité interne ne ferait que franchir un pas. Celui de la cohérence juridique, et plus précisément, celui de l'harmonie avec certains outils et mécanismes contentieux. Que l'on songe aux moyens d'ordre public qui se trouvent ainsi regroupés sous une cause juridique commune. Ou encore aux techniques contentieuses d'évitement de l'annulation qui viennent renforcer encore plus le lien entre les vices internes puisque par principe, certains vices de forme ou de procédure ne semblent pas concernés par de tels mécanismes.

L'incompétence négative ne fait que consolider un peu plus encore ce rattachement. Pour comprendre cette consolidation, sans doute faudrait-il parler de deux vices symétriques affectant la compétence de l'auteur de l'acte : le fait de rester en deçà de sa compétence, d'un côté, et le fait d'aller au-delà de sa compétence de l'autre. Si le juge administratif regarde la première branche de cette symétrie comme une erreur de droit (relevant donc de la légalité interne), on voit mal qu'est-ce qui empêcherait d'en faire de même pour la seconde.

L'incompétence devrait donc être regardée comme un vice relatif au motif illégal sur lequel une autorité administrative s'était fondée pour se reconnaître compétente. La place de l'incompétence au sein de la légalité interne se trouve ainsi retrouvée.

Une observation, ensuite. Les catégories juridiques (telles que la légalité externe ou la légalité interne) n'ont pas d'existence propre. Elles sont de pures constructions humaines. L'opération qui consiste à affecter certains comportements jugés irréguliers de l'administration à l'une ou

l'autre de ces catégories résulte d'un choix, de l'expression d'une volonté. Ce n'est jamais une opération de simple connaissance de la part de celui qui y procède.

Notre étude exprime sans doute une volonté, et qui est celui également de tout un courant qui plaiderait en faveur du rattachement de l'incompétence à la légalité interne. Probablement à certains moments, nous avons usé d'arguments fondés sur l'intuition. Nous l'avons fait en manifestant notre désir de classer l'incompétence de la façon la plus « intuitive » possible. Mais il serait difficile en décrivant l'irrégularité commise par l'administration, de « découvrir » la véritable nature de celle-ci.

Comme dans beaucoup de domaines du droit administratif, les juristes avaient hérité des distinctions et des classifications. Le classement de l'incompétence au sein la légalité externe est l'expression d'un prisme. Mais ce prisme combiné avec les circonstances historiques, fut par la suite et très vite, érigé en doxa. Or, il n'est pas satisfaisant intellectuellement de reprendre telles quelles des notions en droit sans pouvoir les justifier et/ ou les analyser correctement.

## BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

### OUVRAGES ET RAPPORTS

- AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I, 1<sup>re</sup> éd., 1869.
- ALIBERT R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926.
- APPLETON J., *Traité élémentaire du contentieux administratif*, 1927.
- AUBERT J., GILBERT P., PIGEYRE F., *Savoir et pouvoir. Les compétences en question*, PUF, 1993.
- AUBY J.-M. et DRAGO R., *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 1984.
- AUTUN J.-L. et RIBOT C., *Droit administratif général*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd., 2007.
- BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1933.
- BIGOT G., *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, 2002.
- BONICHOT J.-C., CASSIA J.-C. Et POUJADE B., *Les Grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 2007.
- BONNARD R., *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd. 1943.
- BRAIBANT G. et STIRN B., *Le droit administratif français*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2005.
- BRISSON J.-F. et ROUYÈRE A., *Droit administratif*, Montchrestien, 2004.
- BROYELLE C., *Contentieux administratif*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2017-2018.
- BURDEAU F., *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001.  
– *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2008.
- CORNU G. (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri-Capitan, PUF, 12<sup>ème</sup> éd., 2018.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer activement*, La documentation française, 2011.
- DEBBASCH et RICCI J.-C., *Contentieux administratif*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2001.
- DUEZ P. et DEBERRE G., *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952.
- DUPUIS G., CHRETIEN P. Chretien et GUEDON M.-J., *Droit administratif*, 10<sup>e</sup> éd., 2007.
- DUVERGER M., *Éléments de droit public*, PUF, coll. « Thémis », 8<sup>e</sup> éd., 1977.
- EISENMANN C., *Cours de droit administratif*, 2 tomes, LGDJ, Paris, 1983.
- FRIER P. et PETIT J., *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 5<sup>ème</sup> éd., 2008.
- GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, LGDJ, 19<sup>ème</sup> éd., 2010.
- GOHIN O., *Contentieux administratif*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2005.
- GONOD P., MELLERAY F., YOLKA P., *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011.
- GUYOMAR M. et SEILLER B., *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. Hypercours, 4<sup>e</sup> éd., 2017.
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public général*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd. 2002.

JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, Giard, 3<sup>ème</sup> éd., 1925.

LAFERRIÈRE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 2<sup>ème</sup> éd., tome 2, 1896.

LAUBADÈRE (de) A., *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, Paris, 1953.

LACHAUME J.F. et PAULIAT H., *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 14<sup>ème</sup> éd., 2007.

LOMBARD M. Et DUMONT G., *Droit administratif*, Dalloz, coll. Hypercours, 8<sup>ème</sup> éd., 2009.

LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVÉ P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 21<sup>ème</sup> éd., 2017.

MORAND-DEVILLIER J., *Cours de droit administratif*, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2009.

ODENT R., *Contentieux administratif*, t. 2, Dalloz, 2007, p. 429.

– TRUCHET, *La justice administrative*, PUF, Que sais-je ?, n°1806.

PACTEAU B., *Contentieux administratif*, PUF, 7<sup>e</sup> éd., 2007.

PEISER G., *Contentieux administratif*, Dalloz, 2014.

RIVERO J. et WALINE M., *Droit administratif*, Précis Dalloz, 20<sup>ème</sup> éd., 2004.

STASSINOPOULOS M., *Traité des actes administratifs*, Coll. de l'Institut français d'Athènes, Athènes, 1954, p. 113, n°1.

SEILLER B., *Droit administratif*, Flammarion, coll. Champs Université, 7<sup>ème</sup> éd., 2018.

TRUCHET D., *Droit administratif*, Paris, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 63.

THÉRY P., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003.

WALINE M., *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, 6<sup>ème</sup> éd., 1950.

WEIL P. Et POUYAUD D., *Le droit administratif*, PUF coll. Que sais-je ?, 22<sup>ème</sup> éd., 2008.

## THÈSES

AUBY J.-M., *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, thèse, Paris, 1947

AZOUAOU P., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare et Martin, 2015.

BERNARD P., *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, 1962, p. 175 et 208.

BOUSSARD S., *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État*, Dalloz, 2002.

BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution*, Economica, 1996.

CALOGEROUPOULOS A., *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, 1983.

CARTIER-BRESSON A., *Le recours pour excès de pouvoir devant le juge de cassation*, LGDJ 1998.

CHAUDET J.-P., *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1967.

CHEVALLIER J., *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970.

DI QUAL L., *La compétence liée*, LGDJ, 1964.

DEBBASCH C., *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ, 1962.

DEBOUY C., *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980.

DUPEYROUX O., *La règle de non-rétroactivité des actes administratifs*, LGDJ, 1953.

ISAAC G., *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968.

ISRAËL J.-J., *La régularisation en droit administratif, Essai sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, LGDJ, 1981.

GILLI J., *La cause de la demande en justice*, LGDJ, 1962.

GILLOT A., *La compétence en droit administratif*, thèse Paris I, 2014.

JACQUEMART D., *Le Conseil d'État, juge de cassation*, LGDJ, 1957.

KORNPROBST B., *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959.

KOUBI G., *Réflexions critiques à propos de la distinction entre légalité externe et légalité interne de l'acte administratif unilatéral*, thèse Montpellier, 1984.

LEFOULOU A., *La notion de compétence des agents administratifs en droit français*, thèse, Ronéo, Rennes, 1970.

MAISL H., *Recherches sur la notion de délégation de compétence en droit public*, thèse Paris II, 1972.

MELLERAY F., *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, 2001.

PEISER G., *Le recours en cassation en droit administratif français*, Sirey, 1958.

RIST J., *L'article 38 de la Constitution du 4 octobre et son utilisation*, thèse, Paris, 1987.

ROUYÈRE A., *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse, Bordeaux I, 1993.

SOTO-KLOSS E., *L'application dans le temps des actes administratifs*, thèse dactyl., Paris, 1968.

SOTO J., *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, Paris, 1941, p. 52.

SAUSSEREAU M., *Les classifications des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, Essai d'analyse critique*, thèse, Paris I, 2002.

TRÉMEAU J., *La réserve de loi – compétence négative et Constitution*, Economica, PUAM, 1997.

WEIL P., *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, éd. Pedone, 1952.

#### ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

AUBY J.-M., « L'incompétence *ratione temporis* », *RDJ* 1953, p. 60.

– « La procédure administrative non contentieuse », *D.* 1956, chr., p. 29.

– « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », *AJDA* 1966, p. 10.

BEAUD O., « Compétence et souveraineté », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, Lexis Nexis Litec, collection travaux de l'AFDA – 2, 2008, p. 14.

BERNARD M., « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *AJDA* 1995, numéro spécial, p. 190.

BIGOT G., « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA* 2000, P. 527.

BOCKEL A., « La voie de fait : mort et résurrection d'une notion discutable », *D.* 1970. Chron. 29.

BONICHOT J.-C. « L'arrêt *AC* ! : évolution ou révolution ? », *AJDA* 2004, P. 1049.

BOUILLON H., « La régularisation d'un acte administratif après annulation conditionnelle : une technique en gestation », *AJDA* 2018.

BRETONNEAU A., L'incompétence négative « faux ami » du juge administratif ?, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°46, 2015, p. 22.

CASAS D. Et DONNAT F., « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *Dr. adm.* 2004, étude numéro 9.

CHAPUISAT J., « La répartition des compétences Commentaire de la loi n°83-8 du 7 janvier 1983, relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État », *AJDA*, 1983, p. 81.

CLOUZOT L., « Indisponibilité des compétences et substitution d'action », dans CREAM, *L'indisponibilité des compétences*, Recherche collective, 2013.

DEGOFFE M. et J.-D. DREYFUS, « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », *AJDA*, 2001.

DOMINO X., BRETONNEAU A., « Jurisprudence *Danthony* : bilan après 18 mois », *AJDA* 2013, p. 1733 et s.

DONIER V., « Les clair-obscur de la nouvelle répartition des compétences », *AJDA* 2011, p. 92 et s.

DRUSNE G., « Réflexions sur la notion de pouvoirs publics en droit français », *RDP* 1976, p. 1149.

DUMONT C., « Les délégations », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, Litec Lexis Nexis, Collection colloques et débats Travaux de l'AFDA 2, 2008.

ÉBRARD P., « L'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP* 1969, p. 259.

FATÔME E. et LAFAIX J.-F., « Attribution et consolidation des titres d'occupation du domaine public. Retour sur l'arrêt *Communauté urbanisme de Marseille-Provence-Métropole* », *AJDA* 2017.

FERRARI P., « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral », in *Mélanges Ch. Eisenamnn*, 1975.

GAZIER F., « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir », *EDCE* 1951,

HEURTÉ A., « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », *RD publ.* 1953. 615.

JÈZE G., « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP* 1923, p. 58.

LATOURNEUR M., « Le principe de la non rétroactivité des actes administratifs », *EDCE* 1953, p. 42.

LE PILLOUER A., « L'incompétence négative des autorités administratives : retour sur une notion ambivalente », *RFDA* 2009, p. 1203.

LIET-VEAUX G., « L'incompétence *ratione loci* », *Rev. Adm.* 1954, p. 29.

MAULIN E., « Compétence, capacité, pouvoir », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, Litec Lexis Nexis, Collection colloques et débats Travaux de l'AFDA 2, 2008.

MOREAU L., « Les délégations de fonctions en droit français des collectivités territoriales », *RDP* 2011, p. 1474.

PIETRI J.-P., « La régularisation des requêtes devant le juge administratif », in *Mélanges J. Waline*, Dalloz 2002, p. 695.

PICARD E., « Rapport de synthèse », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, Litec Lexis Nexis, Collection colloques et débats Travaux de l'AFDA 2, 2008.

PLESSIX B., « La compétence et le temps », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, Litec Lexis Nexis, Collection colloques et débats Travaux de l'AFDA 2, 2008.

PONTIER J.-M., « L'enchevêtrement des compétences », dans *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales françaises ?* sous la direction de NÉMÉRY J.-C., L'Harmattan, 2010, p. 111.

PONTIER J.-M., « Compétences locales et politiques publiques », *RFAP*, 2012, p. 140.

PUISOYE J., « L'application du principe de non-rétroactivité des actes administratifs », *D. 1961, Chr.*, 45.

ROBBE J., « De l'intérêt (relatif) de la distinction entre légalité externe et légalité interne », *RFDA* 2018, p. 85.

PY P., « Pouvoir discrétionnaire, compétence liée, pouvoir d'injonction », *Recueil Dalloz, Sirey*, 2000, p. 247.

SAUVÉ J.-M., « Le juge administratif au défi de l'efficacité. Retour sur les pertinents propos d'un Huron au Palais -Royal et sur la « critique managériale » », *RFDA* 2012, p. 613.

SCHMITTER G., « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AJJC*, t. 5, 1898, P. 144.

SEILLER B., « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004. p. 963.

STIRN B., « Le droit administratif vu par le juge administratif. Ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre », *AJDA* 2013, p. 387.

UBAUD-BERGERON M., « L'incompétence », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, Litec Lexis Nexis, Collection colloques et débats Travaux de l'AFDA 2, 2008.

– « Délégation de pouvoir et indisponibilité des compétences », dans *CREAM, L'indisponibilité des compétences*, Recherche collective, 2013.

WALINE M., « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP* 1959, p. 287.

WOEHLING J.-M., « Compétence liée et pouvoir discrétionnaire », dans *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, Litec Lexis Nexis, Collection colloques et débats Travaux de l'AFDA 2, 2008.

## CONCLUSIONS

BRAIBANT G., Conclusions sur CE, 13 nov. 1970, *Lambert*, p. 665.

BRETONNEAU A., Conclusions sur CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, RFDA 2018, p. 649.

CHAHID-NOURAI N., Conclusions sur CE, Ass., 3 févr. 1989, *Compagnie Alitalia*, RFDA 1989, P. 396.

DAUMAS V., Conclusions sur CE, Sect., 1<sup>er</sup> juill. 2016, *Commune d'Émerainville et syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée-Val-Maubuée* de 2016, RFDA, 2017, 289.

DELVOLVÉ J., Conclusions sur CE, 30 juin 1950, *Quéralt, Dr. Soc.* 1951, 248.

– Conclusions sur CE, Ass., 4 avr. 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, S. 1952. 3. 51.

DEVYS C., Conclusions sur CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, RFDA 2004, P. 454.

DUMORTIER G., Conclusions sur CE, Ass., 23 déc., *Danthony et autres*, RFDA 2012, p. 284.

GAZIER F., Conclusions sur CE, Ass., 31 mai 1957, *Rosan-Girard*, Rec. 355.

GLASER E., Conclusions sur CE, Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, BJCP 2010. 138.

HENRI J.-F., Conclusions sur CE, Sect., 22 nov. 1963, *Sieurs Louis Dalmas de Polignac et a.*, Rec. p. 704-705.

JOSSE P., Conclusions sur CE, Ass., 16 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, p. 328

KAHN J., Conclusions sur CE, 23 mars 1956, *Dame veuve Ginestet*, p. 141.

– Conclusions sur CE, Ass., 12 déc. 1969, *Héli de Talleygrand-Périgord*, AJDA 1970. 34.

LONG M., Conclusions sur CE, 11 mai 1956, *Société française de transports Gondrand frères*, p. 202.

SILVA I. De, Conclusions sur CE, Sect., 6 févr. 2004, *Mme Hallal*, RFDA 2004. 740.

STAHL J.-H., Conclusions sur CE, Sect., 3 déc. 2003, *Préfet de Seine-Maritime c/ El Bahi*, RFDA 2004. 733.

TEISSIER G., Conclusions sur CE, 17 mai 1907, *Le Bigot et autres enseignes de vaisseau*, p. 460.