

PREMIERE PARTIE

Les missions de l'administration

L'Administration trouve son fondement dans la notion pouvoir exécutif

Administrer c'est d'abord exécuter les lois, c'est à dire prendre des mesures générales ou individuelles qui vont permettre d'appliquer la loi à leurs destinataires.

- Ainsi l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 énonçait que « Le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois ».

Toutefois, la notion d'exécution des lois assignée à l'administration doit être largement entendue :

- Elle ne signifie pas que l'administration s'en tienne à une fonction strictement normative consistant à prendre les mesures nécessairement à l'application concrète de la loi
- L'article 20 de la Constitution de 1958 charge ainsi le Gouvernement d'une mission plus large qui consiste à « déterminer et conduire la politique de la Nation »
- Dans le cadre de cette mission exécutive, il revient à l'Administration de s'assurer des conditions nécessaires au bon fonctionnement de la société, d'en préparer les décisions qui assure la mise en œuvre des politiques publiques, d'en rendre possible l'exécution et la réalisation concrètes.
 - Il lui revient ainsi de s'assurer de la paix civile par le maintien de l'ordre public de manière à prévenir l'ensemble des troubles susceptibles d'affecter la vie sociale.
- C'est l'objet de la police administrative qui s'analyse dans le pouvoir reconnu à l'administration de régir l'activité des particuliers dans le but notamment de maintenir l'ordre public, condition de toute vie sociale. L'administration est ainsi amenée à interdire ou au contraire à autoriser les activités privées en fonction de leur conformité à l'intérêt général notamment défini par la loi.
- Voir CE 1919 Labonne sur le lien entre l'activité de police et la mission constitutionnelle d'exécution des lois
 - En outre, l'administration publique poursuit plus largement une activité de distribution de prestations, prestations auxquelles la loi ou la jurisprudence ont reconnu un caractère d'intérêt général justifiant leur prise en charge par l'administration elle-même.
- Ces activités de prestations trouvent notamment leur fondement dans la Constitution : le Préambule de 1946 consacre ainsi l'existence de PPNNT requérant l'intervention directe de l'Etat
- Ces différentes activités correspondent à la notion de service public qui consiste dans la prise en charge par l'administration d'une activité d'intérêt général afin de satisfaire un besoin collectif soit par ce que l'intervention des particuliers est impensable soit pour des raisons politiques soit pour des raisons d'ordre public et de sécurité (défense nationale, justice, police). soit parce que l'activité n'est pas assez rentable (transports en commun, distribution d'énergie).
 - Au titre des prestations servies par l'administration, il est courant d'isoler l'aide à l'initiative privée pour le distinguer des activités de service public.

- Il s'agit d'une modalité d'action administrative très ancienne et qui connaît aujourd'hui un développement important à travers l'aide aux entreprises privés (notamment aide à la création d'emplois, ou aide à la création d'entreprises) et l'aide sociale pour les plus démunis (le Revenu Minimum d'activité par exemple).
- Cette modalité n'est pas dissociable de la notion de service public : l'aide et l'action sociale et le développement économique sont des activités de service public prise en charge notamment aujourd'hui par les collectivités territoriales (Département et Région notamment=

Plan de la Première partie

Titre 1. L'exécution des lois : l'activité normative de l'administration

Titre 2. La police administrative

Titre 3. Les services publics

TITRE I.

L'ACTIVITE NORMATIVE DE L'ADMINISTRATION

L'administration produit des actes juridiques en quantité (décrets, arrêtés, circulaires, directives, instructions, notes de service)

Ces actes sont soit réglementaires soit individuels. Il existe aussi une catégorie intermédiaire d'actes dits particuliers.

- L'activité normative, c'est l'une des premières fonctions de l'administration
- Elle explique que la formation juridique reste indispensable à la formation des fonctionnaires
 - En atteste l'indispensable épreuve de droit public dans les concours administratifs

L'exercice de cette fonction normative par l'administration soulève essentiellement deux questions :

- L'Administration a-t-elle le pouvoir de créer des normes à portée générale ?
 - C'est la question du pouvoir réglementaire et de son rapport à la loi
- De quelle part de liberté de décision l'Administration dispose-t-elle dans l'application des lois et plus généralement dans l'exécution d'une norme de droit supérieure.
 - C'est la question du pouvoir discrétionnaire de l'Administration

CHAPITRE I. LE POUVOIR REGLEMENTAIRE

La détention du pouvoir réglementaire donne à l'Administration une prérogative tout à fait originale

Le pouvoir réglementaire offre en effet à l'administration la possibilité de poser des règles de droit et l'investit ainsi d'une fonction matériellement législative.

- « L'acte réglementaire n'est au fond qu'une règle de droit : décréter une règle signifie déterminer ou créer le droit pour toute personne ayant les traits caractéristiques fixés à l'avance d'une façon générale [...] »
- Au contraire L'acte individuel détermine le droit dans le cas individuel. Cette détermination n'est pas une règle de droit mais en constitue nécessairement une application »

Dans un régime parlementaire, le pouvoir reconnu à l'Administration de fixer des règles juridiques à portée générale est indissociable de l'exercice par le Parlement du pouvoir législatif.

L'une des idées essentielles de la Révolution française est en effet d'avoir identifié le droit à la loi : seule la loi, oeuvre d'une assemblée représentative, expression de la volonté générale, peut être source de droit.

- Ainsi si l'Administration révolutionnaire devait veiller à la bonne exécution des lois, elle ne devait y parvenir que par des décisions individuelles et des opérations matérielles.

Cette conception du pouvoir normatif de l'administration allait cependant se révéler rapidement intenable. Aucune assemblée au monde ne peut en effet veiller à l'exécution quotidienne des lois.

- C'est dès le Directoire (1795-1799) que l'Assemblée va concéder de facto à l'Exécutif un véritable pouvoir réglementaire.
- La consécration officielle du pouvoir réglementaire interviendra ainsi dès le régime constitutionnel suivant avec la Constitution de l'an VIII(1799) dont l'article 44 dispose « le gouvernement propose les lois et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution ».
- Depuis, comme l'illustre l'article 21 de la Constitution de 1958 et avant lui l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, la tradition juridique française n'a jamais remis en cause l'institutionnalisation, organisée dans le texte même de la Constitution, de la fonction d'exécution des lois par voie réglementaire.
- Aujourd'hui l'administration est le premier producteur de normes
- Le nombre de décrets adoptés par l'Exécutif varie entre 1600 et 1800 chaque année auxquels il faut ajouter près de 8000 arrêtés et 1500 circulaires publiées

Le pouvoir réglementaire a ainsi été essentiellement concédé à l'administration pour des raisons techniques et pratiques qui tiennent à la réalité de la vie des institutions.

- La loi ne peut prévoir ni régler dans le détail toute les situations. ès lors la reconnaissance du pouvoir réglementaires est destinée à garantir la bonne exécution des lois votées par le Parlement.
- Les services publics ont besoin pour fonctionner de règles qui ne peuvent pas être fixées par la loi.

En même temps, l'attribution du pouvoir réglementaire aux autorités administrative est apparue comme une transgression du principe de séparation des pouvoirs. Aussi la tradition juridique française, exprimée notamment par Carré de Malberg dans sa Théorie générale de l'Etat, tente de l'enserrer dans d'étroites limites.

1. Elle fait du pouvoir réglementaire une prérogative seconde, dérivée et subordonnée de la loi
2. Elle n'en concède l'attribution pour des raisons de cohérence et d'unité de l'ordre juridique qu'au chef du gouvernement

Cette conception traditionnelle qui renvoie à une vision à la fois centralisatrice et Kelsenienne (du nom de Hans Kelsen, juriste autrichien à qui l'on doit entre autres la hiérarchie des normes) de l'ordre juridique a essuyé de multiples crises confrontés aux nouveaux équilibres constitutionnels de la Ve République et plus largement à la multiplicité des manifestations et des formes du pouvoir réglementaire dans l'exercice des missions de l'administration

A rebours de la conception unitaire tirée de la Constitution, le droit administratif donne en effet à voir au contraire une véritable diversité dans l'exercice du pouvoir réglementaire

Section 1 L'unité du pouvoir réglementaire général.

Le pouvoir réglementaire est traditionnellement en régime parlementaire un pouvoir second, subordonné à la loi : une technique d'exécution de la loi qui vient préciser les dispositions de la loi et dont le monopole est confié au chef de l'Exécutif

La Constitution de 1958 a porté atteinte à cette conception dans ces deux aspects organiques et fonctionnel

§.1 L'unité organique du pouvoir réglementaire

Le pouvoir réglementaire national appartient au chef de l'exécutif

- Le président de la République sous la III^eR
- Le Chef du gouvernement, président du Conseil, sous la IV^eR

La Constitution de la Ve République introduit un dispositif original duale qui selon la jurisprudence administrative donne la primauté au Président de la République pour les textes les plus importants

A. La dualité des fondements : la concurrence des articles 13 et 21

L'article 21 de la Constitution de 1958, relatif au Premier ministre, dispose que « sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire ».

L'article 13 quant à lui dispose que : « le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres ». Il ressort de ces dispositions constitutionnelles que la compétence de principe, en ce qui concerne le pouvoir réglementaire, appartient au Premier ministre et que le Président ne dispose que d'une compétence d'attribution.

L'articulation des deux textes a inévitablement soulevé des difficultés.

La difficulté est la suivante

L'article 13 fait mention de sa compétence pour signer les « décrets délibérés en Conseil des ministres »,

Or il existe deux types de décrets délibérés en CM

Ceux dont la loi prévoit qu'ils seront délibérés en CM

Ceux qui ont été délibérés en CM en raison de la pratique gaullienne qui veut que les textes les plus importants soient débattues en Conseil ministre

Les autres décrets relevant de la compétence du PM

Aussi le juge administratif a été saisi de la question de savoir si la compétence du Président prévue à l'article 13 doit être entendue restrictivement ou largement

Restrictivement : en l'absence de toute précision du texte constitutionnel, le Président n'est compétent que pour les décrets pour lesquels un texte impose la délibération en Conseil des ministres,

Largement : si sa compétence doit être entendue plus largement pour tous les décrets délibérés en Conseil des ministres, même ceux pour lesquels la délibération en Conseil des ministres n'est le fruit que d'un choix politique et non d'une exigence juridique.

La position du CE a varié dans le temps. Sa jurisprudence consacre la primauté présidentielle chaque fois qu'un texte est délibéré en CM

B. La primauté donnée à la compétence présidentielle.

La consécration de la primauté présidentielle s'est fait en plusieurs temps

Tout d'abord en 1962, l'arrêt Sicard a jugé que les décrets de la compétence du PM délibérés en CM et signés par le Président de la République étaient légaux dès lors qu'ils étaient revêtus du contreseing du PM.

Il a donc refusé d'invalider la pratique gaullienne

Restait alors la question de savoir qui était l'autorité juridiquement compétente dès lors que le décret était passé en CM alors que la loi ne le prévoyait pas :

Était-ce un décret du Président ou du PM ? le texte était revêtu en effet des deux signatures.

C'est important pour savoir notamment qui peut abroger ou modifier le décret en vertu de la règle du parallélisme des compétences

Et la question juridique prend un tour politique en matière de cohabitation

Le Conseil d'Etat a paru hésiter :

- Dans un premier temps, le CE, Ass, 24 novembre 1976, Syndicat national du personnel de l'énergie atomique retient la compétence du Président
- Puis, il revient à une interprétation restrictive de la compétence du Président (CE, 10 octobre 1987, Syndicat autonome des enseignants de médecine)

Enfin dans l'arrêt Meyet de 1992, le Conseil d'Etat admet finalement que la compétence du Président doit être entendue largement pour tous les décrets délibérés en Conseil des ministres, peu important que cette délibération soit ou non juridiquement imposée (CE, Ass, 10 septembre 1992, Meyet).

La jurisprudence Meyet revient à étendre de manière importante la compétence du Président puisque, en période de non-cohabitation, il est loisible au Président de faire inscrire un nombre important de projet de décret à l'ordre du jour du Conseil des ministres, dès lors que c'est lui qui décide de la fixation de l'ordre du jour.

Le CE y a apporté un léger correctif

- Il a admis que le décret délibéré en CM pouvait prévoir que le Premier ministre était habilité à l'abroger ou à la modifier . ce qui revient pour le Président à rendre sa compétence au PM. (CE, 9 septembre 1996, Collas).

§. 2 L'unité fonctionnelle du pouvoir réglementaire

Sous la Ve République, le pouvoir réglementaire demeure conformément à notre tradition juridique une compétence dérivée de la loi

- La Constitution de 1958 avait pourtant semblé modifier cet équilibre historique en organisant une nouvelle répartition des rôles entre la loi et le règlement

Mais les innovations de 1958 ont été progressivement neutralisées sous l'effet conjugué de la jurisprudence et de la pratique politique.

En conséquence de l'échec de cette conception renouvelée du PR, l'exercice par l'administration de ces compétences normatives ne peut se faire qu'au service de l'exécution de la loi ou dans le cadre d'une stricte habilitation législative et toujours dans le respect des prescriptions posées par la loi et les règles supérieures.

A. L'échec d'une conception renouvelée du pouvoir réglementaire

La Constitution de 1958 a été présentée dès sa promulgation comme une sorte de révolution juridique dans la mesure où elle semblait attribuer au travers des articles 37 et 38 des pouvoirs d'ordre législatif à l'Exécutif

Toutefois, comme l'explique Jean Rivero dans son rapport de synthèse du colloque d'Aix tenu en 1978 sur les vingt ans d'application des articles 34 et 37, les innovations de la Constitution n'ont eu en effet qu'un impact très limité sur la conception française des pouvoirs réglementaire et législatif.

1 La remise en cause du pouvoir réglementaire autonome de l'article 37

Si le pouvoir réglementaire est essentiellement une compétence d'application des lois, notre tradition juridique admettait en parallèle

- 1. que le Parlement pouvait légiférer en toute matière.
- 2 que par exception que le pouvoir exécutif pouvait disposer de compétences normatives autonomes indépendante d'une habilitation législative et réglementer des questions où la loi n'avait pas légiféré (CE 8 aout 1919 Labonne)

Cet équilibre a paru rompu en 1958 avec l'adoption de la nouvelle Constitution qui posait le principe d'une répartition des compétences normatives entre le domaine de la loi et celui du règlement.

La distinction des articles 34 et 37 allait être interprétée par la doctrine comme instituant deux types de pouvoir réglementaire.

- D'un côté, le pouvoir réglementaire d'exécution des lois qui concerne les actes pris dans le domaine de la loi.
- De l'autre, le pouvoir réglementaire autonome issu de l'article 37 qui ne serait pas subordonné à la loi puisque, conformément à la nouvelle répartition, il intervient en effet dans des matières qui ne relèvent plus du domaine de la loi.

Mais ces prévisions doctrinales devaient toutefois être rapidement démentie.

En premier lieu, l'institution du pouvoir réglementaire autonome n'a pas eu de prise réelle sur la jurisprudence du Conseil d'État qui a une fois encore opposé la continuité du droit administratif à la discontinuité du droit constitutionnel.

- Fidèle à sa jurisprudence des Chemins de fer de l'Est de 1907, le Conseil d'Etat dans le célèbre arrêt du 26 juin 1959 Syndicat des ingénieurs conseils (GAJA,

n°87) a refusé de voir dans les règlements de l'article 37 autre chose qu'un acte administratif soumis à son contrôle.

- Selon le Conseil d'Etat, le fait que le règlement autonome puisse dans les matières de l'article 37 se substituer à la loi n'en change pas la nature juridique : le règlement reste susceptible d'un recours en annulation par lequel le juge pourra s'assurer du respect par le Gouvernement de la Constitution et des principes généraux du droit.
- Si elle ressort à l'évidence affaiblie par la jurisprudence Syndicat des ingénieurs conseils, la conception du pouvoir réglementaire autonome n'avait pas encore perdu toute signification. Le juge était ainsi amené à exercer un contrôle plus poussé à l'égard des règlements d'exécution des lois, par définition directement dépendant des textes de loi.

En fait, c'est surtout l'extension progressive du domaine législatif à partir de 1958 qui va entraîner l'irréversible déclin du pouvoir réglementaire autonome. La loi va en effet retrouver un champ de compétence illimité, de sorte que les règlements autonomes ont aujourd'hui pratiquement disparu (L. Favoreu, Les règlements autonomes existent-ils ?, Mélanges Burdeau, 1977).

Cette évolution repose essentiellement sur une explication d'ordre politique.

- Soutenu à l'Assemblée par une majorité parlementaire stable, le Gouvernement n'utilise pas des facilités normatives que lui offre la Constitution.
- De la même manière qu'il est le premier à soumettre à la discussion au Parlement des projets de loi intéressant les matières réglementaires, le Gouvernement n'utilise qu'exceptionnellement au cours des débats de la procédure d'irrecevabilité prévue à l'article 41 de la Constitution.

En outre, la jurisprudence va très largement accompagner cette évolution.

- D'abord, par l'élargissement du domaine de la loi au-delà des matières de l'article 34 :
 - Tant le Conseil d'Etat que le Conseil constitutionnel vont en effet s'appuyer pour fixer le domaine de la loi sur toutes les dispositions de nature constitutionnelle qui leur semblent devoir impliquer l'intervention du Parlement qu'elles résultent du corps de la Constitution ou de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.
- Ensuite, le Conseil constitutionnel laissant la protection du domaine réglementaire au seul Gouvernement, va déclarer qu'une loi intervenue dans les matières réglementaires n'est pas inconstitutionnelle et n'est donc pas susceptible d'être contestée par les parlementaires au titre de l'article 61 de la Constitution (30 juillet 1982, Blocage des prix, GDCC n°33).
 - Selon le CC, la procédure appropriée pour s'assurer du respect de la distinction opérée par les articles 34 et 37 est l'irrecevabilité prévue à l'article 41.
 - La décision de 2004 « Avenir de l'école » évoque aussi la procédure de l'article 37-2 qui permet délégaliser une disposition matériellement réglementaire intervenue dans le domaine de la loi afin de pouvoir la modifier par décret
 - Mais le CC vise en l'espèce les dispositions trop précises, techniques et détaillées donc l'articulation des articles 34 et 21 de la Constitution
 - Toutefois, rien ne paraît en droit s'opposer à l'utilisation de la procédure de l'article 37-2 C pour protéger le pouvoir réglementaire autonome.

2. La banalisation du pouvoir réglementaire tiré des ordonnances de l'article 38

Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution ne sont rien d'autres que la consécration de la pratique des décrets-lois.

- Cette technique largement employée sous la III^e République avait été condamnée par la Constitution 1946 mais tout de même reprise sous la IV^e République malgré l'Avis contraire du Conseil d'Etat du 6 février 1953

C'est en cela que la Constitution de 1958 est un texte de rupture. Mais cette rupture n'est qu'apparente

a) La constitutionnalisation apparente de la pratique des décrets-lois

L'article 38 de la Constitution autorise en ce sens le gouvernement « à légiférer » à la place du Parlement : ce qui le conduira soit à statuer dans des matières non encore légiférées soit à abroger ou à modifier des lois en vigueur.

- Diverses raisons peuvent justifier le recours à la technique des ordonnances ou des décrets-lois :

Surmonter l'indiscipline de la majorité parlementaire,

- Situations fréquentes sous la IV République plutôt rares sous la Ve République
- Voir cependant la situation du gouvernement Valls confronté aux frondeurs

L'adoption de mesures connues comme impopulaires

- Par exemple, les ordonnances réformant le Code du travail sous la Présidence Macron

La volonté de statuer rapidement

- Et de mettre en œuvre le programme dans les « 100 jours » d'une alternance politique
- Sachant que le Parlement est en état de surchauffe.

La codification des textes législatifs

- La codification a lieu à droit constant.
- C'est un exercice essentiellement technique qui pourrait surcharger l'ordre du jour du parlement sans qu'il y est d'enjeux politiques.

Dans tous les cas, en effet, la procédure de l'article 38 permet sinon de faire l'économie d'un débat au Parlement du moins d'en alléger la durée

Sous la IV République, les décrets lois conféraient au Gouvernement de larges pouvoirs de légiférer dès que le Parlement avait donné son autorisation

Le contrôle du juge administratif s'avérait des plus difficiles dès lors le décret-loi était couvert par la loi d'habilitation.

En dépit de sa consécration dans la Constitution de 1958, la possibilité de légiférer par voie d'ordonnances n'offre pas des possibilités équivalentes.

b) L'encadrement juridique des ordonnances par l'exigence d'une loi d'habilitation précise

En effet, sous l'effet de la jurisprudence du CC et du CE, les ordonnances font l'objet d'un encadrement juridique très strict de nature à en contenir les dangers potentiels et n'ont en définitive qu'un très lointain rapport avec les décrets-lois de la IIIe République.

D'abord, le recours aux ordonnances doit être autorisé par le Parlement qui doit adopter à cette fin une loi d'habilitation.

La solution n'est pas nouvelle mais l'article 38 précise que le législateur doit définir le programme d'action du gouvernement et le délai dont il dispose pour agir.

Sur ce fondement, le CC va développer une jurisprudence très exigeante à l'occasion du contrôle des lois d'habilitation

- Avec la décision des 25 et 26 juin 1986, le Conseil constitutionnel est ainsi venu condamner définitivement la pratique des lois d'habilitation vagues et imprécises que l'on connaissait déjà sous les III^e et IV^e République.

S'appuyant sur une interprétation contraignante de la notion de « programme » figurant à l'article 38, le juge constitutionnel a ainsi obligé le Gouvernement, quand il dépose un projet d'habilitation, d'indiquer avec précision,

- la finalité des mesures que le gouvernement se propose de prendre
- et leurs domaines d'intervention ».

La marge de manœuvre du gouvernement en ressort d'autant plus limitée que le Conseil constitutionnel n'hésite pas depuis 1986 à multiplier les « déclarations de conformité à la Constitution sous réserve »

Cette technique de contrôle dite des « réserves d'interprétation » conduit à placer le gouvernement en quelque sorte sous surveillance au moment de l'édiction des ordonnances.

Ces réserves d'interprétation pourront servir de base à un contrôle ultérieur du contenu des ordonnances

Contrôle par le Conseil constitutionnel lui-même au moment de la loi de ratification

Contrôle politique : elles pourront également justifier le refus du Président de la République de signer les ordonnances qui s'en écarteraient,

Contrôle juridictionnel encore exercé par le juge administratif qui trouve ici de nouvelles normes de références pour développer son contrôle.

C'est que les ordonnances continuent de relever au contentieux de la compétence du JA

c) le statut contentieux des ordonnances

Il faut distinguer selon que l'ordonnance est ratifiée ou non ratifiée

En effet, les ordonnances se trouvent ainsi doter d'un curieux statut juridique

1. Elles conservent le statut d'actes réglementaires soumis à ce titre au contrôle du juge administratif tant qu'elles n'ont pas été ratifiées par la loi
2. Elles deviennent des actes législatifs dès lors qu'elles sont ratifiées

α) Le contrôle des ordonnances non ratifiées

La jurisprudence administrative a en effet choisi ici encore de transposer les principes élaborés par l'arrêt Chemins de fer de l'Est 1907

- (Conseil d'Etat 1961 Fédération nationale des syndicats de police)
- alors même que les ordonnances, prévues expressément par la Constitution, ont précisément pour objet de modifier des dispositions législatives.

Le CE peut connaître de la validité des ordonnances par voie d'action ou par d'exception tant que l'ordonnance n'est pas ratifiée

- Ici il faut faire une distinction importante selon que le délai prévu par la loi d'habilitation est ou non dépassée
 - Tant que le délai d'habilitation est en cours, le gouvernement peut modifier, abroger les ordonnances

- A l'expiration de ce délai le Gouvernement ne peut plus intervenir pour modifier ou abroger les ordonnances (ou du moins les dispositions matériellement législatives contenues dans les ordonnances)
 - Alors même que l'ordonnance est susceptible d'être contestée devant le JA
 - En ce sens, CE 2006 Conseil national de l'ordre des médecins et CE 2014 Syndicat national des entreprises de loisirs

Le statut ambivalent des ordonnances est rappelée par une décision récente du CC

- Conseil constitutionnel, 3 juillet 2020 QPC prolongation automatique des détentions provisoires pendant l'état d'urgence sanitaire,
 - *« si le deuxième alinéa de l'article 38 de la Constitution prévoit que la procédure d'habilitation du gouvernement à prendre des ordonnances se clôt, en principe, par leur soumission à la ratification expresse du Parlement, il dispose qu'elles entrent en vigueur dès leur publication.*
 - *Par ailleurs, conformément à ce même alinéa, dès lors qu'un projet de loi de ratification a été déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation, les ordonnances demeurent en vigueur y compris si le Parlement ne s'est pas expressément prononcé sur leur ratification.*
 - *Enfin, en vertu du dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, à l'expiration du délai de l'habilitation fixé par la loi, les dispositions d'une ordonnance prise sur son fondement ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif».*

Dans ce cadre, le CE n'hésite pas à contrôler les ordonnances et à les soumettre au respect des termes de la loi d'habilitation mais plus largement des principes constitutionnels

Le CE a rendu en ce sens un très intéressant arrêt en 1998 : CE 3 juillet 1998 syndicat des médecins de l'Ain

Cet arrêt montre que le contrôle du juge administratif sur le contenu des ordonnances est au moins aussi étendu que celui du Conseil constitutionnel sur les lois.

- En l'espèce, le Conseil d'Etat a relevé par la voie de l'exception l'illégalité des dispositions de l'article L. 161-31 du Code de la sécurité sociale, issues de l'ordonnance non ratifiée du 24 avril 1996.

Le Conseil d'Etat y censure l'ordonnance en question au motif qu'elle ne pouvait se borner à renvoyer à un décret en Conseil d'Etat le soin de déterminer les modalités de mise en oeuvre du volet médical de la carte vitale dès lors que ces dispositions sont de nature à porter atteinte au respect de la vie privée, et par suite à la liberté individuelle qui figure au nombre des libertés publiques constitutionnellement garanties.

- C'est une censure pour incompétence négative
 - Cette censure est d'autant plus exemplaire s'agissant des ordonnances, c'est la même autorité qui est amené à prendre les décrets d'application de l'ordonnance. Ce faisant le Conseil d'Etat protège pour l'avenir la compétence du législateur dès lors qu'une fois ratifiée l'ordonnance ne peut plus être modifiée que par la loi.

Le juge administratif est alors même en mesure d'exercer un contrôle plus poussé que celui du Conseil constitutionnel sur les lois d'habilitation ;

- En effet, rien n'interdit d'invoquer devant lui les stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme ou des règles du droit communautaire.

Le contrôle des ordonnances trouvait cependant deux limites

1. Le CE refusait d'examiner les QPC soulevés contre une loi d'habilitation au regard de la Constitution (CE 23 janvier 2015, n°380339)
 - Car il jugeait qu'une loi d'habilitation ne pouvait pas de par son contenu porter atteinte aux droits et libertés.
 - Ce qui voulait dire qu'il n'y avait de contrôle de constitutionnalité a posteriori possible. Aucune QPC ne pouvant remonter au CC
2. LE CE n'acceptait pas non plus qu'une QPC soit soulevée contre l'ordonnance ratifiée (CE 11 juin 2020, 437851)
 - Car les ordonnances ne sont pas des lois au sens de l'article 61-1
 - Ce qui voulait dire qu'il procédait directement par lui-même à l'examen de constitutionnalité de l'ordonnance en tant qu'elle est un acte administratif (voir l'arrêt précité Syndicat des médecins de l'Ain)

Une décision récente du CC a paru modifier la répartition des rôles entre le CC et CE dès qu'une QPC est soulevé contre une ordonnance non encore ratifiée mais dont le délai fixé par la loi d'habilitation a expiré :

- Conseil constitutionnel n° 2020-843 QPC (28 mai 2020, Association Force 5,
- où le CC estime qu'après l'expiration du délai d'habilitation, les dispositions d'une ordonnance, même non ratifiée, « doivent être regardées comme des dispositions législatives ».

Cette décision a suscité de vives réactions doctrinales

- La doctrine de droit constitutionnel s'est étonnée de voir le CC attribuer une valeur législative à des textes que le Parlement n'a pas approuvés.
- Les auteurs de droit administratif y ont vu la possibilité d'une remise en cause de la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle les ordonnances non ratifiées constituent des actes administratifs susceptibles de recours devant lui (cf CE, ass., 24 nov. 1961, Fédération nationale des syndicats de police, Lebon 658).
 - Cette interprétation a été démentie par un arrêt du CE du 1er juillet 2020 Conseil national des architectes (n° 429132) où le juge a examiné au fond un recours contre une ordonnance non ratifiée sans tenir compte de la décision du CC

La divergence entre le CC et le CE est plus apparente que réelle. L'explication est donnée par le CC dans sa décision QPC 3 juillet 2020 Sofiane A.

- Le Conseil Constitutionnel précise que si
 - s« les dispositions d'une ordonnance acquièrent valeur législative à compter de sa signature lorsqu'elles ont été ratifiées par le législateur, elles doivent être regardées, dès l'expiration du délai de l'habilitation et dans les matières qui sont du domaine

législatif, comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution.

- Leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut donc être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité ».

La compétence du Conseil constitutionnel à l'égard des ordonnances non ratifiées tient donc à l'invocation d'une QPC devant le juge administratif

- Ce qui ne fait pas obstacle à la compétence du juge administratif et à sa capacité d'examiner tout autre moyen de légalité formé contre une ordonnance.

Le CC fait une distinction subtile entre la valeur législative des ordonnances ratifiées et le caractère législatif des ordonnances non ratifiées. Ce qui est une manière de revenir à la définition matérielle de la loi tirée de l'article 34 de la Constitution

- Les ordonnances non ratifiées ont un caractère législatif parce qu'elles comportent des mesures relevant du domaine de la loi (qui ont vocation à être ratifiées et donc à acquérir valeur législative).

β) Le contrôle des ordonnances ratifiées

Enfin, la Constitution exige que les ordonnances fassent l'objet d'une loi de ratification par laquelle le Parlement endosse en quelque sorte les réformes adoptées par voie d'ordonnance ;

- Cette exigence entraîne des conséquences juridiques complexes
 - L'ordonnance ratifiée a force de loi

La jurisprudence admettait volontiers, par souci de sécurité juridique, les ratifications implicites ou partielles.

Cette possibilité a été supprimé par la réforme constitutionnelle de 2008

à défaut de ratification, les ordonnances relèvent de deux régimes différents selon qu'un projet de loi a été ou non déposé dans le délai prévue par la loi d'habilitation

- En l'absence de dépôt d'un projet de loi devant le Parlement , l'article 38 précise que l'ordonnance est caduque
- En cas de dépôt de loi et dans l'attente d'une ratification, l'ordonnance non ratifiée conserve une valeur réglementaire
 - Cette période peut-être plus ou moins longue car rien n'oblige le Gouvernement à inscrire la loi de ratification à l'ordre du jour parlementaire
- Les recours en cas contentieux doivent être portés devant le juge administratif
 - Comme on le sait l'Exécutif ne peut modifier ni abroger les dispositions de nature législative (relevant du domaine de l'article 34) contenues dans l'ordonnance car le délai d'habilitation a expiré
 - A défaut, ses mesures encourent l'annulation(CE 2016 Syndicat des entreprises de loisirs)

Aujourd'hui, un contrôle des ordonnances ratifiées est possible.

- Leur transformation en actes législatifs ne leur offre désormais en effet qu'une immunité relative.
 - En premier lieu, le contrôle éventuel par le Conseil constitutionnel de la loi de ratification est l'occasion d'assurer un nouveau contrôle de constitutionnalité des ordonnances puisque la loi de ratification ne sera jugée conforme à la Constitution que si les ordonnances qu'elles ratifient le sont aussi.
- Mais, et c'est plus remarquable, le contrôle des ordonnances ratifiées est désormais possible devant les juridictions administratives.
 - Le Conseil d'Etat se reconnaît d'abord la possibilité de contrôler la loi de ratification elle-même.
 - Dans l'arrêt Hoffer du 8 décembre 2000, il va vérifier que la loi de ratification doit satisfaire aux exigences du procès équitable issues de l'article 6 §.1 de la Convention/
 - En conséquence de quoi, le juge administratif serait fondé, à écarter une loi de ratification dont les circonstances laisseraient à penser qu'elle a été adoptée essentiellement dans le but d'empêcher un particulier de contester le contenu d'une ordonnance devant le juge administratif en conférant aux dispositions litigieuses une valeur législative.
 - Cette solution est curieuse car et qu'on ne voit pas comment il pourrait être fait grief au Parlement d'avoir adopté une loi de ratification alors que l'intervention d'une telle loi est prévue par la Constitution et ne saurait être regardée comme imprévisible ».
 - L'arrêt Hoffer n'a pas connu d'illustration contentieuse
- D'autre part, l'ordonnance ratifiée a le statut d'une loi
 - Il est donc possible de soulever contre elle une QPC à son encontre
 - Mais également d'invoquer devant le JA une exception d'inconventionnalité sur le fondement de l'article 55

Comme l'écrit le doyen Louis Favoreu, RFDA 1987), le recours aux ordonnances a été progressivement neutralisé car vidé de son venin. Il n'offre pas à l'Exécutif hors normes. Cette relégation juridique explique aussi la banalisation des ordonnances dans la pratique politique de la Ve République.

d) La banalité de la pratique des ordonnances sous la Ve République

En effet, loin de reculer, la pratique des ordonnances a connu un certain regain d'intérêt au cours de deux dernières décennies avec par exemple l'adoption de réforme importante par voie d'ordonnance

- Libéralisation de l'économie : Ordonnance du 1^{er} décembre 1986
- Plan Juppé sur la sécurité sociale en 1995
- Réforme du Code du travail en 2017.
- Codification
 - Avec une jurisprudence bienveillante du CC (1999) qui adapte les exigences de l'article 38 à la technique de la codification au nom de l'objectif à valeur constitutionnel d'intelligibilité du droit

D'une certaine manière, c'est les difficultés du régime parlementaire qui explique cette banalisation.

- Paradoxalement, le recours aux ordonnances a même permis de soulager un Parlement menacé de « surchauffe »
- Notamment en adoptant des réformes techniques trop longtemps repoussées :
 - telles que l'adoption d'une série de codes
 - ou la transposition de trains entiers de directives communautaires.

Mais on constate aussi une certaine dérive : les pouvoirs publics sont atteints de réformite aigüe et les ordonnances sont un instrument trop commode pour faire passer dans la précipitation des réformes mal préparées.

- Le Président Larcher dans son discours suivant sa réélection à la tête du Sénat (1 octobre 2020) relevait pour le déplorer l'adoption de plus de 180 ordonnances depuis juin 2017
- Cet usage témoigne des dérèglements contemporains de la fonction normative/
 - On relèvera quand même qu'en 1958 plus de trois cents ordonnances ont été adoptées (article 92 de la Constitution) et ont jeté les bases de pans entiers de notre système juridique

B. Le retour à une conception instrumentale du pouvoir réglementaire,

- On l'a dit l'administration est le premier producteur de normes

Par ces milliers de décisions, l'administration est censée d'un strict point de vue juridique s'assurer de l'exécution des lois et en permettre l'application concrète. C'est le sens de l'article 21 de la Constitution. Dans les faits, la pratique du pouvoir réglementaire peut aller au-delà de stricte application de la loi

1. Le pouvoir réglementaire, instrument d'exécution de la loi

L'instrumentalisation du PR se vérifie par sa stricte délimitation et par l'obligation de l'exercer

a) La délimitation du pouvoir réglementaire

L'article 21 de la Constitution relie le PR à l'exécution des lois

Le règlement est ainsi un acte d'application de la loi qui vient compléter la loi.

L'exécution de la loi consiste à en déterminer les conditions d'application par l'administration et notamment les procédures qu'elle devra suivre, à préciser les principes formulés de manière trop larges ou encore à expliciter les notions juridiques dont la loi n'a pas déterminé le contenu, voire à concilier l'application de la loi avec celle des autres textes législatifs.

En ce sens, la jurisprudence du CC

- Sur l'incompétence négative de la loi
- Sur la délégalisation des dispositions contenues dans la loi (avenir sur l'Ecole)

En pratique cet état de dépendance se trouve compensé par l'association de l'administration à la préparation des projets de loi que le Gouvernement soumet au Parlement.

La soumission à la loi commande le statut contentieux des actes réglementaires

Il revient au juge administratif de contrôler si le gouvernement dans l'exercice de son pouvoir réglementaire respecte les prescriptions législatives, ne déborde pas de l'application de la loi dont il a assuré l'exécution.

- La jurisprudence a ainsi toujours privilégié une approche de type organique, refusant de voir dans le pouvoir réglementaire l'expression d'une fonction matériellement législative. L'acte réglementaire est un acte administratif soumis au contrôle du juge administratif parce qu'il émane d'une autorité administrative.
- C'est un choix différent qui par exemple a été fait en Allemagne où l'acte administratif est par définition un acte individuel

b) L'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire

L'Administration a en effet l'obligation d'édicter les règlements nécessaires à l'application de la loi.

Cette obligation tient au fait que la loi peut rester inapplicable

- L'arrêt Kevers-Pascalis du 13 juillet 1962 a ainsi jugé qu'un gouvernement qui tarde trop à prendre les décrets d'application d'une loi (12 ans en l'espèce) commet un excès de pouvoir.
- La carence de l'administration est d'ailleurs susceptible d'engager sa responsabilité pour faute dès lors qu'un particulier pourrait se plaindre d'un préjudice né de la non adoption à temps des textes d'application (Conseil d'Etat 27 novembre 1964 Veuve Renard, conclusions Galmot, RDP 1965, p. 176).
- Cette obligation tire son fondement, comme le consacre expressément l'arrêt CE 28 juillet 2000 Association France Nature Environnement, de l'article 21 de la Constitution.
 - Elle se double de l'obligation de publier (afin d'assurer leur entrée en vigueur) les règlements qu'elle édicte (Conseil d'Etat 12 décembre 2003, Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale qui y voit un PGD).

La jurisprudence veille toutefois à ne pas faire peser sur l'administration des contraintes inutile ; parce que les retards ont souvent des causes techniques liées notamment à la complexité des questions traitées.

- D'abord, l'administration n'est tenue de prendre un décret d'application que dans la mesure où la loi n'est pas applicable par elle-même (Conseil d'Etat 13 juillet 1951 Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF, Rec. p. 403).
- Ensuite, comme l'illustre l'affaire du Permis à points (Conseil d'Etat 23 octobre 1992 Diemert), la jurisprudence laisse toujours à l'administration « un délai raisonnable » pour prendre un décret d'application ; jugeant en particulier que, lorsque la loi a elle-même fixé un délai au gouvernement, ce délai d'action est purement indicatif.
- La soumission du pouvoir réglementaire à la loi ne cède que dans l'hypothèse où la loi serait elle-même incompatible avec une norme internationale. CE 28 juillet 2000 Association France Nature Environnement du 28 juillet 2000:

L'exécution nécessaire des engagements internationaux de la France peut ainsi libérer le pouvoir réglementaire de son obligation d'édicter les règlements nécessaires à l'application de la loi. Cette dispense trouve en pratique à se concrétiser de plusieurs manières.

- Elle peut d'abord conduire l'administration comme dans l'arrêt du 24 février 1999 Association des patients de la médecine d'orientation anthroposophique (AJDA 1999, p.823, note Ricci) à s'abstenir de prendre les règlements d'application d'une

loi contraire aux objectifs d'une directive communautaire (à propos de la fixation des dates de chasse à la tourterelles).

- Mais elle peut conduire aussi le cas échéant le Premier ministre à engager la procédure de délégalisation prévue à l'article 37-2 de la Constitution pour modifier les dispositions législatives en cause et les mettre en conformité avec le droit communautaire (Conseil d'État, 9 décembre 1999, Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire).

Cette jurisprudence ne doit pas tromper : le pouvoir réglementaire reste une prérogative subordonnée ; s'il se trouve affranchi de l'exécution des lois, c'est pour mieux mettre en œuvre les normes communautaires.

Par ailleurs l'administration peut être tenue d'abroger les règlements qui seraient illégaux (CE 3 février 1989 Compagnie Alitalia)

2. Les limites de la conception purement instrumentale du pouvoir discrétionnaire

Ces limites sont nombreuses et importantes

a) L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le pouvoir réglementaire

D'abord, dans l'exécution de la loi, le pouvoir réglementaire disposera toujours d'une part de pouvoir discrétionnaire.

En effet l'application d'une norme n'est jamais une opération purement mécanique, elle laisse au contraire une large place à l'interprétation. Le choix des mesures d'application détermine ainsi largement la portée réelle du texte législatif : compléter, c'est toujours modifier.

- Exemple : l'affaire de l'application de la loi sur les 35 heures aux entreprises de transport routier (Conseil d'Etat 30 novembre 2001 Fédération nationale des transports FO, req. n°219286, publié au Recueil)

Le Conseil d'Etat a, dans cet arrêt, admis sans difficulté que le pouvoir réglementaire pouvait adapter la durée légale du travail hebdomadaire afin de tenir compte des temps d'inaction où les chauffeurs sont présents sur leur lieu de travail sans accomplir un travail effectif ;

qu'en conséquence, le décret attaqué pouvait fixer à bon droit, dans le secteur des transports, une durée équivalente de travail hebdomadaire plus élevée que la durée fixée par la loi.

Toutefois, le Conseil d'Etat va vérifier que le pouvoir réglementaire ne dépasse pas les limites de ce qui est nécessaire à l'application de la loi, n'en dénature la portée ou encore n'entreprend pas de réglementer des situations non visées par la loi ou n'empiète pas sur les compétences du législateur.

En l'espèce, le Conseil d'Etat annule les dispositions du décret fixant le régime de rémunération des heures supplémentaires (ce qui excède le champ d'application de la loi) et celles portant à 56 heures le temps des services effectifs (ce qui contrevient directement à la durée maximale de 48 heures autorisée par le code du travail).

b) L'hypothèse où loi elle-même qui renvoie très largement au Pouvoir réglementaire

Ainsi en matière de statut de la Fonction publique territoriale, la Loi prévoit que le PR pourra largement intervenir pour en préciser les dispositions.

- Ce type de renvoi à l'appréciation du PR peut faire l'objet d'une censure par le CC au titre de l'incompétence négative ;

c) D'autres fois, le Conseil d'Etat va interpréter largement l'habilitation donnée au Gouvernement pour lui permettre de régler une situation non prévue par la loi.

Tout se passe comme si le juge mettait à distance la loi d'habilitation pour s'en servir de prétexte pour conférer des compétences plus large à l'administration.

Ce raisonnement peut être illustré par l'arrêt du CE de 1964 Société des pétroles Shell Berre où sur la base d'une loi de 1928 qui permet au Gouvernement de contrôler les importations de pétrole, le CE déduit la compétence du pouvoir réglementaire pour régler l'installation et l'extension des stations-services.

C'est en quelque sorte admettre l'idée que le Gouvernement dispose d'une investiture générale en tant que pouvoir exécutif pour prendre toutes les mesures nécessaires à la vie nationale

Comme l'écrit B. Faure (AJDA 1998), ce n'est plus un pouvoir d'exécution mais un pouvoir pour l'exécution des lois.

C'est qu'illustre encore davantage l'hypothèse suivante.

d) Enfin, le pouvoir réglementaire, en dehors de toute habilitation pourra aller au-delà de la simple exécution technique de la loi notamment pour combler un vide juridique.

- La solution avait déjà été admise sous la III^e République, pourvu que les innovations introduites par l'autorité administrative apparaissent « indispensables pour la réalisation même des dispositions de la loi » (Conseil d'Etat, 12 déc. 1953, Confédération nationale des associations catholiques des chefs de famille) mais c'est aussi le cas dorénavant sous la Ve République malgré la répartition des articles 34 et 37 de la Constitution.
- Le Conseil d'État a en effet jugé, dans l'arrêt Meyet du 10 septembre 1992, à propos de l'organisation des consultations référendaires, qu'en l'absence de dispositions législatives organisant le déroulement de ce type de consultation, le pouvoir réglementaire pouvait transposer et aux besoins adapter des dispositions applicables aux autres consultations électorales sans porter atteinte à la distinction des matières législatives et réglementaires.
- e) l'expérimentation normative
- La loi constitutionnelle du 17 mars 2003 qui ouvre au pouvoir réglementaire la faculté d'adopter, pour un objet et une durée limitée des dispositions à caractère expérimental (Constitution, art. 37-1) a accru les potentialités normatives reconnues au Gouvernement en marge de la loi.

Section 2. La diversité du pouvoir réglementaire

Les nécessités de la vie administrative font que le pouvoir réglementaire se concrétise de toutes sortes de manières afin de régler toute sortes de situations et répondre à toutes sortes de besoins.

- En pratique, en effet, le pouvoir réglementaire n'a pas le caractère exceptionnel que le droit constitutionnel lui prête. Il s'exerce sous des formes variées dans les actes de la vie courante.
- Ainsi que l'expliquait Jean Rivero, l'indication du sens de la file devant un guichet est une expression du pouvoir réglementaire de l'administrations.

- En fait, la Constitution ne fonde pas le PR qui lui préexiste car à défaut toute organisation administrative serait impossible à concevoir. Au mieux elle tente de le discipliner
- On retrouve cette idée chez Hauriou qui a développé en ce sens la théorie de l'institution

En conséquence, de cette banalité, on assiste

1. à une dispersion du pouvoir réglementaire au profit des administrations d'exécution : autorités déconcentrées, collectivités territoriales, personnes morale de droit privé en charge d'une mission de service public, autorités administratives indépendantes.
2. Ce mouvement s'accompagne de la multiplication d'hypothèses où l'administration exerce un pouvoir réglementaire en dehors de toute habilitation législative.

§1. La diversité des autorités investies du pouvoir réglementaire

- On assiste à une dispersion du pouvoir réglementaire au-delà des autorités exécutives prévues à l'article 21. Des considérations d'efficacité conduisent à déléguer le PR à d'autres autorités
 - D'abord la Constitution prévoit de manière générale que le PR peut être subdélégué aux ministres chargés de l'exécution de la loi
 - Ensuite chaque texte peut désigner les autorités chargées de sa mise en œuvre. Cela peut être
 - Des autorités décentralisées qui sont amenés dans le cadre des compétences transférées à exercer le PR (ex : le CM adopte le PLU et le maire des règlements en matière de police)
 - Les fédérations sportives qui sont un exemple de personnes morales de droit privé en charge d'une mission de service public et qui disposent d'un pouvoir réglementaire pour organiser les compétitions sportives
 - Les autorités administratives indépendantes tels que le CSA ou l'ARCEP
 - Ou encore les autorités déconcentrées

Cette banalisation du pouvoir réglementaire est aujourd'hui admise. Elle a soulevé d'importantes questions au regard de la concurrence non avec la loi mais avec le PRG prévu à l'article 21 notamment dans deux cas

A. Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes

Les autorités de régulation disposent d'un pouvoir réglementaire dans la mesure où sa détention est indispensable au bon exercice de la régulation.

L'obstacle à son plein exercice est double

- ▶ Il est d'abord politique.

1. L'attribution d'un pouvoir réglementaire au PM a pour contrepartie la responsabilité du gouvernement devant le Parlement.
2. Or non seulement les autorités de régulation sont indépendantes de l'Exécutif mais elles ne sont pas responsables devant le Parlement.
3. D'où leur PR ne peut être que limité en considération du PRG

- ▶ Il est donc aussi juridique. Le CC n'a admis l'attribution du PR à une autorité indépendante qu'à la condition
 1. 1/ qu'elle concerne un domaine déterminé,
 2. 2/ que le PR s'exerce dans le cadre défini par les lois et règlements (d'où une compétence réglementaire seconde),
 3. 3/ que l'habilitation législative ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu
 - CC, 86-217 DC du 18 septembre 1986 à propos de la CNCL / 89-260 du 28 juillet 1989 à propos de la COB.

La jurisprudence constitutionnelle se veut rigoureuse

Le CC a invalidé une disposition de loi qui subordonnait la compétence réglementaire du PM en matière d'audiovisuel au respect de dispositions arrêtées par la CNCL (CC, 86-217 DC du 18 septembre 1986 à propos de la CNCL)

Ainsi également qu'une disposition de la loi sur le CSA (CC, n°88-248 du 17 janvier 1989) au motif que l'habilitation était trop large.

Il a également formulé une réserve d'interprétation à propos de la loi du 4 août 1993 relative au statut de la Banque de France :

jugeant que serait contraire à la Constitution toute disposition qui chargeait le Conseil de la politique monétaire de définir la politique monétaire dans le but d'assurer la stabilité des prix ;

mais que par contre serait conforme à la constitution une disposition limitant les pouvoirs du CPMon à la mise en œuvre de la politique monétaire arrêtée par le Gouvernement (auquel il revient de décider des objectifs à suivre : stabilité des prix ou autre)

C'est donc un pouvoir réglementaire spécial et cantonné à la mise en œuvre de la loi et du PRG que détiennent les autorités de régulation

Par exemple, l'ARCEP peut simplement préciser certaines règles dans des domaines techniques

B. Le cas du pouvoir réglementaire local

La reconnaissance du pouvoir réglementaire des collectivités locales est désormais officialisée à l'article 72 de la Constitution (Loi constitutionnelle du 17 mars 2003),

Cette reconnaissance est essentiellement symbolique :

- Car nombreux sont les transferts de compétences qui s'accompagnent de compétences réglementaires sans besoin d'une habilitation constitutionnelle
 - Plan local d'urbanisme
 - Règlement départementale de l'aide sociale
- Car elle ne règle pas la question essentielle qui est celle de combinaison avec le PRG de l'article 21 de la Constitution

L'exercice du pouvoir réglementaire par les autorités locales pose en effet essentiellement de savoir à qui il revient aux col ter ou PM de prendre les textes d'application des lois concernant l'exercice par les col ter de leurs compétences.

En toute hypothèse, le pouvoir réglementaire des collectivités locales est un pouvoir résiduel limité à l'exécution des lois dans les limites de ce que lui laisse le PRG

Or la pratique de la décentralisation veut que généralement le PRG épuise sa compétence. En conséquence de quoi, le PR local est un pouvoir d'exécution du PRG.

Dans certains cas cependant, le PRG peut s'abstenir d'intervenir dès lors la question est de savoir si le PRL peut se substituer au Gouvernement pour définir localement les conditions d'application de la loi.

La jurisprudence administrative est plutôt défavorable

- En 1985, l'arrêt du Conseil d'Etat Syndicat d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise a admis que, lorsque la loi ne renvoie pas à un décret la définition de ses modalités d'exécution, et en l'absence de toute intervention du pouvoir réglementaire national, l'autorité locale pouvait fixer par elle-même les règles d'application de la loi (AJDA 1985, p. 275, note J. Moreau).
- Mais en 1994, l'avis du Conseil d'Etat Préfet du Calvados devait rappeler que le cadre juridique posé par la loi doit être suffisamment précis, faute de quoi l'autorité locale ne saurait fixer d'elle-même les conditions d'application de la loi (Rec. p. 123, note B. Faure, RFDA.1994, p. 770)

Les développements des plus récents du droit de la décentralisation semblent toutefois être de nature à accentuer l'autonomie normative, quoique résiduelle, des autorités locales.

- C'est d'abord l'arrêt Commune de Mons-en-Baroeul du 29 juin 2001 qui reconnaît aux collectivités locales une sorte de droit à l'expérimentation locale en se fondant sur l'article L. 2121-29 du Code général des collectivités territoriales qui habilite le conseil municipal à statuer sur toutes les questions d'intérêt communal.
 - Le Conseil d'Etat admet en l'espèce qu'une commune puisse improviser en marge des lois qui régissent l'aide sociale pour créer un système conditionnant l'attribution d'une aide municipale au logement à la participation des bénéficiaires à certaines activités d'intérêt général présentées comme des mesures de réinsertion (AJDA 2002, p. 41, note Y. Jegouzo).
- C'est ensuite la loi constitutionnelle du 18 mars 2003 qui permet aux autorités locales d'adopter à titre expérimental, sur un objet précis et pour une durée limitée, des dispositions relevant du domaine de la loi ou du règlement leur permettant d'adapter les réglementations nationales aux spécificités locales.
 - Mais ces possibilités de dérogation aux lois et au règlement devront toujours reposer sur une habilitation du Parlement ou du gouvernement et ne pourront jamais mettre en cause l'exercice d'une liberté publique ou d'un droit fondamental.
 - Par ailleurs, l'expérimentation a vocation à être généralisée ou à être abandonnée
 - La pratique de l'expérimentation s'est révélée très décevante
 - Aussi, le Gouvernement réfléchit à la possibilité de reconnaître aux collectivités locales de déroger aux lois et règlements nationaux pour adapter la loi ou le règlement à la spécificité de leurs territoires
- Cette possibilité de différenciation normative a fait l'objet d'un avis du CE (du 1^{er} 2018) qui recommande une modification de la Constitution.
- C'est une réforme de moindre envergure qui a été annoncée pour le 1^{er} semestre 2021 avec

un projet de loi 4D qui devrait s'appuyer sur l'art 72 de la C et permettre les expérimentations pérennes.

§2. La variété des formes d'exercice du pouvoir réglementaire

Loin de l'unité définie par la Constitution; les formes d'exercice du PR sont dans la réalité administratives extrêmement variables

- En dehors, des hypothèses où les autorités administratives agissent en vertu d'une loi d'habilitation, l'administration n'est pas dépourvue de toute compétence réglementaire comme l'admet la jurisprudence administrative au titre de la théorie des pouvoirs implicites :
- Dans d'autres cas, la production normative de l'administration aboutit à l'exercice d'attributions para-réglementaires qu'il revient au juge d'encadrer afin l'exercice d'un pouvoir normatif occulte

A LA THEORIE DES POUVOIRS IMPLICITES, FONDEMENT A L'EXTENSION DU POUVOIR REGLEMENTAIRE DE L'ADMINISTRATION

La théorie des pouvoirs implicites correspond à des situations où la jurisprudence a déduit des textes fondant la compétence ou la mission des autorités administratives un pouvoir normatif non prévu expressément mais qui lui apparaît comme nécessaire à l'accomplissement par l'autorité administrative les objectifs des missions que la loi leur assigne.

Cette théorie des pouvoirs implicites n'est pas propre au droit administratif. On l'a retrouve en droit constitutionnel ou encore en droit international.

En droit administratif, elle trouve à s'appliquer au profit du chef de l'exécutif en matière de police et au profit des chefs de service.

1. La reconnaissance de plein droit à l'autorité gouvernementale d'un pouvoir réglementaire de police

La jurisprudence admet qu'en l'absence de toute habilitation législative en ce sens il appartient au Premier ministre de prendre des mesures de police susceptibles de s'appliquer sur l'ensemble du territoire national.

- Cette jurisprudence a une portée pratique évidente.
- Car si la loi (le CGCT) habilite un certain nombre d'autorités au plan local (le maire et le préfet), elle ne prévoit rien lorsque les troubles sont d'ampleur nationale.
 - Ce pouvoir trouve son fondement dans l'arrêt Labonne du 8 août 1919.

A l'occasion d'un recours contre la décision lui retirant son certificat de capacité pour la conduite des automobiles, un automobiliste contestait la légalité d'un décret du Président de la République instituant un « code de la route » destiné à assurer la sécurité de la circulation sur les voies publiques

.En effet, Le Président de la République ne détenait ce pouvoir ni de la loi, ni de la Constitution.

- Le Conseil d'Etat ne va pas retenir l'argumentation du requérant. Il va au contraire décider qu'il appartient au chef de l'Etat en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres de déterminer les mesures de police applicables dans l'ensemble du territoire ».

- Cette notion de pouvoirs propres (en quelque sorte naturellement attachés à la fonction) est pour le moins mystérieuse.

Elle résulte d'un raisonnement constructif du Conseil d'Etat : le juge administratif a considéré que le maintien de l'ordre public (ce à quoi concourt les pouvoirs de police) et plus généralement le maintien de la Paix civile est une condition matérielle nécessaire à la bonne marche du pays et donc à la bonne exécution des lois.

- Or les lois constitutionnelles de 1875 ont confié au Président de la République la charge de veiller à l'exécution des lois.
- En conséquence, le Président de la République doit être mesure de maintenir l'ordre public et donc détenir des pouvoirs de police.
 - La jurisprudence Labonne a été maintenue par le Conseil d'Etat.
- Sous la IV^e République au profit du chef de l'exécutif qu'était alors non plus le Président de la République mais Président du conseil. Conseil d'Etat, Ass. 1960 Sarl Restaurant Nicolas à propos de la réglementation du commerce du gibier dans l'intérêt de la santé publique.
- Sous la V^e République, au profit du Premier Ministre que l'art. 21 de la Constitution charge de diriger l'action du Gouvernement et d'assurer l'exécution des lois. Conseil d'Etat 4 juin 1975 Bouvet de la Maisonneuve à propos de l'obligation du port de ceinture de sécurité.
 - De son côté, le Conseil constitutionnel a repris à son compte la jurisprudence Labonne. Il a admis (DC 1987 code rural) que l'article 34 de la Constitution qui donne compétence au législateur pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques n'a pas retiré au Chef du gouvernement les attributions de police générale qu'il exerçait antérieurement en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative.

2. Le pouvoir d'auto-organisation des chefs de service

De la même manière, indépendamment de toute habilitation législative, les chefs de service se sont vus reconnaître le pouvoir de poser des règles générales afin de veiller à la bonne organisation du service dont ils ont la charge.

- En effet, l'administration est aussi une institution qui a ses propres besoins de fonctionnement. A ce titre, les autorités administratives sont appelées à prendre deux types de règles juridiques : celles qui sont destinées à régir les comportements sociaux des administrés (les règlements) et d'autres qui visent le fonctionnement interne de ses services (les mesures d'ordre interne ou d'organisation intérieure).

Ce pouvoir d'organisation, les ministres, chefs de service et autres supérieurs hiérarchiques le détiennent de plein droit.

- Conseil d'Etat, 7 fév. 1936 Jamart, GAJA n°54). : « même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité »
- Il s'agit d'un pouvoir implicite qui découle du pouvoir hiérarchique à la base de toute organisation administrative.

- Jean Rivero parle à son propos d'un pouvoir spontané « d'essence biologique » en ce sens que sa consécration repose sur l'idée que toute organisation doit naturellement disposer des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission

Dans la pratique quotidienne, ce pouvoir d'organisation du service va se manifester de diverses manières : par des opérations matérielles bien sûr, sur lesquelles le droit n'a que peu de prise, mais aussi par divers actes juridiques qui n'ont pas tous un effet réglementaire : il peut s'agir de décisions individuelles ou de mesures au statut juridique plus ambigu (les circulaires, les directives) auquel la jurisprudence administrative répugne à reconnaître une portée normative en dehors des rapports de service.

a. Le pouvoir d'organisation du service, un pouvoir de nature institutionnelle

Il appartient aux chefs de services de s'assurer de l'organisation et du bon fonctionnement de leurs services. A cet effet, les actes juridiques internes prendront la forme soit de décisions individuelles (telle l'interdiction d'accès au service à une personne jugée indésirable) ou de mesure à portée générale (telle la détermination par le Garde des sceaux des conditions de fouilles des détenus dans les prisons).

En tout état de cause, la portée du pouvoir de décision des chefs de service, consacré par l'arrêt Jamart du 7 février 1936 (GAJA n°54), ne dépasse pas le cercle des personnes en relation directe avec le service. C'est un pouvoir d'ordre interne.

α) Le cercle des personnes visées

Au titre de la jurisprudence Jamart, le Ministre va pouvoir régler l'organisation interne de ses services : instituer par exemple un organe consultatif qui sera chargé de l'assister dans sa mission ou encore mettre en place des organismes de concertation.

A ce titre, les décisions du chef de service pourront intéresser la situation des agents placés sous ses ordres.

C'est ainsi que l'Assemblée du Conseil d'Etat dans le très célèbre arrêt Dehaene du 7 juillet 1950 (Grands arrêts, n°72) a admis qu'en l'absence de loi venant réglementer le droit de grève reconnu par le Préambule de 1946, il appartenait au gouvernement d'en réglementer lui-même l'exercice afin de s'assurer du bon fonctionnement du service public. C'est encore sur le fondement de la jurisprudence Jamart que le Conseil d'Etat a admis que le Ministre de la justice pouvait organiser un système de contrôle à leur domicile des agents en congé maladie (Conseil d'Etat 19 janvier 2000 Fédération Justice CFDT) ou encore réglementer les conditions de fouille des détenus (Conseil d'Etat 8 déc. 2000 Frérot).

Par contre, les usagers du service ne sont pas en principe les destinataires directes de ces mesures générales qui concernent d'abord les agents;

La jurisprudence se montre à cet égard très vigilante :

Elle n'admet pas en principe que les usagers puissent contester ce type de mesure devant le juge administratif faute d'intérêt à agir

Sauf si la mesure contestée d'organisation du service affecter les conditions d'utilisation du service et donc in fine la situation des usagers du service

Il en va autrement quand, à l'image des détenus des prisons ou des élèves des établissements scolaires, les usagers sont placés sous l'autorité directe du chef de service qui les soumettra par

exemple au respect du règlement intérieur de l'établissement. Dans ce cas, l'intérêt à agir de l'utilisateur n'est pas contestable.

Pour autant, pendant longtemps, le CE a voulu voir dans les mesures applicables aux détenus, aux élèves (mais aussi aux militaires) des actes injusticiables afin de ne pas affaiblir l'autorité hiérarchique. C'est la théorie dite des mesures d'ordre intérieur (qui concerne autant les actes à portée générale que des mesures purement individuelles)

La jurisprudence contemporaine a abandonné cette conception et admet le recours des détenus ou des élèves chaque fois que la mesure prise est susceptible d'intéresser leurs situations personnelles.

CE 1992 Kherroua à propos du règlement intérieur

β) Un pouvoir d'ordre interne

Liée à la notion de pouvoir hiérarchique, cette compétence ressort de la fonction institutionnelle de l'administration, de son pouvoir d'auto-organisation.

En conséquence, la jurisprudence administrative n'hésitera pas à censurer les actes qui sous couvert d'organisation du service tendraient à régir des situations juridiques extérieures au service.

Notre dame kreisker

Mais l'exercice de ce pouvoir propre ne saurait signifier que les chefs de service dispose d'une compétence discrétionnaire.

- Le juge vérifiera toujours que les décisions ont été prises dans l'intérêt bien compris du service. Ainsi dans l'affaire Jamart, le juge jugera en définitive excessive l'interdiction faite par le Ministre des pensions à un médecin d'accéder à l'ensemble des centres de réforme des armées alors qu'aucun élément du dossier ne permettait d'établir l'existence d'une « menace précise de nature à troubler le fonctionnement » du service.

D'une manière plus générale, le chef de service reste évidemment soumis au respect des normes supérieures :

- Le Ministre de la justice quand il réglemente les conditions de fouille des détenus ne peut ainsi méconnaître les dispositions du Code de procédure pénal.
 - Par ailleurs, le juge n'hésitera pas à confronter les mesures d'organisation du service soit aux principes généraux du droit (les mesures prises par le chef de service ne doivent pas porter atteinte à la liberté de conscience et à la liberté syndicale des agents, Conseil d'État du 28 juillet 1989 Halbwax) ; soit aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (Conseil d'État 8 décembre 2000 Frérot : à propos de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants).

b. Le pouvoir d'organisation du service, un pouvoir subsidiaire

Du reste, le pouvoir de décision des chefs de service n'est qu'un pouvoir subsidiaire : il ne peut intervenir que pour combler un vide juridique.

La jurisprudence administrative veille à ce que la décision du Ministre ou plus largement du chef de service ne dépasse pas le cadre de ce qui est effectivement utile au bon fonctionnement du service.

- Dans le célèbre arrêt du 29 janvier 1954 Institution Notre-Dame du Kreisker (GAJA, n°80 ; GDDA, p. 198), l'Assemblée du Conseil d'État a admis que le Ministre de l'éducation nationale pouvait en sa qualité de supérieur hiérarchique fixer la liste des renseignements devant être fournis aux conseils académiques chargés par la loi d'instruire les demandes de subventions présentées par les établissements d'enseignement privé.

- Mais s'il peut compléter ou préciser toujours dans l'intérêt du service les modalités d'application de la loi ou du décret, le chef de service n'est pas habilité à combler les lacunes du texte notamment en régissant une situation non prévue par les textes.
- Ainsi toujours dans l'affaire Notre-Dame du Kreisker, le juge a estimé qu'il ne revenait pas au Ministre de prévoir

ni que le recteur pourrait déclarer irrecevable les dossiers présentant des pièces manquantes alors que la loi prévoit l'examen des demandes par le conseil académique ;

ni que l'octroi de la subvention publique par les collectivités locales serait subordonné à l'engagement par l'établissement privé d'accepter le contrôle administratif et pédagogique de l'éducation nationale.

Mais il faut encore qu'aucun texte n'ait attribué l'organisation du service ou de certaines de ses modalités à une autre autorité.

- Un arrêt du 8 janvier 1992 Sarl Chocolat de régime Dardenne est venu rappeler l'impossibilité pour un ministre de décider de la création d'un organisme consultatif dès lors que la loi prévoyait qu'une procédure consultative serait organisée par décret (Conclusions Genevois, D. 1982, p. 261).
- De même, dans l'affaire Association Choisir la vie du 30 juin 2000, le Conseil d'Etat a-t-il jugé que s'il appartient au ministre de l'Éducation nationale d'adresser aux infirmières scolaires les instructions nécessaires à l'accomplissement de leurs missions, il ne peut être fait utilisation de ce pouvoir que « sous réserves des compétences attribuées à d'autres autorités par les textes législatifs et réglementaires en vigueur » ;
- qu'en conséquence, le ministre ne pouvait autoriser les infirmières scolaires à délivrer dans des situations d'urgence des contraceptifs hormonaux aux adolescentes scolarisées dans l'établissement ; et ce, dès lors que la loi du 28 décembre 1967 réserve la délivrance des contraceptifs exclusivement à un pharmacien et sur prescription d'un médecin (note Dubouis, RFDA 2000, p. 1305).

D'une manière générale, les pouvoirs des chefs de service butent sur l'existence de textes législatifs qui interviennent de plus en plus souvent soit pour organiser le fonctionnement des services publics soit pour conférer des droits statutaires aux agents ou aux usagers ;

- de sorte que le pouvoir « autonome » des chefs de service tend à devenir résiduel. Ainsi, en pratique, il revient le plus souvent aux chefs de service de prendre seulement les mesures impliquées par les textes statutaires (En ce sens, voir Rémy Schwartz, Le pouvoir d'organisation du service, AJDA 1997, HS, p. 47, qui prend comme exemple l'impossibilité des ministres d'avoir une politique du personnel).

B. L'exercice par les autorités administratives de compétences aux effets para-réglementaire

Les autorités administratives sont parfois investies de compétences qui sont susceptibles de produire des effets de nature de « para-réglementaire » dès lors qu'en pratique et non en droit elles sont susceptibles d'influencer la manière dont la loi est mise en œuvre par d'autres acteurs juridiques destinataires de ces mesures.

On parle aussi d'infra-droit, de droit souterrain, ou encore de petit droit qui est produit

- soit par les ministres en leur qualité de chef de service et de supérieur hiérarchique d'une administration déconcentrée
- soit par les autorités de régulation qui émettent des recommandations, rendent des avis à destination des opérateurs économiques : le droit souple

1) Les mesures d'ordre interne

- Il faut distinguer deux types d'actes normatifs internes
- Les circulaires
- Les lignes directrices

a) Les circulaires, mesures d'interprétation de la loi

Les chefs de service peuvent adresser sous la forme de note de service des instructions à leurs subordonnées. C'est la conséquence du pouvoir hiérarchique

- Sous la notion de circulaires, la pratique administrative regroupe des actes disparates qu'elle dénomme d'ailleurs de diverses manières : circulaires, recommandations, notes de service, instructions, directive.
- Certains de ces actes n'auront ainsi qu'une faible densité juridique. *
- C'est le cas des documents internes qui n'ont d'autres fonctions que de faire circuler l'information à l'intérieur des services, d'en assurer la coordination ou d'en faciliter le travail des agents en indiquant par exemple des manières de faire ou des précautions à prendre. Ces actes ne sont au mieux que des mesures préparatoires, situés parfois très en amont de la phase décisionnelle.

D'autres au contraire auront une portée juridique plus immédiate : ce sont les actes par lesquels l'administration supérieure – notamment les Ministres- livre aux agents déconcentrés sa propre appréciation du droit, la manière dont il convient de mettre en œuvre les textes législatifs ou réglementaires en vigueur

En pratique, l'interprétation retenue par le ministre joue souvent un rôle considérable dans la mesure où la circulaire tend dans le fonctionnement quotidien des administrations à devenir le fondement de l'action administrative, l'agent ayant tendance à se référer aux circulaires pour appliquer la loi. Les circulaires sont ainsi une sorte de littérature grise sur laquelle l'administration s'appuie de préférence à la loi.

L'exercice à l'administration d'un pouvoir d'interprétation n'est pas sans présenter de sérieux inconvénients pour les particuliers.

- En effet, parce que les circulaires interprétatives sont réputées ne pas produire d'effets juridiques, la jurisprudence administrative y voit des actes non décisifs que les administrés ne sont pas autorisés à contester par la voie du recours pour excès de pouvoir.
- La difficulté tient en outre à ce que la frontière entre la fonction institutionnelle de l'administration et l'action administrative reste parfois difficile à situer.
- Il n'est pas rare de voir l'administration utiliser le procédé de la circulaire à des fins « réglementaires ». *
- C'est même une tendance générale dans l'administration contemporaine, afin notamment d'alléger les procédures et de raccourcir les circuits de décision, que de profiter de l'élaboration d'une circulaire pour glisser des dispositions qui auraient dû en droit être introduites par décret ou arrêtés ministériels .
- La jurisprudence administrative s'attache toutefois davantage au contenu des documents administratifs qu'à leur forme officielle,

- ainsi le recours pour excès de pouvoir est-il traditionnellement ouvert à l'encontre des circulaires qui contiennent des dispositions qualifiées de « réglementaires » car susceptibles de modifier l'ordonnement juridique.
 - Cette démarche réaliste a ainsi amené le Conseil d'Etat, dans un premier temps, à partir de l'arrêt Notre Dame du Kreisker du 29 janvier 1954, à opposer les circulaires dites « interprétatives » aux circulaires dites « réglementaires ».
 - Aujourd'hui, avec l'arrêt Mme Duvignères du 18 décembre 2002, la jurisprudence administrative adopte à une nouvelle distinction qui oppose les circulaires impératives aux circulaires interprétatives.
 - Cette nouvelle classification a essentiellement pour objet d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir à des hypothèses autres que la notion de circulaire réglementaire n'était pas en mesure d'englober ;
 - elle vise en particulier les instructions ministérielles ou notes de service qui sans ajouter au droit invitent leurs destinataires à appliquer une règle contraire à une norme de droit supérieure *
 - La notion de circulaire réglementaire visait en effet exclusivement les dispositions qui ajoutent au droit en vigueur, soit qu'elles imposent de sujétions nouvelles aux administrés, soit qu'elles leur reconnaissent des droits non prévus par les textes, soit qu'elles créent une procédure nouvelle ou entendent conditionner par l'édition d'une règle impérative la prise de décisions ultérieures.

Ce type de mesures à caractère général constitue ainsi d'authentiques actes réglementaires, de fausses circulaires.

- A moins de pouvoir s'appuyer sur un texte particulier ou sur la jurisprudence Jamart, les circulaires qui contiennent des dispositions réglementaires sont généralement illégales pour incompétence dans la mesure où les Ministres et autres chefs de services ne disposent pas du pouvoir réglementaire général que la Constitution confie au Premier Ministre.
- L'apport de la notion de « circulaire impérative », telle que mise en exergue par l'arrêt Mme Duvignères, est d'inclure dans la catégorie des actes susceptibles d'être contestés devant le juge administratif les circulaires qui, sans ajouter au droit à l'image des circulaires réglementaires, invite ses destinataires à appliquer une règle contraire à une norme juridique supérieure qu'il s'agisse d'un texte illégal ou encore d'une disposition législative incompatible avec les stipulations d'une norme internationale

b) Les lignes directrices

Des circulaires, on rapprochera les « lignes directrices » qui permettent au chef de service d'orienter le pouvoir discrétionnaire des agents déconcentrés de manière souple sans poser de normes impératives

Depuis l'arrêt CE 19 septembre 2014 : Agence pour l'enseignement du français à l'étranger ; on désigne ces mesures sous le terme de lignes directrices et non de directives comme auparavant (CE 1970 Crédit foncier de France / Arrêt de principe)

Ce changement de terminologie permet de ne pas confondre ces documents avec les directives du droit de l'Union européenne avec lesquelles ils n'ont précisément rien à voir.

Le Conseil d'Etat, (CE 4 févr. 2015, n° 383267, Ministre de l'intérieur c. M. Cortes Ortiz a rappelé le principe des lignes directrices reprenant le raisonnement de l'arrêt Crédit foncier de France de 1970

« dans le cas où un texte prévoit l'attribution d'un avantage sans avoir défini l'ensemble des conditions permettant de déterminer à qui l'attribuer parmi ceux qui sont en droit d'y prétendre,

l'autorité compétente peut, alors qu'elle ne dispose pas en la matière du pouvoir réglementaire, encadrer l'action de l'administration, dans le but d'en assurer la cohérence, en déterminant, par la voie de < lignes > < directrices >, sans édicter aucune condition nouvelle, des critères permettant de mettre en œuvre le texte en cause,

sous réserve de motifs d'intérêt général conduisant à y déroger et de l'appréciation particulière de chaque situation ».

L'intérêt de cette technique concerne l'administration

- Elle donne un peu de sécurité juridique et de limiter les atteintes au principe d'égalité en permettant à l'administration supérieure de préciser aux autorités inférieures la manière dont elles doivent faire usage de leur pouvoir de décision.
- Mais toujours sous la condition que les autorités inférieures disposent toujours de la possibilité de retenir une autre solution en fonction des particularités du dossier qu'elle instruit
 - Car c'est à ce titre que par les lignes directrices, les autorités supérieures ne s'attribuent pas un pouvoir réglementaire que la loi ne leur a pas conféré.

Cette jurisprudence profite notamment aux Ministres qui ne disposent d'un pouvoir réglementaire que dans la mesure où la loi le prévoit et qui en sont donc dépourvus dans la majorité des cas (car c'est le Premier Ministre qui le détient)

Pour autant lignes directrices et pouvoir réglementaire ne s'exclut pas nécessairement

- Le CE vient de juger (requête n° 428683), que l'autorité compétente peut encadrer l'action de l'administration par des < lignes > < directrices >, et ce alors même qu'elle dispose du pouvoir réglementaire en la matière.
 - L'affaire portait sur le montant de l'indemnité de départ volontaire attribuée à un professeur d'un établissement d'enseignement privé sous contrat avec l'État.
 - Par deux circulaires, le ministre chargé de l'éducation nationale a défini des critères permettant de mettre en œuvre le décret du 17 avril 2008, qui détermine le plafond de l'indemnité et la possibilité d'en moduler le montant, sans fixer celui-ci, sous réserve de motifs d'intérêt général conduisant à y déroger et de l'appréciation particulière de chaque situation.
 - Pour le Conseil d'État, ces circulaires par lesquelles « le ministre s'est borné à encadrer l'action de l'administration dans le but d'en assurer la cohérence, en déterminant des critères permettant de mettre en œuvre le décret du 17 avril 2008 [...], qui ont toutes deux été régulièrement publiées, constituent des < lignes > < directrices > », dont le requérant peut se prévaloir devant le juge administratif.

Dans un second arrêt du même jour (requête n° 425960), le CE a rappelé les limites du pouvoir d'énoncer des directives

- L'affaire concernait le refus de maintenir en activité un chargé de recherches au Centre national de la recherche scientifique (CNRS) au-delà de la limite d'âge. *

- La demande a été examinée au regard de la circulaire du 28 avril 2014 sur l'application des dispositifs de poursuite d'activité au-delà de la limite d'âge des agents titulaires et non titulaires du CNRS, qui prévoit, à titre d'orientation générale, de privilégier le recrutement de jeunes chercheurs plutôt que le maintien en activité des agents ayant atteint la limite d'âge, tout en invitant à procéder à un examen particulier de chaque demande et en précisant qu'il devait être dérogé à cette orientation générale lorsque les circonstances propres au cas particulier le justifient dans l'intérêt du service.

- Pour le Conseil d'État, cette circulaire s'est bornée à fixer, à l'attention des services de l'établissement, des < lignes > < directrices pour l'appréciation des demandes de maintien en activité au regard de l'intérêt du service.

- « Il s'ensuit que la cour administrative d'appel a retenu une inexacte interprétation de la circulaire du 28 avril 2014 en jugeant qu'elle avait pour portée de fixer des règles impératives ».

- Réglant l'affaire au fond, elle juge que le refus n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation.

Le statut contentieux des lignes directrices est ambivalent

Les lignes directrices ne sont pas des décisions à ce titre elles ne peuvent être contestées devant le juge administratif

- C'est seulement la décision prise en application qui pourra être contestée
 - A moins que la ligne directrice contienne des dispositions décisives.
 - Alors on retrouve les mêmes problèmes que ceux des circulaires: par exemple, la circulaire Valls (qui est une ligne directrice au sens de la jurisprudence) sur les conditions d'admission exceptionnelle des étrangers sans papier sur le territoire national CAAParis 4 juillet 2014 Préfet de police
- Elles sont cependant opposables à l'administration.
 - Le bénéficiaire d'une décision prise sur le fondement d'une ligne directrice pourra saisir le juge pour vérifier que sa situation personnelle a été traitée selon la grille de lecture proposée (CE 1973 Sté Géa)
 - Et le juge annulera une décision prise sans raison en contradiction avec la ligne directrice

2) Le droit souple

Le Conseil d'État a reconnu une portée juridique (justifiant l'ouverture du REP) à certaines formes nouvelles de normativité qualifiées de « droit souple »

Deux arrêts

- (CE Ass., 21 mars 2016, Société Fairvesta international)
 - Recours en annulation admis contre le « communiqué » émis par l'Autorité des marchés financiers dans le cadre de sa mission de surveillance des marchés réglementés

- et visant aussi l'indemnisation du préjudice subi du fait des conséquences pratiques de ces communiqués

Et aussi

- (CE Ass., 21 mars 2016, Société Numéricable, n° 390.023), la société Numéricable a demandé au Conseil d'État l'annulation d'une délibération de la commission permanente de l'Autorité de la concurrence et d'une « lettre » de son président adoptés dans le cadre du contrôle des concentrations.

Ces documents administratifs n'étaient pas traditionnellement pas susceptibles de recours en l'absence de caractère décisoire

Cette jurisprudence avait l'inconvénient de ne pas tenir compte de la portée pratique de ces actes

- Elle était conforme à la tradition juridique française attachée à la loi et aux textes impératifs (le droit dur...) ; Cependant sous l'influence du droit anglo-saxon ce type de droit mou s'est largement développé dans les secteurs économiques

Le Conseil d'État accepte désormais de contrôler les instruments du droit souple dès lors qu'ils sont

- de nature à produire des effets notables (...)
- ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements de personnes auxquelles ils s'adressent »

Autrement dit,

- Si l'« instrument » n'a pas d'incidence sur la situation ou le comportement de ses destinataires, il ne sera pas assimilé à un acte susceptible de recours.
- Si l'« instrument » tend à produire des effets contraignants, il sera assimilé à du droit dur.
 - Le juge pourra alors en prononcer l'annulation si son auteur n'est pas habilité par les textes à poser des règles impératives.
- En tout état de cause, le juge est fondé à apprécier les conséquences dommageables d'un recours intempestif au droit souple en engageant la responsabilité de l'administration.

CHAPITRE 2
LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE

La question du pouvoir discrétionnaire est une question centrale en droit administratif.

- Le pouvoir discrétionnaire désigne la part de liberté que détient un administrateur dans son action. Il se manifeste par la marge de manœuvre qui lui revient dans l'appréciation des éléments qui vont commander sa décision ou son action.
 - Cette marge de manœuvre n'est pas une anomalie. Bien au contraire, elle est nécessaire pour saisir les données de fait du dossier que l'administration a à traiter.
 - Car le législateur, obligé qu'il est de procéder par des règles générales, n'est pas en mesure de prévoir la complexité des situations particulières ni d'indiquer à l'administration, en chaque hypothèse de quelle façon et à quel moment elle doit agir.

Ainsi toute règle de droit est frappée d'une part variable d'indétermination sur lequel se déploie le pouvoir discrétionnaire de l'administration

- Cependant il n'existe pas de pouvoir pleinement discrétionnaire, de décision dont aucun élément ne saurait pas border par la loi mais seulement des compétences dotées d'un certain pouvoir discrétionnaire qui sera dosé de façon variable.
- La notion d'acte purement discrétionnaire a été abandonné par le CE en 1902 dans l'arrêt *Graziati*

Loin de placer l'administration hors la loi, le pouvoir discrétionnaire est ainsi une modalité de la légalité.

- Il reste que le pouvoir discrétionnaire ne doit pas dégénérer en pouvoir arbitraire.
- L'encadrement par le juge du pouvoir discrétionnaire est ainsi un des enjeux principaux du droit administratif qui s'efforce d'en aménager l'exercice, visant à concilier pragmatisme, efficacité de l'action, garantie des droits individuels et égalité des citoyens devant la loi.

La question du pouvoir discrétionnaire est en effet intimement lié à celle du pouvoir juridictionnel dans la mesure où quand le juge déploie son contrôle notamment sur les motifs qui ont justifié la décision de l'administrateur, quand le juge précise une condition légale, la liberté de l'administrateur se réduit d'autant.

Ainsi le pouvoir discrétionnaire est généralement vu à partir du prisme >• juridictionnel

Le pouvoir discrétionnaire de l'administrateur est-il le facteur déterminant de l'étendue du contrôle juridictionnel ou en est-il la résultante ? Cette question est de celles qui restent sans réponse tranchée et définitive ! Qui de la poule ou de l'œuf... Elle est toutefois présente dans la plupart des approches doctrinales.

La notion de pouvoir discrétionnaire est indissociable de celle de légalité (2). Si le pouvoir discrétionnaire se concrétise de différentes manières (3), il est toujours un espace de liberté de décision aménagée par la loi à la différence de la compétence liée (1)

Section 1. la distinction entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée.

La question du pouvoir discrétionnaire de l'administration constitue l'une des plus concrètes du droit administratif. Elle se situe à l'interface des faits et du droit, du bon sens et du sens juridique.

La notion désigne la faculté de choix dont dispose une autorité administrative lorsqu'elle agit, c'est-à-dire lorsqu'elle édicte un acte juridique, mais aussi lorsqu'elle produit un acte simplement matériel.

- Il existe en effet de nombreuses hypothèses dans lesquelles les textes ne fixent pas tous les aspects de la décision ou de l'action administrative qu'ils encadrent- Seul le décideur est souvent en mesure d'apprécier les faits, de traiter des données complexes ou de cerner les enjeux de son action.
- Il ne faut pas opposer principe de légalité et pouvoir discrétionnaire. Dans le cadre du pouvoir discrétionnaire, la légalité s'ouvre à des considérations d'opportunité sans pour autant s'effacer car la situation de pouvoir discrétionnaire est organisée par le droit.

La question du pouvoir discrétionnaire est depuis son origine l'enjeu d'importantes discussions doctrinales.

A la suite de Roger Bonnard, la doctrine oppose la notion de pouvoir discrétionnaire et de compétence liée. La distinction entre une situation de compétence liée et une situation de pouvoir discrétionnaire repose sur le critère dit de " l'énoncé légal **des motifs** ».

- La compétence est liée " lorsque la loi ou le règlement énoncent les motifs pour lesquels la compétence qu'ils créent pourra s'exercer ».
- Au contraire, l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire chaque fois que la règle de droit ne détermine pas ou d'une manière Imprécise les motifs de son action.

Ce sont ainsi les ° pleins " et les « creux " de la réglementation qui donnent la mesure du pouvoir discrétionnaire. L'étendue du pouvoir discrétionnaire reste toutefois indissociable de la manière dont le juge interprète les textes.

- En effet, en général, le juge prend acte du contenu des textes et détermine la portée de son contrôle en fonction de celui-ci
- Néanmoins les règles jurisprudentielles sont également aptes à **lier** une compétence administrative au même titre que la loi ou le règlement par l'énoncé d'une condition légale non prévue par les textes.

En résumé, la situation de pouvoir discrétionnaire résulte alors d'une absence de règle de référence ou de leur indétermination non complétée ou corrigée par l'oeuvre du juge.

L'office du juge n'est pas figé. La jurisprudence montre que le juge n'est pas lié par les textes dont il assure l'application

- Nombre de textes sont à texture ouvertes au sens où le texte est susceptible de donner lieu à plusieurs interprétations et c'est au juge qu'il revient de déterminer l'interprétation à retenir
- Dans deux nombreux exemples, le juge a tiré d'une notion vague ou a priori privée de signification contraignante un sens liant la volonté du décideur.
- Ainsi sur la notion d'utilité publique le juge a en matière d'expropriation construit la théorie du bilan qui l'amène à faire prévaloir une définition à la fois précise et complexe de l'utilité publique (CE 1971 Ville Nouvelle Est, GAJA)
- Au contraire, parfois, le juge fera le constat que la règle n'édicte pas de norme de conduite.

- Ainsi, selon la formule du professeur Rials (" Pouvoir discrétionnaire " in *Répertoire de contentieux administratif*), ce n'est pas l'indétermination du texte mais l'indéterminabilité" de la norme (constaté par le juge) qui est source de pouvoir discrétionnaire.

Section 2 . Légalité et pouvoir discrétionnaire

L'administration disposant d'une marge d'appréciation discrétionnaire n'agit pas pour autant hors de la légalité.

- Il ne s'agit pas d'une situation d'extra-légalité mais d'un espace de liberté aménagé par cette dernière.
- La question du pouvoir discrétionnaire est ainsi celle du traitement juridique de l'opportunité.
 - Il consiste pour l'autorité compétente en la possibilité d'effectuer un choix entre plusieurs décisions légales possibles. L'administration tranche selon un critère d'opportunité alors qu'en situation de compétence liée elle se contente d'appliquer la solution dictée par la règle de droit
- Prenons un exemple.
- En matière de police des étrangers, le Code relatif aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France précise les cas dans lesquels les étrangers présents sur le territoire national ont droit à la délivrance d'un titre de séjour,
- mais il n'interdit pas au préfet de délivrer un titre de séjour à un étranger qui ne remplit l'ensemble des conditions auxquelles est subordonnée sa délivrance de plein droit.
 - Sur ce fondement , la jurisprudence a ainsi reconnu aux préfets un pouvoir de régularisation permettant d'autoriser le séjour pour des raisons d'équité ou d'humanité d'étrangers présents en France alors qu'ils ne satisfont pas toutes les conditions légales (CE 5 avril 2002 Chen)

Les notions d'opportunité et de légalité ne sont donc pas exclusives l'une de l'autre. Au contraire, la notion de pouvoir discrétionnaire correspond à leur alliance.

- Dans certaines hypothèses comme en matière de police, l'opportunité de l'action peut être une condition sa légalité.
- Depuis l'arrêt Benjamin de 1933 la mesure de police n'est ainsi légale qu'à la condition d'être nécessaire c'est-à-dire qu'entre toutes les décisions susceptibles de rétablir l'ordre, l'administration ne peut prendre que celle qui apparaît comme la moins restrictive pour les libertés.
- L'affaire Benjamin montre que la distinction est par nature relative car il est du pouvoir du juge de moduler son contrôle à l'égard des différentes manifestations du pouvoir discrétionnaire et donc de choisir en fonction de considérations de politique jurisprudentielle s'il faut préserver ou réduire la marge de manœuvre laissée à l'administrateur par la loi .

Ainsi ce qui était hier une question d'opportunité peut devenir une question de légalité.

Le pouvoir discrétionnaire se prête bien à l'approche contentieuse.

- Il est, sous cet angle, perçu comme le produit résiduel du contrôle juridictionnel, ° ce qui reste " après que le contrôle du juge soit passé.

À partir de là, les choses sont présentées par la doctrine de deux façons.

- - Soit ils considèrent que le pouvoir discrétionnaire peut être contrôlé par le juge, sachant qu'il reste toujours une part de liberté que le juge n'aura pas finalement " liée.,

- - Soit il estiment que le juge ne contrôle pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire et qu'il a contrôlé relevait non de l'opportunité mais de la légalité

Section 3. L'exercice du pouvoir discrétionnaire

La notion de pouvoir discrétionnaire est trompeuse car elle évoque une situation monolithique. En réalité, la liberté d'appréciation laissée à l'administrateur peut concerner différents stades du processus décisionnel.

- On identifie au moins deux étapes décisionnelles dans l'action de l'administration,
 - ne pas agir ou agir,
 - et ensuite choisir le contenu de la décision en cas d'action.
- Au demeurant la détermination du contenu de la décision peut elle-même résulter d'un raisonnement complexe rythmé par plusieurs étapes donnant lieu chacune soit à un encadrement par la loi soit à une liberté de décision

La part de liberté dont jouit le décideur aux différents stades de ce processus permet d'établir le degré de pouvoir discrétionnaire dont il bénéficie au cas d'espèce.

- On peut établir ainsi une échelle de discrétionnalité. Il n'existe donc pas un pouvoir discrétionnaire, mais du pouvoir discrétionnaire dont chaque manifestation est presque une version unique

L'exemple des sanctions dans la fonction publique peut permettre de le comprendre

- Supposons que le statut de la fonction publique prévoit que lorsqu'un agent public commet une certaine faute dans l'exercice de ses fonctions, l'autorité hiérarchique pourra prononcer contre lui la sanction *a* la sanction *b*, ou la sanction *c* mais que parmi la gamme de sanctions ne figure pas la mesure extrême, c'est-à-dire la révocation.
- Cet exemple fait apparaître la combinaison entre la détermination et la liberté.
 - Le pouvoir du chef de service n'est pas borné au prononcé d'une seule sanction, déterminée ; il a le choix entre plusieurs sanctions. mais il n'est pas non plus absolument maître de la sanction qu'il va prononcer puisqu'il ne peut pas prononcer la sanction la plus lourde qu'est la révocation.
 - Le pouvoir de l'autorité hiérarchique n'est donc certainement pas lié au sens plein, complet du terme ; mais il n'a pas davantage un pouvoir pleinement discrétionnaire. Son pouvoir est dans une certaine mesure discrétionnaire, et dans une certaine mesure lié.
 - Dans ces conditions, on ne devrait plus dire qu'un agent a *un* pouvoir discrétionnaire, mais qu'un agent a *du* pouvoir discrétionnaire.

Le pouvoir discrétionnaire n'est jamais tout ou rien.

- L'expression est trompeuse. il serait souhaitable de trouver un vocabulaire plus approprié à ce type de situations. Le terme de « discrétionnalité » retenu dans certains systèmes juridiques étrangers paraît ainsi infiniment mieux adapté à la diversité des situations et à la gradation du pouvoir discrétionnaire.

Au demeurant, la détention d'un pouvoir discrétionnaire ... n'est pas discrétionnaire.

- Elle impose à l'autorité administrative qui en dispose d'en user c'est-à-dire de ne pas se lier à l'avance et d'exercer effectivement un choix au cas par cas.

- Elle doit ainsi se placer dans les meilleures conditions pour effectuer celui-ci, notamment en n'ignorant pas des éléments qui auraient pu éclairer son choix (CE, Ass, 11 mai 1973, *Sanglier*, RDP1973, 1752).
- Ce qui veut dire que chaque administré a droit à l'examen particulier de son dossier et le juge vérifiera que l'autorité compétente a bien pris en compte l'ensemble des éléments du dossier d'autant que la plupart des décisions individuelles défavorables ou dérogatoires doivent désormais être formellement motivées (loi du 11 juillet 1979 codifiée dans le Code des relations entre l'administration et le public, article L.211-1)
- Cela pose la question des décisions administratives prises sur la base d'un algorithme ou d'un traitement automatisé
 - La loi relative à la protection des données personnelles du 20 juin 2018 permet, sur autorisation, l'automatisation intégrale de certaines décisions administratives individuelles, sous conditions.
 - Le CC a été saisie par des sénateurs qui s'inquiétaient cependant du manque de transparence et de garanties quant à ces prises de décisions, et soulevaient notamment les risques propres aux algorithmes
 - Si l'administration a recours à un algorithme dit « déterministe », c'est-à-dire dont les règles de fonctionnement définitives sont déterminées à sa conception, les sénateurs soulevaient le risque que ces critères n'aient aucune base juridique, en citant l'exemple de l'algorithme d'affectation du système « Admission Post-bac ».
 - Si l'administration a recours à un algorithme « auto-apprenant », c'est-à-dire qui déterminerait lui-même, au fil du temps et en fonction de ses résultats, ses règles de fonctionnement, l'administration elle-même pourrait ne pas être en mesure de fournir la logique sous-jacente à la prise de décision et les critères véritablement pris en compte.
 - Dans les deux cas et selon les sénateurs, cela pourrait aboutir à ce qu'un pouvoir normatif soit attribué soit au concepteur dans le cas d'un algorithme déterministe, qui en déterminerait les modalités de fonctionnement, soit à l'algorithme lui-même dans le cas d'un algorithme auto-apprenant.
 - Dans les deux cas, le raisonnement des sénateurs fait écho au célèbre adage « Code is Law », issu d'un article du professeur Lawrence Lessig dans les années 2000 dans lequel il soulignait le pouvoir normatif grandissant accordé aux technologies.
 - Le Conseil constitutionnel rappelle à cette occasion les conditions du recours à un traitement automatisé :
 - La décision qui en découle doit mentionner explicitement qu'elle a été adoptée sur le fondement d'un algorithme.
 - L'administré doit pouvoir, sur demande, se voir communiquer les principales caractéristiques de fonctionnement de l'algorithme
 - . S'il n'est pas possible de lui communiquer ces caractéristiques, notamment pour protéger un secret ou un intérêt spécifique (article L.311-5 du code des relations entre le public et l'administration), alors il n'est pas possible de procéder à une automatisation intégrale du processus de décision.

- La décision doit pouvoir faire l'objet d'un recours administratif, l'administration étant alors tenue de se prononcer sans pouvoir se fonder intégralement sur l'algorithme.
- Aucune décision administrative individuelle ne pourra être prise intégralement sur la base d'un algorithme si elle implique un traitement de données dites sensibles (ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses l'appartenance syndicale, données de santé, orientation sexuelle).
- Le responsable du traitement doit pouvoir expliquer en détail à la personne concernée la manière dont le traitement a été mise en œuvre (les décisions sur un algorithme dit « auto-apprenant » sont exclues)

L'exercice du pouvoir discrétionnaire suppose également une organisation interne à l'administration.

- Dans le cadre d'une administration déconcentrée, l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire aux autorités compétentes favorise l'hétérogénéité des réponses apportées à **des** cas semblables et par conséquent les atteintes au principe d'égalité.
- L'autorité compétente a donc besoin d'un guide restituant la " doctrine » de l'administration et garantissant une cohérence parmi les situations comparables Cet encadrement a pris la forme de directives internes à l'administration (aujourd'hui qualifiées de lignes directrices).

La question du pouvoir discrétionnaire contient celle de ses limites.

- Le pouvoir discrétionnaire ne doit pas dégénérer en pouvoir arbitraire. La liberté de faire n'est pas la liberté de faire n'importe quoi.
 - L'exercice du pouvoir discrétionnaire implique ainsi l'idée d'un contrôle du juge.
 - C'est l'un des enjeux majeurs du contrôle exercé par le juge administratif sur l'administration
 - Il a été au cœur du développement historique du recours pour excès où le juge administratif n'a cessé de perfectionner ces techniques de contrôle de manière à contrôler le raisonnement juridique de l'administration (contrôle des motifs et plus particulièrement de la qualification juridique des faits) afin qu'elle n'en fasse pas un usage inadéquat.
-