



HAL
open science

La résistance des catégories juridiques en droit administratif

Carole Gallo

► **To cite this version:**

Carole Gallo. La résistance des catégories juridiques en droit administratif. Cartier, Emmanuel; Ubéda-Saillard, Muriel; De Bellescize, Ramu. Résistance du droit et droit de la résistance, Bruylant, pp. 211-245, 2023, 978-2-8027-7352-8. hal-04433168

HAL Id: hal-04433168

<https://hal.univ-lille.fr/hal-04433168>

Submitted on 1 Feb 2024

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

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

LA RESISTANCE DES CATEGORIES JURIDIQUES EN DROIT ADMINISTRATIF

Carole GALLO

*Professeure à l'Université de Lille
CRDP-ERDP*

« Faut-il tuer les catégories juridiques »¹ ? Il y a soixante ans, en un temps où la créativité du juge était intacte et l'imagination des auteurs fertile, c'est par ces mots que Marcel Waline interpellait la doctrine académique et l'invitait à méditer sur son rôle de « faiseurs de système »². La question était moins destinée à susciter l'émotion de ses contemporains, prisonniers à cette époque du discours sur la crise du droit administratif, qu'à réveiller la célèbre controverse, « courtoise mais assez vive »³, qui opposa, quelques années plus tôt, Jean Rivero à Bernard Chénot sur l'intérêt même de la catégorisation en droit administratif⁴. Les termes du débat sont connus⁵. Opposant aux constructions doctrinales stériles un empirisme fécond, le commissaire du gouvernement Chénot y accuse les théoriciens du droit administratif d'abuser de l'abstraction dans la définition des catégories juridiques, qui se trouvent divorcées du monde réel et de la pratique contentieuse. Pas plus à propos de la théorie de l'acte administratif unilatéral, du contrat administratif, du domaine public, que pour les autres grandes notions du droit administratif, l'œuvre doctrinale ne serait à même, à ses yeux, de guider le travail du juge. En riposte, Jean Rivero se livrera à un plaidoyer en faveur des théoriciens du droit administratif et de leur dogmatique ancrée dans l'étude des concepts : « parce que la règle de droit est générale, et ne peut pas ne pas l'être, écrit-il, il faut bien qu'elle soit abstraite ; il faut qu'elle recherche le contrat sous les contrats, qu'elle définisse le détournement de pouvoir pour être sûre de rappeler les mille manières qu'a l'Administration d'oublier la fin qui lui est assignée. La stabilité des catégories juridiques, c'est la possibilité, pour l'homme, de connaître la règle et de prévoir les effets de ses actes »⁶.

Si la défense des faiseurs de systèmes aura permis à Jean Rivero, au moins temporairement, de fédérer les universitaires dans leur vision, relativement consensuelle, de la fonction doctrinale, la controverse sur la méthode⁷ ainsi engagée jouera par la suite un rôle actif dans le renouvellement de l'appareil théorique du droit administratif. Parce que la doctrine des années 1960 se heurte à l'impossibilité de concilier les concepts forgés par ses prédécesseurs avec son désir de fidélité à la

¹ M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, t. 1, 1963, pp. 359-371.

² J. RIVERO, « Apologie pour les “faiseurs de systèmes” », *D.* 1951, chron., pp. 99-102.

³ M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique », *préc.*, p. 359.

⁴ B. CHENOT, concl. sur CE, 10 février 1950, *Gicquel, Rec.* p. 100 ; J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de système », *D.* 1951, chron. 99, pp. 99-102.

⁵ Sur cette controverse, v. not. P. MICHEL, « De l'intérêt des catégories juridiques : la controverse entre Jean Rivero et Bernard Chénot », *Les Cahiers Portalis*, 2019/1, n° 6, pp. 137-146.

⁶ J. RIVERO, « Apologie pour les “faiseurs de systèmes” », *op. cit.*, p. 99.

⁷ Sur l'opposition entre conceptualisme et empirisme, v. not. T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, « BDP », t. 152, 1987.

jurisprudence, sa réflexion se met tout entière au service d'une réévaluation des méthodes d'exposition du droit administratif⁸. Aux catégories vieilles, étroites, inappropriées, se substituent peu à peu de nouveaux édifices doctrinaux. Les modèles de l'échelle⁹, du *sui generis*¹⁰, plus tard de la pyramide¹¹ ou encore du réseau¹², émergent sous la plume des universitaires, qui viennent condamner les anciennes classifications binaires au nom de l'adaptation du savoir aux nouveaux enjeux idéologiques et politiques du droit administratif¹³. La critique de la méthode se nourrit bientôt d'une critique du cloisonnement disciplinaire¹⁴. À compter des années 1970 en particulier, les « pourfendeurs de la tradition »¹⁵ se montrent volontiers perméables à des approches interdisciplinaires¹⁶, qui autorisent, pour les besoins de la cause, la mise entre parenthèse, temporaire ou contrôlée, de la rationalité juridique au profit d'autres rationalités savantes (économie, médecine, ethnologie, sociologie, science politique, etc.)¹⁷.

Six décennies plus tard, alors que les catégories du droit administratif forgées au début du 20^{ème} siècle se sont trouvées obscurcies, fragilisées, altérées par l'évolution de la jurisprudence et de la technique juridique, la question de savoir s'il faut tuer les catégories juridiques ou si, au contraire, elles résistent en dépit de leur fragilisation, ressurgit avec une acuité particulière.

Y répondre impose quelques précisions préalables.

Il est d'abord nécessaire d'indiquer ce que l'on entend par « résistance », parce que cette notion peut être entendue dans différents sens. La notion de résistance sera ici comprise dans le sens strict de la résistance au changement, c'est-à-dire comme désignant une attitude ou un comportement visant à obtenir, par diverses formes d'opposition, le maintien du *statut quo*. Accolé à l'expression « catégories juridiques », la résistance renvoie alors moins à l'objet évalué – une

⁸ J. J. BIENVENU, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, 1985, n° 1, pp. 156 et s.

⁹ C'est ainsi que, questionnant l'utilité de la distinction entre domaine public et domaine privé pour rendre compte du régime de gestion des biens publics, Léon Duguit développa sa fameuse « échelle de la domanialité publique » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, 3^{ème} éd., 1928), reprise en 1958 par Jean-Marie Auby au sujet, cette fois, des biens du domaine privé des personnes publiques (J.-M. AUBY, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *EDCE*, 1958, p. 35). Le modèle de l'échelle sera décliné à l'envi par la suite, dans le but de souligner la gradation des éléments de régime juridique accolés à une qualification unique : v. par exemple, « l'échelle de l'indisponibilité des compétences » (J.-M. MAILLOT, « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *L.P.A.*, 2004, n° 194, p. 3) ; « l'échelle de la patrimonialisation » des autorisations administratives (F. BRENET, « La patrimonialisation des autorisations administratives. Réalités et implications », *Dr. adm.*, août-sept. 2007, p. 15) ; ou encore la désormais célèbre « échelle de normativité graduée », introduite par le Conseil d'État dans son Étude annuelle de 2013 au sujet du droit souple (Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, Doc. fr., n° 64, 297 p.).

¹⁰ Souvent utilisé pour évoquer un « objet hybride », « insaisissable », « inclassable », la catégorie *sui generis* est maintes fois convoquée en doctrine aux fins de souligner un « entre-deux » au sein des classifications binaires, sans que ce classement intermédiaire ne s'opère toujours au prix d'un effort de conceptualisation. V. par exemple, à propos de la réaction de la doctrine au phénomène des établissements publics à vocation territoriale, et en particulier des formules de groupements de collectivités territoriales : G. VEDEL, *Droit administratif*, coll. « Thémis », 4^{ème} éd., 1968, p. 655 (« les établissements publics territoriaux, hybrides de l'établissement public et de la collectivité territoriale ») ; M. BOURJOL, *Les districts urbains*, Berger-Levrault, 1963, pp. 93-94 (les districts urbains sont des personnes publiques « hybrides », « à mi-chemin » entre la collectivité territoriale et l'établissement public). Pour une critique contemporaine à ces auteurs de la catégorie *sui generis* ou *innommée* ainsi employée pour désigner ces institutions, v. A. DE LAUBADERE, « Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivité territoriale : à propos des groupements de collectivités territoriales », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, éd. Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 421.

¹¹ V. par ex., CH. TESTARD, « Les lignes directrices de gestion : une souplesse éprouvée par le droit de la fonction publique », *AJDA* 2021. 1020.

¹² V. par ex., J.-M. PONTIER, « La personnalité publique, notion anisotrope », *RFDA* 2007, p. 979 ; CH. TESTARD, « Les lignes directrices de gestion : une souplesse éprouvée par le droit de la fonction publique », *préc.*

¹³ J. CAILLOSSE, « Sur les enjeux idéologiques et politiques du droit administratif. Aperçus du problème à la lumière du « Changement » », *La Revue administrative*, 1986, pp. 361 et s. ; J. CHEVALIER, « Changement politique et droit administratif », in *Les usages sociaux du droit*, Travaux du CURAPP, Paris, PUF, pp. 293 et s.

¹⁴ V. en ce sens, J. CAILLOSSE, « Droit et politique ; vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société*, n° 26/1994, pp. 127-154.

¹⁵ A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, NBT, 2013, n° 318, p. 311.

¹⁶ V. en ce sens le n° 75-76, juin 1991, de la revue *Actes*, Le droit saisi par la pluridisciplinarité.

¹⁷ J. CHEVALIER et D. LOSCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale », *Revue française d'administration publique*, n°24, pp. 53 et s.

catégorie juridique – qu'à l'expression, jugée raisonnable et légitime par les acteurs du droit, des risques que comporte tout changement dans la définition de cet objet.

Il est utile, pour compléter ce propos, de faire apparaître le rapport que les catégories juridiques du droit administratif entretiennent avec le changement. L'entreprise de catégorisation et, par prolongement, de classification, suscite à chaque crise que traverse la matière un intérêt non démenti¹⁸. L'ébranlement des certitudes, né des métamorphoses de l'administration et de son droit sur plus d'un siècle, y provoque deux attitudes opposées de la part des juristes. Pour les uns, chaque crise devient l'occasion de raviver la foi dans la vertu des notions consacrées et des classifications binaires. Loin de reposer sur des croyances aveugles, la préservation des catégories établies sert, ici, des finalités précises : leur stabilité confirme la scientificité du droit administratif et son autonomie par rapport au droit civil ; leur souplesse accroît leur vertu instrumentale, en vue des buts pratiques que le système juridique leur assigne. Pour les autres, au contraire, la perte des repères, occasionnée par les nouveaux « objets » ou « sujets » du droit administratif, donne toute sa mesure à l'œuvre doctrinale, dont la fonction la prédispose à « triomphe(r) de ce genre d'obstacles »¹⁹. Aussi, lorsque les mutations jurisprudentielles surviennent et font vaciller les schèmes précédemment établis, aucune construction théorique, aussi remarquable soit-elle, n'est digne de survivre à la disparition de ses conditions de naissance. La liberté scientifique favorise alors des représentations et des formes inédites, dont l'émergence constituerait moins le signe d'une crise du droit administratif, que le symbole de la vigueur des écoles de pensée. Si l'on schématise la réalité, la première attitude correspond, plus volontiers, à celle du juge administratif, tandis que la seconde éclaire l'œuvre réformatrice de la doctrine de la seconde moitié du 20^{ème} siècle, plus encline à l'innovation et au renouvellement des méthodes d'exposition du droit administratif.

Sans prendre parti dans la controverse éternelle entre conceptualisme et empirisme, l'ambition de cette étude consistera, plus modestement, à mesurer, et à tenter de comprendre, l'écart entre, d'un côté, la mutabilité des catégories doctrinales, louable car témoin d'une capacité d'invention de la doctrine – capacité d'autant plus remarquable lorsqu'elle véhicule un concept nouveau – et de l'autre, la résistance du juge aux propositions innovantes et réformatrices de la doctrine universitaire.

La deuxième précision concerne le périmètre de l'étude, qui se limitera à la catégorie générique de l'acte administratif unilatéral. En outre, et pour la raison que la catégorie de l'acte administratif unilatéral suscite, ou intègre, une pluralité de classifications binaires, c'est principalement au travers de la dichotomie de l'acte administratif unilatéral et du contrat administratif que l'on se propose d'étudier la capacité des catégories juridiques à résister au changement. Ce choix ne résulte pas de l'envie de satisfaire un goût personnel, ni du besoin de circonscrire un champ d'étude trop vaste, mais plus certainement de la conviction que la question de la résistance des catégories juridiques trouve, en la matière, une illustration emblématique. Car « outre le fait que tout manuel de droit administratif comporte un ou plusieurs chapitres consacrés à l'acte administratif unilatéral, le sujet a fait l'objet d'importantes analyses doctrinales, anciennes ou récentes, qui, au fil du temps, ont interrogé sa théorie, l'évolution de ses conceptions, son exorbitance, ses frontières, la classification de ses espèces, son régime juridique, son exécution ou encore son contrôle juridictionnel, tant en droit interne qu'en droit comparé »²⁰. À n'en pas douter,

¹⁸ J.-J. BIENVENU, « Le droit administratif : une crise sans catastrophe », *Droits*, n° 4, pp. 93 et s.

¹⁹ F. BURDEAU, « La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ? », in *Clé pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 416.

²⁰ B. DEFOORT, *La décision administrative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2015, n° 3, p. 3.

L'on touche ici au « cœur même du droit administratif »²¹. Pourtant, derrière le « sentiment d'évidence » que procure l'utilisation de la notion, la catégorie se trouve « bien vite obscurcie par l'infinie variété des nuances existantes entre les différentes terminologies et les différentes définitions adoptées, en droit positif comme en doctrine »²² pour en rendre compte. L'une des raisons à cela tient sans doute au fait que les catégories plus générales sont moins homogènes que les catégories plus spécifiques. Il est toujours plus aisé d'évoquer les situations relatives à une catégorie spécifique (par exemple, une subvention, une nomination, un agrément fiscal) que celles qui composent la catégorie générique, en l'occurrence celle de l'acte administratif unilatéral. Toutefois, cet argument ne saurait constituer une raison suffisante pour justifier le maintien d'une catégorie dont il est devenu banal de souligner la dégradation. Dilatée, tourmentée par la multiplication des « gisements de cas »²³, des « nids de problèmes »²⁴, la notion d'acte administratif unilatéral ne parviendrait plus à rendre compte de la réalité des rapports qui s'instaurent entre l'administration et l'administré.

Dès lors, une dernière précision s'impose. Il s'avère indispensable de décrire ces facteurs qui, au fil du temps, ont ébranlé la théorie de l'acte administratif unilatéral, forgée au début du 20^{ème} siècle par les plus grands noms du droit public, et qui encourageront leurs successeurs à entreprendre un programme critique de remise à plat de la notion.

Ces facteurs sont bien connus. On ne retiendra que les plus emblématiques, ceux qui, nés des transformations de l'action administrative et de ses finalités, sont venus perturber le jeu de la tradition.

Au moment où Marcel Waline fait paraître son article, en 1963, la mode est à l'action conventionnelle. La tendance marquée des pouvoirs publics à substituer au procédé autoritaire de l'acte administratif unilatéral des modes d'action juridique plus souples, qui favorisent la collaboration de leur destinataire, renforce le délitement des frontières entre l'acte unilatéral et le contrat. Ces procédés nouveaux d'action publique, issus de la vague de planification, constituent autant de défis posés à la doctrine pour intégrer, dans sa classification bipartite de l'acte unilatéral et du contrat, les opérations par lesquelles les personnes privées participent, par leur action ou par leur inaction, à l'élaboration de la décision administrative. L'heure est à l'« administration négociée ».

Le tournant des années 1970 marquera, quant à lui, l'avènement d'une idéologie nouvelle : celle de la démocratie administrative. Le souci de débureaucratisation, de transparence, de responsabilisation de l'administration, de renforcement des droits des administrés, devient la marque distinctive de la présidence giscardienne, autant qu'un remède aux « psychopathologies de la vie administrative »²⁵ française dénoncées par Georges Vedel. À la défense des droits des administrés, s'ajoute l'exigence d'un contrôle démocratique de l'administration. L'association des administrés au processus décisionnel, au travers de consultations, d'enquêtes publiques, d'accords collectifs dans les rapports de travail, de participation du titulaire d'une autorisation au financement

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*, n° 7, p. 5.

²³ F. BURDEAU, « La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ? », *op. cit.*, p. 417.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ G. VEDEL, « Psychopathologie de la vie administrative », *Le Monde*, 16-17 janvier 1972.

d'équipements publics, etc. fragilise la définition traditionnelle de l'acte administratif unilatéral, qui se délite à mesure que l'on célèbre l'« administration concertée »²⁶.

Le compromis modernisateur de la fin des années 1980 préfigure la « crise du service public à la française » sous l'effet de la « nouvelle donne européenne »²⁷. Le mouvement général est, sinon à la désétatisation, du moins à la modification en profondeur des modes traditionnels d'intervention de l'État. Désormais, on préfère valoriser le « moins d'État » comme gage de bon fonctionnement du marché, et une réglementation tournée vers la préservation, la stabilisation, du libre jeu de la concurrence. Bientôt, l'essor de la régulation, la diffusion des préceptes de la nouvelle gestion publique, l'enrichissement des sources du droit et de la légalité administrative, offrent l'occasion de revenir, inlassablement, sur ce qui constitue, précisément, le fondement du droit administratif. C'est à présent la *summa divisio* droit administratif/droit privé qui sombre à mesure que s'accroît le constat de sa banalisation²⁸.

La période contemporaine voit le droit administratif se mouvoir dans un environnement nouveau, celui de la gouvernance, dont l'acculturation passe par l'affirmation de principes transversaux puisés à la source d'autres disciplines (sciences politiques, gestion, économie, écologie, etc.) : l'efficacité, la transparence, la responsabilité, l'efficience, la performance, la vigilance ou encore la diligence, etc²⁹. La transformation de ces finalités emporte avec elle l'extension de l'espace normatif dans lequel se déroule l'action publique, et rend vulnérables les présupposés juridiques sur lesquels repose son droit. Aux classifications structurantes que sont l'acte unilatéral et le contrat, le droit « dur » et le non droit, se substituent des procédés nouveaux, nés de l'hybridation des logiques et des règles, que le juge administratif a le plus grand mal à traduire dans les termes du contentieux³⁰.

Le droit administratif serait-il alors devenu l'« ennemi de ses catégories »³¹ ? Sans doute l'histoire contemporaine a-t-elle brouillé les représentations traditionnelles des rapports entre l'administration et les administrés. Mais elle présente aussi cette qualité essentielle de rappeler la fonction politique du droit administratif³², qui se fait, d'un côté, le réceptacle du changement promis par les pouvoirs publics, et de l'autre, qui entend assurer la conservation d'un ordre dont la fonction première est de régir l'action administrative et de façonner le contentieux³³. Les batailles menées sur les catégories du droit administratif traduisent, dans les grandes lignes, ces mouvements opposés : le souci de la doctrine de renouveler les canons théoriques du droit administratif se heurte à la raison pratique du juge. Sans être « ennemi de la chose en soi »³⁴ - car rappelons que la fonction juridictionnelle requiert des abstractions -, le juge accorde aux catégories juridiques la valeur que

²⁶ L'expression « administration concertée » connût une fortune remarquable au cours des années 1960 et 1970, en particulier dans les domaines de l'interventionnisme économique et de l'aménagement du territoire. Cf. en particulier, A. DE LAUBADERE, « L'administration concertée » in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 407-424.

²⁷ Pour reprendre les formules utilisées par le Rapport public du Conseil d'État de 1994.

²⁸ Pour un aperçu de la littérature issue de ces questionnements sur le sens et les fonctions du partage public/privé de notre ordre juridique, v. not. M. TROPER, « La distinction droit public-droit et la structure de l'ordre juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, pp. 182 et s. ; D. TRUCHET, « État et marché », *Archives de philosophie du Droit*, t. 40, Sirey, 1996.

²⁹ Sur ces questions, v. not. J. CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, LGDJ, 2015, spé. pp. 107-131.

³⁰ À bien des égards, la jurisprudence récente relative au contentieux des actes de droit souple reflète ce malaise : décision d'assemblée après décision d'assemblée, le Conseil d'État n'a de cesse, depuis la décision *Fairvesta* rendue en 2016, de préciser les contours du droit souple. L'impression qui en ressort n'est pas flatteuse : en ouvrant le recours pour excès de pouvoir à ces actes qui pourtant ne prescrivent rien, ne décident de rien, le Conseil d'État provoque la dilatation de la catégorie des actes administratifs unilatéraux, à mesure qu'il tente, tant bien que mal, de faire entrer des carrés dans des ronds.

³¹ D. TRUCHET, « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? », in *Clé pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 446.

³² J. CAILLOSSE, « Sur les enjeux idéologiques et politiques du droit administratif », *préc.*, p. 362.

³³ *Ibid.*

³⁴ B. CHENOT, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *E.D.C.E.* 1950, p. 82.

lui procure cet instrument d'explication logique pour résoudre un litige. La résistance des catégories contentieuses répond, chez lui, aux exigences de la sécurité juridique et au besoin de maintenir les structures fondamentales du contentieux administratif. Ces préoccupations s'opposent alors à celles des auteurs de doctrine qui, pour leur part, prétendent détenir une vérité scientifique distincte de la vérité juridique, c'est-à-dire de celle du juge. À la stabilité des catégories contentieuses (Section 2), répond ainsi, en retour, la mutabilité des catégories doctrinales (Section 1).

SECTION 1. LA MUTABILITE DES CATEGORIES DOCTRINALES

Un ordre juridique ne produit pas souvent de nouvelles catégories³⁵. Mais une expression nouvelle peut surgir sous la plume du juge ou dans les textes, qui entend désigner, sinon une nouvelle réalité, du moins une représentation nouvelle de cette réalité. « Par un effet de dépassement »³⁶, le mot agit sur la chose et interroge le sens de la catégorie juridique préétablie. Pendant plus d'un demi-siècle, la doctrine va ainsi accompagner de constructions nouvelles l'émergence des discours « contractualistes », « participatifs », « incitatifs » qui se répandent en droit positif, et dont l'aspect légitimant masque pourtant la réalité d'une action unilatérale des pouvoirs publics. Le malaise que provoque, chez les auteurs, l'introduction d'éléments contractuels dans l'acte unilatéral les persuade bientôt que l'étude de l'acte administratif unilatéral rend nécessaire une réévaluation de l'appareil théorique habituellement utilisé pour faire le partage entre l'unilatéral et le conventionnel³⁷. Malgré l'impression de tâtonnement qui accompagne leur entreprise, la remise à plat des critères usuels de qualification du contrat et de l'acte unilatéral (Sous-section 1) incite les auteurs à repenser, à partir des années 1960, la classification des actes administratifs en deux catégories opposées³⁸ (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. La réévaluation des critères usuels de distinction de l'acte unilatéral et du contrat

Derrière le consensus apparent qui entoure la question de l'unilatéralité en droit administratif, se cachent en vérité une multitude de définitions³⁹, que l'étude des actes administratifs unilatéraux pris sur accord, ou négociés avec leur bénéficiaire, a contribué à mettre en lumière. Dès les années 1960, le consensualisme qui préside à l'établissement de certaines décisions administratives a pu semer le trouble, dans l'esprit des auteurs, sur leur caractère véritablement unilatéral. Pour dissiper le brouillard, la doctrine entreprend de réexaminer la valeur des critères de distinction entre l'acte unilatéral et le contrat, l'objectif étant alors d'identifier, parmi les personnes qui interviennent dans le processus d'édition de l'acte, ceux qui peuvent être considérés comme les véritables auteurs de la décision. Selon que l'accent est mis sur la première ou la seconde de ces définitions, la décision prise sur accord ou négociée avec le bénéficiaire renverra soit à un acte unilatéral (§1), soit à un acte plurilatéral (§2).

³⁵ E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998. 6, p. 6.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Sur le nouveau « cours contractuel » du droit administratif, v. J. CAILLOSSE, « La constitution imaginaire de l'administration », *Les voies du droit*, PUF, 2008, pp. 145 et s.

³⁸ Les développements qui suivent s'appuient sur notre étude : C. Gallo, *La décision conditionnelle en droit administratif*, Dalloz, NBT, 2018.

³⁹ B. DEFOORT, *La décision administrative, op. cit.*, n° 301, p. 208.

§1. L'unilatéralité consacrée par l'emploi du critère formel ou quantitatif

Une première définition prend pour critère de distinction de l'acte unilatéral et du contrat un élément d'ordre quantitatif ou formel. Cette approche « arithmétique »⁴⁰, que l'on a coutume de rattacher à l'œuvre de Duguit et de l'École de Bordeaux, consiste « à diviser les actes en actes unilatéraux ou plurilatéraux suivant qu'une ou plusieurs volontés interviennent dans l'acte »⁴¹. Ainsi, l'acte unilatéral correspond, en droit administratif, à « la manifestation de volonté d'une seule personne qui est nécessairement une autorité publique ou un agent public »⁴². L'acte plurilatéral, en revanche, « est le produit de la participation de deux ou plusieurs volontés »⁴³, dont l'une au moins est une autorité publique.

La simplicité apparente à manier ce critère formel pour établir l'existence d'un acte unilatéral ou d'un acte plurilatéral se heurte toutefois, dès l'origine, à des cas limites. La question de la nature juridique de l'acte administratif soumis à tutelle, et plus particulièrement, de l'acte de nomination du fonctionnaire, incitent Léon Duguit, puis Gaston Jèze à sa suite, à admettre que le nombre de personnes habilitées à intervenir au cours de l'élaboration de l'acte n'est pas suffisant, en soi, pour en faire des co-auteurs⁴⁴.

Ainsi, face aux lacunes que révèle leur définition, Léon Duguit et Gaston Jèze proposent de recourir à un autre critère pour corriger la définition formelle de l'unilatéralité de l'acte : celui du but poursuivi par les co-élaborateurs de l'acte. La présentation qu'ils font de la délibération locale approuvée par le préfet, dans le cadre de la tutelle administrative, en témoigne⁴⁵. D'un point de vue quantitatif, expliquent-ils, l'organe décentralisé et l'autorité de tutelle se trouvent tous deux être des *co-élaborateurs* de l'acte. Chacun à sa manière a reçu de la loi le pouvoir de participer à l'élaboration de la délibération finale. Mais parce que les volontés en présence sont mues par un *intérêt commun*, et non, comme c'est le cas pour le contrat, par des *intérêts opposés*, les organes en présence ne peuvent accéder au rang de cocontractants. De ce fait, la délibération approuvée appartient, selon Léon Duguit, à la catégorie des actes unilatéraux de l'administration, et non à celle des contrats, car elle procède de la collaboration de plusieurs volontés unies dans un même but⁴⁶.

L'effort fourni par Duguit, puis Jèze, pour faire de l'union des volontés l'élément décisif de solution de l'unilatéralité de l'acte approuvé rend bien compte de la fragilité de la définition formelle qu'ils retiennent⁴⁷. On peut penser que Jèze ait eu conscience de ces insuffisances théoriques au moment où il entreprend de faire de l'acceptation de sa nomination par le fonctionnaire la condition

⁴⁰ M.-A. HECQUARD-THERON, *Essai sur la notion de réglementation*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 1977, p. 19, cité par B. DEFOORT, *La décision administrative, op. cit.*, n° 305, p. 210.

⁴¹ R. BONNARD, *Précis élémentaire de droit public*, Sirey, 2^e éd., 1932, p. 11.

⁴² L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 10^e éd., Dalloz, 1951, n° 61, p. 47.

⁴³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Fontemoing, 3^e éd., 1927-1930, t. 1, § 37.

⁴⁴ Léon Duguit divise lui-même la catégorie des actes plurilatéraux en 3 sous-catégories : le contrat, l'acte collectif, et l'acte-union. Pour lui, seul le contrat constitue un acte plurilatéral à plusieurs auteurs. L'« acte collectif » ne constitue pas, en revanche, une convention, dans la mesure où il procède du concours de plusieurs manifestations de volontés – il est pour cette raison un acte formellement plurilatéral - mais unies dans un même but. Parce que pris dans un but commun, il doit être considéré comme un acte unilatéral. L'acte-union, enfin, est le résultat d'un accord de volonté, mais diffère du contrat en ce sens qu'il a pour particularité de donner naissance à une situation juridique objective, à l'image de la convention collective de travail.

⁴⁵ L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, 2003, repr. de l'ouvrage paru en 1901, spéc. pp. 405 et s. ; G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005, réimp. de la 3^e éd. De 1905, p. 62.

⁴⁶ L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive, op. cit.*, spéc. pp. 405 et s.

⁴⁷ Son défaut principal réside dans le fait qu'elle laisse « incompréhensibles certaines hypothèses d'actes classiquement qualifiés d'unilatéraux alors que formellement pris par plusieurs auteurs » : B. DEFOORT, *La décision administrative, op. cit.*, n° 303, p. 209.

résolutoire de son effet de droit. La forme conditionnelle de l'acte de nomination se justifie précisément, chez Jèze, par le désir de contourner un obstacle. Au moyen de la condition résolutoire, il cherche à dénier à la nomination le caractère d'une offre de contracter, sans pour autant renoncer à sa définition formelle de l'acte unilatéral. Dissimulant la volonté de l'agent nommé derrière l'événement conditionnel, il tempère ingénieusement son influence. Si l'intéressé jouit de la faculté de refuser sa nomination, sa manifestation de volonté est réduite au rôle *accessoire* de condition résolutoire. Elle n'intervient qu'au stade de l'exécution de l'acte, et non au niveau des conditions de sa formation. Par cette habile construction d'esprit, Jèze peut affirmer que la nomination reste, formellement, l'œuvre exclusive de l'autorité administrative et ne doit rien à la volonté de l'agent nommé. Sous sa plume, la notion de condition résolutoire, empruntée au droit civil des obligations, révèle son aspect providentiel. La conception défendue par Jèze du caractère conditionnel de la décision de nomination imprègne durablement le discours doctrinal de l'idée qu'elle constitue un acte unilatéral accepté et non une entrée en relation contractuelle⁴⁸. Mais l'attrait pour la construction théorique de Jèze s'estompe peu à peu et avec elle, la force de conviction qui s'attache à la définition formelle de l'acte de volonté. Bientôt, l'étude de l'agrément fiscal couronne de scepticisme les conceptions formelles défendues par la doctrine classique⁴⁹.

Dès la parution du Quatrième Plan⁵⁰, la technique de l'agrément fiscal constitue le terreau d'importants débats doctrinaux relatifs à sa nature juridique⁵¹. Son étude forme le point culminant de l'opposition doctrinale entre les tenants de l'unilatéralité de la décision d'agrément et les partisans d'une nature contractuelle de l'acte d'agrément. En 1964, Gérard Timsit opposera ainsi un virulent démenti à la qualification de « contrat fiscal » qu'en donne le Quatrième Plan⁵². C'est à tort, selon lui, que certains auteurs ont cru voir dans l'exonération fiscale accordée par l'administration l'existence d'une contrepartie aux engagements pris par le contribuable au moment de l'octroi de l'agrément fiscal et formalisés dans une convention. Les solutions qu'il apporte au soutien du caractère unilatéral de l'agrément fiscal se justifient au prix d'une combinaison entre un critère formel décisif et un élément de fond supplétif. À partir d'un critère formel, il remarque que la « convention », imposée par la loi comme condition d'octroi de l'agrément, met en présence des volontés parfaitement inégales. L'analyse de ces conventions révèle, d'une part, « que les seuls engagements qu'elles comportent sont ceux pris par l'entreprise... La convention ne comporte d'autre part aucun engagement de l'administration ». Désireux d'appuyer son classement, il recourt

⁴⁸ Dans ce sens, cf. not. R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, Sirey, 3^e éd., 1940, p. 35, note 1 : « l'accord de volonté n'implique pas toujours la convention. Il en est ainsi lorsque l'acceptation est traitée comme condition préalable, suspensive ou résolutoire. La manifestation de volonté de l'autre partie ne contient plus une offre, mais une décision, laquelle est une décision de forme unilatérale, subordonnée à une condition suspensive ou résolutoire » ; R. BONNARD, « La nature juridique de la nomination », *Rev. Roumaine de dr. Public*, 1930, p. 1 ; A. DE LAUBADERE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 9^e éd., 1992, p. 31.

⁴⁹ G. TOURNIE, *Les agréments fiscaux*, Pedone, 1970, pp. 232 et s.

⁵⁰ Bien que la pratique de l'agrément fiscal soit bien antérieure au IV^e Plan (1962-1965), et même à l'introduction de la planification en France (décret-loi du 24 mai 1938 organisant un régime d'avantages fiscaux sur agrément en faveur de certains groupements d'exportateurs), ce n'est toutefois qu'à cette occasion que l'expression « contrat fiscal » éveille l'attention des auteurs. Sa nature juridique est incertaine dès lors qu'elle permet à l'administration de faire bénéficier une entreprise privée d'avantages fiscaux si elle s'engage à concourir à la réalisation de certains objectifs du Plan (H. JACQUOT, *Le Statut juridique des Plans français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1973, p. 191).

⁵¹ Citons parmi les plus marquantes : G. TOURNIE, *Les agréments fiscaux*, préc. ; P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 1967, pp. 193-218 ; P. BONFILS, *Les principaux aspects administratifs de l'économie contractuelle*, th. Bordeaux, éd. du Centre Universitaire de Polycopiage de l'A.G.E.B, 1967, spéc. p. 145 ; G. TIMSIT, « Les contrats fiscaux », *Dalloz*, 1964 chron. 18 ; P. ÉBRARD, « Les avantages fiscaux sur agrément administratif », *Rev. sc. fin.*, janv.-mars. 1967, pp. 41-93 ; « Les agréments fiscaux », *Bull. de la direction Générale des Impôts*, n° 2, avril-juin 1967 ; P. BELTRAME, « La fiscalité de l'aménagement du territoire », *Rev. Sc. Fin.* 1965, p. 281 ; M. R. SIMONNET, « Le contrôle juridictionnel des incitations fiscales », *AJDA* 1968. 275.

⁵² G. TIMSIT, « Les contrats fiscaux », *op. cit.*, p. 115.

également à un critère matériel. Analysant le contenu de l'acte, et non plus seulement les modalités de son élaboration, il avance que ces « prétendus contrats » ne sont rien de plus, au fond, que des « actes-conditions » unilatéraux⁵³, au sens où l'entendait Léon Duguit⁵⁴. Il observe que le régime fiscal prévu par l'ordonnance du 4 février 1959 s'applique uniformément aux sociétés dites « conventionnées » et qu'il peut « à tout moment être modifié par la loi ou le règlement »⁵⁵. La mise en exergue par Gérard Timsit du caractère objectif de la situation du contribuable suffit en dernière intention à convaincre Pierre Beltrame⁵⁶, puis Henri Jacquot⁵⁷, de la nature unilatérale de l'agrément fiscal⁵⁸. Mais conscient qu'il faut de solides raisons pour dénier aux engagements du bénéficiaire toute portée dans le cadre de l'agrément fiscal, Gérard Timsit décide, à l'instar de Gaston Jèze à propos de l'acte de nomination du fonctionnaire, de faire de ces engagements de la personne privée la condition résolutoire de l'exonération fiscale. Il lui est d'autant plus aisé de dissimuler la volonté du contribuable derrière cet instrument de la condition résolutoire qu'un avis du Conseil d'État est venu consacrer cette solution. En 1959, la Section des Finances se prononce, explicitement, en faveur du caractère unilatéral et conditionnel de l'agrément fiscal : « l'inexécution par une société, de son fait, de l'une des dispositions essentielles des engagements qu'elle a souscrits, au moment de l'agrément, soit de son propre mouvement, soit à la demande de l'administration, afin que les opérations envisagées concourent à la réalisation des programmes prévus par la loi, constitue une condition résolutoire »⁵⁹ du droit à bénéficier de l'exonération fiscale.

La référence à la notion de « condition » permet ainsi au Conseil d'État, puis à la doctrine, de condamner toute idée de contrat fiscal et de régler habilement les conséquences de l'inexécution de ses engagements par le bénéficiaire, en faisant jouer la technique de la rétroactivité de plein droit des effets de la condition résolutoire accomplie. Élaborée spécialement en vue de préserver l'unilatéralité de l'acte, le caractère accessoire de la condition fournit, en outre, une explication adéquate à l'apparente similitude de ce type de mesures avec le contrat. Pourtant, la confirmation de la thèse de l'unilatéralité de l'agrément par le Conseil d'État ne semble pas avoir emporté définitivement l'adhésion de la doctrine. Déplorant l'insuffisance des définitions quantitatives et formelles, et l'obligation à laquelle elles ont conduit la doctrine et le juge à recourir à des

⁵³ « Ce seraient de biens étranges contrats que ces actes par lesquels l'administration ne s'engage à rien qu'à appliquer la loi à des entreprises dont elle vérifie simplement, et elle a toute liberté pour le faire, si elles remplissent ou non les conditions posées par la législation elle-même pour pouvoir bénéficier de ce régime fiscal » : *ib.*, p. 120.

⁵⁴ Dans la classification tripartite des actes juridiques opérée par Léon Duguit, puis reprise par Gaston Jèze, l'« acte-condition » désigne les actes qui n'ont d'autre résultat que de conditionner l'application d'une règle objective à un individu déterminé : « l'étendue de la situation juridique est déterminée d'avance par le droit positif (L. DUGUIT, « Théorie générale de l'acte juridique », *RDP*, 1919, p. 322). L'acte-condition s'oppose ainsi, chez Duguit, à l'« acte-subjectif » – qui se rapporte à une situation individuelle qui n'existait pas auparavant – et à l'« acte-règle » – qui crée une situation juridique générale et impersonnelle (L. DUGUIT, « Théorie générale de l'acte juridique », *op. cit.*, pp. 313-337 ; *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, *op. cit.*, pp. 361 et s.).

⁵⁵ G. TIMSIT, « Les contrats fiscaux », *op. cit.*, p. 120.

⁵⁶ P. BELTRAME, « La fiscalité de l'aménagement du territoire », *op. cit.*, p. 281.

⁵⁷ H. JACQUOT, *Le statut juridique des plans français*, *op. cit.*, spéc. pp. 191-198.

⁵⁸ L'argument matériel employé par Gérard Timsit, puis Pierre Beltrame et Henri Jacquot n'emporte toutefois pas la conviction. Dire que l'agrément fiscal est un « acte-condition » n'est pas suffisant, en soi, pour écarter la qualification de convention. En effet, conformément à ce qu'ont soutenu précédemment Jèze (G. JEZE, *Principes généraux du droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 47 : « tantôt l'acte-condition est unilatéral ; tantôt il est bilatéral ») et Bonnard (R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, Sirey, 4^e éd., *op. cit.*, p. 35 : « l'acte-condition peut être aussi en forme de convention ; c'est l'acte-condition-accord »), l'acte-condition peut être tout autant un acte unilatéral ou qu'une convention du moment qu'il a pour effet de déclencher l'application d'une situation légale et réglementaire. Bien que longtemps contesté par une partie de la doctrine, l'existence de ces accords attributifs de situation légale et réglementaire est reconnue en jurisprudence à propos notamment de la situation des agents publics contractuels (IC, 22 novembre 1965, *Demoiselle Wattin* ; CE, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, *Rec. p.* 375).

⁵⁹ CE, Avis de la section des Finances, 4 novembre 1959, relatif aux modalités d'application d'un décret autorisant certaines déductions de l'assiette de l'impôt sur les sociétés, in *Bull. officiel des contributions directes et du cadastre*, 16 mai 1962, p. 382. V. dans le même sens, CE, 10 mars 1967, *Ministre de l'Économie et des Finances c. Sté Sama et Cie*, *AJDA* 1967. 283.

constructions parfois très subtiles pour définir la nature de l'acte en cause, Charles Eisenmann décide de doter le droit administratif d'un nouveau mode d'exposition de l'unilatéralité de l'acte.

§2. La pluralité dévoilée par l'emploi d'un critère qualitatif

La seconde définition de l'acte administratif unilatéral s'appuie, cette fois, sur un critère qualitatif ou matériel. Loin de vouloir masquer l'influence du partenaire privé dans la détermination du rapport de droit, Charles Eisenmann entreprend à présent de révéler, dans l'analyse du contenu de la décision en cause, l'existence de véritables *co-auteurs* de l'acte.

La définition qu'il forge de l'acte de volonté, entendu comme un ensemble de normes et non seulement comme une simple opération d'édiction de normes, encourage bientôt la doctrine à admettre qu'un acte, bien qu'unilatéral d'un point de vue quantitatif, puisse être plurilatéral sitôt que l'on s'attache à l'exploration de son contenu. Le critère retenu implique de considérer comme auteur ou co-auteur de l'acte le participant qui possède un pouvoir « libre et déterminant » sur la naissance de la norme⁶⁰. Parmi les participants à l'acte, Charles Eisenmann propose de dissocier les *co-élaborateurs*, qui se contentent uniquement de prendre part à des formalités extrinsèques au cours de l'élaboration de l'acte – ainsi en est-il de l'autorisation ou de l'approbation donnée par l'autorité de tutelle – des *co-auteurs*, qui manifestent, quant à eux, une volonté à l'égard des normes à créer – ainsi en est-il, par exemple, d'un avis consultatif ou des engagements pris par le bénéficiaire de l'agrément fiscal. À cela s'ajoute un second élément, qui n'est rien d'autre, au fond, qu'une conséquence de l'approche matérielle qu'il défend, relatif cette fois à la détermination du nombre de *destinataires* auxquels s'adresse la norme. La prise en compte du destinataire le conduit à considérer qu'un acte unilatéral est celui « dont les normes ont pour objet de régler les rapports entre des personnes autres que ses auteurs »⁶¹ ; le contrat, à l'inverse, a pour objet de régler les rapports entre ses seuls auteurs, qui en sont par ailleurs les seuls destinataires. Ainsi défini, l'acte unilatéral est celui par lequel son destinataire, bien qu'associé d'une manière ou d'une autre à l'élaboration de l'acte, ne peut en être considéré comme l'auteur dans le sens où sa volonté demeure sans incidence sur son contenu et sur ses effets de droit⁶².

La combinaison d'un premier élément – l'influence libre et déterminante d'une personne sur le contenu de l'acte – et d'un second élément – ceux à qui l'acte s'adresse, forme la matrice de la classification des actes administratifs de Charles Eisenmann. Cette présentation rallie bientôt à sa cause l'immense majorité de la doctrine qui, encore aujourd'hui, définit l'acte administratif unilatéral comme une « manifestation de volonté destinée à produire ses effets de droit *sans le consentement de ses destinataires* »⁶³. Ce renouvellement des critères usuels de définition de l'unilatéralité de l'acte permet à la doctrine d'envisager sous un jour nouveau les cas limites qu'elle rencontre.

⁶⁰ P. FERRARI, « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éd. Cujas, 1977, p. 218.

⁶¹ CH. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 1, LGDJ, Anthologie du droit, 2014, p. 420 ; t. 2, LGDJ, Anthologie du droit, 2014, pp. 395 et s. et 690 et s.

⁶² « Ainsi, quand bien même il existerait des exemples d'actes élaborés en négociations avec leurs destinataires exclusifs, ceux-ci ne pourraient être unilatéraux qu'à la condition que la *faculté* reconnue au(x) particulier(s) de négocier avec l'administration se traduise – juridiquement – par le *pouvoir* de contribuer à déterminer *in fine* le sens de l'acte. Dit autrement, le destinataire négociateur ne pourra être qualifié de cocontractant – *i.e.* d'auteur – que si la norme de procédure rendant possible son intervention (les textes prévoyant de manière impérative l'existence d'engagements fermes de la part du bénéficiaire) est une norme d'habilitation à contracter – c'est-à-dire à produire une norme juridique contractuelle – et non seulement une norme d'habilitation à être consulté. De la même manière, on comprend pourquoi les actes obtenus sur demande du destinataire – intervenant ainsi au cours de son élaboration – peuvent être unilatéraux. Cette demande, bien que parfois nécessaire à la délivrance d'un acte, est dépourvue d'influence sur le sens et le contenu de la décision prise *in fine* par l'administration » (*Ib.*, n° 314, pp. 215-216).

⁶³ Cf. par ex. P. DELVOLLE, *L'acte administratif*, Sirey, 1983, p. 15 ; G. VEDEL, P. DELVOLLE, *Droit administratif*, PUF, coll. «Thémis».

Le primat accordé à la volonté matérielle sur la volonté formelle conduit, dès les années 1960, certains auteurs à considérer les actes assortis d'engagements ou précédés d'une convention comme n'étant, en définitive, qu'une variante du contrat. Ainsi, pour les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, l'assimilation, opérée par le juge administratif, de l'agrément fiscal à un acte unilatéral assorti d'une condition résolutoire ne correspond pas à la réalité des rapports qui s'instaurent entre l'administration et l'administré. Ils déplorent que pareille solution ne soit qu'une manifestation de la rigidité des catégories traditionnelles sur lesquelles se fonde le juge pour admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé avancent que « l'utilisation de la théorie de la condition pour expliquer la technique de l'accord donné à un acte unilatéral par son destinataire, sans être condamnable en elle-même, est facilement susceptible de verser dans l'artifice »⁶⁴. Dès lors que la condition dévoile, par son inscription dans l'acte d'agrément, la pluralité des volontés impliquées dans la naissance des normes, il semble « manifestement irréaliste »⁶⁵ de lui refuser la qualification d'un véritable contrat.

Pourtant, rares sont les auteurs qui sont parvenus à intégrer pleinement ces décisions négociées ou élaborées en accord avec leur bénéficiaire dans la classification bipartite des actes de volonté. D'un côté comme de l'autre, des obstacles de taille empêchent la doctrine d'aller jusqu'au bout de leur assimilation au contrat ou à l'acte unilatéral. Niée en raison de la dimension synallagmatique qui imprègne son contenu, la qualification d'acte unilatéral trouve pourtant de solides confirmations dans la jurisprudence administrative, qui continue de leur appliquer le régime juridique des actes administratifs unilatéraux, voire des décisions créatrices de droit. Contestée en raison de l'impossibilité pour l'administration de conclure un contrat ayant pour objet le renoncement à ses prérogatives de puissance publique, l'assimilation de la décision négociée au contrat se heurte, dans bien des cas, à des obstacles infranchissables.

SOUS-SECTION 2. L'enrichissement de la classification binaire des actes administratifs

Face aux apories du droit public français, la réflexion des auteurs se met toute entière au service d'une réévaluation de la dichotomie classique des actes unilatéraux et du contrat. Le « visage inhabituel »⁶⁶ que présente, aux yeux des juristes, ces actes unilatéraux pris sur accord ou négociés avec leur bénéficiaire, les encourage à en sonder la nature propre. Sous leur plume, leur classement s'opère soit au prix de la découverte d'une catégorie intermédiaire d'acte *sui generis* (§1), soit au moyen d'une reconfiguration interne à la catégorie de l'acte unilatéral (§2).

§1. La découverte d'une catégorie intermédiaire

À mi-chemin entre l'acte unilatéral et le contrat, l'acte *sui generis* a pu constituer, durant un temps, le réceptacle à la notion de décision unilatérale assortie de contreparties ou élaborée en accord avec le bénéficiaire. Tantôt « acte mixte », tantôt « pseudo-contrat » ou « quasi-contrat »,

12e éd., 1992, pp. 232-233 ; B. SEILLER, V° « Acte administratif » (I- Identification), *Rép. cont. adm.*, Dalloz, oct. 2015, n° 44, p. 8 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, coll. « Domat », 2022, n° 536, p. 374 ; J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989, p. 157 ; G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Sirey, 10^e éd., 2007, p. 457 ; J.-F. LACHAUME, *Droit administratif, Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, « Thémis », 14^e éd., 2007, p. 469 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, « Thémis », 2008, p. 226.

⁶⁴ A. DE LAUBADERE, P. DELVOLVÉ, F. MODERNE, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 64.

⁶⁵ *Ib.*, p. 60.

⁶⁶ *Ib.*, p. 64.

son intégration dans une catégorie intermédiaire a pour objectif d'en souligner l'irréductible singularité.

À partir des années 1960, la notion d'« acte mixte » éclot en doctrine dans un contexte de transformation en profondeur des procédés d'action publique. Le refus du dirigisme, la libéralisation du système économique et social, la participation de plus en plus active des personnes privées au processus décisionnel rend vulnérable la définition traditionnelle de l'acte administratif unilatéral dont il est devenu banal de souligner la dégradation⁶⁷. La nature juridique de la concession de service public ou de la convention collective de travail incite ainsi André de Laubadère, puis Michel Despax, à recourir à l'expression « acte mixte »⁶⁸. En 1971, Yves Madiot y consacrera sa thèse de doctorat⁶⁹. Employée dans des sens les plus divers, la notion d'« acte mixte » ne se caractérise pourtant ni par son unité ni par l'exactitude de ses contours. Mais la doctrine ne résiste pas « à la magie politique du verbe »⁷⁰. Elle utilise l'expression pour décrire tout un ensemble d'actes qui, parce qu'ils sont formés de deux éléments de nature différente, sont insusceptibles de répondre à la qualification du contrat ou de l'acte unilatéral⁷¹. De ce point de vue, l'« acte mixte » présente tous les atours de la catégorie « refuge ». Conscient de la part d'artifice qui anime le recours aux catégories *sui generis*, André de Laubadère avance, néanmoins, que l'adaptation de la théorie juridique constitue, à cet égard, « moins une manipulation condamnable qu'un enrichissement » bienvenu en présence de cas exceptionnels⁷².

Dans le même ordre d'idées, la tendance des auteurs à voir ce qui, dans les objets « hybrides », emprunte plutôt au contrat qu'à l'acte administratif unilatéral, les conduit à enrichir les classifications binaires de la notion de « pseudo-contrat ». Une partie de la doctrine va ainsi désigner l'agrément fiscal, ainsi qu'un certain nombre d'instruments juridiques issus des divers Plans, sous cette appellation de « pseudo-contrat »⁷³ ou, suivant la formule retenue par le plan intérimaire, de « quasi-contrat »⁷⁴. Pourtant, comme le fait remarquer Henri Jacquot, « le choix de ce terme n'est pas très heureux »⁷⁵. Au sens strict, les quasi-contrats désignent, en vertu de l'article 1300 du Code civil, des « faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en

⁶⁷ Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, préc.

⁶⁸ A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 5^e éd., 1970, t. 1, n° 1030, p. 560 ; M. DESPAX, *Les conventions collectives, Traité de droit du travail*, t. VII, Dalloz, 1966, n° 42, p. 62.

⁶⁹ Yves Madiot considère toutefois, sans plus de développements, que la décision élaborée en concertation ou négociée avec son bénéficiaire ne répond à « aucun des caractères de l'acte mixte » (*Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, préc., n° 475, p. 262). Selon l'auteur, l'acte mixte vise les seules hypothèses de « contrats à effet réglementaires », à l'exclusion des actes qui, pris en accord avec le bénéficiaire, ne permettent pas de régir des situations autres que celles de leurs auteurs. La « théorie de l'acte mixte » qu'il développe le conduit à ranger l'agrément fiscal dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux assortis d'une condition résolutoire et non dans celle des « actes mixtes » dont il souhaite maintenir une certaine cohérence interne (*Ib.*, n° 559, p. 294).

⁷⁰ J. LAMARQUE, préf. Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, *op. cit.*, p. X.

⁷¹ G. BRAIBANT, « Administration et participation », *RISA*, 1978, vol. 44, p. 164 ; Y. WEBER, *L'administration consultative*, LGDJ, « BDP », t. 82, p. 294.

⁷² A. DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, 3^e éd., « L'administration de l'économie », LGDJ, 1978, p. 95 : « ce n'est pas là se réfugier dans le recours facile à la notion d'acte *sui generis*, recours qui est un moyen d'expliquer parfois, faute de mieux, certaines situations exceptionnelles ».

⁷³ P. IDOUX, J. COLSON, *Droit public économique*, 9^e éd., LGDJ, 2018, n° 789, p. 405.

⁷⁴ H. JACQUOT, *Le Statut juridique des Plans français*, *op. cit.*, p. 204 : « c'est le plan intérimaire (1960-1961) qui a utilisé officiellement pour la première fois le terme de quasi-contrat pour désigner certaines procédures d'exécution du Plan : "l'État déclarait-t-il, est désormais disposé à passer avec les constructeurs de biens d'équipement des quasi-contrats rassemblant pour le financement de programmes d'investissements et de production jugés nécessaires les ressources et éventuellement les aides les plus appropriées". La formule a été reprise par le IV^{ème} Plan ».

⁷⁵ H. JACQUOT, *Le Statut juridique des Plans français*, *op. cit.*, p. 190.

profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui »⁷⁶. Ils renvoient traditionnellement à la gestion d'affaires⁷⁷, à la répétition de l'indu⁷⁸, et à l'enrichissement sans cause⁷⁹, et résultent de l'intervention d'une seule volonté. Parler de quasi-contrat à propos des actes d'exécution du Plan, comme c'est le cas pour l'agrément fiscal, laisserait donc « supposer au juriste que les pouvoirs publics, par le biais de procédures d'incitation, ont la possibilité d'obliger unilatéralement les entreprises privées à se conformer au Plan ; ce n'est absolument pas le cas », explique Henri Jacquot⁸⁰. À ses yeux, les agréments fiscaux sont un genre d'actes juridiques qui, en dépit de leurs diverses appellations par les Plans successifs, ne correspondent ni à la définition stricte du quasi-contrat, ni à celle d'un contrat véritable. Aussi, lorsqu'il évoque, à l'instar d'autres auteurs⁸¹, l'agrément fiscal sous l'appellation de « pseudo-contrat »⁸², Henri Jacquot n'a d'autre intention que d'en souligner le caractère hybride, à la frontière entre l'acte unilatéral et le contrat⁸³.

Cette tendance de la doctrine à voir ce qui, dans la décision en cause, emprunte au contrat plutôt qu'à l'acte unilatéral, peut recevoir deux séries d'explication.

Une explication d'ordre juridique, tout d'abord : dans des matières comme la fiscalité, où le recours au contrat est exclu, le recours à l'idée de « pseudo-contrat » permettrait de masquer la réalité d'un rapport synallagmatique tout en conservant une marge de négociation dans l'emploi de procédés incitatifs à caractère unilatéral⁸⁴.

Une explication d'ordre contextuel ensuite : à une époque où l'administration concertée « est devenue, peut-on dire, une idée à la mode »⁸⁵, le souci de souligner la dimension synallagmatique qui préside à l'édiction de certains actes unilatéraux porte les auteurs à voir du contrat partout. La croyance selon laquelle « le contrat [serait], *a priori*, plus apte que l'acte unilatéral à servir d'instrument de sélection, d'individualisation, d'expérimentation et d'anticipation dans le temps » imprègne tout entier les nouvelles formes d'actions publiques qui ont cours à partir des années 1960⁸⁶. Dans le cadre des procédés incitatifs que sont par exemple les agréments fiscaux, la convention fait figure de « stimulant psychologique »⁸⁷ qui recèle des vertus incontestables lorsqu'elle prévaut sur l'édiction de l'acte unilatéral. Elle donne l'illusion de l'« œuvre collective »⁸⁸ en vue de parvenir, autrement que par la contrainte, à la réalisation de certains objectifs d'intérêt

⁷⁶ Version issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. *Comp. C. civ.*, art. 1371 ancien.

⁷⁷ C. civ., art. 1301 à 1301-5. *Comp. C. civ.*, art. 1372 ancien.

⁷⁸ C. civ., art. 1302 à 1302-3. *Comp. C. civ.*, art. 1377 ancien.

⁷⁹ Le Code civil, dans sa version en vigueur au 1^{er} octobre 2016, évoque désormais « l'enrichissement injustifié » et non plus « l'enrichissement sans cause ». Cf. C. civ., art. 1303 à 1303-3 ; *comp. C. civ.* art. 1371 ancien.

⁸⁰ H. JACQUOT, *Le Statut juridique des Plans français*, *op. cit.*, p. 190.

⁸¹ Pour une utilisation contemporaine de cette formule, dans le sens précisé : P. IDOUX, J. COLSON, *Droit public économique*, *op. cit.*, n° 789, p. 405.

⁸² *Ibid.*

⁸³ L'expression employée par les textes et reprise en doctrine, vise exclusivement à en souligner la « nature juridique hybride, alliant un élément consensuel à une forme d'acte unilatéral » (F. BATAILLER, « Une nouvelle technique d'économie concertée : les "quasi-contrats" pour l'exécution du plan », *RJSF* 1964, p. 365).

⁸⁴ Dans son rapport public pour 2008 consacré au contrat, le Conseil d'État ne manque pas de constater la fréquente inadéquation de la dénomination de contrat avec les situations concrètes qu'il découvre : « le terme contrat ne recouvre plus seulement un acte comportant des engagements réciproques assortis d'une sanction juridique, mais en est venu à désigner toute une série de réalités nouvelles, notamment dans l'ordre rhétorique et symbolique » (Rapport public du Conseil d'État, *Considérations générales : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE n° 59, 2008).

⁸⁵ A. DE LAUBADERE, « L'administration concertée », in *Mélanges en l'honneur du professeur Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 406.

⁸⁶ D.-H. SCHEUING, *Les aides financières aux entreprises privées en droit français et européen*, Paris, Berger-Levrault, 1974, p. 166.

⁸⁷ A. DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, t. 3, 1978, p. 118.

⁸⁸ *Ibid.*

général. Mais le « désenchantement dont le Plan est victime »⁸⁹ relance bientôt la ferveur de la doctrine à l'endroit des classifications traditionnelles.

§2. La reconfiguration interne à la catégorie de l'acte unilatéral

Dès les années 1970, la qualification d'« acte-mixte » ou de « pseudo-contrat » disparaît progressivement des écrits doctrinaux. Les tentatives de « recodages » des hypothèses frontières laissent peu à peu place à une reconfiguration interne à la catégorie des actes administratifs unilatéraux⁹⁰. Désormais, plutôt que de parler d'actes *sui generis*, ce sont « des actes unilatéraux d'un type nouveau, dont la théorie reste à faire »⁹¹, que la doctrine cherche à mettre en avant lorsqu'elle appréhende ces actes dont le contenu et les effets sont en partie tributaires de la volonté de la personne privée⁹². Lointaines héritières de la théorie allemande de l'acte complexe⁹³, les notions d'« acte administratif unilatéral négocié »⁹⁴ ou de « décision administrative consensuelle »⁹⁵ surgissent dans le discours doctrinal pour rendre compte de la contractualisation des rapports de l'administration avec les administrés ou avec ses agents. L'objectif est cette fois d'asseoir le caractère unilatéral de l'acte pris sur accord ou affecté de contreparties de la part de son bénéficiaire, tout en soulignant sa ressemblance incontestable avec la convention.

Le refus de « se laisser abuser »⁹⁶ par ces conventions qui ont seulement l'apparence de contrats conduit ainsi René Chapus, puis Raphaël Romi et Martin Collet, à intégrer ces actes élaborés conjointement avec leur bénéficiaire dans la catégorie des « actes unilatéraux négociés »⁹⁷ ou « décisions négociées »⁹⁸. Tel est le cas, par exemple, des autorisations de radiodiffusion sonore dont la délivrance se trouve, aux termes de la loi du 30 septembre 1986, modifiée par la loi du 17 janvier 1989, subordonnée à la conclusion d'une « convention passée entre le CSA et la personne qui demande l'autorisation »⁹⁹. Faute de placer son titulaire sous un régime proprement contractuel, René Chapus avance que cette autorisation de police spéciale ne peut, en tout état de cause, verser

⁸⁹ A. DE LAUBADERE, « L'administration concertée », *op. cit.*, p. 416.

⁹⁰ J. CAILLOSSE, « Actes et contrats de l'administration, remarques sur une partition juridique dérégulée », in J.-M. PONTIER (dir.), *Les états intermédiaires en droit administratif*, PUAM 2008, pp. 101 et s., spéc. p. 111.

⁹¹ H. JACQUOT, *Le Statut juridique des Plans français*, *op. cit.*, p. 196.

⁹² Pour une étude générale sur cette question, v. R. DEAU, *Les actes administratifs unilatéraux négociés*, th. Angers, 2006.

⁹³ Pour un aperçu des courants de la théorie de l'acte complexe en Allemagne à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, v. G. DE BEZIN, « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, t. 1, p. 289. Pour un exposé spécifique des débats en Allemagne entre les tenants de la « Vereinbarung » et les défenseurs de la « Gesamtakt » : S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, LGDJ, 1982, pp. 307 et s. ; A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.*, n° 151 et s., pp. 136 et s.

⁹⁴ Sur la question de la nature juridique des actes négociés en général, cf. F. MODERNE, « Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix », *Dr. soc.*, 1975, p. 505 ; R. ROMI, « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux », *AJDA* 1989, p. 9 ; X. PRETOT, « L'évolution du régime juridique des conventions médicales. Du contrat doué d'effets réglementaires au règlement à élaboration concertée », *Dr. soc.* 1997, p. 845 ; CH. VAUTROT-SCHWARTZ, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, 2009.

⁹⁵ X. PRETOT, « La nature juridique de la convention d'assurance chômage », *RDSS* 1986, p. 541 ; F. ROLIN, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, th. Paris, 1997, spéc. pp. 80-191.

⁹⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001, n° 657, p. 494.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 493.

⁹⁸ *Ib.*, n° 658, 494 ; M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 2003, pp. 73 et s. ; R. ROMI, « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux. Archaisme paradoxal ou technique d'avenir ? », *AJDA* 1989, p. 9.

⁹⁹ L'article 28 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 dans sa rédaction initiale disposait que « l'exploitation des services est subordonnée au respect d'obligations particulières définies par la CNCL et souscrite par le titulaire » au moment de la délivrance de l'autorisation d'usage de fréquences. La loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 procède à une refonte de l'article 28 qui dispose que la délivrance des autorisations d'usage de fréquence est « subordonnée à la conclusion d'une convention passée entre le CSA au nom de l'État et la personne qui demande l'autorisation ». D'autres modifications sont intervenues par la suite. A ce jour, l'article 28, modifié par la loi n° 2021-1382 énonce que la délivrance des autorisations d'usage de la ressource radioélectrique par voie hertzienne « est subordonnée à la conclusion d'une convention passée entre l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique au nom de l'État et la personne qui demande l'autorisation ».

dans la catégorie du contrat. Certes, son élaboration aura fait l'objet d'une négociation ; mais « cet acte aura la nature et les effets d'un acte unilatéral »¹⁰⁰. De sorte que les « conventions » intervenant entre le CSA et les sociétés de radiodiffusion « sont, en réalité, explique René Chapus, des autorisations unilatérales assorties de conditions débattues entre le CSA et les demandeurs »¹⁰¹. Sans doute le fait que certains actes administratifs soient exclus du champ contractuel a-t-il poussé René Chapus, puis Raphaël Romi¹⁰² et Martin Collet¹⁰³ à sa suite, à regrouper les actes négociés dans la catégorie des décisions unilatérales de l'administration. Dans des matières comme la fiscalité ou la police où il est interdit de recourir au contrat, soutenir la nature pseudo-contractuelle de l'acte de puissance publique n'est guère approprié¹⁰⁴. En revanche, la référence à un acte unilatéral, dont l'élaboration négociée ne remet nullement en cause sa nature propre, ouvre des perspectives plus acceptables.

Le même souci de correspondance avec le droit positif anime Frédéric Rolin lorsqu'il intègre ce qu'il nomme les « décisions administratives consensuelles » dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux¹⁰⁵. Ce refus de singulariser la décision administrative en raison de l'intervention d'une tierce personne – publique cette fois – au cours du processus d'élaboration de l'acte découle d'un souci de faire prévaloir son régime juridique et contentieux sur l'apparente mixité de son contenu¹⁰⁶. Pour ne pas ajouter davantage d'hétérogénéité à la catégorie des actes administratifs, Xavier Prétôt refuse également d'employer la solution intermédiaire du pseudo-contrat. S'agissant des agréments fiscaux, il lui préfère la qualification d'« acte administratif unilatéral à fondement contractuel ». Il concède toutefois que derrière la formule qu'il emploie se cache en réalité un « acte administratif conditionnel, c'est-à-dire assorti d'une condition résolutoire qui est le non-respect des engagements souscrits par l'industriel ou le commerçant demandeur »¹⁰⁷. Si l'acte trouve sa base dans la convention signée, cette dernière perd son existence propre pour devenir, une fois la décision édictée, un élément de son contenu normatif. De ce point de vue, « unilatéral, l'acte le demeure ; négocié, il bénéficie des apparences du « contrat », sans en impliquer les conséquences juridiques »¹⁰⁸.

Quoique diverses, les solutions apportées par la doctrine à l'apparente similitude de certaines décisions unilatérales au contrat ont toutes en commun de souligner la part d'artifice qu'il y a à opposer, en deux catégories rigides, l'« unilatéral » et le « conventionnel ». Sans doute le caractère exigü de ces classifications n'a-t-elle pas échappé au juge lui-même. Témoin de la « dégradation de l'unilatéralité de l'acte administratif »¹⁰⁹ au contact des discours « contractualistes », « participatifs », « incitatifs » véhiculés par les pouvoirs publics, il ne renonce pas pour autant à ses classifications binaires traditionnelles.

¹⁰⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, n° 657, p. 494.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² R. ROMI, « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux. Archaisme paradoxal ou technique d'avenir ? », *op. cit.*, p. 9.

¹⁰³ M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 2003, pp. 73 et s.

¹⁰⁴ R. ROMI, « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux », *op. cit.*, spéc. p. 13 : « la nature de ces actes négociés relève à la fois des actes unilatéraux et des conventions incorporées par un acte d'autorité qui, dès lors, « dénature » la « convention », qui, de toute manière, ne saurait en être une si elle touche à la police économique ».

¹⁰⁵ F. ROLIN, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, th. Paris, 1997, spéc. pp. 80-191.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ X. PRETOT, « La nature juridique de la convention d'assurance chômage », *RDSJ* 1986, p. 541.

¹⁰⁸ B. DEFOORT, *La décision administrative*, *op. cit.*, n° 833, p. 571.

¹⁰⁹ Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, *op. cit.*, n° 33, p. 20.

SECTION 2. LA STABILITE DES CATEGORIES CONTENTIEUSES

Le contraste dans le renouvellement des logiciels est saisissant selon qu'est en cause la doctrine ou le juge administratif. D'un côté, la doctrine démontre son aptitude à innover, à réinventer, pour résoudre la question de la « vraie » nature de ces actes qu'accueilleraient des catégories *sui generis* ou entièrement remodelées pour les besoins de la cause. De l'autre, le Conseil d'État fait quasiment mine d'ignorer ces débats. À rebours des universitaires, il se montre relativement insensible à la manière dont les phénomènes juridiques nouveaux, objet de son contrôle, sont perçus à l'extérieur de son prétoire. Plutôt que de parler d'acte négocié, d'acte mixte, de pseudo-contrat ou de décision consensuelle, il range, depuis fort longtemps, l'acte en question dans la catégorie des actes unilatéraux et met en œuvre les principes qui le gouvernent. Dans cet exercice, le Conseil d'État pourrait apparaître, de prime abord, hermétique aux changements qui fragilisent la théorie de l'acte administratif unilatéral et, avec elle, les classifications binaires qu'elle dessine. Pourtant, il serait erroné de penser que le juge administratif n'est pas, lui-même, un producteur de logique. Tout comme la doctrine entend agir, au moyen de constructions intellectuelles, sur le droit positif, le juge forge et modélise les catégories juridiques pour exercer son office. Seulement, ses choix en la matière obéissent à une rationalité propre. Le juge ne cherche pas à donner une vision complète des objets qu'il traite ; il sélectionne, en fonction des solutions qu'il veut rendre. Aussi, le choix de retenir telle qualification juridique plutôt qu'une autre n'est jamais neutre, et dépend bien souvent des finalités poursuivies par lui lorsqu'il s'interroge sur la solution à donner à tel problème de qualification. La résilience des catégories juridiques¹¹⁰ (Sous-section 1) participe, chez lui, de la nécessité de résoudre un cas concret et de maintenir les axes structurants de son office (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. Les formes de résilience

Parce que la classification bipartite des actes juridiques façonne le contentieux administratif et facilite la systématisation des règles juridiques qui les gouvernent, le juge administratif regroupe, depuis longtemps, les décisions élaborées en concertation avec leur bénéficiaire ou sur accord de ce dernier dans la catégorie des actes unilatéraux. La reconnaissance, par le Conseil d'État, de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre des agréments fiscaux, des autorisations d'émettre des fréquences, ou encore dernièrement, des subventions, à l'exclusion des conventions et engagements qui les précèdent, en témoigne. Le « caractère assimilateur du contrôle »¹¹¹ exercé sur les mesures contestées aboutit, en jurisprudence, à dénier aux engagements et conventions toute existence juridique autonome de l'acte administratif unilatéral qu'ils précèdent.

Dans ses conclusions sur l'arrêt du 8 avril 1998, *Société Serc Fun Radio*, Sylvie Hubac s'interrogeait ainsi sur la valeur juridique des conventions passées entre le CSA et les entreprises de

¹¹⁰ Ces développements s'appuient sur deux de nos études : C. Gallo, *La décision conditionnelle en droit administratif*, Dalloz, NBT, 2018 ; C. Gallo, « Nature juridique et régime contentieux de la subvention : à propos de quelques décisions récentes », *RFDA*, n° 3, 2002, pp. 477-490.

¹¹¹ M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 74.

radiodiffusion sonore pour la délivrance d'autorisations d'usage de fréquences¹¹². L'opération de qualification était ici doublement nécessaire à des fins pratiques : il s'agissait, d'une part, de déterminer la recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre d'un avenant à la convention signée pour la délivrance de l'autorisation ; et d'autre part, de s'assurer de la compétence du juge de l'excès de pouvoir pour en connaître, et non du juge du plein contentieux. Après avoir rappelé les dispositions de l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986, modifiées par la loi du 17 janvier 1989¹¹³, le commissaire du gouvernement Hubac avance que « malgré l'introduction d'une convention, ce régime nous paraît juridiquement être demeuré, avant comme après 1989, un régime d'autorisation unilatérale bien davantage qu'un régime proprement contractuel. La novation réside en ce que cette autorisation est désormais précédée d'un mode d'élaboration concertée et incorpore des prescriptions négociées »¹¹⁴. Le recours à l'idée de l'incorporation des engagements à l'acte est essentiel au commissaire du gouvernement pour dénier à la convention toute « existence autonome ou indépendante de l'autorisation dont elle est en quelque sorte un accessoire. Seule l'autorisation lui confère ses pleins effets »¹¹⁵. Pour arriver à cette conclusion, elle souligne le caractère superfétatoire de la dénomination de « convention » telle qu'elle figure à l'article 28 de la loi précitée¹¹⁶. En effet, certaines prescriptions figurant dans la convention, plus particulièrement celles faisant l'objet de l'avenant, « ne sont, fait-elle remarquer, que la reprise textuelle de dispositions légales » ou réglementaires. Par conséquent, toute modification législative des règles relatives à la convention, « c'est-à-dire des conditions au vu desquelles l'autorisation a été accordée, peut être critiquée dans le cadre du contentieux de la légalité »¹¹⁷. Par cette opération de requalification, Sylvie Hubac exclut, d'une part, que le recours de plein contentieux puisse être formé contre l'avenant à la convention, et d'autre part, que les conclusions aux fins d'annulation des conventions et engagements préalables soient recevables devant le juge de l'excès de pouvoir indépendamment de l'autorisation qui en constitue le support nécessaire. Sans prendre parti sur la nature exacte de l'autorisation en cause, le Conseil d'État va suivre le raisonnement de son commissaire du gouvernement et déclarer recevable le recours pour excès de pouvoir exercé à l'encontre de l'avenant à la convention¹¹⁸.

De même, s'agissant des agréments fiscaux, le Conseil d'État admet que les décisions d'octroi, ou de retrait de l'agrément pour inexécution des engagements, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et être contestées par son bénéficiaire, à l'exclusion des tiers¹¹⁹, dans un délai

¹¹² S. HUBAC, concl. sur CE, Ass. 8 avril 1998, *Société Serv Fun Radio*, *Rec.* p. 143.

¹¹³ L'article 28 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 dans sa rédaction initiale disposait que « l'exploitation des services est subordonnée au respect d'obligations particulières définies par la CNCL et souscrite par le titulaire » au moment de la délivrance de l'autorisation d'usage de fréquences. La loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 procède à une refonte de l'article 28 qui dispose désormais que la délivrance des autorisations d'usage de fréquence est « subordonnée à la conclusion d'une convention passée entre le CSA au nom de l'État et la personne qui demande l'autorisation ». D'autres modifications sont intervenues par la suite.

¹¹⁴ S. HUBAC, concl. sur CE, 8 avril 1998, *Société Serv Fun Radio*, *Rec.* p. 142-143.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ « L'esprit de la réforme est en effet d'associer le candidat à la définition des règles particulières d'exploitation du service et de recueillir ses engagements et son adhésion sur ces règles. Mais celles-ci ne sont pas autre chose que la définition dans un document dénommé convention des conditions particulières auxquelles est subordonnée la délivrance de l'autorisation (...). L'intention [du législateur] nous semble avoir en effet été alors d'emprunter au droit des contrats un certain nombre de ces éléments subjectifs (discussion préalable, engagement intuitu personae du candidat sur un cahier des charges dont il a négocié et donc accepté certaines prescriptions, maintien d'une concertation dans le cours de l'exécution de l'autorisation) pour les verser en quelque sorte au régime de l'autorisation individuelle mais non de placer les titulaires de ces autorisations sous un régime proprement contractuel » : S. HUBAC, concl. préc., *Rec.*, p. 143.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Dans le même sens, cf. CE, ord., 27 mars 2003, *Conseil supérieur de l'audiovisuel et Société Télévision française 1*, req. n° 254737.

¹¹⁹ Quand bien même l'octroi d'un agrément fiscal a pour conséquence immédiate une diminution des recettes fiscales de l'État, un contribuable ne peut se prévaloir d'un intérêt suffisant pour contester une décision lui accordant indûment une exonération fiscale à un tiers (CE, Sect., 4 décembre 1936, *Sibille et Duranton de Magny*, *Rec.* p. 1065).

de deux mois suivant la notification de l'acte. Les conventions et engagements préalables à son octroi sont, quant à eux, insusceptibles de recours indépendamment de la demande d'annulation de la décision dans son ensemble. L'agrément en incorpore les stipulations et présente ainsi le caractère d'un acte administratif unilatéral. Il doit par conséquent être déféré devant le juge de l'excès de pouvoir, à l'exclusion du juge du contrat¹²⁰. Comme le résume Pierre Devolvé, l'agrément fiscal est ainsi, et depuis longtemps¹²¹, appréhendé en jurisprudence comme « un acte unilatéral affecté d'une condition résolutoire. Les engagements de l'entreprise sont la condition de l'agrément ; celui-ci n'est pas la contrepartie d'une obligation conventionnelle »¹²². Il semble incontestable, en ce sens, que le juge administratif ne réserve aucune place à la notion de « contrat fiscal » dans la détermination de son office¹²³. Cette disqualification sert un besoin pratique. Car en dépit de sa ressemblance évidente avec le contrat, l'assimilation de l'agrément fiscal au contrat se heurte à un obstacle infranchissable : celui de l'interdiction, pour les personnes publiques, de conclure un contrat ayant pour objet le renoncement à ses prérogatives de puissance publique¹²⁴. Voici comment la notion de « condition résolutoire », empruntée au droit civil des obligations, offre au juge administratif, dans ce cas comme dans d'autres, un palliatif providentiel pour occulter la dimension synallagmatique qui imprègne pourtant le contenu de l'acte en cause. Bien que négocié, l'agrément fiscal reste, aux yeux du juge, un acte administratif unilatéral assorti d'une condition, l'élément consensuel étant ainsi repoussé au rang d'élément accessoire dans la formation de l'acte juridique.

Récemment, c'est par un raisonnement semblable, teinté de pragmatisme, que le Conseil d'État est parvenu à s'extraire de la difficile et récurrente question de la nature juridique de l'acte de subvention. Par un avis contentieux du 29 mai 2019, *Société Royal Cinéma*, le Conseil d'État est en effet venu apporter une réponse bienvenue sur ce point : il prend désormais le parti de considérer que la subvention n'est ni un contrat, ni un don en droit public, mais bien une décision unilatérale assortie de conditions, qui crée des droits au profit de son bénéficiaire.

L'apport de cet avis contentieux est d'importance : il s'agit moins ici de rappeler une évidence que de clore plusieurs décennies de controverses relatives à la nature juridique de l'acte attribuant une subvention. Jusqu'à récemment en effet, le droit français ne connaissait pas de forme spécifique pour l'octroi de la subvention. Celle-ci pouvait être aussi bien être consentie par le biais d'un contrat que d'un acte administratif unilatéral, si bien qu'en cas de contentieux, la pratique administrative conduisait le juge administratif à procéder à une « analyse fouillée »¹²⁵ de l'acte en question afin de lui conférer un régime approprié. Il lui était en effet nécessaire de s'assurer de la nature unilatérale ou contractuelle du procédé utilisé, dès lors que la qualification retenue en commande dans une large mesure le régime contentieux et juridique, notamment s'agissant des modalités de restitution

¹²⁰ Dans ces conclusions sous la décision de Section du 26 janvier 1968, *Société « Maison Genestal »*, le commissaire du gouvernement Bertrand explique, à propos des agréments fiscaux, qu'il serait « paradoxal que le contrôle de la légalité des décisions prises en de telles matières, alors qu'elles figurent à l'heure actuelle parmi les moyens principaux de l'action économique de l'État, fût exercé par l'autorité judiciaire, dans les cas où, comme en l'espèce, celle-ci est juge de l'impôt » (Rec. p. 62, *GAJA* n° 104, *AJDA* 1969, II, p. 640).

¹²¹ CE, Avis de la section des Finances, 4 novembre 1959, préc. ; CE, 10 mars 1967, *Ministère de l'Économie et des finances c. Société Samat et Cie*, Rec. p. 113 ; *AJDA* 1967. 280, concl. GALTOT.

¹²² P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1967, p. 138.

¹²³ La nature unilatérale de l'agrément fiscal ressort implicitement de l'arrêt du 10 mars 1967, *Ministère de l'Économie et des Finances c. Société Samat et compagnie* rendu conformément aux conclusions de Yves Galtot.

¹²⁴ CE ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, Rec. p. 595.

¹²⁵ A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, PUF, « Droit fondamental », 1^{ère} éd., 1994, n° 148, p. 146.

de la subvention¹²⁶. Cet aspect hybride de la subvention, maintes fois souligné en doctrine¹²⁷, a soulevé un certain nombre de difficultés tenant à la qualification de l'acte en cause¹²⁸. La complication était introduite par le fait que l'aide accordée en contrepartie de certaines prestations de nature sociale, économique (création ou préservation d'emplois, maintien d'un certain type d'activités, etc.), voire désormais « républicaines »¹²⁹, et auxquelles le bénéficiaire s'engage, n'était pas nécessairement porteuse d'un procédé contractuel. La loi du 12 avril 2000 est venue accentuer la porosité des frontières entre le subventionnement unilatéral conditionnel et le subventionnement contractuel, en énonçant en son article 10 que : « L'autorité administrative (...) qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un seuil défini par décret, conclure une convention avec l'organisme de droit privé qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée »¹³⁰. Ainsi, lorsqu'elles excèdent le seuil de 23 000 euros prévu par décret¹³¹, les subventions accordées par les collectivités publiques doivent donner lieu à l'établissement d'un acte que la loi dénomme « convention ». De cette intervention du législateur, en a résulté une forte volatilité des solutions jurisprudentielles, le juge administratif ne parvenant pas à se fixer définitivement sur une qualification juridique. Les cas de requalifications d'une subvention unilatérale en un contrat de subventionnement, voire de délégation de service public¹³² ou de marché public¹³³ n'étaient pas rares¹³⁴. La solution inverse prévalait également au gré des décisions d'espèce¹³⁵. Ces errements quant à la nature unilatérale ou contractuelle de l'acte de subvention présentaient des inconvénients

¹²⁶ La subvention contractuelle se trouve ainsi soumise aux principes généraux du droit des contrats, et le cas échéant, à celui des contrats administratifs. L'inexécution de ses obligations par l'entreprise bénéficiaire constitue alors une faute de nature contractuelle susceptible de donner lieu au remboursement de l'aide, voire à la résiliation du contrat, sous le contrôle du juge du contrat. Si le contrat est administratif, une résiliation pour motif d'intérêt général est au demeurant possible. Au contraire, la subvention octroyée unilatéralement bénéficie d'une certaine stabilité du fait de son caractère créateur de droit. Hormis le cas où la subvention a été obtenue par fraude, l'autorité administrative ne pourra donc retirer la décision d'octroi que dans les limites posées par la jurisprudence *Ternon*, c'est-à-dire si elle est illégale et dans le délai de quatre mois à compter de son édiction, ce qui n'est pas le cas pour l'aide contractuelle. L'intangibilité de la situation juridique se heurte toutefois à une exception, aussi notable que fréquente en pratique : l'observation des conditions mises au maintien d'une subvention constitue un motif de disparition de la décision en cours d'exécution, et cela sans condition de délai.

¹²⁷ H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, « Cours », 2016, n° 248, p. 212 ; J.-M. PONTIER, « Subventions, délégations de service public et marchés publics », *Mélanges L. Richer*, LGDJ, 2013, pp. 263 et s. ; A. CARTIER-BRESSON, M. FROMONT, « Aides économiques. Notion. Typologie », *Jcl. Adm.*, fasc. 256, janv. 2015 ; J.-M. PONTIER, « Qu'est-ce qu'une aide économique locale ? », in O. RENAUDIE (dir.), *Les aides économiques locales : de quel droit ?*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2020, p. 19.

¹²⁸ A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, 2^e éd., 1996, spéc. pp. 149 et s. ; J.-Ph. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, *op. cit.*, n° 619 et s., pp. 330 et s. ; P. DELVOLLE, *Droit public de l'économie*, Précis, Dalloz, 1998, pp. 414 et s. ; D. MOREAU, « Les risques de requalification des subventions aux associations en marchés ou en délégations de services publics », *AJDA* 2002, pp. 902-907 ; S. NICINSKI, « Les associations et le droit administratif : plaidoyer pour la convention d'objectifs et de moyens », *DA* n° 6, juin 2006, étude 11, pp. 7-13.

¹²⁹ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, art. 10-1, issu de l'article 12 de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, et prévoyant la souscription d'un « contrat d'engagement républicain » pour toute association ou fondation qui sollicite l'octroi d'une subvention au sens de l'article 9-1 de la même loi.

¹³⁰ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

¹³¹ Décret n° 2011-495 du 6 juin 2001 pris pour l'application de l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques, art. 1^{er} : « L'obligation de conclure une convention, prévue par le troisième alinéa de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 susvisée, s'applique aux subventions dont le montant annuel dépasse la somme de 23000 euros ».

¹³² F. LINDITCH, « L'évolution du droit des subventions ne menace-t-elle pas à terme les délégations de service public ? », *JCP A* 2007, étude 2125.

¹³³ CE, 26 mars 2008, *Région de la Réunion*, req. n° 284412, *AJDA* 2008. 1152, note J.-D. DREYFUS ; TA Melun, 1^{er} décembre 2006, *Préfet de Seine-et-Marne*, n° 06-5188, *AJDA* 2007, concl. S. DEWAILLY ; TA Amiens, 9 novembre 2006, *Préfecture de l'Oise*, req. n° 0601004, *AJDA* 2007. 808, note J.-D. DREYFUS ; CE, 23 mai 2011, *Cne de Six-Fours-Les Plages*, *Rec.* p. 255 ; *AJDA* 2011. 1515, note J.-D. DREYFUS ; *AJCT* 2011.467, obs. D. FAUSSER ; Cour de discipline budgétaire et financière, 2^e section, 22 février 2019, req. n° 231.770.

¹³⁴ J.-Ph. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, *op. cit.*, n° 618 et s., pp. 330 et s. ; J.-M. PONTIER, « Subventions, délégations de service public et marchés publics », *Mélanges L. Richer*, LGDJ, 2013, pp. 263 et s., spéc. pp. 272 et s.

¹³⁵ V. par exemple, CAA Bordeaux, 21 juin 2011, *Région du Limousin*, req. n° 10BX01717 ; CCC, n° 10, oct. 2011, comm. 220, C. PREBISSY-SCHNALL.

évidents, puisqu'ils aboutissaient à faire coexister deux régimes contentieux et juridiques distincts, reposant sur des logiques différentes, et ne permettaient pas de sortir de l'impasse.

Le souci de simplifier les règles de contentieux et de fond applicables aux subventions a finalement conduit le Conseil d'État à en unifier le régime juridique. Par une importante décision du 5 juillet 2010, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*¹³⁶, il franchit une étape décisive vers l'assimilation des subventions à des décisions unilatérales et non à des contrats. En affirmant que l'attribution d'une subvention crée des droits au profit de son bénéficiaire, le Conseil d'État applique aux subventions un régime de protection des droits qui, en tout état de cause, est celui des actes unilatéraux. Cette ligne sera confortée par une décision du 26 juillet 2011, *EARL Le Patis Maillet* dans laquelle le Conseil d'État, retenant le caractère unilatéral d'un « contrat d'agriculture durable », en a logiquement déduit que le titulaire de la subvention ne pouvait rechercher la responsabilité contractuelle de l'État à raison de la non-exécution de l'acte dénommé « contrat », mais uniquement sa responsabilité quasi-délictuelle en mettant en évidence l'existence d'une faute¹³⁷. Il faudra toutefois attendre l'avis contentieux du 29 mai 2019, *SAS Royal Cinéma*, précité, pour que le Conseil d'État lève les derniers obstacles qui s'opposaient encore à l'assimilation des subventions à des décisions unilatérales. En considérant que les conventions et engagements pris par le bénéficiaire s'analysent comme des éléments de la demande, et non comme des contrats à proprement parler, il leur dénie toute existence autonome ou indépendante de l'acte de subvention, dont ils sont en quelque sorte un accessoire. Peu importe donc que l'octroi de la subvention soit précédé d'un mode d'élaboration concerté, qu'un acte dénommé « convention » ait été signée ou non : « la décision qui a pour objet l'attribution d'une subvention constitue un acte unilatéral »¹³⁸. Partant, n'ayant pas la nature d'un acte détachable d'un contrat, elle échappe à l'application du régime contentieux défini par la décision *Tarn-et-Garonne*¹³⁹ et ne peut, à ce titre, faire l'objet que d'un recours pour excès de pouvoir. Par cette opération de (dis)qualification, le juge administratif peut désormais appliquer à l'ensemble des subventions un régime contentieux et juridique unique, celui des décisions unilatérales.

SOUS-SECTION 2. Les motifs de résistance

Si la tâche première du juge est d'indiquer aux requérants les voies de droit à suivre pour orienter leur action, il doit aussi et surtout, lorsqu'il statue sur le fond de l'affaire, les éclairer sur le régime juridique et contentieux des actes qu'il est amené à connaître. C'est d'ailleurs à partir de ces derniers éléments que, confronté à des cas limites, le juge administratif appréhende généralement la nature juridique de l'acte en cause : il tire du régime juridique et contentieux auquel il entend soumettre l'acte administratif, la preuve de son caractère d'acte unilatéral ou de contrat.

¹³⁶ CE, 5 juillet 2010, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, Rec. p. 673 ; JCP A, n° 38, 20 septembre 2010, p. 2285, note J.-P. MARKUS ; CMP octobre 2010, n° 353, note P. DEVILLIERS.

¹³⁷ CE, 26 juillet 2011, *EARL Le Patis Maillet*, Rec. p. 419 ; RJEP 2011. comm. 24, n° 697, concl. E. CORTOT-BOUCHER.

¹³⁸ CE, avis contentieux, 29 mai 2019, *Société par actions simplifiée Royal Cinéma*, préc.

¹³⁹ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, Rec. p. 70 ; *Contrats-marchés pub.*, 2014, n° 5, p. 7, note Rees ; RLCT, 2014, n° 101, p. 25, note GLASER ; CP-ACCP, 2014, n° 143, p. 12, note JOUGUELET ; BJCP, 2014, n° 94, p. 205, concl. DACOSTA ; RFD A, 2014, n° 3, p. 425, concl. DACOSTA et note DELVOLVE ; Dr. adm., n° 6, p. 26, note BRENET ; *Petites affiches*, 2014, n° 123, p. 13, note DOUTEAUD ; RJEP, 2014, n° 721, p. 14, note LAFAIX ; RLC, 2014, n° 40, p. 81, note BARDOUX ; *Cont. conc. cons.*, 2014, n° 7, p. 28, note PREBISSY-SCHNALL.

Est-ce à dire que les catégories contentieuses ne constituent que des « catégories fonctionnelles »¹⁴⁰ ? Cela serait supposer que la notion d'acte administratif unilatéral n'a pas vraiment, dans l'esprit du juge, de contenu conceptuel identifiable. Plus précisément, il faudrait comprendre par-là que le contenu de la catégorie d'acte administratif unilatéral se trouverait « formellement faussé » par les extensions ou restrictions que suscitent les qualifications jurisprudentielles, « dans le but, selon le cas, soit de faire bénéficier de son régime des éléments qui ne lui appartiennent pas, soit au contraire, de les en priver lorsqu'ils en relèvent ordinairement »¹⁴¹.

Or, à s'en tenir à l'examen du droit jurisprudentiel, la catégorie d'acte administratif unilatéral apparaît bien, *a priori*, formellement indéterminée du fait de qualifications juridiques discutables car extensibles, et finalement largement fonctionnelle. Elle l'est tout particulièrement sur le plan le plus révélateur qui soit, de notre point de vue, celui du contentieux dit des actes de « droit souple ». La jurisprudence issue des décisions *Fairvesta* et *Numericable*¹⁴² témoigne fort bien, en effet, de ces considérations sinon inavouables, du moins non formulées en tant que telles, qui commandent l'opération de qualification juridique et, en l'occurrence, l'office du juge administratif. Rappelons qu'avec ces décisions, le Conseil d'État admet que le recours pour excès de pouvoir est désormais ouvert contre certaines mesures administratives qui, sans être décisives, sont toutefois susceptibles de faire grief aux personnes à qui elles s'adressent. C'est là reconnaître que le recours pour excès de pouvoir n'est plus seulement un « procès fait à un acte » - *i.e.* un acte *décisive* -, mais qu'il peut également conduire le juge à prendre en considération la situation litigieuse du requérant, autrement dit, les intérêts lésés par le droit souple. Or précisément, c'est ici qu'intervient ce que l'on pourrait appeler une « manipulation fonctionnelle »¹⁴³ de la catégorie d'acte administratif unilatéral. En élargissant la notion – contentieuse – d'acte administratif unilatéral aux actes non décisives susceptibles de faire grief, le Conseil d'État opère un tour de force : d'un côté, il utilise cette catégorie pour justifier son contrôle sur les actions informelles de l'administration, et cela, dans les limites du recours en annulation ; de l'autre, et par là-même, il ferme la voie du recours indemnitaire, en masquant derrière la notion de « grief » la réalité d'un contentieux qui, en tout état de cause, est celui des « droits lésés », qui devraient donner lieu à réparation. Telle est, à notre sens, la signification profonde de la jurisprudence actuelle du Conseil d'État en matière de droit souple.

L'usage jurisprudentiel des catégories juridiques, et en particulier de la catégorie d'acte administratif unilatéral, fait ainsi apparaître une dialectique. D'un côté, l'instrumentalisation des catégories juridiques permet au juge de faciliter la qualification juridique et d'élargir, par là-même, le champ des règles applicables à l'acte en cause. De l'autre, ce mouvement, porté trop loin, conduit à forcer la qualification, ce qui génère, en retour, une fragilisation du régime juridique et contentieux que le juge administratif ne peut ignorer. De deux choses l'une alors : pour les dépasser, il convient soit de modifier les traits distinctifs de la notion ; soit de modifier le régime juridique et contentieux de l'acte en cause.

¹⁴⁰ Sur la question des notions fonctionnelles, v. not. G. TUSSEAU, « Critique d'une méta-notion fonctionnelle : la notion (trop) fonctionnelle de notion fonctionnelle ». *Revue française de droit administratif*, 2009, pp. 641-656.

¹⁴¹ E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998. 6, pp. 6 et s.

¹⁴² CE, ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, Rec. p. 76, concl. S. VON COESTER ; CE, ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, Rec. p. 88, concl. V. DAUMAS. Dans la ligne jurisprudentielle tracée par ces décisions, v. également les importantes décisions *Mme Le Pen* (CE, 19 juill. 2019, *Mme Le Pen*, Rec. p. 326) et *GISTI* (CE, sect., 12 juin 2020, n° 418142, *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)*).

¹⁴³ É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.*, pp. 6 et s.

Dans la première branche de l'alternative, le choix du juge administratif de modifier les traits distinctifs de la notion d'acte administratif unilatéral peut se comprendre comme la contrepartie de sa volonté de maximiser le champ des mesures administratives soumises à son contrôle. Sans doute la conception contentieuse de l'acte administratif unilatéral permet-elle aujourd'hui au juge administratif de qualifier comme tels aussi bien les actes de droit souple que les décisions conditionnelles, les clauses réglementaires du contrat administratif, les contrats de recrutement d'agents public, etc. Dans chacun de ces cas, le Conseil d'État a bien procédé à une modification des traits distinctifs de la notion d'acte administratif unilatéral de sorte à parvenir à la qualification voulue. Mais cette démarche présente aussi le risque évident de lui faire perdre en cohérence. Les instruments juridiques précédemment évoqués possèdent en effet des caractéristiques si dissemblables que toute proposition comprenant la catégorie générale d'acte administratif unilatéral s'y référant ne peut indéfiniment absorber.

Dans la seconde branche de l'alternative, le juge administratif peut choisir de modifier le régime juridique de l'acte en question et, par là-même, son propre office juridictionnel. C'est ce qui arrive, en particulier, lorsque le Conseil d'État décide du basculement d'un certain nombre de contentieux depuis le recours pour excès de pouvoir vers le plein contentieux objectif. De manière générale, le Conseil d'État a ainsi estimé préférable de faire désormais relever du plein contentieux objectif les recours contre « les sanctions prises par l'administration contre les administrés »¹⁴⁴. Cette formule n'englobe toutefois pas l'ensemble des sanctions administratives : *grosso modo*, elle correspond aux sanctions administratives non disciplinaires (sanctions fiscales, professionnelles, administratives *lato sensu...*). Les sanctions disciplinaires, quant à elles, continuent de relever du contentieux de l'excès de pouvoir, qu'elles soient prises contre les agents publics ou à l'égard des usagers des services publics (comme c'est le cas, par exemple, des détenus). En matière disciplinaire, le Conseil d'État n'a ainsi pas estimé souhaitable de provoquer un tel basculement vers le plein contentieux objectif, dans la mesure où son office de juge de pleine juridiction l'amènerait nécessairement à se substituer à l'autorité disciplinaire dans l'appréciation de la sanction disproportionnée¹⁴⁵. Le motif est clair : c'est bien ici l'office juridictionnel, à savoir la nature des pouvoirs dont dispose le juge administratif, qui commande la nature du recours, et non la catégorie d'acte administratif unilatéral, prise en elle-même.

Voilà qu'apparaît alors un paradoxe : la binarité des classifications, et notamment la dichotomie de l'acte administratif unilatéral et du contrat, a été voulue à l'origine par le juge administratif, puis entretenue par lui, pour une raison tenant principalement à la structure fondamentale des recours contentieux et, à plus forte raison, à la distinction entre le recours pour excès de pouvoir et le plein contentieux subjectif. Le contentieux des actes se trouvait ainsi dissocié du contentieux des droits. Restait donc, pour le Conseil d'État, à déterminer à quoi tenait véritablement cette distinction contentieuse. À cette question, le droit administratif donnait une réponse en apparence catégorique : lorsque l'objet de la contestation est un acte administratif unilatéral, le recours sera porté devant le juge de l'excès de pouvoir ; lorsqu'en revanche, le requérant agit pour la protection de ses droits subjectifs, c'est-à-dire, le plus souvent, en demandant l'indemnisation du préjudice ou l'annulation ou la réformation d'un contrat, le contentieux relèvera de la pleine juridiction. Cette réponse, pourtant, n'avait de netteté que les apparences : car elle supposait de définir ce qu'il fallait entendre par « acte administratif unilatéral » et par « contrat » ; et cela, ni le législateur, ni la

¹⁴⁴ CE, ass., 16 février 2009, *Société ATOM*, Rec. p. 25.

¹⁴⁵ CE ass., 13 novembre 2013, *Daban*, Rec. p. 279.

jurisprudence ne l'ont jamais fait¹⁴⁶. Le législateur, parce qu'il ne s'est jamais occupé de donner des définitions pour accompagner l'application des règles de droit et leur préfère, tout au plus, la proclamation de principes. La jurisprudence, parce qu'elle statue sur des cas d'espèce et que, bien que des solutions de principe s'imposent parfois, il n'est pas dans les réflexes du juge de se lier par avance par des positions qui l'engageraient outre mesure. La doctrine, en revanche, n'a pas été en carence. Les auteurs se sont amplement préoccupés de définir une notion à laquelle le juge administratif attachait une importance fondamentale pour maîtriser sa propre compétence ; mais si les auteurs ont sérieusement cherché à définir chacune des catégories de l'acte administratif, comme chacun d'entre eux a proposé sa propre définition, la confusion n'a sans doute guère été moindre.

L'écart entre la stabilité des catégories contentieuses et la mutabilité des catégories doctrinales s'explique et se comprend ainsi par la vocation que chacun – juge et doctrine – leur assigne. Parce que la classification bipartite des actes juridiques forme traditionnellement la matrice à partir de laquelle le juge administratif détermine son office juridictionnel et, par là-même, la ligne de partage qui le sépare de l'administrateur, la résistance des catégories juridiques sert chez lui des finalités pratiques. Mais lorsque le contentieux se subjectivise, que le juge de l'annulation amende son office de nouveaux objectifs de sécurité juridique et d'effet utile de son intervention – *i.e.* vider le litige, que divers facteurs externes prescrivent le basculement de certains actes administratifs unilatéraux vers le plein contentieux objectif, la frontière entre le recours pour excès de pouvoir et le plein contentieux s'en trouve brouillée et, avec elle, celle des catégories qui structurent le contentieux. Il est certain que les catégories binaires du droit administratif ne se justifient plus actuellement par les raisons les avaient inspirées. Et il est probable que si le Conseil d'État décidait d'unifier définitivement le contentieux des droits et celui des actes entre les mains du juge du plein contentieux, c'est-à-dire d'un juge qui remplit pleinement les devoirs de sa fonction, la portée de la distinction entre l'acte administratif unilatéral et le contrat s'en trouverait amoindrie, l'appréciation des droits lésés pouvant suffire à apporter au juge administratif, dans l'appréciation « dynamique »¹⁴⁷ de la légalité de l'acte, toute la compréhension désirable – et à la doctrine, tout le loisir de remplir la tâche qui est la sienne de répondre, par des constructions conceptuelles, aux nouveaux désordres du droit positif.

¹⁴⁶ À l'exception peut-être des contrats ayant pour objet la réalisation de travaux publics : v. la loi du 28 pluviôse an VIII.

¹⁴⁷ C. MALVERTI, C. BEAUFILS, « Dynamique ou dynamite ? L'appréciation de la légalité à la date à laquelle le juge statue », *AJDA* 2020. 722.