

L'incompétence négative des autorités administratives : retour sur une notion ambivalente

Arnaud Le Pillouer

Autant le dire tout net : l'expression d'« incompétence négative » n'est pas très heureuse. La raison en est simple : l'adjectif n'apporte pas de précision au substantif, il le contredit. Lorsque l'on dit de l'acte d'une autorité qu'il est entaché d'incompétence (tout court), cela signifie que l'autorité n'avait pas la compétence pour prendre cet acte - qu'elle était, littéralement, incompétente pour le prendre. Mais si l'on dit d'une autorité qu'elle s'est rendue coupable d'une incompétence négative, on entend signifier au contraire qu'elle est restée « en deçà des limites » de sa compétence (1) en prenant la décision en cause. Aussi devient-il difficile en ce cas d'affirmer que l'autorité était incompétente, puisque ce qui lui est reproché est précisément de n'avoir pas exercé pleinement sa compétence. La conclusion qui s'impose met en évidence le caractère paradoxal de l'expression considérée : une incompétence, si elle est négative, n'est plus, à proprement parler, une incompétence. Ce paradoxe apparent n'est sans doute pas sans lien, on le verra, avec les hésitations doctrinales, et même jurisprudentielles, que cette notion suscite en droit administratif. Et sans doute faudrait-il, pour plus de rigueur, parler de deux vices symétriques affectant la compétence de l'auteur de l'acte : le fait d'excéder sa compétence, d'une part, et le fait de méconnaître sa compétence, d'autre part (2).

Il demeure que, malgré ses défauts, il s'agit d'une expression « consacrée ». Ainsi, la doctrine constitutionnelle en a incontestablement fait l'une des notions-clés du contentieux constitutionnel - si bien qu'elle est une entrée très fréquente des index de manuels de droit constitutionnel. Il faut dire que « l'incompétence négative est un des chefs d'inconstitutionnalité de la loi le plus souvent sanctionné par le Conseil constitutionnel » (3). Ce dernier, depuis la décision de 1967 par laquelle il a inauguré cette jurisprudence (4), veille de plus en plus à ce que le législateur exerce « la plénitude de ses compétences » et n'abandonne pas à d'autres autorités, notamment au pouvoir réglementaire (5), « la fixation de certaines règles » (6) : sont ainsi déclarées contraires à la Constitution les lois qui réglementent une matière de façon insuffisamment précise, si bien qu'une autre autorité (7) sera nécessairement amenée à se substituer au législateur pour cette réglementation (8). Le Conseil constitutionnel utilise d'ailleurs lui-même l'expression d'« incompétence négative » pour nommer ce chef d'inconstitutionnalité (9) - et il reste à ce jour la seule juridiction à le faire (10).

Cette notion n'est en effet pas propre au contentieux constitutionnel : elle a été empruntée au contentieux administratif - et, comme souvent en cette matière, on la doit au *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* d'Édouard Laferrière. Celui-ci, au terme de son exposé des

différentes formes d'incompétence, conclut en énonçant la première définition de l'incompétence négative : il s'agit du cas « où une autorité, au lieu de franchir les limites de sa compétence, reste en deçà, et refuse de faire un acte de son ressort en déclarant qu'elle n'a pas qualité pour l'accomplir » (11). Selon lui, quoiqu'il s'agisse d'une hypothèse « inverse de toutes les précédentes », cette espèce d'illégalité « doit être également réprimée, car s'il n'est pas permis à une autorité d'étendre le cercle de ses pouvoirs, il ne lui est pas non plus permis de le restreindre ; dans un cas, comme dans l'autre, il y a infraction aux lois d'attributions » (12).

L'idée, qui connaîtra une certaine postérité, est donc simple : une autorité administrative ne saurait disposer de sa compétence, et elle doit être sanctionnée aussi bien lorsqu'elle excède que lorsqu'elle méconnaît celle-ci. Dans les deux cas, il y a bien illégalité quant à la compétence, si bien que, comme l'exprimera Alibert, l'incompétence négative « est absolument semblable à l'incompétence positive, et se trouve réglée, mutatis *mutandis*, par les mêmes principes et les mêmes règles » (13).

Il faut observer que cette assimilation de l'incompétence négative à l'incompétence « positive » (si tant est que cette expression ait un sens) n'a pas été affectée par la diversification de la notion. Alors que Laferrère et Alibert évoquaient seulement, pour illustrer ce type d'illégalité, l'hypothèse où une autorité « refuse de faire un acte de son ressort » (14) ou « refuse de prendre une décision en alléguant à tort son incompétence » (15), les cas où le juge estime qu'une autorité administrative a « méconnu sa compétence » tendent à se multiplier - si bien que l'incompétence négative devient une notion particulièrement hétéroclite (16), mais qui est toujours rattachée à l'incompétence.

Cette théorie canonique de l'incompétence négative sera néanmoins remise en cause, à partir des années 50 - et surtout des travaux de Jean-Marie Auby (17), notamment de sa note sous l'arrêt *Quéralt* (18). Sa thèse principale consiste à souligner que cette notion ne saurait être rattachée à l'incompétence au sens strict : avec Roland Drago, il propose de réserver cette qualification d'« incompétence » aux cas où « celui dont émane l'acte litigieux n'était pas celui désigné par (la) règle (de compétence) pour exercer cette compétence » (19). Or tel n'est pas le cas, argumentent-ils, en ce qui concerne les hypothèses dites d'incompétence négative, puisque l'auteur de l'acte est bien compétent pour le prendre (20). Si la décision de l'autorité administrative est considérée comme illégale, explique Jean-Marie Auby (dans sa note sous l'arrêt *Quéralt*), « c'est qu'elle invoque comme motif de rejet l'absence de pouvoir de son auteur ; il y a donc en réalité illégalité quant au motif et non incompétence » (21). Sans donc remettre en cause l'existence de cette sorte d'irrégularités, il propose de la requalifier en erreur sur les motifs - en l'occurrence en « erreur de droit » : l'auteur est sanctionné parce qu'il a mal fondé, en droit, sa décision.

Lorsqu'une autorité reste en deçà de sa compétence, la question de la qualification de cette irrégularité donne donc lieu à deux thèses doctrinales contradictoires (même si l'expression d'« incompétence négative » demeure utilisée) : selon la première, la plus classique, l'autorité commet alors une sorte d'incompétence ; selon la seconde, plus récente, elle commet une erreur de droit. Or, entre ces deux thèses, il faut reconnaître que la jurisprudence ne permet pas de trancher de façon très nette, puisque le juge semble opter tantôt pour l'une, tantôt pour l'autre (22). Aussi, la doctrine paraît-elle pour le moins hésitante. Certains auteurs s'en tiennent à une présentation classique de l'incompétence négative - même si en général une place assez marginale est accordée à cette notion. D'autres au contraire adoptent sans réticence la thèse défendue par Jean-Marie Auby, en présentant la notion parmi les cas d'« erreurs de droit » (23). Quelques-uns enfin font tout simplement état des hésitations doctrinales et jurisprudentielles au sujet de cette notion - sans opter clairement pour l'une ou l'autre des positions (24). Au regard des enjeux à la fois pratiques et théoriques de la question (25), cette situation est, à n'en pas douter, fâcheuse.

Il serait pourtant vain, pour sortir de cette difficulté, d'examiner la notion d'« incompétence négative » en elle-même, et d'espérer tirer de cette analyse des conclusions sur la qualification juridique qu'elle mériterait. Les arguments de l'une et l'autre thèse (qui toutes deux procèdent ainsi) ont été suffisamment discutés (et finissent du reste par sembler également convaincants) - si bien que l'on peut douter qu'une nouvelle prise de position, sur les mêmes fondements, soit encore utile. C'est pourquoi appréhender le problème sous une autre perspective peut se révéler fructueux : au lieu de prendre part

à la controverse, on peut s'efforcer de s'interroger sur la controverse elle-même.

Celle-ci n'est-elle pas en effet le symptôme d'une difficulté propre au travail doctrinal en général - celle de la mise en cohérence d'un droit qui en manque (parfois ?) singulièrement ? De Laferrière aux auteurs contemporains, tous ont tenté de proposer une lecture de l'incompétence négative qui rende compte d'un certain état du droit (en l'occurrence, la sanction par le juge administratif d'un certain nombre de comportements de la part d'agents administratifs) de la façon la plus cohérente possible (en sorte qu'elle puisse être rapprochée d'autres types d'irrégularités sanctionnées par le juge). La controverse et les hésitations doctrinales manifestent donc sans aucun doute la persistance d'une difficulté singulière sur ce sujet en particulier.

Pour surmonter celle-ci, il convient donc de partir du traitement contentieux de l'incompétence négative par le juge administratif - c'est-à-dire de ce que le juge fait -, pour ensuite seulement analyser la façon dont la doctrine rend compte de cette notion - et donc indiquer ce que la doctrine peut en dire.

Ce que le juge fait, ou le traitement contentieux de la notion d'incompétence négative

Celui qui cherche à analyser le traitement contentieux que le juge réserve à l'incompétence négative se heurte immédiatement à une difficulté terminologique : comme il a été indiqué plus haut, le juge administratif, au contraire du Conseil constitutionnel, n'utilise pas cette expression. Comment, dès lors, identifier les cas où le juge sanctionne l'administration pour « incompétence négative » ? Selon la doctrine, lorsque cela est le cas, le juge fait valoir que l'administration « a méconnu sa compétence » ou, plus souvent encore, « a méconnu l'étendue de sa compétence » (26). De fait, dans les arrêts du Conseil d'État qui sont le plus communément cités comme exemples d'incompétence négative, ce sont bien ces formules qui sont utilisées (27).

Mais si l'on se reporte à toutes décisions dans lesquelles le juge administratif en fait effectivement usage (28), on ne peut manquer d'être surpris. Il faut alors constater que non seulement le juge utilise ces expressions pour désigner des irrégularités très hétérogènes, mais qu'en outre, il réserve à ces hypothèses un traitement contentieux fort variable. Autrement dit, l'analyse du traitement contentieux de l'incompétence négative fait apparaître certaines hésitations jurisprudentielles, qui sont relatives aussi bien à la notion même qu'à son régime contentieux.

Les hésitations relatives à la notion

Procéder à une analyse systématique de l'usage par le juge administratif de la formule selon laquelle l'autorité a « méconnu (l'étendue de) sa compétence » est instructif à deux égards. D'un côté, il apparaît que ces hypothèses ne correspondent pas toujours à des cas d'incompétences négatives commises par des autorités administratives - de sorte que la formule utilisée par le juge ne correspond pas à la notion doctrinale d'« incompétence négative ». Cependant, lorsque cela est le cas, les hypothèses s'avèrent d'une variété telle que l'on en vient à douter de la consistance de cette notion.

L'inadéquation des formules

On doit tout d'abord constater que le juge applique la formule « a méconnu (l'étendue de) sa compétence » non pas seulement à des autorités administratives mais aussi à des autorités juridictionnelles. Ainsi, le Conseil d'État, saisi en cassation d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris, a estimé que celle-ci avait « méconnu l'étendue de sa compétence » en refusant de statuer sur la question de savoir si un arrêté du ministre de l'Intérieur était constitutif ou non d'une voie de fait, au motif que cette question relevait du juge judiciaire. Selon le Conseil d'État en effet, il appartenait à la cour administrative d'appel, « après avoir constaté l'existence de ladite décision, de décider si elle constituait une voie de fait, dans l'affirmative, de reconnaître l'existence de celle-ci et de déclarer nulle et non avenue ladite décision et, dans la négative, de statuer sur sa légalité » (29). De même, le Conseil d'État annule un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux, qui n'a pas procédé, comme elle l'aurait dû, à une substitution de base légale qui aurait rendu leur légalité aux décisions d'une commune - ce qui l'a conduite à annuler, à tort, les jugements du Tribunal administratif de Montpellier qui lui étaient soumis (30). S'il est inutile de multiplier les exemples (31), il peut être intéressant de s'arrêter sur une hypothèse particulièrement éclairante - celle de l'application par le juge

du fond de l'article L. 281 du livre des procédures fiscales, selon lequel les contestations portant sur la régularité en la forme des poursuites exercées par le comptable public pour le paiement des impôts doivent être portées devant le juge judiciaire de l'exécution, tandis que les contestations portant sur l'existence de l'obligation de payer relèvent du juge de l'impôt.

Le Conseil d'État estime ainsi qu'une contestation relative à l'absence de mise en demeure (parce qu'elle doit précéder l'engagement des poursuites) se rattache à la régularité en la forme des actes de poursuite émis par le comptable public et non à l'exigibilité de l'impôt - et que, dès lors, la cour administrative d'appel de Nancy n'a pas « méconnu l'étendue de sa compétence juridictionnelle en décidant qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître d'une telle contestation » (32). Dans cet arrêt apparaît bien la symétrie qui existe entre incompétence « négative » et incompétence « positive » : la société requérante soutenait que la Cour avait commis une incompétence « négative » en ne statuant pas sur la régularité de l'absence de mise en demeure (moyen qui n'est pas accueilli par le Conseil d'État) ; et il est évident que si la Cour avait statué, elle aurait commis une incompétence (« positive »), puisqu'elle aurait empiété sur les compétences du juge judiciaire.

Et pourtant, dans une affaire très proche, puisqu'également relative à l'application de l'article L. 281 du Livre des procédures fiscales, le Conseil d'État sanctionne un tel empiètement (*i.e.* une incompétence « positive ») en usant de l'expression que l'on pensait réservée aux cas d'incompétence « négative ». Selon le juge, « en soutenant que le comptable public devait lui adresser une lettre de rappel avant d'émettre à son encontre (un) avis à tiers détenteur », la requérante « contestait la régularité en la forme de l'acte de poursuites » - de sorte qu'il n'appartenait pas « à la juridiction administrative de connaître d'une telle contestation ». Or le Conseil d'État affirme qu'« en se fondant sur l'absence de lettre de rappel pour accorder à la requérante la décharge de l'obligation de payer, la cour administrative d'appel a méconnu l'étendue de sa compétence juridictionnelle » (33). De la même manière, le juge estime qu'en écartant un moyen en vertu duquel le requérant se prévalait de la prescription de l'action en recouvrement, la cour administrative d'appel « s'est prononcée sur une contestation relative à la régularité en la forme d'un acte de poursuite, qui ressortit à la compétence du juge de l'exécution » et « qu'elle a, ce faisant, méconnu l'étendue de sa compétence » (34).

On observe donc que le juge sanctionne dans ces hypothèses (35) le fait que la Cour a excédé sa compétence, en usant des mêmes formules qui lui servent à censurer des cas d'incompétence négative. Et sans doute peut-on s'étonner, voire s'inquiéter de cette similitude, qui ne participe certainement pas à la clarté ni à la cohérence du discours juridictionnel : il semblerait plus logique en effet qu'une formule jurisprudentielle soit réservée aux cas où une autorité (juridictionnelle ou administrative) reste en deçà de ses compétences, et une autre aux cas où elle les excède.

Il y aurait toutefois quelque chose de rassurant à constater que seule une autorité juridictionnelle puisse voir son incompétence « positive » être signalée comme une « méconnaissance de l'étendue de sa compétence » : la cohérence n'en serait que partiellement remise en cause. Ce n'est malheureusement pas le cas : on trouve en effet quelques arrêts dans lesquels une autorité non juridictionnelle (administrative) se voit sanctionnée pour avoir « méconnu l'étendue de sa compétence », alors même qu'elle n'est pas restée en deçà, mais a bien outrepassé sa compétence.

Dans une affaire de remembrement rural, le Conseil d'État a ainsi été amené à annuler la décision de la commission nationale d'aménagement foncier (36), qui avait pris une décision d'attribution de parcelle afin de tirer les conséquences d'un jugement du Tribunal administratif d'Orléans annulant la délibération d'un conseil municipal. Selon le juge en effet, « la commission nationale d'aménagement foncier a méconnu l'étendue de sa compétence limitée à l'adoption des mesures nécessaires à l'exécution des annulations contentieuses de la décision de la commission départementale » (37). Il est parfaitement clair que la commission nationale a ici excédé ses compétences (38), et n'est pas restée en deçà - et pourtant le Conseil d'État juge qu'elle a « méconnu l'étendue de sa compétence ». Cependant, un tel usage de la formule est, en ce qui concerne les autorités administratives, assez rare, de sorte que l'on peut le considérer comme une simple maladresse. Si on laisse en effet de côté quelques cas peu significatifs - puisque, le moyen n'étant pas accueilli, on peut considérer que le juge n'utilise l'expression en ce sens que pour répondre à l'argumentation des requérants (39) -, l'arrêt précité reste en effet

assez isolé. On doit ajouter que, si le juge précise dans ce même arrêt, que la commission nationale d'aménagement foncier « n'est pas une juridiction », le fait qu'il soit amené à le rappeler laisse supposer que sa nature était précisément douteuse : il n'est donc pas si surprenant qu'il ait utilisé la formule de la « méconnaissance de l'étendue d'une compétence » dans son usage « juridictionnel » - c'est-à-dire comme désignant également un excès de compétence...

Toutefois, cette dernière remarque conduit à renouveler les critiques formulées plus haut sur le manque de clarté et de cohérence qu'induit l'utilisation de formules analogues pour stigmatiser des irrégularités symétriquement opposées : on le voit, le critère du caractère juridictionnel ou non des autorités en cause n'est pas toujours aussi fiable qu'on l'aurait souhaité.

Néanmoins, lorsque le juge sanctionne la « méconnaissance de (l'étendue de) sa compétence » par une autorité administrative, il s'agit (presque) toujours de ce que la doctrine appelle en effet une « incompétence négative » : il lui est reproché d'être restée en deçà de sa compétence (40). Mais si l'on analyse ces hypothèses, on ne peut manquer d'être surpris par la très grande variété des irrégularités ainsi censurées.

L'hétérogénéité des irrégularités

Le juge administratif estime qu'une autorité administrative est restée en deçà de sa compétence dans des hypothèses très diverses.

La forme d'incompétence négative la plus classique - celle qui avait été théorisée par Laferrière - consiste en ce que l'autorité concernée refuse de statuer, en alléguant, à tort, son incompétence. Ainsi, dans l'arrêt *Lezeret de la Maurinerie* de 1874, le Conseil d'État sanctionne le garde des Sceaux pour avoir décliné toute autorité hiérarchique sur le grand Chancelier de la Légion d'honneur - dont le requérant contestait la décision (41). Ce type d'incompétence négative continue d'être aujourd'hui sanctionnée : par exemple, dans l'arrêt *Société Home Vidéo Channel* de 1996, le Conseil d'État annule une décision du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel parce qu'il avait refusé de statuer sur une demande dont il était saisi. Le juge estime que ledit Conseil « a méconnu sa compétence en s'abstenant ainsi de prendre une décision sur la demande dont il était régulièrement saisi » (42).

Mais le juge administratif sanctionne également, dans les mêmes termes, le fait pour une autorité administrative de se montrer insuffisamment précise dans sa décision - si bien qu'une trop grande marge d'appréciation est laissée à son application. Cette variété d'incompétence négative est évidemment tout à fait similaire à celle dont le législateur peut, selon le Conseil constitutionnel, se rendre coupable. Ainsi le Conseil d'État annule la délibération d'un conseil municipal accordant la garantie de la commune pour plusieurs emprunts d'une société d'économie mixte, pour la seule raison que cette délibération était restée trop vague. Le juge estime en effet que le conseil municipal « n'a pas défini l'objet des emprunts en cause ni suffisamment précisé leur montant et a, par suite, méconnu l'étendue de sa compétence » (43).

Le juge censure également la décision d'une autorité administrative qui se serait estimée, à tort, liée par l'avis d'un organe seulement consultatif. Est ainsi annulée au titre de l'incompétence négative la décision du garde des Sceaux par laquelle il sanctionne un magistrat du parquet (il s'agissait en l'espèce d'une mise à la retraite d'office), lorsque le ministre « a fait savoir publiquement qu'il se conformerait à l'avis (du Conseil Supérieur de la Magistrature), quel qu'il fût » et qu'il « ressort des termes mêmes de la décision attaquée (qu'il) s'est entièrement approprié les motifs et la portée de l'avis du Conseil supérieur » (44).

De façon tout à fait semblable, le juge administratif estime irrégulière une décision administrative que l'agent a prise en s'estimant lié par une décision d'une autre autorité administrative - et n'ayant pas le même objet. Ainsi en va-t-il par exemple du préfet qui refuse un titre de séjour en se fondant exclusivement sur le rejet de la demande d'asile par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides - rejet confirmé ensuite par la commission de recours des réfugiés (45). De même est sanctionné le comité économique des produits de santé qui prend une sanction financière en refusant de statuer sur l'existence matérielle de certains faits ou sur la qualification de ces faits parce qu'il s'estime

lié par une décision de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé⁴⁶. Bref, lorsqu'une autorité estime avoir compétence liée, alors qu'elle dispose en fait d'un pouvoir discrétionnaire pour prendre sa décision, le juge estime qu'elle « méconnaît (l'étendue de) sa compétence » : ainsi du préfet qui refuse de régulariser la situation d'un étranger, au seul prétexte que la demande de renouvellement de titre de séjour temporaire étant hors délai, l'étranger s'est placé en situation irrégulière. D'après le Conseil d'État, le préfet aurait dû statuer et décider de régulariser ou non la situation de l'intéressé et ne pas simplement considérer que la demande de renouvellement était hors délai : en d'autres termes, « en excluant ainsi la possibilité qui lui appartenait de régulariser la situation (du requérant), il a méconnu l'étendue de sa compétence » (47). De manière plus générale, une autorité qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour prendre une décision, mais qui fait de ce pouvoir un usage insuffisant - par exemple en ne procédant pas à un examen individuel du dossier de l'administré - peut être accusée de « méconnaître l'étendue de sa compétence » (48).

On mesure dès lors combien le spectre couvert par cette notion d'incompétence négative est grand. Les autorités qui sont sanctionnées à ce titre semblent commettre des irrégularités de nature et d'intensité très variables : entre une autorité qui refuse de statuer et une autre qui prend une décision sans prendre suffisamment la mesure de la situation qu'elle est appelée à régler, il semble qu'il y ait peu de choses en commun - si ce n'est, précisément, cette idée un peu vague (parce que définie négativement sans doute) qu'elles n'auraient pas exercé « pleinement » leur compétence.

Sans doute cette grande variété d'hypothèses contribue-t-elle aux hésitations jurisprudentielles relatives au régime contentieux de l'incompétence négative.

Les hésitations relatives au régime contentieux

Lorsque le juge administratif utilise la formule selon laquelle l'autorité en cause aurait « méconnu (l'étendue de) sa compétence », il ne spécifie pas toujours (et même pas souvent) la nature de ce moyen : il se contente de l'accueillir ou de le rejeter. Mais lorsqu'il le fait (et même si l'on s'en tient aux hypothèses où le juge entend désigner par là une véritable incompétence négative (49)), on ne peut manquer d'être surpris par les hésitations qu'il manifeste relativement à la qualification à donner à ce moyen et, par voie de conséquence, au régime contentieux qui lui est applicable. Or les enjeux d'une telle qualification sont évidemment cruciaux.

La nature des hésitations jurisprudentielles

La lecture de la jurisprudence relative à l'incompétence négative est troublante. Lorsqu'en effet le juge prend la peine de qualifier juridiquement ce moyen, on constate qu'il le classe explicitement tantôt parmi les moyens de légalité interne (50), tantôt parmi les moyens de légalité externe (51). Il est dès lors tentant de voir dans ces hésitations jurisprudentielles le simple écho des querelles doctrinales relatives à la nature de ce moyen d'annulation.

Certains arrêts sont particulièrement éloquents : le juge estime que l'autorité qui « méconnaît (l'étendue de) sa compétence » commet une erreur de droit - ce qui évoque évidemment la thèse défendue par Jean-Marie Auby (52). Le Conseil d'État juge ainsi que le garde des Sceaux qui prend une sanction contre un magistrat en s'estimant lié par l'avis du Conseil supérieur de la magistrature « a ainsi méconnu l'étendue de sa compétence et entaché sa décision d'une erreur de droit » (53). De même, le préfet qui a refusé un titre de séjour en se fondant exclusivement sur l'avis d'un médecin inspecteur de santé publique selon lequel l'état de santé de l'étranger ne justifierait plus son maintien sur le territoire français, a ainsi « méconnu l'étendue de sa propre compétence » et, « par suite, sa décision (...) est entachée d'une erreur de droit » (54). Associer ainsi l'incompétence négative à l'erreur de droit dans une même formule est de plus en plus fréquent chez le juge administratif, qui semble ainsi faire droit à l'argumentation de Jean-Marie Auby : il ne s'agit pas véritablement d'une forme d'incompétence, mais plutôt d'une erreur sur les motifs.

Cependant, on trouve d'autres arrêts dans lesquels l'incompétence négative est explicitement rangée parmi les moyens de légalité externe - et où la thèse classique de Laferrière qui paraît donc adoptée par

le juge : car s'il s'agit d'une illégalité externe, ce ne peut être qu'une forme d'incompétence. Mais si tel est le cas, il s'agit alors aussi d'un moyen d'ordre public. Le Conseil d'État l'a confirmé récemment (dans un arrêt du 16 décembre 2008 (55)) en jugeant que le moyen tiré de ce que le garde des Sceaux - en prenant un arrêté portant réintégration d'un fonctionnaire dans son corps d'origine en se fondant exclusivement sur l'avis de la commission administrative paritaire - aurait méconnu sa compétence « est (...) d'ordre public ».

Il s'agit du reste là d'une solution traditionnelle (56), qui était déjà clairement celle de l'arrêt *Quéralt*, en 1950. Jean Delvolvé, commissaire du gouvernement, relevait dans ses conclusions sur cet arrêt le caractère d'ordre public du moyen fondé sur l'incompétence négative de l'autorité en cause : « pour rejeter le recours hiérarchique, le ministre ne s'est pas (...) fondé sur la légalité de la décision qui lui était déférée. Il s'est contenté de répondre qu'il ne pouvait pas revenir sur la décision prise par l'inspecteur (du travail) parce que les tribunaux étaient les seuls compétents pour connaître de son bien-fondé. Il a estimé qu'il n'avait pas à exercer le contrôle hiérarchique et a ainsi dénié sa compétence » ; or, concluait le commissaire - qui sera suivi par le Conseil d'État -, « les questions de compétence sont d'ordre public », ce qui autorisait le juge à « examiner celle-ci d'office » (57).

Aussi la question de la qualification de ce moyen, loin d'être un débat de pure érudition, se révèle porteuse d'enjeux tout à fait considérables.

Les enjeux des hésitations jurisprudentielles

Ces enjeux sont multiples. Ils concernent avant tout, bien sûr, les parties au procès administratif. Rattacher l'incompétence négative à l'incompétence, qui est une illégalité externe, ou à l'erreur de droit, considérée comme une illégalité interne, n'est pas sans conséquence, en effet, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, puisque l'une et l'autre relèvent de causes juridiques distinctes (58). Or il n'est pas possible d'invoquer une illégalité interne à l'expiration du délai de recours contentieux, si seuls des moyens de légalité externe l'ont été avant son terme - *vice versa*. La question de savoir si l'incompétence négative relève de l'une ou de l'autre est donc tout à fait cruciale pour les parties.

Cela est d'autant plus important que, si elle se rattache à l'incompétence, elle doit être considérée comme un moyen d'ordre public, ce qui en fait une exception à la règle de l'immutabilité de l'instance. C'est ce qu'illustre parfaitement l'arrêt du 16 décembre 2008 (59) : le moyen tiré de ce que le garde des Sceaux aurait méconnu l'étendue de sa compétence était invoqué pour la première fois en cassation ; le Conseil d'État le déclare pourtant recevable (même s'il finira par le rejeter) précisément parce qu'il le considère comme un moyen d'ordre public. On mesure dès lors quel intérêt les parties peuvent avoir à connaître la position du Conseil d'État : à défaut de savoir à l'avance si ce moyen relève de la simple erreur de droit ou s'il se rattache à l'incompétence et doit être considéré comme d'ordre public, il leur est impossible d'ajuster leur stratégie contentieuse. Il est donc évidemment regrettable, d'un point de vue pratique, que le juge administratif n'adopte pas de position très ferme sur ce point.

Les conséquences de cette opération de qualification ne se limitent d'ailleurs pas à cette seule perspective pratique et concernent également les pouvoirs du juge administratif, puisque celui-ci peut soulever d'office les moyens qu'il juge d'ordre public. Certes, le juge tend actuellement à s'accorder de plus en plus de latitude dans l'exercice de son office. Mais qu'il s'agisse de la modulation des effets dans le temps de ses annulations contentieuses (60), des opérations de substitution de motifs (61), ou même de la création de voies de droit nouvelles (62), le Conseil d'État veille à ne s'octroyer de compétences nouvelles que lorsque celles-ci permettent une meilleure administration de la justice - ou, du moins, peuvent apparaître telles. Or rien de la sorte ne saurait justifier que le juge puisse à son gré décider de la qualification à donner à un moyen - surtout lorsque cette qualification, comme c'est le cas ici, entraîne l'application de régimes contentieux distincts. Il s'agit en effet d'une question de cohérence interne du discours juridictionnel : il n'est pas acceptable qu'un même moyen puisse être considéré comme d'ordre public de manière discontinue et, semble-t-il, arbitraire (63).

Cependant, au-delà des reproches que l'on peut adresser au juge administratif sur ce point, se pose la question du rôle de la doctrine juridique. Que peut-elle dire d'une jurisprudence aussi incertaine ?

Ce que la doctrine peut dire, ou le traitement doctrinal de la notion d'incompétence négative Le problème doctrinal que pose l'incompétence négative est sans doute sérieux, mais il est parfaitement classique. On a pu observer que la notion d'incompétence négative est utilisée par le juge administratif de façon relativement incohérente - de sorte que son régime contentieux reste plutôt incertain. Mais ne s'agit-il pas là, justement, d'un travail typiquement doctrinal ? Selon une tradition éprouvée, la doctrine se donne en effet (entre autres) pour tâche de rendre de la cohérence à ce qui semble (à première vue) en être dépourvu.

Si l'on s'en tient à l'incompétence négative des autorités administratives (64), on se trouve, de fait, confronté à un problème très classique de distorsion entre une notion et son régime juridique. Lorsque le juge admet qu'une autorité administrative a « méconnu (l'étendue de) sa compétence » (ce qui ressemble à une notion), il applique à ce moyen, selon les cas, des régimes contentieux différents (selon qu'il rattache ce moyen soit à une incompétence soit à une erreur de droit). Il n'existe donc, en toute logique, que deux solutions pour rétablir une certaine cohérence à ce système. On peut soit s'efforcer d'unifier le régime de la notion d'incompétence négative, soit accepter de distinguer deux notions pour leur faire correspondre deux régimes spécifiques.

Les thèses consistant à unifier le régime

Il est bien sûr possible de plaider pour une telle unification en deux sens diamétralement opposés. Ces thèses reposent cependant sur des présupposés communs.

Des conclusions opposées

La première possibilité consisterait à plaider pour que l'incompétence négative soit toujours considérée comme une sorte d'incompétence - et donc un moyen d'ordre public - conformément à la théorie classique de Laferrrière. Outre l'ancienneté, cette position peut se prévaloir des arrêts qui reconnaissent explicitement le caractère d'ordre public du moyen tiré de ce qu'une autorité « a méconnu (l'étendue de) sa compétence » (65). Les auteurs qui adoptent ce point de vue font valoir que l'incompétence négative est une forme d'incompétence, parce que le vice qui entache la décision est bien relatif à la compétence de son auteur - même s'il est resté en deçà au lieu d'être allé au-delà. Christian Debouy insiste ainsi sur le fait qu'en ce cas, « l'agent tend à bouleverser l'ordre des compétences, ce qu'il n'est pas habilité à faire. Sa décision doit donc être annulée pour incompétence » (66).

Il faut néanmoins reconnaître que cette première position est surtout celle des auteurs assez anciens (67) et est assez peu défendue aujourd'hui (68). Elle se heurte en effet au constat selon lequel de nombreuses décisions du juge administratif (qui semblent du reste se multiplier) associent l'incompétence négative à l'erreur de droit. Les auteurs qui continuent à défendre cette thèse sont ainsi amenés à critiquer le Conseil d'État pour les « ambiguïtés » (69) dont il émaille alors ses arrêts. L'expression est toutefois d'un euphémisme criant, puisque la qualification de l'irrégularité en cause comme « erreur de droit » entraîne l'application d'un régime juridique spécifique (70).

La qualification de l'incompétence négative en « erreur de droit » par le juge administratif étant de plus en plus fréquente, de nombreux auteurs semblent vouloir généraliser cette solution (71). L'argumentation qui appuie cette seconde thèse consiste essentiellement en une critique de la première - puisqu'elle prétend s'y substituer. Elle consiste à dénoncer l'équivoque de la notion d'incompétence négative : celle-ci, selon cette thèse, ne peut en aucun cas être rattachée au vice d'incompétence strictement entendu, dans la mesure où personne ne prétend que l'auteur de l'acte contesté soit incompétent. Il s'agirait en quelque sorte d'un abus de langage, d'une symétrie trompeuse, car ce qui est en réalité sanctionné, c'est seulement le motif de la décision (soit que l'autorité allègue à tort son incompétence, soit qu'elle justifie sa décision en la fondant à tort sur celle d'une autorité incompétente, par exemple).

Il n'est pas inutile, pour comprendre cette thèse, de revenir sur la note de Jean-Marie Auby sous l'arrêt *Quéralt* (72). En l'espèce, il s'agissait d'une décision du ministre du Travail qui s'était déclaré

incompétent pour connaître d'un recours hiérarchique formé par un administré contre la décision d'un inspecteur du travail. Le Conseil d'État a estimé que cette dernière décision était bien légale ; dès lors, si le ministre l'avait simplement confirmée, explicitement ou implicitement (en gardant le silence), sa décision eût été, par voie de conséquence, légale elle aussi (73). Cependant, le ministre ne s'était pas fondé, pour rejeter le recours hiérarchique, sur la légalité de la décision de l'inspecteur, mais sur sa propre incompetence à connaître d'un tel recours. C'est cette décision d'incompétence que le juge a annulée. Pour Jean-Marie Auby (74), dans cette affaire, la sanction ne vise pas le refus de statuer du ministre en tant que tel : celui-ci aurait pu rester silencieux, car il est constant qu'une autorité saisie d'un recours administratif n'est tenue de statuer que si un texte lui impartit cette obligation - ce qui en l'espèce n'était pas le cas. Ce qui est sanctionné, ce n'est donc pas le fait pour le ministre de ne pas statuer, mais le fait de ne pas statuer en invoquant sa propre incompetence - autrement dit, le motif de ce refus.

Comme le reconnaît un auteur aux vues diamétralement opposées (75), « cette position ne manque pas d'une certaine logique » : elle consiste à affirmer que l'on ne saurait « annuler pour incompetence la décision prise par une autorité compétente ». Cependant, ces arguments ne sont pas définitifs, et l'on peut tout aussi bien continuer de défendre la thèse inverse. D'une part, parce que, comme le fait remarquer Christian Debouy, si l'on peut admettre avec Jean-Marie Auby que, dans les cas d'incompétence négative, « l'illégalité n'est relative qu'au motif illégal sur lequel cette autorité s'était fondée en appliquant faussement la règle de compétence », ce raisonnement pourrait tout aussi bien s'appliquer aux cas d'incompétences positives. En effet, il est parfaitement possible de soutenir que l'autorité qui se reconnaît compétente à tort prend une décision qui est annulée en raison du « motif illégal sur lequel cette autorité s'était fondée pour se reconnaître compétente, en appliquant faussement la règle de compétence » (76). D'autre part, parce que l'on peut contester, avec un argument tout aussi « logique », que l'agent qui se rend coupable d'une incompetence négative n'ait pas commis d'incompétence : en effet, il « n'était pas habilité à bouleverser ainsi l'ordre des compétences, (dont il ne) possédait pas le libre exercice » (77).

En réalité, ces deux thèses aux conclusions contradictoires peuvent être renvoyées dos à dos et apparaissent aussi convaincantes l'une que l'autre. Elles sont d'ailleurs fondées sur des présupposés communs.

Des présupposés communs

Le présupposé principal que ces deux thèses semblent implicitement partager est qu'il serait possible, en décrivant l'irrégularité commise par l'administration, de "découvrir" la véritable nature de celle-ci. Cette conception essentialiste, pour être très répandue, n'est pas moins difficilement acceptable : les catégories juridiques (telles que l'incompétence, ou l'erreur de droit) n'ont pas d'existence propre mais sont des constructions humaines, et l'opération qui consiste à affecter certains comportements jugés irréguliers (les cas dits d'incompétence négative) à l'une ou l'autre de ces catégories, résulte d'un choix, de l'expression d'une volonté - et n'est pas une opération de simple connaissance de la part de celui qui y procède.

Or c'est bien ce qui semble ressortir, avec plus ou moins de netteté, des démonstrations de ceux qui plaident pour que l'incompétence négative soit considérée comme une sorte d'incompétence ou comme une erreur de droit - car toutes procèdent de la même logique : on décrit les irrégularités en cause en s'efforçant de démontrer qu'elles se rapprocheraient davantage (« naturellement ») de l'une ou l'autre de ces catégories bien établies. La formulation même des arguments montre qu'ils se fondent, en filigrane, sur une telle conception essentialiste : Jean-Marie Auby évoque par exemple les « formules défectueuses » du Conseil d'État, lorsque celui-ci rattache l'incompétence négative à l'incompétence (78), ce qui laisse entendre qu'il se trompe - comme s'il s'agissait de savoir (et non de décider) ce à quoi ces irrégularités se rattachent...

Il est néanmoins possible d'interpréter ces différentes prises de position, non comme révélant une conception essentialiste, mais comme manifestant le simple désir de classer les irrégularités de la façon la plus « intuitive » possible - et donc la plus prédictible pour les parties. Il s'agirait alors, non pas de dévoiler la véritable nature de l'incompétence négative, mais de montrer qu'elle relève intuitivement,

pour tout un chacun, davantage de l'erreur de droit que de l'incompétence - ou l'inverse. Cette entreprise, moins lourde ontologiquement, est cependant vouée à l'échec, tant les catégories de l'incompétence et de l'erreur de droit sont vagues et extensibles (79). Pour le dire plus crûment encore, il est sans doute possible d'analyser toute incompétence comme une erreur de droit (80), et toute erreur de droit, comme une incompétence. On relèvera du reste qu'historiquement, le grief d'incompétence a permis au Conseil d'État, au XIX^e siècle et notamment sous le second Empire, de sanctionner des illégalités qui seraient aujourd'hui qualifiées d'erreur sur les motifs - voire de procéder à un contrôle de l'erreur de fait (81).

Les arguments fondés sur la nature des choses ou sur l'intuition sont donc bien peu convaincants. L'une ou l'autre thèse serait donc sans doute mieux servie par le recours à des arguments de type conséquentialiste. Une question qui paraît fondamentale - et qui pourtant est souvent tue - est celle de savoir s'il serait de meilleure politique (jurisprudentielle) de faire du moyen tiré de la méconnaissance de l'étendue de sa compétence par une autorité administrative un moyen d'ordre public - ou non. Seul Christian Debouy prend la peine d'évoquer rapidement cette question - pour conclure qu'il serait bon qu'il le soit. Selon lui, il doit appartenir au juge de veiller au respect de la répartition des compétences, au besoin en soulevant le moyen d'office, car les administrés auraient tendance à accorder une confiance aveugle à l'administration sur ce point (82). Il ne paraît pas douteux que des arguments de même nature puissent être avancés en sens inverse : il ne s'agit donc pas ici de plaider pour l'une ou l'autre thèse, mais de suggérer que le débat gagnerait à être placé sur le plan des conséquences de la qualification à donner à ce type de moyens.

Cependant, si l'on s'en tient à cette dernière optique, il paraît presque curieux de prétendre unifier le régime de l'incompétence négative. Cette prétention ne manifeste-t-elle pas en effet un attachement plus ou moins conscient à l'idée que, la notion d'incompétence négative existant, il serait nécessaire de lui attacher un régime spécifique et unique ? En d'autres termes, ces thèses ne résultent-elles pas fondamentalement (dans leur ambition même) de l'approche essentialiste dénoncée ci-dessus ? Car si l'on rejette cette conception, on est amené à admettre plus facilement que derrière l'incompétence négative puissent se cacher des irrégularités d'une variété telle qu'il serait bien présomptueux de vouloir leur appliquer un seul régime contentieux.

D'où l'idée que, si l'on a pu constater que le juge affectait deux régimes contentieux distincts aux moyens tirés de ce qu'une autorité aurait « méconnu (l'étendue de) sa compétence », il convient peut-être de distinguer deux formes « d'incompétence négative » correspondant chacune à l'un de ces régimes.

La solution consistant à distinguer deux notions

Certains auteurs prennent acte, plus ou moins explicitement, de ce que le juge soumet l'incompétence négative à deux régimes contentieux distincts - et s'efforcent d'en tirer les conséquences. Pour cela, il est nécessaire de déterminer un critère qui permette de distinguer les hypothèses dans lesquelles cette irrégularité peut être considérée comme une erreur de droit, de celles dans lesquelles elle apparaît comme une incompétence - ce qui pourrait donner lieu à deux notions distinctes en lieu et place de la seule « incompétence négative ». Cependant, ce projet peut être le fruit d'approches très différentes les unes des autres, de sorte qu'il convient, avant tout, de s'interroger sur ce que procéder à cette distinction signifie. En effet, la question du choix du critère de distinction le plus pertinent, si l'on tient à la poser, ne peut survenir qu'ensuite.

La signification de la distinction

Accepter de considérer que l'incompétence négative ne donne pas nécessairement lieu à l'application d'un régime contentieux unique présente au moins un avantage sur la position inverse : celle-ci autorise à rendre compte de façon plus fidèle de l'état du droit. Cependant, cette fidélité ne saurait être absolue. Si l'on prétend en effet rendre compte de ce que le juge fait réellement, on se heurte immédiatement à une difficulté sérieuse : le juge ne distingue pas, quant à lui, deux notions (puisque'il use de formules semblables en toute hypothèse). Dès lors, décrire fidèlement sa jurisprudence conduit à distinguer deux

manières, pour l'administration, de se rendre coupable de la même irrégularité (l'incompétence négative) - et non deux sortes d'irrégularités.

Or, si l'on recense les cas dans lesquels le juge qualifie le moyen tiré de ce qu'une autorité administrative a méconnu l'étendue de sa compétence d'erreur de droit, et ceux dans lesquels il semble le rattacher à une incompétence, la distinction apparaît dépourvue de rationalité. On peut en effet relever des hypothèses très similaires - qui donnent lieu à des qualifications différentes (83). Aussi en est-on réduit à prêter au juge de subtils autant qu'invisibles critères de distinction : André Legrand écrit par exemple que, « entre les hypothèses où l'administration interprète mal les dispositions légales qui délimitent sa compétence et celles où elle renonce en fait à exercer celle-ci au profit d'une autre autorité, la ligne de partage semble souvent tenir à des aspects psychologiques dont l'analyse révèle ou non une subordination effective de l'autorité compétente à une autre autorité ou un autre organisme » (84). De même peut-on lire que la même irrégularité, qui est normalement une erreur de droit, pourrait être considérée comme une incompétence en raison de sa gravité - ce qui constitue un critère de distinction aussi aléatoire qu'inapproprié pour ce qui concerne la qualification d'un moyen. Se contenter de rendre compte de la jurisprudence conduit donc à reconnaître un certain arbitraire du juge en la matière, puisqu'il faut bien admettre que ce dernier n'utilise aucun critère de distinction pour déterminer les cas dans lesquels il opte pour l'une ou l'autre des qualifications. Du reste, s'il en utilisait un, pourquoi le tairait-il ?

Dès lors, il convient de poser que toute recherche d'un tel critère est fondamentalement une entreprise prescriptive. Il ne peut s'agir que de suggérer au juge d'utiliser désormais un critère à la fois stable et fiable pour distinguer les cas dans lesquels une autorité qui « méconnaît (l'étendue de) sa compétence » commet une erreur de droit et ceux dans lesquels elle se rend coupable d'incompétence. Plusieurs démarches sont évidemment envisageables. On peut partir de la jurisprudence existante, pour tenter de déterminer ce qui paraît conduire le juge à opter pour l'une ou l'autre des qualifications - bref, on peut s'efforcer de découvrir dans la jurisprudence (concrète) un critère impensé, qui ne serait peut-être pas tout à fait celui effectivement mobilisé, mais qui rendrait compte des aspirations profondes du juge. On peut également, à l'inverse, se fonder sur une analyse (abstraite) de la notion d'incompétence négative, pour s'efforcer de distinguer les hypothèses dans lesquelles on est intuitivement plus proche d'une incompétence que d'une erreur de droit - ou inversement (85). Mais quelle que soit l'approche adoptée, il s'agira d'une entreprise prescriptive - et non seulement descriptive, puisqu'elle ne peut seulement consister à rendre compte de ce que le juge fait.

Comme toute prescription, celle-ci sera fondée sur des préférences, qui peuvent être fort diverses - et le critère choisi dépendra nécessairement de leur nature. Selon que l'on souhaite rendre la qualification par le juge la plus prédictible, la plus cohérente ou la plus efficace possible, on sera évidemment amené à choisir un critère différent. Sans doute est-il possible de se contenter de prendre acte de la relativité de ce choix : on aura alors rendu compte de la controverse doctrinale relative à l'incompétence négative - sans y prendre part d'aucune façon. Il est néanmoins envisageable d'aller plus loin, en s'en tenant pourtant à une posture résolument descriptive - en s'interrogeant, par exemple, sur les conditions auxquelles un tel choix peut être effectué.

Le choix de la distinction

Distinguer les cas où la « méconnaissance de l'étendue de sa compétence » par une autorité administrative devrait être considérée comme une « erreur de droit » de ceux où il serait préférable de la qualifier d'« incompétence » engage, on l'a vu, les préférences de celui qui se prête à cette opération. Comme toute décision cependant, celle-ci est également fondée sur l'appréciation que l'on peut faire d'un certain nombre d'éléments de fait - par exemple relativement aux conséquences que telle ou telle qualification est susceptible d'emporter. En d'autres termes, une telle décision est fondée sur un ensemble de jugements de valeur et de jugements de fait. Dans le cas qui nous occupe, c'est au juge qu'il revient bien sûr de la prendre. Traditionnellement toutefois, la doctrine prend une part active à l'élaboration de ce type de décisions, en présentant des thèses alternatives argumentées, fondées également sur un ensemble de jugements de valeur et de fait (86), qui contribuent à alimenter la réflexion du juge. Ainsi en a-t-il été, du reste, pour l'incompétence négative elle-même, que le juge administratif a qualifiée parfois d'erreur de droit (sans doute) sous l'influence des réflexions de Jean-

Marie Auby dans les années cinquante.

Il n'est pour autant pas nécessaire, pour contribuer au débat, de se prononcer aussi fermement en faveur de l'une ou de l'autre des qualifications juridiques possibles de l'incompétence négative. On peut notamment s'abstenir de tout jugement de valeur, et ne s'adonner qu'à des jugements de fait : l'une des tâches que l'on peut s'assigner consiste par exemple à établir une typologie des hypothèses où le juge administratif sanctionne une autorité administrative parce qu'elle a « méconnu sa compétence ». Il est du reste curieux qu'une telle opération n'ait pas encore été entreprise : le plus souvent, les auteurs se contentent de recenser différentes hypothèses, en collant de très près aux cas d'espèce (87).

Si l'on souhaite construire une véritable classification, il s'agit au contraire à la fois de se montrer aussi exhaustif que possible dans l'inventaire des différentes hypothèses retenues par le juge, et d'établir des critères de distinction entre catégories qui soient tirés du discours juridictionnel lui-même (et non des appréciations que l'on peut porter sur la qualification juridique la plus adéquate (88)). En d'autres termes, puisque le juge administratif reproche aux autorités en cause d'avoir méconnu l'étendue de leur compétence, il convient de s'attacher à distinguer les hypothèses selon le type de « méconnaissance » dont il s'agit - bref, de se demander en quoi l'autorité concernée est, selon le juge, restée en deçà de sa compétence. À cet égard, on peut considérer trois hypothèses principales - qui elles-mêmes sont sans doute susceptibles de subdivisions :

- le juge estime que l'autorité administrative s'est déclarée incompétente à tort, puisqu'elle était compétente pour statuer (89). Elle méconnaît donc sa compétence en ce qu'elle refuse de prendre une décision qui lui appartenait (90). Cette hypothèse est celle qui a servi à l'élaboration, par Laferrière, de la notion même d'incompétence négative.

- le juge estime que l'autorité administrative a pris une décision insuffisamment précise (91). Elle méconnaît donc sa compétence en ce qu'elle prend une décision incomplète (92) (et non, comme précédemment, parce qu'elle refuse d'en prendre une). Cette hypothèse est le parfait symétrique, en droit administratif, de l'incompétence négative que le Conseil constitutionnel sanctionne chez le législateur (93). Pourtant, curieusement, on ne trouve (à notre connaissance) nulle part, dans les ouvrages ou articles de droit administratif, mention de ce type d'irrégularités, au titre de l'incompétence négative (94).

- le juge estime que l'autorité administrative "auteur" de la décision ne l'a pas, dans les faits, véritablement prise. Elle méconnaît donc sa compétence en ce qu'elle n'exerce pas réellement son pouvoir de décision. L'autorité en effet a conformé (ou renvoyé (95)) sa décision à la décision d'une autre autorité, incompétente, au profit de laquelle elle s'est donc, en fait, dessaisie. Cette autorité peut être soit un organisme consultatif, que l'autorité fautive a donc irrégulièrement rendu décisionnaire (96), soit une autorité décisionnaire mais non compétente en l'espèce (97). En tout état de cause, en agissant ainsi, l'autorité fait (à tort) de cette autorité tierce un coauteur de la décision (98).

Ces trois façons, pour une autorité administrative, de méconnaître sa compétence, se distinguent nettement les unes des autres : dans la première hypothèse, une décision n'est pas prise alors qu'elle aurait dû l'être, dans la seconde, une décision est prise, mais elle est incomplète, dans la troisième, une décision complète existe, mais son auteur n'est pas seul à l'avoir prise. Cette typologie n'engage aucune préférence, dans un sens ou dans un autre, quant au régime contentieux qu'il conviendrait de leur appliquer - et elle reste donc une simple description de l'état du droit positif.

On peut bien sûr espérer qu'elle facilitera la tâche de ceux à qui il appartient de déterminer ce régime - mais à défaut, au moins aura-t-elle eu le mérite de donner à voir un tableau, aussi fidèle que possible, des usages par le juge administratif de la notion d'« incompétence négative »...

(1) R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, Paris, Montchrestien, "Domat - Droit public", 15^e éd., 2001, p. 1029.

(2) Cette terminologie serait du reste plus proche de celle utilisée par les juridictions administratives.

(3) Louis Favoreu *et alii*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Coll. Précis, 6^e éd., 2003, p. 701.

(4) Cons. const., 26 janv. 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance*, n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

(5) Dans la plupart des cas, il s'agit de ne pas laisser au décret le soin de fixer certaines règles qui relèvent selon le Conseil de la compétence du législateur. Mais le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à sanctionner aussi le Parlement lorsque celui-ci a, par exemple, renvoyé aux organes des sociétés nationales le soin de définir des règles relatives au transfert du secteur public au secteur privé (Cons. const., 81-132 DC 17 janv. 1982, Rec. Cons. const. 18), ou lorsqu'il s'en est remis aux seules chambres de commerce et d'industrie pour décider du taux de la taxe instituée pour pourvoir à leurs dépenses ordinaires (Cons. const., 87-237 30 déc. 1987, Rec. Cons. const. 69).

(6) L. Favoreu *et alii*, *op. cit.*, p. 701.

(7) Toutefois, le Conseil constitutionnel a pu estimer que l'autre autorité en question pouvait être le futur législateur lui-même ! Il a ainsi jugé (Cons. const., 29 juill. 2004, *Traitements de données à caractère personnel*, 2004-499 DC) que « le législateur ne pouvait pas (...) se contenter, ainsi que le prévoit la disposition critiquée éclairée par les débats parlementaires, de poser une règle de principe et d'en renvoyer intégralement les modalités d'application à des lois futures » (cons. 12).

(8) Pour une application récente, v. : Décis. Cons. const. 7 août 2008, *Démocratie sociale et réforme du temps de travail*, 2008-568 DC (spéc. cons. 15).

(9) C'est le cas par exemple dans les décisions du 27 févr. 2007, *Télévision du futur*, 2007-550 DC (dans laquelle l'expression constitue le titre d'une subdivision de la décision), ou du 29 juill. 2004, *Traitements de données à caractère personnel*, 2004-499 DC (où l'expression est utilisée dans un considérant - n° 12). Il arrive toutefois au Conseil constitutionnel d'utiliser d'autres expressions, et notamment celles dont les juridictions administratives usent généralement (v. *infra*, note 27).

(10) Les juridictions administratives utilisent en effet d'autres formules pour le désigner : v. *infra*, note 26).

(11) É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et C^{ie} 1888, t. 2, p. 491.

(12) *Ibid.*

(13) R. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, Payot, 1926, p. 217. F. Gazier (dans

son *Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir*, Études et documents du Conseil d'État, 1951, p. 31) exprime d'ailleurs une position très proche : « il est à noter que l'incompétence peut revêtir également une forme négative, une autorité administrative pouvant méconnaître sa compétence tout aussi bien en prenant une décision qu'elle n'avait pas qualité pour prendre qu'en se récusant alors qu'il lui appartenait d'agir ».

(14) É. Laferrière, *op. cit.*, p. 491. De fait, les deux arrêts fondateurs cités par Laferrière à l'appui de sa définition correspondaient à cette hypothèse : CE 1^{er} mai 1874, *Lezeret de la Maurinie*, par lequel le Conseil d'État annule une décision du ministre de la Justice déclinant toute autorité hiérarchique à l'égard du grand chancelier de la Légion d'honneur ; et CE 23 nov. 1883, *Société des mines d'or de la Guyane*, dans lequel le Conseil d'État annule une décision du ministre de la Marine et des Colonies se déclarant incompétent pour réformer une décision du gouverneur de la Guyane (Lebon 832).

(15) R. Alibert, *op. cit.*, p. 217. L'auteur évoque deux autres arrêts intervenus depuis lors : CE 23 juill. 1903, *Picard*, Lebon 584 et CE 21 juin 1912, *Cotton*, Lebon 696.

(16) Pour un exposé complet des différentes sortes d'« incompétence négative », v. *infra*.

(17) Le professeur Auby est du moins l'auteur qui est identifié généralement comme étant à l'origine de cette remise en cause (v. par ex. C. Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, PUF, 1980, p. 43-44). Mais lui-même, dans sa note sous l'arrêt *Quéral*, attribuait la paternité de la critique de l'incompétence négative au professeur Lampué, qui l'aurait formulée avant lui dans un cours inédit de contentieux administratif à la Faculté de droit de Paris, datant de 1943-1944. Et si l'on cite également le doyen Bonnard comme une source d'inspiration possible de cette thèse, on en trouve une expression (approchante) assez ancienne chez Jean Appleton (*Traité élémentaire du contentieux administratif : compétence, juridictions, recours*, Paris, Librairie Dalloz, 1927, p. 599).

(18) CE 30 juin 1950, *Quéral*, Lebon 413, note J.-M. Auby (S. 1951. 3. 85).

(19) J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1975, t. II, p. 246-247.

(20) Où l'on voit ressurgir les ambiguïtés (signalées en commençant) propres à l'expression d'incompétence « négative ».

(21) *Op.cit.*, p.87.

(22) V. *infra*.

(23) C'est le cas, par exemple, de P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 4^e éd., 2006, p. 462.

(24) Ainsi, René Chapus, après en avoir fait une présentation très classique (comme une sorte d'incompétence), conclut celle-ci de façon assez prudente : « Il reste que l'idée d'incompétence négative paraît, en elle-même, singulière » ; ce qui lui permet de faire ensuite état des hésitations jurisprudentielles à ce sujet (*Droit administratif général*, t. I, Paris, Montchrestien, 2001, p. 1030).

(25) En ce qui concerne les enjeux de la qualification à donner aux hypothèses relevant de « l'incompétence négative », v. *infra*.

(26) L'expression apparaît dès l'arrêt de référence sur lequel s'était appuyé Laferrière (CE 1^{er} mai 1874, *Lezeret de la Maurinerie*, Lebon 409), mais elle ne figure que dans l'argumentation des parties, telle que reprise par le Conseil d'État : « attendu que ledit ministre au département duquel ressortit l'administration de la grande chancellerie a ainsi méconnu les règles de sa propre compétence ». Dans les motifs, le Conseil d'État se contentera d'indiquer que « c'est à tort que le garde des Sceaux a refusé de statuer sur le recours formé devant lui contre les décisions précitées du Grand Chancelier ». Mais dès l'arrêt CE 23 nov. 1883, *Société des mines d'or de la Guyane française* (Lebon 832), le Conseil reprend une expression très proche à son compte. Il s'agissait d'une requête du ministre de la Marine, supérieur hiérarchique des gouverneurs des colonies, qui avait refusé de réformer, en se déclarant incompétent, une décision du gouverneur de la Guyane. Aussi le Conseil d'État estime-t-il « que, dès lors, ledit ministre, en déclarant qu'il ne lui appartenait pas de statuer sur la réclamation formée par la société requérante contre l'arrêt du gouverneur en date du 10 déc. 1880, a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, et que sa décision doit être annulée de ce chef » (Lebon 834. Nous soulignons).

(27) Formules qui sont également utilisées par le Conseil constitutionnel - qui ne se contente donc pas de l'expression d'« incompétence négative », même s'il lui arrive souvent de l'utiliser (v. *supra*, note 9). Ainsi, dans sa décision 2008-567 DC du 24 juill. 2008, il juge que « la définition des petites et moyennes entreprises ne conditionne pas, par elle-même, l'attribution du contrat ; qu'elle repose sur des éléments quantitatifs ; qu'il était loisible au législateur, sans méconnaître l'étendue de sa compétence, d'opérer ce renvoi au règlement » (cons. 17. Nous soulignons). De même, dans sa décision 99-419 DC *Pacte civil de solidarité*, il estime que « le législateur, en instaurant par ces dispositions le principe d'une publicité de la conclusion, de la modification et de la fin du pacte, n'a pas méconnu l'étendue des compétences qu'il tient de l'article 34 de la Constitution » (cons. 36. Nous soulignons), puis que « doivent être rejetés les griefs tirés de ce que le législateur serait resté en deçà de sa compétence » (cons. 38. Nous soulignons).

(28) L'entreprise est assez simple, grâce à l'outil informatique qu'offre le site : www.legifrance.gouv.fr.

(29) CE 6 avr. 2001, *M. X.* (n° 212106, Lebon T.).

(30) CE 29 nov. 2002, *Commune du Barcarès* (Lebon 419).

(31) Dans le même sens, v. : CE 14 nov. 2001, *Société d'HLM Rhône Logis* (n° 215284, inédit au Lebon), ou CE 7 mai 2008, *M. A.* (n° 292954, Lebon T.). Évidemment, dans beaucoup d'affaires, le Conseil d'État n'accueille pas le moyen, invoqué par les parties, selon lequel la Cour aurait « méconnu l'étendue de sa compétence », ainsi par ex. : CE 30 juin 2000, *SARL Floran Presse* (n° 186372, inédit au Lebon). Il faut enfin ajouter que ce moyen n'est pas invoqué qu'en cassation : CAA Lyon, 9 oct. 2008, *Société SNTV Perrenot* (inédit au Lebon, n° 05LY01944), statuant en appel d'un jugement du tribunal administratif de Grenoble.

(32) CE 16 janv. 2006, *Société Force* (n° 229317, Lebon T.).

(33) CE 9 févr. 2005, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* (n° 263640, inédit au Lebon).

(34) CE 21 mars 2008, *M. A.* (n° 285448, inédit au Lebon). Sur l'application du même article du Livre des procédures fiscales, on trouve également quelques arrêts de cours administratives d'appel qui usent des mêmes formules pour sanctionner l'excès de compétence juridictionnelle de la part du tribunal administratif - ainsi, par ex. : CAA Marseille, 27 mars 2008, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* (n° 04MA01211, inédit au Lebon) ou CAA Marseille, 2 oct. 2008, *M. X.* (n° 06MA00324, inédit au Lebon).

(35) Évidemment, cela n'est pas seulement le cas pour l'application de l'article L. 281 du Livre des procédures fiscales, et l'on trouve d'autres domaines dans lesquels le juge administratif sanctionne une incompétence « positive » en évoquant la « méconnaissance de l'étendue de sa compétence » par l'autorité juridictionnelle considérée. V. par ex. : CE 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris*, Lebon 204.

(36) Une commission aujourd'hui disparue, puisqu'elle a été supprimée par la loi n° 2005-157 du 23 févr. 2005.

(37) CE 15 oct. 2004, *Groupement agricole d'exploitation en commun du Colombier*, req. n° 248289, inédit au Lebon.

(38) En procédant à une attribution de parcelle afin de tirer les conséquences de l'annulation contentieuse d'une délibération de conseil municipal, alors qu'elle avait seulement la compétence de procéder à de telles attributions pour tirer les conséquences de l'annulation par un tribunal administratif de la décision d'une commission départementale d'aménagement foncier.

(39) V. par ex. : CE 6 avr. 2001, *SARL Mondihalle*, mentionné aux tables du Lebon, n° 217895 et CAA Bordeaux, 17 nov. 2008, *Commission syndicale de gestion des biens indivis de Bielle et de Bilhères-en-Ossau*, n° 07BX00246, inédit au Recueil.

(40) Il faut ajouter que certains arrêts sont considérés par une partie de la doctrine comme sanctionnant une « incompétence négative », alors que le juge n'emploie pas la formule consacrée selon laquelle l'autorité aurait « méconnu (l'étendue de) sa compétence ». C'est le cas, par exemple, de l'arrêt CE 9 oct. 1964, *Ministre des Finances c/ Dame veuve Martzolf*, Lebon 458. Il s'agissait en effet d'une décision du ministre des Finances qui, doutant de la validité du mariage de la requérante, avait suspendu sa décision à l'intervention du juge judiciaire. Le Conseil d'État avait alors jugé que le ministre « ne pouvait pas légalement se soustraire à l'obligation qui lui incombe de se prononcer sur la recevabilité et le bien-fondé de la demande dont il était saisi et qui entrait dans sa compétence ; qu'en particulier il ne pouvait, sans excès de pouvoir, surseoir à l'examen de cette demande jusqu'à l'issue d'une instance judiciaire à engager par l'intéressée ». Cet arrêt fait donc apparaître que le juge sanctionne une autorité administrative qui suspendrait sa décision à l'intervention d'une autre autorité. Et il est vrai que l'on peut analyser cette hypothèse comme un cas d'incompétence négative (c'est ce que fait par ex. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, *op. cit.*, p. 1093), puisque l'autorité reste bien en deçà de sa compétence - et que c'est cela qui est sanctionné par le juge. Néanmoins, le juge n'emploie pas ici la même formule que dans les autres cas d'incompétence négative. Dans le cadre de cette analyse du traitement jurisprudentiel de la notion, il convient donc d'exclure ce cas de figure - tout en relevant qu'il s'agit d'une nouvelle illustration du fait que la notion d'incompétence négative construite par la doctrine ne correspond pas tout à fait à ce que le juge nomme la « méconnaissance de (l'étendue de) sa compétence » par une autorité.

(41) CE 1^{er} mai 1874, *Lezeret de la Maurinerie*, Lebon 409. De même, dans l'arrêt CE 23 nov. 1883, *Société des mines d'or de la Guyane*, Lebon 832, le Conseil d'État annule une décision du ministre de la Marine et des Colonies se déclarant incompétent pour réformer une décision du gouverneur de la

Guyane.

(42) CE 22 nov. 1996, *Société Home Vidéo Channel*, Lebon 457; RFDA 1997. 204.

(43) CE 28 oct. 2002, *Commune de Moisselles*, req. n° 232060, Lebon T. 630. Ce type d'incompétence négative, s'il n'est pas toujours accueilli par le juge, est très fréquemment invoqué par les parties. V. par ex. : CE 30 déc. 2003, *Syndicat national des enseignements du second degré (SNES)*, req. n° 251820, Lebon T.; CE 28 juill. 2004, *Société Thomas*, n° 256154, Lebon T.; CE 7 juill. 2006, *Société Poweo et Fédération française des combustibles carburants et chauffage*, n° 289012, au Lebon; CE 29 déc. 2006, *Fédération de l'hospitalisation privée*, n° 285194, inédit au Lebon ; CE 18 juin 2008, *Commune de Tremblay-en-France*, n° 285344, Lebon T.; CAA de Marseille, 3 juill. 2008, *SCI Planet*, n° 07MA03520, inédit au Lebon, etc.

(44) CE 20 juin 2003, *Stilinovic*, Lebon 258: RFDA 2003. 844. V. également, dans une affaire très similaire : CE 12 janv. 2004, *M. X*, au Lebon T., n° 248702. Le moyen est souvent invoqué par les parties sans être toujours accueilli par le juge. V. par ex. : CE 6 avr. 2001, *M. X*, n° 214059, inédit au Lebon ; CE 9 juin 2004, *M. X*, n° 237186, Lebon T.; CE 20 janv. 2006, *M. A*, n° 264176, inédit au Lebon ; CE 6 oct. 2008, *Société Cinéditions*, n° 311017, inédit au Lebon ; CE 16 déc. 2008, *M. Jean-Louis A.*, n° 297808, inédit au Lebon).

(45) CE 30 déc. 2002, *M. X*, n° 243836, inédit au Lebon.

(46) CE 30 janv. 2008, *Société Laboratoires Mayoly-Spindler*, Lebon 11.

(47) CE 30 mai 2001, *M. Doraz Y Z*, n° 221272, inédit au Lebon. Ici aussi, on trouve de nombreux exemples où ce moyen est invoqué par le requérant sans être accueilli par le Conseil d'État : CE 17 mars 2000, *Préfet de police de Paris*, n° 207521, inédit au Lebon ; CE 28 déc. 2001, *M. Azzedine X*, n° 229918, inédit au Lebon ; CE 4 févr. 2002, *M. Rabah X*, n° 235370, inédit au Lebon.

(48) CE 14 juin 2000, *M. Mahamadou X*, n° 202170, inédit au Lebon ; CE 29 mai 2002, *M. Ahmed X*, n° 241055, inédit au Lebon ; CE 10 mars 2003, *Préfet du Doubs*, n° 242069, inédit au Lebon. Le moyen a cependant été rejeté dans ces derniers arrêts, parce que le juge a estimé que l'autorité administrative avait bien, en fait et contrairement à ce qu'alléguaient les requérants, procédé à un examen individuel de leur dossier.

(49) Si l'on laisse donc de côté les hypothèses où il utilise cette formule pour désigner des excès de compétence - notamment de la part d'autorités juridictionnelles.

(50) V. par ex. : CE 6 avr. 2001, *M. Gilles X*, n° 214059, inédit au Lebon ou CE 30 déc. 2003, *Société des agrégés de l'Université*, req. n° 251820, Lebon T. 631.

(51) V. par ex. : CE 4 févr. 2002, *M. Rabah X*, n° 235370, inédit au Lebon ou CE 29 déc. 2006, *Fédération de l'hospitalisation privée*, n° 285194, inédit au Lebon.

(52) V. *supra*.

(53) CE 20 juin 2003, *Stilinovic*, Lebon 258. On trouve, dans un cas similaire, une formule strictement identique dans CE 12 janv. 2004, *M. X*, n° 248702, mentionné aux tables du Lebon.

(54) CE 21 oct. 2005, *Préfet de la Seine-et-Marne*, n° 274904, inédit au Lebon.

(55) CE 16 déc. 2008, *M. Yvan A.*, n° 297808, inédit au Lebon.

(56) V. aussi, par ex., CE, sect., 19 nov. 1971, *Ministre de la Santé publique et population c/ D^{lle} Bruguière*, Lebon 691. De même, CAA Lyon, 20 Mai 1999, *SA Comalait Industries* : AJDA 1999. 874, obs. J. Berthoud.

(57) Concl. de Jean Delvolvé sur CE 30 juin 1950, *Quéralt*, Dr. soc. 1951. 248.

(58) CE 15 juill. 1954, *Société des Aciéries Saint-François*, Lebon 482.

(59) CE 16 déc. 2008, *M. Yvan A.*, préc.

(60) Depuis CE 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, GAJA, 17^e ed., n° 114.

(61) Sur lesquelles le juge adopte une position plus libérale depuis CE 6 févr. 2004, *M^{me} Hallal*, RFDA 2004. 740, concl. I. de Silva.

(62) On pense bien sûr à l'arrêt CE 16 juill. 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, RFDA 2007. 696, concl. D. Casas, dans lequel le Conseil d'État admet, de façon inédite, que « tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant (le juge du contrat) un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses ».

(63) On a ainsi évoqué, plus haut l'arrêt du Conseil d'État dans lequel celui-ci reconnaissait le caractère d'ordre public au moyen tiré de ce que le Garde des sceaux « se serait cru lié par l'avis (d'une) commission administrative paritaire » pour prendre une décision relative à un agent - afin de déclarer ce moyen recevable, alors qu'il était invoqué pour la première fois en cassation. Or, dans un arrêt relatif à une sanction infligée à un magistrat par le Conseil supérieur de la magistrature CE 12 déc. 2007, *M. Jean-Louis Siband*, Lebon T. 853, req. n° 293301), le Conseil d'État prend une position diamétralement opposée, en refusant de connaître d'un tel moyen, parce qu'invoqué dans un mémoire complémentaire après l'expiration du délai de recours contentieux, il relevait d'une cause juridique distincte (légalité interne) de ceux contenus dans la requête sommaire initiale.

(64) On a vu (v. *supra*) que le juge administratif utilise la formule consacrée pour l'incompétence négative (selon laquelle une autorité a « méconnu l'étendue de sa compétence ») pour sanctionner des incompétences aussi bien négatives que positives commises par des autorités juridictionnelles. Ce (vaste) problème ne peut être que laissé de côté dans cette étude consacrée à l'incompétence négative des autorités administratives. On se contentera d'indiquer qu'il serait préférable, pour la clarté du discours juridictionnel, que le juge, soit utilise une formule différente lorsqu'il s'agit d'autorités juridictionnelles (une formule suffisamment neutre pour désigner tout vice relatif à la compétence juridictionnelle), soit distingue d'un côté l'excès et de l'autre la méconnaissance de l'étendue d'une

compétence juridictionnelle. Il lui arrive d'ailleurs de le faire : v. par ex. CE 24 juin 2009, *M. Robert A.*, n° 307943, inédit au Lebon. Néanmoins, l'utilisation de la formule « a excédé (les limites de) sa compétence » est assez rare dans le cadre du recours en cassation contre des arrêts de cours administratives d'appel ou de jugements de tribunaux administratifs (de même qu'en appel, du reste) ; elle semble (après un premier examen de la jurisprudence récente) être surtout utilisée dans le cadre du contrôle des ordonnances des juges des référés.

(65) *V. supra.*

(66) C. Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, *op. cit.*, p. 44.

(67) Tels É. Laferrière, R. Alibert, ou F. Gazier.

(68) Les seuls à adopter clairement cette première position sont Christian Debouy (*op. cit.*, p. 44) ou Georges Schmitter (*L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives*, Annuaire international de Justice Constitutionnelle, t. 5, 1989, p. 144).

(69) Les deux auteurs précités utilisent cet adjectif pour qualifier la jurisprudence sur la notion d'incompétence négative. G. Schmitter écrit ainsi (*op. cit.*, p. 145) : « L'ambiguïté de la notion a ainsi été mise en évidence par l'attitude du juge administratif associant trop souvent au sein d'un même considérant un moyen de légalité externe et un moyen de légalité interne ». Quant à C. Debouy, il conclut le passage qu'il consacre à la question en estimant que : « La solution adoptée par le juge est donc claire, quand bien même les formules utilisées peuvent parfois se révéler ambiguës » (*op. cit.*, p. 47).

(70) Sera par exemple irrecevable l'invocation de ce moyen de légalité interne si seuls des moyens de légalité externe ont été soulevés avant l'expiration du délai de recours contentieux. Le Conseil d'État a ainsi pu juger que le requérant (en l'occurrence un magistrat du siège contestant une sanction disciplinaire infligée par le Conseil supérieur de la magistrature, statuant en l'occurrence comme juridiction administrative spécialisée) n'ayant invoqué que des moyens relatifs à la légalité externe de la décision attaquée, ne pouvait « utilement invoquer, dans son mémoire complémentaire, enregistré postérieurement à l'expiration du délai de recours contentieux, des moyens relatifs à la *légalité interne* de cette décision, tirés (...) de *l'erreur de droit commise par le Conseil supérieur de la magistrature pour avoir méconnu l'étendue de sa compétence* » (CE 12 déc. 2007, *M. Jean-Louis A.* (préc.). Nous soulignons).

(71) Outre (dans l'ordre chronologique) Jean Appleton, Jean-Marie Auby et Roland Drago, Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit (tous déjà cités en ce sens, *V. supra*), on peut mentionner Jean de Soto qui écrit à propos de l'incompétence négative (*Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, Paris, 1941, p. 129) : « c'est le contenu même de l'acte qui est illégal. La nullité est bien plutôt relative à l'objet de l'acte. La décision émane du fonctionnaire compétent mais elle est erronée ». Quant à Michel Stassinopoulos, il énumère les différents cas d'incompétence sans y inclure l'incompétence négative, mais en précisant, en note (*Traité des actes administratifs*, Coll. De l'Institut français d'Athènes, Athènes, 1954, p. 113, n. 1) : « Alibert, p. 217 ajoute l'"incompétence négative" (lorsqu'un agent refuse de prendre une décision en alléguant à tort son incompétence), *qui n'est toutefois qu'une erreur de droit* » (Nous soulignons). Quant à Jean Kerninon, *L'obligation pour l'autorité administrative de prendre réellement ses décisions*, Rev. adm. 1981. 480), il estime que le parallélisme entre incompétences positive et négative « n'est qu'apparent : dans un cas, l'acte émane d'une autorité incompétente (cas de l'incompétence positive), dans l'autre, c'est l'autorité compétente qui prend la décision (cas de l'incompétence négative) ». Dans le *Manuel de droit administratif* de G.

Dupuis, M.-J. Guédon et P. Chrétien, Paris, Sirey, 11^e éd., 2009, p. 651, on peut lire que l'on « parle d'incompétence négative, *bien qu'il s'agisse plutôt d'une erreur de droit* selon la jurisprudence, lorsqu'une autorité méconnaît sa propre compétence » (Nous soulignons).

(72) CE 30 juin 1950, *Quéralt*, Lebon 413.

(73) V. les conclusions du commissaire du gouvernement Jean Delvolvé sur cette affaire (Dr. social 1951. 248)

(74) Note sous CE 30 juin 1950, *Quéralt*, S. 1951. 3, not. p. 86.

(75) Christian Debouy, *op. cit.*, p. 44.

(76) *Ibid.*, p. 45.

(77) *Ibid.*

(78) Note sous CE 30 juin 1950, *Quéralt*, S. 1951. 87). Pour des formules du même ordre parmi les défenseurs de la thèse inverse, v. G. Schmitter, *L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives*, *op. cit.*, p. 144.

(79) François Gazier écrivait ainsi (Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950, *op. cit.*, p. 83) : « une même irrégularité selon la manière dont elle est décelée et dénoncée peut bien souvent constituer aussi bien une incompétence qu'un défaut de base légale, un vice de procédure qu'un détournement de pouvoir, un détournement de procédure qu'une erreur de fait ».

(80) C'est du reste ce que suggère Christian Debouy dans sa réfutation (préc.) des critiques de Jean-Marie Auby, lorsqu'il indique que l'illégalité qui résulte de l'incompétence est « certes relative à l'auteur de l'acte qui n'était pas compétent, mais également au motif illégal sur lequel cette autorité s'était fondée pour se reconnaître compétente, en appliquant faussement la règle de compétence » (*op. cit.*, p. 45).

(81) V. sur ce point la thèse de Sabine Boussard, qui écrit par exemple (*L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État - Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, p. 43) : « Sous couvert d'incompétence et sur le fondement de la loi des 7 et 14 octobre 1790, le Conseil d'État s'immisce dans le contrôle des motifs de droit, de la qualification juridique des faits et même dans le contrôle de l'erreur de fait ».

(82) C. Debouy : *op. cit.*, p. 44.

(83) Ainsi, André Legrand, dans sa notice sur la notion d'« incompétence » au Répertoire Dalloz *Contentieux administratif* écrit (§. 6) : « si, s'agissant d'un recours contre une décision de refus prise après l'avis négatif d'une commission administrative paritaire à l'encontre d'une demande de révision de note, le commissaire du gouvernement Rigaud demandait au Conseil d'État de censurer "l'erreur de droit" commise par un ministre qui déclarait que la saisine de la commission administrative paritaire avait épuisé tous les moyens de recours (CE, sect., 20 oct. 1967, *Sieur Palisse*, Lebon 383, concl.

Rigaud), le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville déclarait, dans une affaire identique, « qu'il ne s'agit pas d'une simple erreur de droit, mais d'une incompétence négative » et, le recours de l'intéressé étant flou, il indiquait qu'il y a aurait lieu, « en tout état de cause de soulever d'office le moyen » (CE, sect., 19 nov. 1971, *Ministre de la Santé publique et population c/ D^{lle} Bruguière*, Lebon 691, concl. M. Rougevin-Baville).

(84) A. Legrand, *Incompétence*, in *Rép. Dalloz Cont. adm.*, § 6.

(85) Il semble que Bernard Pacteau, par exemple, se rapproche plutôt d'une telle position. L'auteur commence en effet (*Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Travaux de recherches de la Faculté de droit et de sciences politiques de l'Université de Clermont I, 1977, p. 181) par donner du crédit à la thèse de Jean-Marie Auby : « Ce qui est reproché à l'acte, c'est juridiquement davantage les conditions de son élaboration lorsque le signataire s'en est en fait remis à l'opinion d'un autre organe, ou, dans le cas du motif d'incompétence allégué à tort, les fondements mêmes de l'acte, le raisonnement juridique par lequel l'auteur de la décision s'est déterminé, c'est-à-dire ses motifs ». Mais c'est pour ensuite suggérer (*ibid.*, p. 183) que certaines hypothèses s'en distinguent nettement : « certaines formes d'incompétence négative sont en fait très proches de l'incompétence proprement dite. Ainsi en va-t-il de l'hypothèse où le signataire de l'acte s'est lié indûment à la volonté d'une autre instance, de sorte qu'il n'est pas excessif de dire que l'acte émane alors matériellement d'un organe incompétent ».

(86) Christophe Jamin et Philippe Jestaz écrivent ainsi (*La doctrine*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p. 172) que la notion de doctrine, en France, « paraît indissolublement liée à celle de dogmatique, en entendant par là une étude savante, raisonnée et construite du droit positif sous l'angle du devoir-être, c'est-à-dire de la solution souhaitable et applicable ».

(87) Cela est très net chez André Legrand (*op. cit.*, §6 et 7), mais aussi chez Raymond Odent (*Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, rééd. 2007, vol. II, fasc. V, p. 388 s.), C. Debouy (*op. cit.*, p. 45 s.), J.-M. Auby et R. Drago (*op. cit.*, p. 247 s.), R. Chapus (*Droit administratif général, op. cit.*, p. 1030), etc...

(88) Il s'agit notamment d'éviter de distinguer des catégories dans le seul but de justifier telle ou telle qualification.

(89) CE 1^{er} mai 1874, *Lezeret de la Maurinerie*, Lebon 409 ; CE 23 nov. 1883, *Société des mines d'or de la Guyane*, Lebon 832 ; CE 31 juill. 1903, *Picard*, Lebon 584, concl. Romieu ; CE 21 juin 1912, *Cotton*, Lebon 696, concl. L. Blum ; CE 9 janv. 1942, *Chambre de commerce de Niort*, Lebon 12 ; CE 22 nov. 1944, *Dame Grafmayer*, Lebon 302 ; CE 30 juin 1950, *Quéralt*, Lebon 413 ; Dr. soc. 1951. 246, concl. J. Delvolvé) ; CE 3 déc. 1954, *Association générale des retraités des PTT*, Lebon 643 ; CE 17 juin 1985, *Fluchère*, Lebon 186 ; CE 22 nov. 1996, *Société Home Vidéo Channel*, Lebon 457 ; RFDA 1997. 204 ; CE 15 oct. 2004, *Consorts Renaudin*, Lebon 374 ; CE 25 mai 2005, *M. X.*, aff. n° 264880, inédit au Lebon.

(90) Néanmoins, il ne s'agit jamais d'un refus passif de statuer, c'est-à-dire d'une abstention, mais bien d'une décision irrégulière d'incompétence. D'ailleurs, le simple silence gardé par une autorité administrative doit être juridiquement compris comme signifiant une décision de refus sur le fond de la demande, sauf texte contraire (art. 21 de la Loi n°2000-321 du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations).

(91) CE 28 oct. 2002, *Commune de Moisselles*, n° 232060, Lebon T. 630 ; moyen rejeté : CE 30 déc.

2003, *Société des agrégés de l'Université*, req. n° 251820, Lebon T. 631 ; CE 28 juill. 2004, *Société Thomas*, n° 256154, Lebon T. ; CE 7 juill. 2006, *Société Poweo et Fédération française des combustibles carburants et chauffage*, Lebon 325 ; CE 29 déc. 2006, *Fédération de l'hospitalisation privée*, inédit au Lebon, n° 285194 ; CE 18 juin 2008, *Commune de Tremblay-en-France*, n° 285344, Lebon T. ; CAA de Marseille, 3 juill. 2008, *SCI Planet*, n° 07MA03520, inédit au Rec..

(92) Incomplète, c'est-à-dire, ici, imprécise : les cas où une autorité prendrait une décision incomplète, dans le sens où elle n'aurait pas statué sur tout ce sur quoi elle aurait dû statuer, relève en effet de la première hypothèse. En ce cas, l'autorité peut être sanctionnée pour n'avoir pas statué en s'estimant (à tort) incompétente.

(93) Étant entendu que, devant le Conseil d'État, seule l'incompétence négative d'autorités administratives peut être invoquée : l'argument selon lequel le législateur n'aurait pas assez précisé l'étendue de la délégation consentie au pouvoir réglementaire constitue en effet un moyen inopérant, ce moyen étant « tiré de la non conformité d'une loi à la Constitution » (CE 6 juin 1997, *Comité des médecins à diplômes étrangers*, RFDA 1997. 1246et spéc. p. 1261). En revanche, une ordonnance qui se bornerait à renvoyer à un décret en Conseil d'État le soin de déterminer les modalités de mise en oeuvre de la carte "Vitale", sans avoir précisé au préalable les garanties nécessaires à la protection des droits individuels est irrégulière (CE, ass., 3 juill. 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain*, Lebon 277 ; RFDA 1998. 942, concl. C. Maugué; AJDA 1998. 633 et 559, chron. Raynaud et Fombeur).

(94) Une affirmation aussi péremptoire mérite sans doute un peu de prudence. Mais à tout le moins peut-on relever que si exceptions il y a, elles sont suffisamment rares pour qu'une telle rareté soit surprenante. La seule étude comparative de la notion d'incompétence négative dans les deux champs (celle de G. Schmitter : *op. cit.*) ne permet pas de comprendre qu'elle est, en droit administratif, plus large qu'en droit constitutionnel.

(95) CE 9 oct. 1964, *Ministre des Finances c/ Dame veuve Martzolf*, Lebon 458.

(96) CE 7 avr. 1905, *Commune d'Aigre*, Lebon 344 ; CE 26 avr. 1939, *Bour*, Lebon 271 ; CE 13 avr. 1942, *Société d'exploitation des eaux thermales d'Enghien*, Lebon 50 ; CE 5 mars 1948, *des Isnards*, Lebon 119 ; CE, sect., 20 oct. 1967, *Sieur Palisse*, Lebon 383 ; CE 19 nov. 1971, *Ministre de la Santé publique et de la population c/ D^{lle} Bruguière*, Lebon 691 ; CE, sect., 5 déc. 1975, *Delcros et autres*, Lebon 631 ; CE 7 juin 1995, *Delaunay*, Lebon T. 626 ; CE 20 juin 2003, *Stilinovic*, Lebon 258 ; RFDA 2003. 844 ; CE 12 janv. 2004, *M. X*, n° 248702, Lebon T. ; CE 21 oct. 2005, *Préfet de la Seine-et-Marne*, n° : 274904, inédit au Lebon.

(97) CE 4 avr. 1962, *Ministre de la Santé publique et de la population c/ D^{lle} Jacquot*, Lebon 243. CE 25 mai 1962, *Bonnec*, Lebon 349 ; Revue adm. 1962, p. 281, note G. Liet-Vaux. Et pour des décisions plus récentes : CE 8 juin 2005, *M. Paul Y*, Lebon T., aff. n° 255987 ; CE 15 juin 2005, *Préfet du Val d'Oise*, n° 256340 et 256341, inédit au Lebon ; CE 30 janv. 2008, *Société Laboratoires Mayoly-Spindler*, Lebon 11.

(98) Il convient de faire une place à une dernière hypothèse - qui cependant reste à notre avis douteuse. Dans plusieurs arrêts en effet, l'expression considérée (la « méconnaissance de l'étendue d'une compétence ») désigne le fait, pour une autorité administrative exerçant un pouvoir discrétionnaire, de n'avoir pas procédé à l'examen de la situation particulière de l'administré concerné par la décision. On peut en effet estimer que la « méconnaissance » en cause consiste, pour l'autorité, à n'avoir pas fait "pleinement" usage de son pouvoir discrétionnaire - ce qui en ferait une quatrième catégorie d'incompétence négative (sans doute à rapprocher de la troisième, dans la mesure où il s'agit

d'une autorité qui n'exerce pas "véritablement" son pouvoir de décision). Cependant, dans aucun des cas d'espèces que nous avons pu examiner, le juge administratif n'a accueilli le moyen ainsi formulé : il a systématiquement estimé que, dans la mesure où l'autorité avait bien procédé à l'examen individuel de la situation de l'intéressé (ou du moins dans la mesure où les pièces du dossier ne permettaient pas d'établir le contraire), le requérant n'était « pas fondé à soutenir que (l'autorité) aurait méconnu l'étendue de sa compétence » (v. par ex. : CE 14 juin 2000, *M. Mahamadou X*, n° 202170, inédit au Lebon ; CE 29 mai 2002, *M. Ahmed X*, n° 241055, inédit au Lebon ; CE 10 mars 2003, *Préfet du Doubs*, n° 242069, inédit au Lebon). Nous n'avons donc pas trouvé de cas où le juge administratif accueille un tel moyen - c'est-à-dire une absence d'examen de la situation individuelle désignée comme la méconnaissance par une autorité de l'étendue de sa compétence. Aussi est-il sans doute prématuré d'en faire une catégorie à part d'incompétence négative - même si ce moyen semble aujourd'hui fréquemment invoqué devant le juge - en particulier dans le contentieux des étrangers.